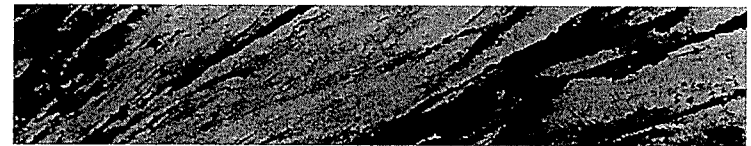


Revue trimestrielle de droit européen



DIRECTEURS

Yvon Loussouarn

Jean-Paul Jacqué

RÉDACTEUR EN CHEF

Odette Loÿ

Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation

Damien GERADIN*

*Professeur à l'Université de Liège et au Collège d'Europe, Bruges
Directeur de l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Liège
et du Global Competition Law Centre (GCLC), Bruges
Avocat au barreau de Bruxelles*

et Nicolas PETIT**

*Maître de conférences et doctorant, Institut d'études juridiques européennes (IEJE)
Faculté de droit, Université de Liège*

Le présent article propose une analyse critique du recours en annulation (art. 230 TCE) en droit de la concurrence à l'ère « post-modernisation ». La demi-décennie de réforme du droit communautaire de la concurrence est caractérisée par une prolifération d'actes juridiques nouveaux et une montée en puissance de l'analyse économique. L'article conclut que cette double évolution remet en question l'optimalité des principes substantiels et institutionnels régissant le recours en annulation dans le domaine du droit de la concurrence.

La présente étude analyse la mise en œuvre du recours en annulation prévu à l'article 230 TCE à l'encontre des actes adoptés par la Commission européenne (ci après, « la Commission ») dans le domaine du droit de la concurrence (1).

(*) D.Geradin@ulg.ac.be.

(**) Nicolas.Petit@ulg.ac.be. Cette étude a été réalisée avec le soutien du Pôle d'attraction interuniversitaire (PAI) P5/32 mis en œuvre à l'initiative de l'Etat belge, Services du Premier ministre, Programmation de la Politique scientifique. Les auteurs tiennent à remercier Hans Gilliams et Gaëtane Gaddin pour leurs utiles commentaires.

(1) V. art. 230 TCE : « La Cour de justice contrôle la légalité des actes ... de la Commission ... destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. A cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un Etat membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission ... Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent

Bien que ce thème ait déjà fait l'objet d'études doctrinales (2), la demi-décennie de réformes – souvent qualifiée de « modernisation » – que vient de traverser le droit de la concurrence en rend le réexamen nécessaire (3). Plus particulièrement, deux évolutions majeures du droit de la concurrence soulèvent de nouvelles questions complexes relatives au système de contrôle juridictionnel organisé par l'article 230 TCE.

En premier lieu, les réformes émanant du processus de modernisation du droit européen de la concurrence ont généré une prolifération d'actes nouveaux dont la valeur juridique (et, partant, la possibilité de contestation devant le juge communautaire) n'est pas claire. Tel est le cas, par exemple, des multiples instruments de *soft law* (communications, lignes directrices, etc.) que la Commission adopte afin de clarifier sa pratique décisionnelle (4), ainsi que de nouveaux actes obligatoires prévus par le règlement 1/2003 comme, par exemple, les décisions en constatation d'inapplicabilité ou les décisions d'évocation d'une affaire.

En deuxième lieu, le rôle croissant de l'analyse économique consacré par les réformes successives des règles relatives aux accords horizontaux, verticaux, et au contrôle des concentrations a transformé le droit de la concurrence en une matière extrêmement technique où les économistes semblent parfois avoir pris le pas sur les juristes (5). Cette évolution pourrait avoir pour effet de limiter

directement et individuellement. Les recours ... 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 ». La formulation retenue à l'article III-365 par le projet de Constitution pour l'Europe est sensiblement différente, V. *infra*.

(2) La plus grande partie des études sur le recours en annulation sont des études généralistes non limitées au droit de la concurrence. De nombreux auteurs consacrent cependant une partie substantielle de leurs analyses au domaine du droit de la concurrence. V. les diverses études citées dans les notes *infra* et, notamment, Peter Duffy, *Quelles réformes pour le recours en annulation*, Cah. dr. eur. 1995/5-6, p. 553 ; Marguerite Canedo, *L'intérêt à agir dans le recours en annulation en droit communautaire*, RTD eur. 2000.452. V. également les divers ouvrages de droit procédural de la concurrence qui évoquent ces questions et, en particulier, Christopher Kerse et Nicholas Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5^e éd. Thomson – Sweet & Maxwell, 2005 ; Luis Ortiz Blanco, *EC Competition Procedure*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

(3) V. Damien Geradin (dir.), *Modernisation and Enlargement : Two Major Challenges for EC Competition Law*, Intersentia, 2004. Le texte fondateur de la modernisation est le règlement 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOCE L 1, 4 janv. 2003, p. 1-25. On peut y ajouter le règlement 139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24, 29 janv. 2004, p. 1-22.

(4) V. par ex. communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 TCE (lettres d'orientation), JOUE C 101, 27 avr. 2004, p. 78-80 ; communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, TCE, JOUE C 101, 27 avr. 2004, p. 97-118. V. également les commentaires in D. Geradin, (dir.), *supra* note 3.

(5) Règlement d'exemption 2658/2000 de la Commission du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de spécialisation, JOCE L 304, 5 déc. 2000, p. 3-6 ; règlement d'exemption 2659/2000 de la Commission du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de recherche et de développement, JOCE L 304, 5 déc. 2000, p. 7-12 ; règlement 2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999 concernant l'application de l'article 81(3) du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE L 336, 29 déc. 1999, p. 21-25 ; communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE C 291, 13 oct. 2000, p. 1-44 ; communication de la Commission, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 TCE aux accords de coopération horizontale, JOCE C 3, 6 janv. 2001, p. 2-30 ; règlement 139/2004 du Conseil du

l'étendue du contrôle juridictionnel exercé par les juridictions généralistes européennes. En effet, face à de complexes évaluations mettant en balance restrictions de concurrence et gains d'efficacités, le juge communautaire pourrait rapidement se trouver démuné. Par ricochet, ceci pourrait avoir pour effet d'augmenter le pouvoir discrétionnaire de la Commission dont la marge de manœuvre s'accroîtrait proportionnellement à l'opacité des décisions qu'elle adopte. Certains jugements récents du Tribunal de première instance des Communautés européennes (ci-après, le « TPICE » ou le « Tribunal ») invalidant plusieurs décisions d'interdiction de concentrations semblent cependant tempérer ce risque.

Outre les évolutions susmentionnées, il faut également souligner le développement d'un contentieux *parallèle* au recours en annulation qui prend la forme d'actions en réformation des amendes infligées par la Commission en application des articles 81 et 82 TCE. S'y ajoute un contentieux *subséquent* au recours en annulation qui comprend les recours en indemnité introduits à l'issue d'arrêts TPICE ou la Cour de justice des Communautés européennes (ci après, la « CJCE » ou la « Cour ») annulant une décision de la Commission. Les affaires *Holcim c/ Commission* ou le recours introduit par MyTravel à la suite de l'arrêt *Airtours* illustrent le développement de ce type de contentieux en droit de la concurrence.

Les propos qui suivent entendent donc fournir une analyse critique du recours en annulation contre les décisions de la Commission en matière de droit de la concurrence à l'ère post-modernisation. Cette étude est divisée en six parties. La première partie examine la question de l'identification des actes attaques au titre de l'article 230 TCE dans le contexte juridique issu des réformes susmentionnées (I). La deuxième partie passe en revue et analyse les règles permettant de définir les titulaires du recours en annulation (II). La troisième partie rappelle les modalités du recours en annulation (III). La quatrième partie évoque les recours parallèles (réformation) et subséquents (indemnité) à l'action en annulation (IV). La cinquième partie évalue l'effectivité du système communautaire d'annulation à l'aune des principes dégagés par le TPICE et CJCE en matière de contrôle juridictionnel (V). La sixième partie contient une brève conclusion (VI).

I. – LES ACTES « ATTAQUABLES » EN DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE CONTEXTE POST-MODERNISATION

La modernisation du droit européen de la concurrence a fait apparaître de nouvelles catégories d'actes dont le caractère attaquant sous l'angle du recours en annulation suscite des interrogations. Pour en éclaircir le statut contentieux, il est utile de procéder à un bref rappel des principes identifiés par la jurisprudence (A). Les divers actes prévus par le règlement 1/2003 sont ensuite examinés à l'aune de ces principes (B).

20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24, 29 janv. 2004, p. 1-22 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31, 5 févr. 2004, p. 5-18.

A. — Détermination d'un acte attaquant au sens de l'article 230 TCE

Trois conditions doivent être remplies pour qu'un acte puisse faire l'objet d'un recours en annulation. Premièrement, l'acte doit avoir été adopté par une institution communautaire (6). A l'issue de la modernisation, cette condition permet de distinguer entre les actes pris par la Commission européenne qui entrent dans le champ de l'article 230 TCE, et les décisions et arrêts des autorités et juridictions nationales, qui en sont exclus. Elle permet également d'exclure du recours en annulation les actes du comité consultatif composé de représentants des Etats membres, ou, à plus forte raison, les actes adoptés par le réseau européen des autorités nationales de concurrence (ci-après, ANC), créé au lendemain de l'adoption du règlement 1/2003.

Deuxièmement, seuls les actes « faisant grief » peuvent être attaqués sur la base de l'article 230 TCE. Cette condition trouve son origine dans la jurisprudence *AETR* qui prévoit que le recours en annulation est ouvert à l'encontre de « toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit » (7). Les décisions formelles adoptées par la Commission pour la mise en œuvre des règles de concurrence produisent en principe un tel effet (8). La jurisprudence *AETR* a cependant permis d'étendre le champ du recours en annulation à des actes qui ne répondent pas formellement à la qualification de décision mais qui, en substance, produisent des effets juridiques contraignants. Le droit européen de la concurrence constitue l'un des terrains d'élection de cette extension (9). Au cours de la procédure administrative, la Commission est en effet conduite à prendre de nombreuses mesures d'investigation et d'organisation, qui affectent directement la situation juridique des entreprises concernées. La jurisprudence fournit quantité d'exemples de requalifications d'actes en décisions (10). Ainsi, dans l'affaire *Ciment*, des entreprises avaient attaqué une lettre par laquelle la Commission

(6) V. Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, 3 éd. PUF, 2001, § 407.

(7) V. CJCE 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, Rec. p. 263, § 42. V. aussi CJCE 23 avr. 1986, « *Les Verts* » c/ *Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. p. 1339, § 24 qui dispose que les actes « destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers » peuvent être attaqués sur la base de l'article 230 TCE.

(8) En vertu de l'article 249 TCE, « la décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne ». Pour cette raison de nombreux auteurs estiment que, lorsque la Commission se voit doter du pouvoir d'adopter un pouvoir de décision en matière de concurrence par la législation, elle est par la même occasion soumise au contrôle juridictionnel du juge communautaire. V. notamment Van Bael et Bellis, *Competition Law of the European Community*, 4^e éd. Kluwer Law International, 2004.

(9) V. D. Simon, *supra* note 6, § 414.

(10) L'hypothèse inverse d'une requalification d'une décision en un acte non obligatoire semble théoriquement admissible mais d'une portée pratique limitée. L'affaire *Dalmine* en fournit cependant un exemple, le TPICE jugeant qu'une décision enjoignant à la requérante de fournir les renseignements exigés dans un délai de trente jours, sous peine d'astreinte journalière « ne produit pas ... d'effets juridiques obligatoires » car elle « ne constitue qu'une phase de la procédure au terme de laquelle la Commission adopte éventuellement une décision fixant définitivement le montant total de l'astreinte et formant ainsi titre exécutoire ». Il s'agit donc d'un acte simplement préparatoire, non susceptible de faire grief en tant que tel. V. TPICE Ord. du 24 juin 1998, *Dalmine c/ Commission*, aff. T-596/97, Rec. p. II-2383 et *infra* note 20.

leur avait retiré le bénéfice d'une exemption d'amende (11). La Cour estima que le recours était recevable car la lettre était « une mesure comportant des effets juridiques affectant les intérêts des entreprises concernées et s'imposant obligatoirement à elles [et constituait], non un simple avis, mais une décision ». Le Tribunal reconnut même dans l'affaire *Air France c/ Commission* qu'une déclaration du porte-parole du commissaire en charge des questions de concurrence, selon laquelle une opération de concentration échappait à l'application du règlement, produisait des effets juridiques analogues à une décision rendue au titre de l'article 6(1) du règlement 4064/89 et pouvait donc faire l'objet d'un recours en annulation (12).

Dans d'autres cas, la Cour de justice ne procéda pas explicitement à la requalification en décision et préféra s'appuyer sur le contenu et la portée de l'acte pour conclure qu'il produisait ou visait à produire des effets juridiques contraignants (13). C'est ainsi que le rejet d'une plainte (14), une lettre exposant les raisons pour lesquelles la Commission ne poursuivait pas l'instruction d'une plainte (15), l'octroi ou le refus du droit d'accès au dossier à un tiers (16), le refus d'entendre un tiers intéressé (17), furent considérés être des actes attaquant au sens de l'article 230 TCE. Dans une affaire *France c/ Commission*, la Cour de justice jugea même qu'une communication de la Commission qui visait formellement à interpréter une directive mais introduisait, subrepticement, des obligations juridiques nouvelles, pouvait faire l'objet d'un recours en annulation (18).

Troisièmement, l'acte en cause doit avoir un caractère définitif. En d'autres termes, un acte de nature préparatoire qui ne constitue que l'une des étapes devant mener à l'adoption ultérieure d'une décision finale, n'est pas un acte attaquant (19). Dans le domaine du droit de la concurrence, ce principe fut pour la première fois appliqué dans la célèbre affaire *IBM c/ Commission* (20). La Cour déclara :

(11) V. CJCE 15 mars 1967, *Société anonyme Cimenteries C.B.R. Cementbedrijven N.V. et autres c/ Commission*, aff. jtes 8-11/66, Rec. p. 93.

(12) TPICE 24 mars 1994, *Air France c/ Commission*, aff. T-3/93, Rec. p. II-121.

(13) V. Sean Van Raepenbusch, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, 4^e éd. Larcier, 2005, p. 616.

(14) V. CJCE 16 juin 1994, *SFEI c/ Commission*, aff. C-39/93, Rec. p. I-2681.

(15) V. TPICE 10 juill. 1990, *Automec I*, aff. T-64/89, Rec. p. II-3671.

(16) V. TPICE 13 avr. 2005, *Verein für Konsumenteninformation c/ Commission* (dite affaire du Club Lombard), aff. T-2/03, non publié. V. Lennart Ritter et W. David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3^e éd. Kluwer Law International, 2004, p. 1155.

(17) V. C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, § 8.033.

(18) V. CJCE 16 juin 1993, *France c/ Commission*, aff. C-325/91, Rec. p. I-3283.

(19) V. CJCE 5 déc. 1963, *Société anonyme Usines Emile Henricot et autres c/ Haute Autorité*, aff. jtes 23, 24 et 52-63, Rec. p. 441, spéc. p. 455 : « Attendu qu'il résulte du sens grammatical du mot que la décision marque le terme ultime de la procédure interne à la Haute Autorité, constituant ainsi la manifestation définitive de sa volonté ... que la décision doit apparaître comme un acte du collège de la Haute Autorité, destiné à produire des effets juridiques, constituant le terme ultime de la procédure interne à la Haute Autorité et par lequel elle statue définitivement... ».

(20) Certains expliquent cette règle par la nécessité d'éviter que l'action de la Commission européenne ne soit entravée par la multiplication de recours intermédiaires. V. Peter Duffy, *supra* note 2, p. 555. V. aussi D. Simon, *supra* note 6, p. 520. Cette justification n'est cependant pas convaincante. Le recours en annulation ne produisant pas d'effet suspensif, il est difficile de voir comment l'introduction de recours en annulation pourrait faire obstacle à l'action d'une institution. V. art. 242 TCE. Il semble plus juste de considérer que le juge communautaire ne

« ... en principe ne constituent un acte attaquant que les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission ou du Conseil au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale » (21).

Ce principe permit à la Cour de juger qu'une communication des griefs ou une lettre d'engagement de la procédure ne pouvaient être attaquées (22). Dans l'affaire *Guérin*, des lettres par lesquelles la Commission avait réagi à des plaintes et invité les plaignants à formuler des commentaires furent jugées provisoires et non attaquant au sens de l'article 230 TCE (23). Une solution analogue fut retenue pour les refus d'accès au dossier aux parties visées par la procédure ou pour le refus de les entendre (24).

Cependant, la CJCE reconnut dans l'affaire *IBM* que le principe du caractère définitif de l'acte pouvait faire l'objet d'une exception :

« ... si des actes ou décisions pris au cours de la procédure préparatoire, non seulement réunissaient les caractéristiques juridiques ci-dessus décrites [c'est-à-dire produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant], mais constituaient elles-mêmes le terme ultime d'une procédure spéciale distincte de celle qui doit permettre à la Commission ou au Conseil de statuer sur le fond » (25).

Cette exception vise la situation dans laquelle des actes s'inscrivent dans une phase détachable du déroulement de la procédure d'adoption de l'acte final (26). Le droit de la concurrence fournit de nombreuses illustrations de cette exception dans la mesure où les procédures de mise en œuvre des articles 81, 82 et du règlement concentration sont organisées en plusieurs phases successives et distinctes (comme, par exemple, la phase d'enquête préalable, la phase d'instruction contradictoire, la phase d'audition, etc.). La jurisprudence a donc admis que les décisions de demande de renseignements ou de mesures d'enquêtes sur place soient des actes attaquant au sens de l'article 230 TCE (27).

reconnaît pas aux mesures préparatoires le caractère d'actes juridiques faisant grief dans la mesure où elles peuvent être ultérieurement neutralisées par une mesure subséquente.

(21) V. CJCE 11 nov. 1981, *IBM c/ Commission*, aff. 60/81, Rec. p. 2639, § 10.

(22) En toute hypothèse, les irrégularités affectant des actes préparatoires pourraient toujours être attaquées à titre incident, à l'appui du recours dirigé contre l'acte définitif. CJCE *IBM c/ Commission*, *supra* note 11, § 12 : « les illégalités éventuelles qui les [actes préparatoires] entacheraient pourraient être invoquées à l'appui du recours dirigé contre l'acte définitif dont elles constituent un stade d'élaboration, une fois que la décision définitive a été rendue et qu'il est certain que l'acte préparatoire et les irrégularités qu'il recelait ont été maintenus ».

(23) V. CJCE 18 mars 1997, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. C-282/95, Rec. p. I-1503.

(24) V. CJCE 18 déc. 1992, *Cimenteries CBR SA c/ Commission*, aff. T-10/92, Rec. p. II-2667, § 42. V. aussi TPICE 14 oct. 2004, *Commerzbank c/ Commission*, aff. T-61/02, non encore publié.

V. aussi C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, § 8-033, p. 473.

(25) CJCE *IBM c/ Commission*, *supra* note 21, § 11.

(26) Cette exception renvoie à la théorie de l'acte détachable, connue du droit administratif. V. S. Van Raepenbusch, *supra* note 13, p. 617.

(27) V. respectivement CJCE 18 oct. 1989, *Orkem c/ Commission*, aff. 374/87, Rec. p. 3283 et CJCE 21 sept. 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859.

B. — Les actes attaquant en droit de la concurrence à l'issue de la modernisation

Le cycle récent de réformes du droit européen de la concurrence s'est accompagné de l'élimination, au sein de l'ordre juridique communautaire, d'une série d'actes dont le statut contentieux avait fait l'objet de débats difficiles comme, par exemple, les lettres de classement par lesquelles la Commission mettait fin à une procédure sans prendre de décision formelle d'attestation négative ou d'octroi d'une exemption (28). Les réformes ont néanmoins maintenu une série d'actes dont le statut contentieux mérite d'être rappelé (1). En outre, elles ont parallèlement introduit de nouveaux types d'actes dont le statut contentieux sous l'angle de l'article 230 TCE est pour le moins obscur (2) (29).

1. Les actes repris par le règlement 1/2003

Le règlement 1/2003 reprend une bonne partie des actes connus sous l'empire du règlement 17/62. Le statut contentieux des actes attaquant au sens de l'article 230 TCE reste donc similaire et les solutions de la jurisprudence sont transposables. On trouve parmi ces actes, les décisions de constatation et d'injonction de cessation d'une infraction (30), les décisions d'adoption de mesures provisoires (31), les décisions rendant obligatoires des engagements (32), les décisions d'exemption, de retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption (33). De la même façon, les décisions de rejet de plaintes prévues à l'article

(28) V. C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, p. 475. En conformité avec les affaires *Parfums*, la Commission était d'avis que ces lettres ne produisaient aucun effet juridique obligatoire et qu'elles échappaient donc au recours juridictionnel prévu par l'article 230 TCE, tandis que la CJCE et le TPICE avaient adopté des solutions admettant, avec force prudence, la recevabilité d'un recours contre ces décisions. V. Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, *Commentaire Mégret - Concurrence*, 2^e éd. 1997, § 433 et 485.

(29) Ces observations s'imposent particulièrement pour ce qui concerne le règlement 1/2003. Le règlement 139/2004 n'apporte, de son côté, aucun réel changement quant aux actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation. Les requérants peuvent classiquement demander annulation au juge des diverses décisions formelles prévues aux articles 6 et 8, 9, 11, 13, 14 (V. TPICE 3 avr. 2003, *Royal Philips Electronics BV c/ Commission*, Rec. p. II-1433), 22 ou des décisions par lesquelles la Commission écarte un acquéreur potentiel d'une entité désinvestie suite à l'application d'un remède structurel (V. TPICE 3 avr. 2003, *Petrolescence et SG2R c/ Commission*, aff. T-342/00, Rec. p. II-1161).

(30) V. art. 7 du règlement 1/2003, *supra* note 3.

(31) V. art. 8 du règlement 1/2003, *supra* note 3 codifiant la jurisprudence *Camera Care*, ord. du 17 janv. 1980, *Camera Care c/ Commission*, aff. 792/79, Rec. p. 119.

(32) V. art. 9 du règlement 1/2003, *supra* note 3 et John Temple Lang, *Commitment Decisions under Regulation 1/2003*, *European Competition Law Review*, 2003/8, p. 347, spéc. p. 350. V. aussi Emil Paulis et Céline Gauer, *La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité*, JTDE 2009/97.65, p. 63 qui estiment que ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant les juridictions communautaires, mais qu'ils seront limités dans la mesure où les parties les auront proposé elles-mêmes et où les moyens devraient être limités à des vices de procédure ou d'excès de pouvoir.

(33) L'existence théorique de décisions d'exemption ne peut être exclue, même si elles seront rares en pratiques, par exemple dans l'hypothèse d'évocation d'une affaire au terme de l'article 11(6) du règlement. V. *contra*, Stephen Blake, Céline Gauer, Lars Kjolbye, Dorothé Dalheimer, Eddy De Smijter, Dominik Schnichels et Maija Laurila, *Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004*, (2004) 2, *Competition Policy Newsletter*, 2004/

7 du règlement 773/2004 de la Commission relatif aux procédures de mise en œuvre des articles 81 et 82 doivent être considérées attaques, ainsi que le prévoit une jurisprudence constante (34). Enfin, peuvent encore faire l'objet d'un recours en annulation les décisions pour lesquelles le droit de recours devant le juge communautaire est expressément prévu par le règlement 1/2003, comme les demandes de renseignement par voie de décision (35), les inspections par voie de décision (36), ou les décisions fixant une amende ou une astreinte (37).

2. Les nouveaux actes prévus par le règlement 1/2003

C'est en revanche pour certains des « nouveaux actes » prévus par le règlement 1/2003 que la question du statut contentieux est la plus délicate. Certes, une partie de ces actes est mentionnée au chapitre III concernant les « décisions de la Commission ». Mais, cela n'écarte en rien la possibilité que le juge ne déclare irrecevables des recours en annulation de ces actes au motif qu'ils n'ont pas les caractéristiques d'actes attaques (38).

a) Décision d'évocation d'une affaire par la Commission – article 11(6) du règlement 1/2003

Dans l'ancien système du règlement 17/62, la Commission régnait sans partage sur la mise en œuvre des règles communautaires de concurrence. Ce système présentait pour avantage d'assurer une très grande uniformité dans l'application du droit européen de la concurrence. La réforme opérée par le règlement 1/2003 a entraîné un glissement du centre de gravité de la mise en œuvre des articles 81 et 82 vers l'échelon national. Pour prévenir le risque d'application non uniforme du droit de la concurrence, le législateur reconnut cependant

2.1, p. 5-6. Le pouvoir de décision de retrait d'une exemption par la Commission est quant à lui prévu par l'article 29(1) du règlement 1/2003, *supra* note 3.

(34) V. art. 7(2) du règlement 773/2004 de la Commission relatif aux procédures de mise en œuvre des articles 81 et 82, JOUE L 123, 27 avr. 2004, p. 18-24. V. CJCE, *SFEI c/ Commission*, *supra* note 14 et C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, p. 473.

(35) V. art. 18(1) du règlement 1/2003, le droit de recours étant expressément prévu à l'article 18(3).

(36) V. art. 20(1) du règlement 1/2003, le droit de recours étant expressément prévu à l'article 20(4). V. aussi pour les inspections de locaux non professionnels, l'article 21(1) et 21(3) qui prévoient des principes analogues.

(37) V. respectivement art. 23 et 24 du règlement 1/2003 qui donnent compétence à la Commission pour infliger amendes et astreintes. L'article 31 du règlement prévoit explicitement que les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge communautaire avec compétence de pleine juridiction. Une disposition analogue existait déjà dans le règlement 17/62 à l'article 17. V. règlement du Conseil 17/1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité, JOCE 13, 21 févr. 1962, p. 204-211. Il est intéressant de noter que le législateur reconferme par conséquent un principe dont le juge communautaire avait tempéré la portée dans l'affaire *Dalmine*, en refusant de reconnaître aux astreintes infligées afin de recueillir des informations, le caractère d'acte faisant grief. Une partie de la doctrine semble cependant estimer que le règlement 1/2003 ne change rien et que les décisions infligeant des astreintes ne constituent pas des actes attaques. V. C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, p. 476.

(38) V. nos obs. *supra* note 10. V. *contra* E. Paulis et C. Gauer, *supra* note 32, § 38, qui estiment que toutes les décisions adoptées par la Commission sont des actes au sens de l'article 249 du Traité.

à la Commission un pouvoir d'évocation des affaires traitées par les ANC (39). En vertu de l'article 11(6) du règlement 1/2003 :

« L'ouverture d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision ... dessaisit les autorités de concurrence des Etats membres pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité ».

La question du statut contentieux des décisions d'évocation prises par la Commission pourrait être sommairement traitée sur la base des principes jurisprudentiels précités. La jurisprudence *IBM*, qui exclut les décisions d'ouverture d'une procédure du champ des actes attaques au motif que ceux-ci sont des actes préparatoires à une décision finale, pourrait en effet être transposée telle quelle. Plusieurs raisons permettent toutefois de penser que les décisions d'évocation doivent faire l'objet d'un traitement particulier et être reconnues attaques au sens de l'article 230 TCE (40). Premièrement, la décision d'engager une procédure sur la base de l'article 11(6) est certes une décision préparatoire (à la procédure devant la Commission), mais elle est surtout une décision finale, qui clôt la phase d'examen en cours devant une autorité nationale. Elle pourrait donc, à ce titre, bénéficier de l'exception reconnue dans l'affaire *IBM* au motif qu'elle constituerait le terme ultime d'une procédure spéciale.

Deuxièmement, la mise en œuvre du pouvoir d'évocation produit incontestablement des effets juridiques obligatoires. Elle affecte tout d'abord juridiquement les Etats membres en neutralisant la compétence de l'ANC (41). Elle affecte ensuite juridiquement les entreprises concernées en les soumettant à une nouvelle procédure gouvernée par des règles distinctes. Les entreprises sont d'autant plus fortement affectées que la procédure nationale avait atteint un stade avancé. En effet, dans cette situation, la décision de la Commission peut anéantir une procédure nationale quasi définitive qui était *sur le point* de faire naître des effets de droit à charge des entreprises concernées (par exemple, si les entreprises avaient négocié des engagements, etc.).

Enfin, la cohérence du système général de concurrence milite en faveur de l'ouverture du recours en annulation contre les décisions de l'article 11(6). En effet, dans le cadre du contrôle des concentrations, l'article 9 du règlement 139/2004 relatif aux concentrations entre entreprises permet à la Commission de renvoyer tout ou partie d'une opération de concentration à une autorité natio-

(39) Plusieurs raisons permettaient de craindre que les diverses ANC n'appliqueraient pas le droit européen de façon uniforme. En premier lieu, il existe de considérables différences de ressources matérielles et humaines au sein des ANC. Ensuite, les ANC pourraient discriminer dans l'application des règles de concurrence entre entreprises domestiques et entreprises étrangères afin de satisfaire des objectifs protectionnistes. Enfin, les traditions juridiques (et politiques...) des Etats membres sont si différentes que le risque d'interprétation divergentes de concepts identiques avait été jugé élevé. V. Damien Geradin, *Competition between Rules and Rules of Competition : A Legal and Economic Analysis of the Proposed Modernization of the Enforcement of EC Competition Law*, *Columbia Journal of European Law*, 2002/9, 1-28.

(40) Cette question est évoquée, mais laissée sans réponse par C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, p. 476, note 51.

(41) V. Dominik Schnichels, *The Network of Competition Authorities : How Will it work in Practice?*, in D. Geradin (dir.), *supra* note 3, p. 119, qui estime qu'il s'agit d'une décision « drastique » ; V. aussi Andreas Weitbrecht, *The Network of Competition Authorities : How Will it work in Practice?* – Remarks from a practitioner in D. Geradin (dir.), *supra* note 3, p. 127 et M. Waelbroeck et A. Frignani, *supra* note 28, § 493.

nale (42). Ce mécanisme qui écarte la compétence d'une autorité au profit d'une autre située à un niveau différent n'est pas fort différent du mécanisme de l'article 11(6). Or, dans le cadre du contrôle des concentrations, le TPICE a jugé que la décision de renvoi affectait bien la situation juridique des parties à la concentration et pouvait par conséquent faire l'objet d'un recours en annulation (43).

****b) Lettres d'orientation – considérant 38 du préambule du règlement 1/2003**

L'abolition du système de notification ne permet plus aux entreprises qui s'interrogent sur la légalité des accords qu'elles concluent de clarifier leur situation juridique en les soumettant à l'examen de la Commission. Pour tempérer le degré d'insécurité juridique en résultant, le considérant 38 du préambule du règlement 1/2003 permet aux entreprises de solliciter de manière informelle les vues de la Commission au sujet d'une pratique (le mécanisme n'est pas limité aux accords) qui créerait des incertitudes dans l'application des règles de concurrence en raison de la nouveauté des problèmes qu'elle soulève et de l'absence de clarté du droit sur ces points (44). La Commission a précisé les circonstances dans lesquelles elle accepterait de répondre à de telles requêtes en adoptant une « communication relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles » (45). Elle semble, à cette occasion, avoir cherché à exclure la possibilité d'introduire un recours en annulation à l'encontre de ces lettres en précisant que les lettres d'orientation n'étaient pas des décisions de la Commis-

(42) V. art. 9 du règlement 139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24, 29 janv. 2004, p. 1-22.

(43) V. TPICE 3 avr. 2003, *Royal Philips Electronics c/ Commission*, aff. T-119/02, Rec. p. II-1433, § 281. On observera cependant que l'analogie n'est pas totale. Ainsi que le rappelle le TPICE, la décision de renvoi exclut d'une part l'application des règles communautaires à une opération et la soumet d'autre part au contrôle exclusif d'une autorité nationale de concurrence. A la différence de l'article 11(6) dont l'activation ne modifie pas les règles applicables (les articles 81 et 82), le jeu de l'article 9 du règlement concentrations entraîne un changement dans les règles de fond applicables aux parties, puisque les autorités nationales appliquent des législations nationales différentes de la législation communautaire. La modification des règles applicables par le renvoi de l'article 9, affecte donc incontestablement la situation juridique des parties. Cependant, on observera que le mécanisme de renvoi a été institué sur la base de l'idée que les législations nationales de contrôle des concentrations assurent un régime d'effectivité comparable à la législation européenne, et que, par conséquent, la solution est transposable à l'article 11(6). De plus, le renvoi affecte incontestablement la situation juridique des parties concernées puisque les règles procédurales changent.

(44) V. § 38 du préambule du règlement 1/2003 : « Offrir une sécurité juridique aux entreprises dont l'activité est soumise aux règles de concurrence communautaires contribue à promouvoir l'innovation et l'investissement. Lorsqu'une situation crée une incertitude réelle parce qu'elle soulève, pour l'application de ces règles, des questions nouvelles et non résolues, les entreprises concernées pourraient souhaiter demander à la Commission des orientations informelles. Le présent règlement ne préjuge pas de la possibilité pour la Commission de fournir de telles orientations ».

(45) V. communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du Traité, JOUE C 101, 27 avr. 2004, p. 78-80. Trois conditions doivent être réunies (i) que l'appréciation au fond d'un accord ou d'une pratique au regard des articles 81 et/ou 82 du Traité soulève une question d'application du droit nouvelle ; (ii) que la clarification de la question nouvelle au moyen d'une lettre d'orientation soit utile, notamment en raison de l'importance de ses conséquences économiques ; et (iii) qu'il soit possible d'envoyer la lettre sur la base des renseignements fournis, c'est-à-dire qu'aucune enquête supplémentaire ne soit nécessaire.

sion et qu'elles ne liaient ni les autorités nationales de concurrence ni les juridictions nationales (46).

Cette solution est justifiée pour autant que les lettres d'orientation ne dissimulent pas en réalité des textes de nature prescriptive imposant aux opérateurs économiques des obligations juridiques détaillées, à la manière d'un règlement ou d'une décision. Le cas échéant, les lettres devraient pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation au motif qu'elles font grief.

c) Mécanisme de réattribution d'un cas – article 13 du règlement 1/2003

En déclarant l'ensemble des ANC compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 TCE à toute pratique affectant le commerce entre États membres, le règlement 1/2003 porte le risque qu'une autorité qui s'est saisie d'une pratique (i) estime à un stade ultérieur qu'elle n'est pas *bien placée* pour agir car d'autres ANC (déjà saisies ou encore à saisir) sont *mieux placées* ou (ii) que d'autres autorités s'estiment elles-mêmes *mieux placées* pour agir. Afin d'éviter la multiplication de procédures parallèles dans le cadre d'une seule et même affaire, la Commission a défini dans une communication les principes régissant la réallocation des cas entre autorités (47). La réattribution d'une affaire doit se faire au commencement de la procédure (48). Dans la mesure où le règlement 1/2003 n'octroie aucun pouvoir de décision à la Commission en matière de réattribution, le mécanisme est mis en œuvre par des décisions des ANC. Conformément à l'article 13 du règlement 1/2003, l'ANC souhaitant transférer l'affaire doit prendre une décision de suspension ou de clôture de la procédure. Plusieurs auteurs ont suggéré que ces « décisions » de réattribution devaient pouvoir faire l'objet de recours (49).

En droit positif, l'article 230 TCE ne permet pas d'attaquer les décisions de réattribution prises par les ANC car seules les décisions des institutions communautaires tombent sous l'empire de cette disposition. Le recours en annulation du Traité CE devrait toutefois pouvoir être actionné dans l'hypothèse particulière où la Commission utiliserait le mécanisme d'évocation de l'article 11(6) afin de s'auto-réattribuer une affaire (50). La Commission semble pourtant avoir

(46) V. communication de la Commission relative à des orientations informelles *supra* note 45, § 25.

(47) V. communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOUE L 101/43, 27 avr. 2004. Le concept d'*autorité bien placée* permet de prévenir les situations de procédures multiples devant diverses ANC. Selon la Commission, une ANC est bien placée pour connaître d'une pratique restrictive lorsque trois conditions sont remplies. V. § 8-9.

(48) *Idem* § 18. En toute hypothèse, la réattribution doit avoir lieu dans les deux mois suivant le premier échange d'information prévu par l'article 11 du règlement : « Si des problèmes de réattribution d'affaires surviennent, il convient de les résoudre rapidement, en principe dans les deux mois suivant la date de la première information envoyée au réseau conformément à l'article 11 du règlement du Conseil. Durant ce délai, les autorités de concurrence s'efforcent de parvenir à un accord sur une éventuelle réattribution et, au besoin, sur les modalités d'une action parallèle... ».

(49) V. notamment les informations que rapportent E. Paulis et C. Gauer, *supra* note 32, § 74, ainsi que Laurence Idot, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, Cah. dr. eur. 2003.283, § 82.

(50) Dans sa communication précitée, la Commission semble en effet interpréter l'article 11(6) comme l'un des instruments de réattribution d'une affaire.

cherché à écarter cette possibilité en prévoyant au paragraphe 31 de sa communication que « l'attribution d'affaires ne conf[er]ait pas aux entreprises impliquées dans une infraction ou affectées par une infraction un droit individuel à voir l'affaire traitée par une autorité donnée » (51). On devine que la Commission estime qu'une décision de réattribution, qui prendrait la forme d'une évocation au sens de l'article 11(6), ne fait pas grief. Cette opinion est critiquable pour les raisons exposées précédemment (52).

d) Décisions de constatation d'inapplication

L'abolition du système de notification/exemption par le règlement 1/2003 aurait pu avoir pour effet de priver la Commission d'un instrument utile dans la mise au point de sa politique générale. Les décisions d'exemption individuelles publiées permettaient en effet souvent à cette dernière, de fixer, dans un secteur, les principes généraux applicables aux accords entre opérateurs (53). L'article 10 du règlement 1/2003 vise donc à maintenir cette possibilité en autorisant la Commission à adopter *ex officio* des décisions de constatation d'inapplication de l'article 81 ou de l'article 82 à certaines pratiques (54). En dépit de leur qualification formelle de décision, des doutes pourraient être émis quant à la force juridique des décisions de constatation d'inapplication. Tout d'abord, ces décisions ne mettent pas un terme à une procédure, puisque la Commission se saisit d'office et ne vise pas, *in concreto*, des entreprises déterminées (55). Par ailleurs, le règlement 1/2003 prévoit qu'il s'agit de décisions de nature « déclara-

(51) V. L. Idot, *supra* note 49, § 82.

(52) V. *supra* au point 1.2.2 a). En toute hypothèse, les décisions des ANC de suspendre ou de clôturer une procédure peuvent faire l'objet d'un recours devant les juridictions nationales compétentes, sous réserve que les règles de droit interne le permettent. V. A. Weitbrecht, *supra* note 41, p. 127. E. Paulis et C. Gauer ont toutefois contesté cette possibilité en observant que « la seule "décision" prise par les autres autorités est de s'abstenir d'agir et ainsi d'exclure ... une autre procédure. Ceci ne saurait faire grief à l'entreprise et ne peut donc constituer un acte attaquant ». V. E. Paulis et C. Gauer, *supra* note 32, § 74. Il est difficile de souscrire à cette opinion. Ainsi que l'ont mentionné de nombreuses parties consultées par la Commission avant l'adoption de la communication, une décision de réallocation engendre des coûts considérables pour les entreprises en matière, par exemple, de frais de traduction, de délais, etc. V. obs. soumises par Clifford Chance, à p. 11 ; Freshfields, Bruckhaus, Deringer, p. 6 ; Gide, Loyrette, Nouel, p. 2 ; Latham et Watkins, p. 10 disponibles à : [http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/procedural_rules/comments/]. Une telle décision affecte la position juridique des entreprises dans la mesure où les règles de droit national applicables devant les ANC divergent considérablement en matière de procédure ou de sanction. Il a été proposé que la question de la résolution des litiges relatifs à l'allocation des cas fasse l'objet d'un mécanisme de règlement des différends dans le cadre du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes. V. comm. de Cleary, Gottlieb, Steen et Hamilton, p. 5. La communication finale prévoit que le Comité consultatif peut être le lieu d'examen de l'attribution des affaires, dans l'hypothèse où la Commission entend faire utilisation de son pouvoir d'évocation après le délai initial d'attribution prévu dans la communication, c'est-à-dire deux mois. Il précise cependant que l'avis du Comité n'est qu'officieux. V. § 62 de la communication, *supra* note 47.

(53) Certains commentateurs rapportent que dans l'ancien système du règlement 17/62 la Commission avait, après avoir adopté des décisions d'exemption individuelles, conféré une valeur pédagogique à ses décisions en indiquant quelle ne délivrerait plus d'exemption individuelle à l'endroit de pratiques analogues. V. L. Idot, *supra* note 49, § 210.

(54) A la différence des lettres d'orientation qui sont demandées par des entreprises.

(55) Elles ne peuvent donc être attaquées sur le fondement de la jurisprudence *SFEI*, *supra* note 14.

ratoires » et donc, *a contrario*, non constitutives de droits (56). Enfin, elles ne font pas grief aux entreprises qui pourraient en bénéficier dans la mesure où elles constatent l'absence d'infraction (57).

Malgré ces réserves, il nous semble que ces décisions ont les caractéristiques d'actes attaquables et, en particulier, qu'elles font grief. Tout d'abord, de façon similaire à une décision d'exemption – même générale – prise sur la base de l'article 81(3) TCE, la déclaration d'inapplicabilité des dispositions du Traité produit des effets juridiques pouvant affecter les intérêts de concurrents des parties à la pratique visée par la décision (ou de consommateurs) (58). Les décisions de constatation d'inapplication font donc grief à certains opérateurs (59). Par ailleurs, les décisions de constatation d'inapplication s'imposent aux ANC et aux juridictions nationales des Etats membres dans la mesure où l'article 16 du règlement, qui enjoint à ces organes de ne pas prendre de décision contraire aux décisions de la Commission, ne trace pas de distinction entre les divers types de décisions (60). Pour ces raisons, la possibilité d'un appel au fond des décisions de constatation d'inapplication doit être conservée.

e) Décisions négatives de refus d'adoption de mesures provisoires

Le règlement 17/62 ne prévoyait pas explicitement la possibilité pour la Commission d'adopter des mesures provisoires. Au terme d'une interprétation extensive de son article 3, la CJCE avait cependant reconnu à la Commission, dans son ordonnance *Camera Care*, le pouvoir d'accorder ce type de mesures (61). En pratique, les mesures provisoires furent généralement adoptées sur requêtes d'entreprises plutôt que par la Commission de sa propre initiative (62). La Cour

(56) Un acte est dit constitutif lorsqu'il fait naître un nouvel état de droit. V. Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 3^e éd. 2002. Un acte est à l'inverse déclaratoire lorsqu'il se contente de reconnaître une situation de droit ou de fait.

(57) Dans le cadre de l'article 81, soit les conditions du paragraphe 1 ne sont pas remplies, soit les conditions du paragraphe 3 sont remplies. Dans le cadre de l'article 82, les conditions d'application ne sont pas remplies. V. L. Idot, *supra* note 49, § 212.

(58) La jurisprudence avait reconnu que les décisions d'exemption pouvaient être attaquées sur la base de l'article 230 par les entreprises concurrentes à l'accord en cause. Certains auteurs les qualifient mêmes de « décisions positives », à la façon des anciennes décisions d'exemption, que les concurrents étaient admis à contester. V. E. Paulis et C. Gauer, *supra* note 32, § 35.

(59) V. art. 10 du règlement 1/2003 qui reprend les hypothèses dans lesquelles les lettres de classement étaient attribuées en les formalisant sous la forme de décisions. V. L. Idot, *supra* note 49, § 212.

(60) *Idem* § 213.

(61) V. CJCE ord. du 17 janv. 1980, *Camera Care c/ Commission*, aff. 792/79, Rec. p. 119, § 18 : « La Commission doit pouvoir prendre aussi, dans le cadre du contrôle que lui confie, en matière de concurrence, le Traité et le règlement 17, des dispositions conservatoires, dans la mesure où celles-ci pourraient paraître indispensables en vue d'éviter que l'exercice du droit de décision prévu par l'article 3 ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire, en raison de l'action de certaines entreprises. Les compétences que la Commission tient de l'article 3, § 1, du règlement 17, comprennent, dès lors, celle de prendre les dispositions provisoires indispensables pour lui permettre d'exercer de manière efficace ses fonctions et, en particulier, pour garantir l'effet utile des décisions éventuelles visant à obliger les entreprises à mettre fin aux infractions constatées ».

(62) V. pour un célèbre exemple, décis. de la Commission du 3 juill. 2001, COMP D3/38. 044, *NDC Health/TMS Health*.

admit par la suite que l'octroi ou le refus par la Commission d'accorder des mesures provisoires pouvaient faire l'objet d'un recours en annulation (63).

Le pouvoir reconnu par la CJCE à la Commission a été inséré à l'article 8 du règlement 1/2003. La formulation de cette disposition s'écarte toutefois sensiblement des principes dégagés par la jurisprudence. Aux termes du règlement, « la Commission *agissant d'office*, peut, par voie de décision ... ordonner des mesures provisoires » (soulignement ajouté). En retenant l'action *ex officio* de la Commission comme seul cas d'octroi de mesures provisoires, l'article 8 sous-entend que les plaignants n'ont aucun droit à l'octroi de mesures provisoires. Cependant, en pratique, il est fort probable que les plaignants continueront à demander l'octroi de mesures provisoires à la Commission (64). Ainsi que l'observent Kerse et Khan, la formulation de l'article 8 vise donc principalement à garantir une immunité contentieuse à la Commission en cas de refus d'octroi de mesures provisoires (65). Ce refus ne peut en effet pas affecter la situation juridique des entreprises qui en demandent l'octroi dans la mesure où celles-ci ne peuvent se prévaloir d'un tel droit (66).

La formulation retenue par le Conseil est critiquable. La Cour a toujours estimé que l'adoption de mesures provisoires s'imposait dans l'hypothèse d'un « préjudice grave et irréparable pour la concurrence » (67). Or, il est constant en jurisprudence que cette condition couvre le préjudice infligé par une pratique anticoncurrentielle à certains opérateurs économiques (68). Le juge communautaire admet donc que les mesures provisoires s'adressent en premier ordre aux opérateurs économiques victimes d'une telle pratique. Un réel droit aux mesures provisoires, de nature prétorienne, semble par conséquent être reconnu aux opérateurs économiques pour autant que les conditions fixées par la Cour soient remplies. Le refus d'accéder à ce droit affecte directement leur situation juridique et fait donc grief au sens de l'article 230 TCE (69).

(63) Pour un cas d'octroi V. par ex. ord. du président du Tribunal du 26 oct. 2001, *IMS Health Inc. c/ Commission*, aff. T-184/01, Rec. p. II-3193. Pour un cas de refus, V. TPICE 24 janv. 1992, *La Cinq c/ Commission*, aff. T-44/90, Rec. p. II-1.

(64) *Idem*. Que la Commission rejettera conformément aux positions arrêtées dans ses communications. À défaut de rejet, si la Commission n'agit pas, son abstention pourra faire l'objet d'un recours en carence.

(65) V. C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, § 6.032.

(66) Principe auquel la Commission souscrit entièrement dans sa communication relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 TCE, JOUE C 101, 27 avr. 2004, p. 65-77, § 80 : « Il ressort clairement de l'article 8 du règlement 1/2003 qu'un plaignant ne peut pas demander des mesures provisoires au titre de l'article 7, § 2, du règlement 1/2003 ». Cette codification a été immédiatement interprétée, en doctrine, comme visant à « réserver l'arme des mesures provisoires » à la Commission seule, les plaignants pouvant toujours s'adresser aux juridictions nationales pour en obtenir l'octroi. V. L. Idot, *supra* note 49, § 204. Van Bael et Bellis, *supra* note 8, § 10.17, p. 1100.

(67) En sus de la preuve d'un *fumus boni juris*, c'est-à-dire un constat *prima facie* d'infraction. V. art. 8 du règlement 1/2003.

(68) V. ord. du président de la Cour du 29 sept. 1982, *Ford c/ Commission*, aff. 228/82 R et 229/82 R, Rec. p. 3091.

(69) V. L. Ritter et D. Braun qui atteignent la même conclusion, sans en expliciter les raisons. La question de savoir s'il s'agit d'actes préparatoires et non définitifs peut être soulevée. La jurisprudence semble en toute hypothèse y voir des actes définitifs, *supra* note 16, p. 1154.

f) Observations finales sur les actes attaquables

L'examen qui précède montre que le statut contentieux de certains actes n'est pas clair (70). Cette situation n'est pas satisfaisante. Les opérateurs et consommateurs, qui, croyant faire face à une illégalité, envisageraient l'introduction d'un recours juridictionnel pourraient cependant en être dissuadés par le risque que leurs prétentions ne fassent pas l'objet d'un examen au fond et soient déclarées irrecevables dès l'abord. À l'inverse, le manque de clarté pourrait profiter à la Commission qui agit à l'écart du spectre d'une annulation de ses décisions. Dans ce contexte, l'exigence d'une protection juridictionnelle adéquate plaide pour une clarification du statut contentieux des actes adoptés par la Commission dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.

La question de savoir dans quel sens cette clarification doit aller, en d'autres termes de l'opportunité d'une extension de la gamme des actes attaquables, est ouverte. La Commission se montre généralement en faveur d'une interprétation restrictive de la notion d'acte attaquant tandis que les praticiens y préfèrent une approche plus extensive. Au soutien de l'approche restrictive, on pourrait avancer la nécessité de ne pas paralyser l'action des institutions, en particulier lorsque des problèmes de nature économique sont en cause (71). On pourrait, en outre, arguer du fait que le juge communautaire, en sa qualité de juge généraliste, n'est pas en mesure de procéder à un contrôle juridictionnel adéquat des actes pris dans le domaine du droit de la concurrence.

Ces justifications ne sont pas convaincantes. Plusieurs raisons nous semblent, au contraire, plaider pour une interprétation extensive de la notion d'acte attaquant. En premier lieu, un risque réel d'arbitraire existe si la Commission européenne, dans le cadre des pouvoirs qu'elle tire du règlement, n'est pas soumise à un contrôle juridictionnel étendu. Ce risque d'arbitraire, qui a très souvent été critiqué en raison du cumul des fonctions d'instruction et de décision au sein de la Commission, pourrait être accentué par l'application d'une interprétation restrictive de la notion d'acte attaquant aux nouveaux actes du règlement 1/2003. En deuxième lieu, les justifications avancées au soutien d'une interprétation restrictive ne sont pas fondées. Tout d'abord, le risque d'entrave à l'action de la Commission est nul car le Traité prévoit à l'article 242 TCE que l'introduction d'un recours en annulation n'empêche pas effet suspensif. Enfin, le juge communautaire (et en particulier le TPICE) a démontré sa capacité à examiner des questions économiques complexes, comme par exemple dans les affaires *Gencor*, *Airtours* ou *Tetra Laval*.

(70) En dehors des cas examinés plus haut, les autres actes adoptés par la Commission européenne ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation car ils ne font pas grief ou sont simplement des actes préparatoires. Ainsi en va-t-il, par exemple, des mesures par lesquelles la Commission transmet des documents aux autorités nationales de concurrence aux termes des articles 11(2) et 12 du règlement 1/2003 (certains estiment cependant que ces actes sont attaquant). V. sur ce point, C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, p. 476. V. art. 11(2) et 12 du règlement 1/2003, des requêtes tendant à recueillir des déclarations sur les locaux d'une entreprise (V. art. 19 du règlement 1/2003, *supra* note 3) ou de l'ouverture d'une enquête sectorielle (V. art. 17 du règlement 1/2003, *supra* note 3).

(71) V. par analogie, D. Simon, *supra* note 6, § 415.

II. — LES TITULAIRES DE LA « QUALITÉ POUR AGIR » EN ANNULATION

Les titulaires du droit d'ester en annulation sont définis à l'article 230 TCE. Le Traité distingue deux types de requérants potentiels. On trouve en premier lieu les requérants dits « privilégiés », c'est-à-dire les institutions de l'Union et les Etats membres, qui peuvent agir en annulation contre tout acte (normatif ou individuel) sans devoir apporter la preuve d'une *qualité spécifique pour agir* (72). On trouve en deuxième lieu, les requérants dits « individuels », c'est-à-dire les personnes physiques et morales. La qualité pour agir d'un requérant individuel à l'encontre d'un acte dont il est destinataire est présumée (73). En revanche, un requérant individuel n'aura qualité pour agir contre un acte dont il n'est pas destinataire (une décision adressée à un tiers ou un acte à caractère général) que s'il prouve être « *directement et individuellement* concerné » par l'acte en cause (74).

Cette dernière condition a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle restrictive qui a généralement conduit la Cour à refuser l'accès au prétoire des requérants individuels souhaitant contester des décisions ne leur étant pas adressées ou des actes à caractère général (75). Le contentieux de la concurrence est cependant connu pour être l'un des rares domaines où la rigueur du test jurisprudentiel a été assouplie (76). La qualité pour agir des requérants individuels contre des décisions dont ils ne sont destinataires est ainsi très largement admise (A). La jurisprudence reste en revanche excessivement stricte en matière d'actes à caractère général (B).

A. — Décisions dont le requérant n'est pas le destinataire

Un requérant souhaitant introduire un recours en annulation contre une décision dont il n'est pas destinataire doit prouver être d'une part *directement* et d'autre part *individuellement* concerné par celle-ci. La première de ces conditions (directement concerné) exige de prouver que l'acte produit en lui-même des effets immédiats sur la situation juridique du particulier, sans que l'intervention ultérieure d'une autorité nationale ou communautaire ne soit nécessaire (77). Les règles de concurrence étant mises en œuvre *via* l'adoption de décisions exécutoires, il est généralement admis que les tiers sont directement concernés par une décision de la Commission.

(72) V. D. Simon, *supra* note 6, § 416 et § 419. Le Parlement européen, la Cour des comptes et la BCE doivent cependant prouver l'existence d'un intérêt institutionnel pour agir, c'est-à-dire tendant à la sauvegarde de leurs prérogatives.

(73) Réserveons cependant, l'hypothèse de décisions positives (décision d'exemption, attestation négative ou lettre de classement) qui ne peuvent pas être attaquées par leurs destinataires (aff. T-138/89 et T-125/97 et D. Simon, § 422).

(74) V. art. 230 TCE.

(75) De nombreux auteurs ont critiqué le caractère éminemment restrictif de la jurisprudence de la Cour. V. notamment, G. Vandersanden, *infra* note 91 ou D. Waelbroeck, *infra* note 106.

(76) V. D. Simon, *supra* note 6, § 428.

(77) V. CJCE 5 mai 1998, *Société Louis Dreyfus & Cie c/ Commission*, aff. C-386/96 P, Rec. p. I-2309, § 43.

La seconde condition (individuellement concerné) impose au requérant de prouver que la décision l'atteint « en raison de certaines qualités qui [lui] sont particulières ou d'une situation de fait qui [le] caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait [l']individualise de manière analogue à celle du destinataire » (78). En droit de la concurrence, cette exigence est appréciée avec souplesse. La participation active des tiers au sein de la procédure administrative permet généralement de *présumer* que ceux-ci sont directement et individuellement concernés par la décision adoptée à son terme. Plus encore, dans certaines affaires, la Cour n'a pas exigé que la requérante ait participé de façon effective à la procédure (79). Elle a estimé qu'il suffisait, pour être individuellement concerné, que les textes régissant la procédure administrative aient prévu que le requérant avait la possibilité d'intervenir en qualité de plaignant (80), ou d'être simplement entendu afin de déposer des observations (81).

Dans la mesure où les textes régissant la procédure en droit des ententes et de l'abus de position dominante (82), ou en contrôle des concentrations (83), ouvrent très largement l'intervention dans une procédure par une référence indéfinie à

(78) CJCE 15 juill. 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, Rec. p. 305. Cette condition a fait l'objet de lourdes critiques doctrinales.

(79) V. TPICE 11 juill. 1996, *Métropole télévision SA, Reti Televisive Italiane SpA, Gestevisión Telecinco SA et Antena 3 de Televisión c/ Commission*, aff. jtes T-528/93, T-542/93, T-543/93 et T-546/93, Rec. p. II-649, § 62 ; TPICE 27 avr. 1995, *CE de la Société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, Rec. p. II-1213, § 35 et 36.

(80) V. le principe posé dans l'affaire *Metro*, CJCE 25 oct. 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. 26-76, Rec. p. 1875, § 13 : « Qu'il est de l'intérêt à la fois d'une bonne justice et d'une exacte application des articles 85 et 86 que les personnes physiques ou morales qui sont, en vertu de l'article 3, § 2, b) du règlement 17, habilitées à demander à la Commission de constater une infraction aux dits articles 85 et 86, puissent, s'il n'est pas fait droit, en tout ou en partie, à leur demande, disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes ».

(81) V. par ex. la possibilité d'entendre les organisations représentatives des travailleurs prévue à l'article 18(4) du règlement concentrations 4064/89, TPICE 27 avr. 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, Rec. p. II-1213. Plus loin, même une participation de fait permettra, en toute hypothèse, de donner qualité à agir. V. CJCE 22 oct. 1986, dite *Metro II*, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. 75/84, Rec. p. 3021, § 22-23.

(82) V. par ex. art. 27(3) et (4) du règlement 1/2003, *supra* note 3 qui prévoit : « ... Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande ... Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs observations... ». V. art. 13(1) du règlement 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 TCE, JOUE L 123, 27 avr. 2004, p. 18-24 : « Si des personnes physiques ou morales autres que celles qui sont visées aux articles 5 et 11 demandent à être entendues et justifient d'un intérêt suffisant, la Commission ... leur donne la possibilité de faire connaître leur point de vue ... ».

(83) V. art. 18 du règlement 139/2004, *supra* note 3 et art. 11 du règlement 802/2004 de la Commission du 7 avr. 2004 concernant la mise en œuvre du règlement 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 133, 30 avr. 2004, p. 1-39 : « Le droit à être entendu ... est ouvert aux parties et tiers définis comme suit : a) les parties notifiantes... ; les autres parties intéressées, ..., par exemple le vendeur ou l'entreprise qui est la cible de l'opération ; c) les tiers, à savoir les personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant, notamment les clients, fournisseurs et concurrents ..., ce qui est le cas notamment - des membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées et des représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises, - des associations de consommateurs, ..., d) les parties à l'encontre desquelles la Commission a l'intention de prendre une décision fondée sur l'article 14 ou l'article 15 du règlement 139/2004 ».

naires puisse être considéré comme directement et individuellement concerné par ce dernier » (95).

Ces solutions doivent être approuvées quant aux résultats qu'elles permettent d'atteindre. Il aurait été cependant plus simple mais aussi plus rigoureux juridiquement de refuser l'accès au prétoire des requérants en s'appuyant sur la condition d'intérêt à agir. La Cour et le Tribunal gagneraient donc à faire examen systématique de la condition d'intérêt à agir sur le fondement des règles de concurrence, plutôt que de s'appuyer sur les concepts d'affectation individuelle et directe prévus au Traité. C'est sur cette voie que s'est historiquement engagée la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* en exigeant la preuve d'une *antitrust injury* (96).

D'un point de vue de politique publique, le simple fait qu'un particulier ait un intérêt à agir ne signifie cependant pas qu'il est souhaitable qu'il agisse. Ainsi que l'ont dénoncé plusieurs illustres auteurs américains de l'Ecole de Chicago, les concurrents (dont l'intérêt à agir est souvent présumé) utiliseraient de façon croissante les voies de recours offertes par le droit antitrust américain pour éliminer la concurrence (97). Des opérateurs peuvent en effet chercher à invoquer des violations du droit de la concurrence pour neutraliser les efficacités résultant de l'opération de fusion d'entreprises concurrentes ou pour se protéger de comportements concurrentiels de prix agressifs (98). Cette problématique a évidemment une portée particulière en droit américain, dans la mesure où l'action judiciaire privée est le premier instrument de mise en œuvre des règles de concurrence.

Dans la Communauté européenne, la question des recours en annulation introduits par des concurrents présente également de l'intérêt dans la mesure où une ouverture trop grande des conditions de recevabilité du recours en annulation permettrait à des opérateurs de porter atteinte à leur concurrents en contestant, par exemple, une décision par laquelle la Commission approuve une concentration qui génère de substantielles efficacités, ou rejette une plainte introduite à l'encontre de comportements agressifs parfaitement licites. La jurisprudence semble avoir pris la mesure de cette difficulté en s'appuyant sur les conditions d'affectation directe et individuelle. Elle a ainsi posé le principe que le simple fait d'être dans un rapport de concurrence avec le destinataire de l'acte ne suffit pas à donner qualité pour agir (99). Cependant, de nombreux

(95) *Idem*, § 34. Le TPICE limita l'accès au prétoire des actionnaires à des « circonstances spécifiques » qu'il ne prit pas soin de définir plus précisément. Ce jugement fut frappé d'appel devant la Cour de Justice. V. CJCE aff. C-480/93, *Zunis Holding et autres c/ Commission*. L'avocat général exprima son désaccord avec le TPICE sur la question de l'affectation directe. En revanche, il estima que les requérants n'étaient pas individuellement concernés dans la mesure où le nombre d'actionnaires au sein de Generali était extrêmement important. La CJCE ne répondit pas sous cet angle, se contentant de relever que l'acte n'était pas attaquant dans la mesure où il n'était que purement confirmatif.

(96) V. US Supreme Court, 429, U.S. 477, 1977, p. 489.

(97) Notamment Richard Posner, Frank Easterbrook, William Baumol et Janusz Ordover, cités par Edward A. Snyder et Thomas E. Kauper, *Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor's Plaintiff*, Michigan Law Review, 1991/3.551.

(98) *Idem*.

(99) V. CJCE 10 déc. 1969, *Società « Eridania » Zuccherifici Nazionali et autres c/ Commission*, aff. jtes 10 et 18-68, Rec. p. 459.

arrêts rendus par la Cour de justice à un stade ultérieur montrent qu'en pratique les concurrents sont très largement admis à introduire un recours en annulation (100).

Malgré les risques énoncés plus haut, il ne nous semble pas opportun de restreindre plus l'accès au prétoire des entreprises concurrentes. En effet, à la différence des recours introduits par les associations syndicales ou des actionnaires minoritaires dont les objectifs sont manifestement abusifs, la question de savoir si le recours d'un concurrent est ou n'est pas abusif impliquerait d'examiner, au stade de la recevabilité, des questions de fond visant à déterminer si, par exemple, une politique agressive de prix est le simple résultat d'une efficience économique plus grande, ou au contraire, d'une stratégie anticoncurrentielle de prédation. En somme, cela mènerait à confondre la question du bien fondé des prétentions de la requérante avec la question de sa recevabilité. Il est donc préférable de maintenir un accès assez large des concurrents à l'introduction d'un recours en annulation.

B. — Actes à caractère général

La *ratio legis* de l'article 230 TCE est d'exclure toute possibilité, pour un requérant individuel, d'introduire un recours en annulation à l'encontre d'un acte à caractère général, à moins que cet acte ne soit un règlement dissimulant une décision (101). Le caractère restrictif de ce principe repose sur l'idée qu'il n'est pas opportun, pour des raisons de politique publique, que l'activité normative soit entravée par les recours de particuliers (102). Par ailleurs, la CJCE a jugé cette limitation raisonnable dans la mesure où les particuliers peuvent toujours contester l'illégalité d'un règlement en excipant de son illégalité de façon incidente sur la base de l'article 241 TCE, ou en soulevant une question préjudicielle devant une juridiction nationale *via* le mécanisme de l'article 234 TCE (103).

De nombreux auteurs se sont inquiétés du fait que la restriction de la qualité à agir des requérants individuels à l'encontre d'actes à caractère général pourrait aboutir à un niveau de protection juridictionnelle inefficace pour ces derniers (104). Bien qu'en pratique, la production réglementaire en droit de la con-

(100) En raison du fait qu'ils ont fréquemment le statut de plaignant devant la Commission.

(101) La jurisprudence a étendu cette exception à la contestation de directives. V. CJCE 23 nov. 1995, *Asocarne*, aff. C-10/95, Rec. p. I-4149, Mais la contestation de directives pose des problèmes sous l'angle de l'affectation « directe » dans la mesure où celles-ci ne jouissent pas de l'effet direct horizontal. V. D. Simon, *supra* note 6 à note 4, p. 530-531.

(102) V. Chris Harding, *The Private Interest in Challenging Community Action*, European Law Review, 1992/5.354.

(103) V. CJCE 25 juill. 2002, *Union de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, aff. 50/00 P, Rec. p. I-6677.

(104) La mise en œuvre de l'article 234 ou de l'article 241 exige, pour le requérant, d'enfreindre l'acte à caractère général avant de pouvoir en invoquer l'illégalité. Il y aurait là une situation choquante et immorale. Par ailleurs, aucun droit administratif national n'est aussi restrictif. De plus, ces restrictions seraient incompatibles avec l'article 6(1) de la Conv. EDH. Enfin, cela serait paradoxal avec l'objectif de promotion des droits du citoyen européen consacré par le Traité de Maastricht. V. notamment, Denis Waelbroeck, *Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier - Trois pas en avant, deux pas en arrière*, Cah. dr. eur. 2002/1-2.3 ; G. Vandersanden, *supra* note 92 ; Denis Waelbroeck et Anne Michèle Verheyden, *Les con-*

currence soit limitée, il nous semble que des critiques analogues peuvent être formulées dans ce domaine. En effet, la dernière décennie a vu la prolifération, à l'initiative de la Commission, d'actes à caractère général dits de *soft law* qui prennent la forme de communications ou de lignes directrices. Ces actes ne se bornent pas toujours à codifier la pratique décisionnelle de la Commission et énoncent parfois des principes juridiques nouveaux (105). La Commission semble d'ailleurs y voir de réels instruments à force obligatoire (106).

La jurisprudence a certes reconnu dans l'affaire *France c/ Commission* que des communications sont attaquables lorsqu'elles visent à produire des effets juridiques en ajoutant, par exemple, à l'état du droit positif (107). Cependant, le recours contre ces actes n'est ouvert qu'aux seuls requérants privilégiés. En vertu d'une jurisprudence constante, les requérants particuliers ne sont pas susceptibles d'être affectés « individuellement » par un acte de portée générale que ne vise pas des destinataires déterminés. Cette situation nous semble critiquable pour plusieurs raisons. Premièrement, mis à part le domaine des aides d'Etat, les communications prises dans le domaine du droit de la concurrence s'adressent exclusivement aux opérateurs économiques dont les comportements sont visés aux articles 81 et 82 TCE ou par le règlement concentrations. L'hypothèse de recours des Etats membres ou autres institutions européennes à l'encontre de ces actes est donc improbable. Il existe dès lors un risque que ces communications soient, *de facto*, soustraites au contrôle de légalité du juge communautaire.

Deuxièmement, les limites posées par le Traité apparaissent singulièrement plus strictes que celles imposées par les règles gouvernant les recours en annulation d'actes de l'administration en droit interne. Le droit administratif français reconnaît ainsi au justiciable la possibilité d'attaquer tout acte de l'administration faisant grief, en ce compris les actes de caractère général (108). Le justiciable doit seulement prouver y avoir un intérêt personnel et suffisant (109). Une bonne illustration est fournie par le droit fiscal où le recours « pour excès

ditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires : à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme, Cah. dr. eur. 1995/3-4. 399 ; Anthony Arnall, Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of the EC Treaty, CMLR 1995.7.

(105) V. Ian Forrester, Modernisation : an extension of the powers of the Commission ?, in D. Geradin (dir.) *supra* note 3, p. 87-88. V. par ex. les seuils assez bas fixés par les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, JOUE C 101, 27 avr. 2004, p. 81-96, § 52-53 qui posent une double présomption négative et positive d'affectation du commerce et étendent ainsi le champ d'application du droit communautaire de la concurrence. V. aussi nos obs. *infra* note 111.

(106) *Idem*.

(107) V. CJCE aff. C-325/91, *France c/ Commission*, *supra* note 18. La nature formellement non obligatoire de ces actes n'a pas pour effet de les exclure du champ de l'article 230 TCE.

(108) V. pour un exemple célèbre, CE 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*. Les actes dits circulaires qui ajoutent à la réglementation en vigueur soit par l'énoncé d'une règle générale et impérative, soit par la mise en place de procédures ou de conditions de fond non exigées par les textes en vigueur et qui s'imposent aux administrés, soit par une interprétation contraire au droit en vigueur sont considérés comme faisant grief et donc susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

(109) V. Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, 17^e éd. Dalloz, 1998 ; Paul Lewalle, *Contentieux Administratif*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1997, § 293.

de pouvoir » permet aux particuliers de contester la légalité de simples circulaires de l'administration fiscale. En principe, ces circulaires doivent se limiter à interpréter la règle fiscale. Cependant, en pratique, les autorités publiques transgressent allègrement ce principe en adoptant des circulaires à caractère réglementaire qui ajoutent à la réglementation fiscale en prévoyant, par exemple, des conditions d'assujettissement non prévues par les textes de base. Les principes du droit administratif des Etats membres de l'Union européenne plaident donc pour une ouverture du recours en annulation des particuliers à l'encontre d'actes à caractère général (110).

Troisièmement, l'immunité contentieuse potentielle des communications est d'autant plus choquante que le Traité ne donne pas à la Commission compétence pour définir de nouvelles normes juridiques générales par voie de communication. Elle devient inacceptable quand la Commission utilise cet instrument pour modifier les principes d'application des règles du Traité. De telles dérives ont été relevées dans les six communications adoptées par la Commission après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 (111).

Enfin, ainsi que l'ont observé certains, il existe un paradoxe à reconnaître d'une part que les parties intéressées (*stakeholders*), le plus souvent entreprises et consommateurs, sont affectées par les textes projetés et doivent donc être consultées lors de leur élaboration, et, d'autre part, objecter au fait que ces mêmes parties soient directement et individuellement concernées par ces textes lors de l'action contentieuse (112).

Ces divers arguments ont reçu bon accueil auprès des rédacteurs du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. L'article III-365(4) qui pourrait remplacer l'article 230(4) actuel TCE prévoit :

« Toute personne physique ou morale peut former ... un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou 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 ».

La nouvelle formulation proposée par le Traité constitutionnel permettrait à tout requérant particulier de demander l'annulation d'un acte à portée générale sans prouver qu'il le concerne individuellement. Dans le domaine du droit de la concurrence, les opérateurs économiques pourraient ainsi contester la légalité

(110) Cette tendance semble en effet commune à une grande majorité des Etats membres de l'UE. V. D. Waelbroeck et M.A. Verheyden, *supra* note 104, p. 425.

(111) On y trouve de multiples élargissements, omissions ou violations des principes établis en jurisprudence et en droit dérivé. V. notamment, Ian Forrester, *supra* note 105. V. également, la recension complète effectuée par Frank Montag and Thomas Janssens, Article 81(3) in the Context of Modernisation - A Lawyer's View, in D. Geradin (dir.), *supra* note 3. Ceux-ci prennent pour exemple le cas des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du Traité qui posent le principe qu'un accord restreignant la concurrence ne peut bénéficier d'une exemption que si les effets pro-concurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, dépassant le standard jurisprudentiel qui exigeait simplement une compensation. V. le standard prévu par les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du Traité, JOUE C 101, 27 avr. 2004, p. 97-118, § 11 et 33 et celui - différent - retenu dans CJCE 13 juill. 1966, *Etablissements Consten S.à.R.L. et Gründig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, aff. jtes 56 et 58-64, Rec. p. 429.

(112) V. Paul Craig and Grainne de Burca, *EU Law - Text, Cases and Materials*, 3^e éd. Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 516.

des communications et lignes directrices adoptées par la Commission devant le TPICE. De surcroît, il deviendrait possible de contester certains types de décisions créées par le règlement 1/2003, comme par exemple les décisions en constatation d'inapplication, qui peuvent être analysées comme des décisions de portée générale dans la mesure où elles ne sont pas prises dans le cadre de procédures individuelles mais d'office, par la Commission, pour clarifier les principes applicables à un secteur dans son ensemble.

III. — LES MODALITÉS DU RECOURS EN ANNULATION

Les réformes issues de la modernisation n'ont pas affecté les règles gouvernant les modalités des recours en annulation, qui suivent des principes transversaux applicables à l'ensemble des matières relevant du droit européen. Il est toutefois utile de rappeler les principes fondamentaux applicables à l'introduction des recours (A) ainsi qu'à leur contenu (B).

A. — L'introduction des recours

Le recours doit être introduit dans les deux mois suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour auquel il en a eu connaissance (113). Il peut être introduit dans toute langue officielle de la Communauté. Le requérant doit être représenté par un avocat habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen (114). Toute personne justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige soumis à la Cour, peut intervenir dans un litige porté devant elle (115). Cette possibilité a été fréquemment utilisée dans le contentieux de la concurrence par les parties concurrentes au destinataire d'une décision (116), les associations interprofessionnelles d'entreprises (117), les associations de clients et utilisateurs (118), ou de consommateurs (119), les représentants des travailleurs *via* leur comité d'entreprise (120), la Commission consultative des barreaux de la Communauté européenne (121), etc.

Au terme de l'article 242 TCE, l'introduction d'un recours en annulation ne produit pas d'effets suspensifs. Une soupape de sécurité est cependant aména-

- (113) V. art. 230(5) TCE. Des délais additionnels de distance sont accordés aux requérants en fonction de l'étendue de leur éloignement géographique.
- (114) V. art. 19 du statut de la Cour de justice.
- (115) V. art. 40 du statut de la Cour de justice.
- (116) TPICE 17 déc. 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99 ; TPICE 23 oct. 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c/ Commission*, aff. T-65/98.
- (117) CJCE 6 janv. 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV c/ Commission*, aff. C-2/01 P et C-3/01 P, non encore publié.
- (118) V. TPICE 30 sept. 2003, *Atlantic Container Line AB c/ Commission*, aff. T-191/98.
- (119) V. TPICE Bureau européen des unions des consommateurs et National Consumer Council *c/ Commission*, *supra* note 85.
- (120) V. TPICE 22 oct. 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission*, *infra* note 146.
- (121) V. CJCE 18 mai 1982, *AM&S Europe Limited c/ Commission*, aff. 155/79, Rec. p. 1575.

gée par le Traité qui permet au juge communautaire d'ordonner le sursis à exécution de l'acte attaqué ou des mesures provisoires. Le sursis à exécution ne porte pas nécessairement sur l'ensemble de l'acte contesté mais peut être limité à certains aspects, comme par exemple les engagements souscrits par les parties à une opération de concentration (122).

B. — Le contenu du recours

Le recours en annulation doit faire mention de l'ensemble des points de droit et de fait que la partie requérante souhaite invoquer (123). Le recours initial « lie le contentieux », c'est-à-dire qu'il n'est plus possible de soulever de nouveaux arguments en cours d'instance, à moins que des points de fait ou de droit nouveaux soient apparus au cours de la procédure écrite (124).

L'article 230(2) TCE prescrit quatre « moyens d'annulation » ou « cas d'ouverture », c'est-à-dire quatre formes d'illégalité dont la constatation par le juge entraîne annulation de l'acte attaqué : « incompétence, violation des formes substantielles, violation du ... Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir » (125). Cette classification, qui trouve son origine en droit administratif français, est parfois critiquée en raison du manque d'étanchéité de chacun des cas d'ouverture (126). Ainsi, par exemple, le grief de défaut ou d'insuffisance de motivation d'une décision de la Commission constitue à la fois une violation des formes substantielles mais aussi une violation du Traité, dans la mesure où l'article 253 TCE impose à la Commission de motiver ses décisions. La classification opérée par le Traité reste cependant utile car, outre son caractère illustratif, les divers cas d'ouverture du recours en annulation produisent des effets juridiques distincts. On distingue classiquement les moyens d'annulation dits de légalité externes qui sont d'ordre public (1) des moyens d'annulation de légalité interne, qui ne le sont pas (2).

1. Les moyens d'annulation d'ordre public – la légalité externe

L'incompétence est le premier moyen de légalité externe. Il s'agit du vice qui entache un acte car l'institution qui l'a adopté n'avait pas le pouvoir légal de le prendre (127). Ce moyen est d'ordre public. Le juge communautaire peut donc le relever lui-même, même si les parties n'en ont pas fait état au sein de leur requête. En droit de la concurrence, le vice d'incompétence n'a été que rarement

- (122) V. art. 242 et 243 TCE. V. par ex TPICE 15 juin 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique c/ Commission*, aff. T-88/94 R., Rec. p. II-401. V. pour un exemple récent de requête en ce sens, ord. du président du TPICE 22 déc. 2004, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-201/04 R, non encore publiée.
- (123) Notons qu'un requérant n'est pas fondé à demander l'annulation de toute la décision mais seulement des parties qui l'affectent directement et individuellement.
- (124) V. art. 42(2) du règlement de procédure de la CJCE et 48(2) du règlement de procédure du TPICE.
- (125) Les plaideurs peuvent invoquer plusieurs moyens d'annulation au soutien de leur recours.
- (126) V. C. Kerse et N. Kahn, *supra* note 2, § 8.037 ; L. Ritter et W. D. Braun, *supra* note 16.
- (127) V. J. Rivero et J. Waline, *supra* note 109, § 255.

soulevé. Il fut invoqué dans deux types de circonstances. Premièrement, des requérants ont invoqué l'incompétence *ratione personae* de l'autorité dont émanait l'acte. Dans l'affaire *AKZO*, les entreprises avaient ainsi contesté la possibilité pour le commissaire en charge de la concurrence de prendre des décisions ordonnant des vérifications en vertu d'une habilitation que lui avait octroyée le collège des commissaires (128). Deuxièmement, des requérants ont invoqué l'incompétence *ratione loci* de la Commission. Dans l'affaire *Gencor*, les parties avaient cherché à contester le pouvoir de la Commission de statuer sur des opérations de concentrations entre des entreprises essentiellement actives hors de la Communauté européenne (129).

La violation des formes substantielles est le second moyen de légalité externe. Il est fréquemment invoqué en droit européen de la concurrence. Il s'agit du vice résultant de la méconnaissance des règles qui régissent, pour chaque acte, tant la procédure que les formes. De façon analogue à l'incompétence, ce moyen peut être relevé d'office par le juge communautaire. La Cour est compétente pour déterminer si une formalité est substantielle ou ne l'est pas. La violation d'une obligation de consultation est généralement considérée comme une violation des formes substantielles (130). Cette solution peut être transposée aux obligations de consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes prévues à l'article 14 du règlement 1/2003. La violation des droits de la défense et, notamment, de l'obligation, prévue à l'article 27 du règlement 1/2003, de donner la possibilité aux parties concernées par un projet de décision de faire connaître leurs vues, constitue également une violation des formes substantielles (131).

En dépit de la fréquence d'invocation de la violation des formes substantielles et de son caractère d'ordre public, la Cour a cherché à ne pas faire preuve d'un formalisme aux conséquences trop radicales (132). Le juge communautaire s'est ainsi efforcé de ne pas faire automatiquement droit à la nullité de l'acte en cas d'irrégularité. L'annulation n'est encourue que si, en l'absence des irrégularités, la procédure administrative aurait abouti à un résultat différent (133).

(128) V. CJCE 9 sept. 1986, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c/ Commission*, aff. 5/85, Rec. p. 2585.

(129) V. TPICE 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. p. II-753. On pourrait ajouter à ces deux hypothèses, les cas dans lesquels la Commission introduit de nouveaux principes juridiques, en excédant les pouvoirs qui lui sont octroyés par le Traité et le droit dérivé. De telles hypothèses sont toutefois plus souvent invoquées en tant que violation du Traité. V. par ex. l'affaire *Continental Can* où la Commission s'était arrogée un pouvoir de contrôle des opérations de concentrations sur la base de l'article 82 TCE, CJCE 21 févr. 1973, *Euroemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6-72, Rec. p. 215.

(130) V. par ex. TPICE 15 mars 2000, *SA Cimenteries CBR et autres c/ Commission*, aff. T-25/95, Rec. p. II-491, § 487 où la Commission a violé une forme substantielle en omettant d'inviter, au cours de la procédure administrative, les entreprises à présenter leurs observations sur l'éventuel exercice de son pouvoir de leur imposer une amende en vertu de l'article 15(2) du règlement 17/62.

(131) Le défaut de motivation d'une décision de la Commission constitue assurément une violation des formes substantielles. V. TPICE 20 avr. 1999, *Elf Atochem SA et autres c/ Commission*, aff. T-305/94, Rec. p. II-931, § 1172 ; CJCE 15 mars 1967, *Société anonyme Cimenteries C.B.R. Cementsbedrijven N.V. et autres c/ Commission*, aff. jtes 8 à 11/66, Rec. p. 93.

(132) V. L. Ortiz Blanco, *supra* note 2, p. 326.

(133) V. CJCE 10 juill. 1980, *Distillers c/ Commission*, Rec. p. 2229.

2. Les moyens de légalité interne

Le premier moyen de légalité interne consiste dans « la violation du ... Traité ou de toute règle de droit relative à son application ». En droit de la concurrence, ce moyen correspond à la violation, par la Commission des règles de concurrence du Traité, de la législation dérivée ou des principes généraux du droit communautaire (proportionnalité notamment) (134). En pratique, ce moyen d'annulation est invoqué lorsque la Commission commet des erreurs de droit ou qu'elle apprécie de façon erronée les faits auxquels elle fait application de la règle de droit. On en trouve des illustrations extrêmement fréquentes en jurisprudence.

Le détournement de pouvoir est le second moyen de légalité interne. Il s'agit du vice par lequel l'autorité publique exerce un pouvoir dans un but distinct de celui pour lequel ce pouvoir lui a été attribué (135). Dans la mesure où la Commission s'est vue reconnaître des pouvoirs extrêmement étendus de mise en œuvre de la politique de concurrence et où ce moyen est en pratique, souvent proche du moyen d'incompétence, ce cas d'ouverture n'a jamais été fructueusement invoqué (136).

IV. — PARALLÈLES ET PROLONGEMENTS DU RECOURS EN ANNULATION

Une fois le vice de légalité constaté par le juge, le prononcé de l'annulation emporte directement nullité de l'acte en vertu de l'article 231 TCE (137). Pourtant, dans le contentieux de la concurrence, l'annulation de l'acte est de moins en moins le seul et unique but poursuivi par les requérants. Les plaideurs cherchent en effet de façon croissante à obtenir en parallèle, *via* l'introduction d'un recours en plein contentieux, une réformation judiciaire de la sanction qui leur a été infligée (A). De surcroît, les requérants agissent parfois dans le prolongement de l'arrêt d'annulation, afin de faire engager la responsabilité de la Commission européenne (B).

(134) V. CJCE 14 févr. 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. p. 207.

(135) V. CJCE 29 nov. 1956, *Fédéchar*, aff. 8/55, Rec. p. 291.

(136) L'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Ford* évoquait formellement l'incompétence de la Commission mais concernait un détournement de pouvoir. CJCE 28 févr. 1984, *Ford of Europe Incorporated et Ford-Werke Aktiengesellschaft c/ Commission*, aff. jtes 228 et 229/82, Rec. p. 1129.

(137) L'arrêt a force exécutoire et la nullité produit un effet *erga omnes*. La Cour ne peut cependant substituer sa décision à celle de la Commission. Il appartient à celle-ci, en vertu de l'article 233 TCE de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour. Elle peut ainsi reprendre une décision en tenant compte des irrégularités constatées par le juge ou s'abstenir de reprendre une décision dans l'hypothèse où l'infraction reprochée a été intégralement annulée. Le juge ne peut quant à lui adresser aucune injonction à la Commission. V. TPICE 12 janv. 1995, *VIHO Europe BV c/ Commission*, aff. T-102/92, Rec. p. II-17 (en vertu du principe de séparation des pouvoirs propre à tout ordre juridique moderne, le droit administratif a dégagé un principe général en vertu duquel le juge ne peut adresser d'injonctions à l'administration). Dans certains cas, cependant, la Cour exerce un pouvoir discret de réformation/rééquilibrage d'une décision en limitant la nullité à certaines parties de l'acte qui lui est soumis. V. sur ce point C. Kerse et N. Khan, *supra* note 2, § 8.052.

A. — L'introduction croissante de recours parallèles en plein contentieux

La décennie qui s'achève est caractérisée par une réelle montée en puissance de la politique de la Commission en matière d'amendes (138). Celle-ci inflige de plus en plus fréquemment des amendes records dont l'affaire *Microsoft* constitue un exemple criant (139). La réponse à cet affermissement de la politique de sanction de la Commission s'est faite sous l'angle contentieux, les plaideurs introduisant de façon croissante, en parallèle aux recours en annulation, des recours « en plein contentieux » sur la base de l'article 229 TCE et des règlements adoptés pour son application. Ces dispositions prévoient que la Cour (et le TPICE) peut « supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée » (140).

Jusqu'à présent, le TPICE a exercé ce contrôle avec mesure. Le Tribunal refuse en effet de « refaire » l'examen réalisé par la Commission. Son contrôle porte essentiellement sur la question de savoir si la durée et la gravité de l'infraction ont été correctement évaluées, ainsi que sur la méthodologie suivie par la Commission et l'éventuelle application de règles de clémence (141). La mise en œuvre de ces principes a cependant permis au Tribunal de réduire substantiellement le montant des amendes imposées par la Commission. En revanche, le Tribunal n'a jamais revu à la hausse le montant d'une amende (142). Un débat sur ce point a d'ailleurs émergé en doctrine. Les professeurs Waelbroeck et Frignani, parmi d'autres, estiment ainsi que cette possibilité serait contraire au principe en vertu duquel le juge ne peut statuer *ultra petita* (143). Dans la mesure où le recours en réformation d'une amende est nécessairement introduit

(138) V. Jean-François Bellis, La détermination des amendes pour infraction au droit communautaire de la concurrence – bilan de cinq années d'application des Lignes directrices de 1998, Cah. dr. eur. 2003/3-4, 377. Cette tendance est renforcée par le fait que la Commission cherche à faire des amendes l'instrument central de la mise en œuvre des règles de concurrence. A cette fin, elle a mis en place des mécanismes dits de « clémence » qui lui permettent d'octroyer des réductions voire une immunité d'amendes, dans l'hypothèse où des parties à une pratique anticoncurrentielle en révèlent l'existence ou aident la Commission à mettre en lumière une infraction aux règles du Traité. V. communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C 45, 19 févr. 2002, p. 3-5.

(139) Dans une décision du 21 avril 2004, la Commission a infligé à Microsoft une amende s'élevant à 497 196 304 €. V. décis. de la Commission du 21 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*.

(140) Pouvoir qui est confirmé à l'article 31 du règlement 1/2003, *supra* note 3 et par l'article 16 du règlement 139/2004, *supra* note 3. L'utilisation parallèle des articles 229 et 230 a conduit certains à évoquer une absorption du recours en annulation par le recours en plein contentieux. V. Stéphane Mail-Fouilleul, Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, LGDJ, 2002, § 598.

(141) Pour une analyse empirique de cette question V. Damien Geradin et David Henry, The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments, GCLC Working Paper, 2005, 03/05, disponible à [http://www.gclc.coleurop.be]

(142) A la différence, par exemple, de juridictions nationales. En France, récemment, la Cour d'appel de Paris a doublé une amende de 20 millions d'euros que le Conseil de la concurrence avait infligée à France Telecom pour ne pas avoir respecté une injonction de baisser ses tarifs de gros sur le marché de l'ADSL. V. arrêt de la Cour d'appel de Paris, 1^{re} ch. sect. H, du 12 janv. 2005, non encore publié.

(143) V. M. Waelbroeck et A. Frignani, *supra* note 28, § 497.

par l'entreprise visée par la sanction, procéder à une majoration de l'amende reviendrait à statuer sur des points que le requérant n'a pas soulevés (par pur bon sens, il est en effet exclu qu'une entreprise condamnée à une amende demande au juge d'en augmenter le montant).

Il ne nous paraît cependant pas souhaitable d'exclure la possibilité pour le TPICE de réformer à la hausse le montant des amendes pour trois raisons (144). Tout d'abord, au plan juridique, ce pouvoir lui est reconnu par le Traité CE ainsi que par les divers règlements du Conseil pris pour la mise en œuvre des règles de concurrence (145). Ensuite, la philosophie du contentieux de pleine juridiction tel que conçu en droit administratif exige classiquement de conférer plénitude de juridiction au juge, c'est-à-dire de lui octroyer tous pouvoirs d'appréciation des faits et du droit. Or, dans l'exercice de son pouvoir de requalification des faits il n'est pas inconcevable que le juge communautaire estime qu'une infraction qualifiée de « grave » par la Commission soit en réalité une infraction « très grave » aux règles de concurrence. Il serait alors pour le moins curieux d'interdire au juge d'en tirer les conséquences au plan répressif en lui refusant le pouvoir de majorer l'amende. Enfin, en pure opportunité, laisser planer le risque de majoration d'une amende sur les plaideurs contribuerait sans doute à contenir le flot croissant de litiges portés devant la juridiction de Luxembourg. Seuls les recours les plus solides en réformation seraient ainsi portés devant le juge communautaire.

Ces arguments semblent avoir été (à tout le moins implicitement) reconnus par le TPICE. Dans son arrêt d'avril 2004 concernant l'affaire des *électrodes graphites*, celui-ci disposa : « ... Le Tribunal statue toutefois ... avec une compétence de pleine juridiction au sens de l'article 229 CE ... et peut en conséquence supprimer, réduire ou majorer l'amende infligée » (146).

B. — Le recours en indemnité

La virulence des attendus formulés par le TPICE dans ses arrêts d'annulation *Airtours*, *Schneider* et *Tetra Laval* et les conséquences radicales qu'avaient entraînées les décisions d'interdiction adoptées par la Commission (l'abandon des opérations) ont fait resurgir avec force la question de savoir si la responsabilité extra contractuelle de l'autorité communautaire de concurrence pouvait être engagée par les justiciables (147). En droit européen, la mise en jeu de la responsabilité extra contractuelle d'une institution est possible aux termes de l'article 288 du Traité (148).

(144) V. en ce sens, concl. av. gén. Verloren Van Themmat sous CJCE, *Stichting Sigarettenu-industrie c/ Commission*, 10 déc. 1985, aff. 240/82, Rec. p. 3851.

(145) V. *supra* note 140.

(146) V. TPICE 29 avr. 2004, *Tokai Carbon Co Ltd. e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 et T-252/01, non encore publié.

(147) V. TPICE 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-258 ; TPICE 22 oct. 2002, *Schneider Electric c/ Commission*, aff. T-310/01, Rec. p. II-4071 ; TPICE 25 oct. 2002, *Tetra Laval c/ Commission*, aff. T-5/02, Rec. p. II-4381.

(148) Cette disposition prévoit : « ... la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

Un requérant peut donc théoriquement introduire un recours aux fins d'engager la responsabilité de la Communauté lorsqu'une décision de la Commission dans le domaine du droit de la concurrence lui a fait subir un préjudice. Ce pourrait par exemple être le cas si la Commission agissait de façon illégale en interdisant à tort un comportement sur le marché ou une opération de concentration. Trois conditions doivent être réunies à cette fin. Premièrement, l'institution en cause doit avoir agi de façon illégale, c'est-à-dire avoir commis « une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». L'appréciation du caractère « suffisamment caractérisé » doit être faite à l'aune de deux paramètres. Elle dépend d'une part de la marge d'appréciation de l'institution et, d'autre part, de la complexité de la situation examinée. En vertu d'une règle d'échelle mobile, plus celles-ci sont élevées, plus l'illégalité doit être grave (149). Deuxièmement, le requérant doit prouver avoir subi un préjudice réel et certain. En harmonie avec les principes classiques du droit de la responsabilité, le préjudice peut consister en un *damnum emergens* (perte subie) ou un *lucrum cessans* (manque à gagner). En principe, la preuve du montant chiffré du préjudice appartient au requérant. Le juge admet cependant, dans des circonstances particulières, que le préjudice ne soit pas chiffrable précisément (150). Le requérant doit néanmoins en fournir une approximation sérieuse (151). Enfin, le requérant doit apporter la preuve d'un lien de causalité direct et immédiat entre le dommage subi et l'action de l'institution.

La doctrine s'est peu intéressée par la question de la mise en jeu de la responsabilité extra contractuelle de la Commission en droit de la concurrence. Ce désintérêt reflète le manque de jurisprudence sur le sujet. Aucun recours en responsabilité de la Commission ne semble jusqu'à présent avoir abouti dans le domaine du droit de la concurrence. La raison principale est que la satisfaction des trois conditions prévues par la jurisprudence est extrêmement difficile à atteindre. Une affaire récente *Holcim c/ Commission* en fournit un exemple très net (152). En l'espèce, la Commission avait infligé des amendes à des entreprises ayant participé à des accords de cartel (153). Cette décision fut frappée d'un

(149) A l'inverse, si la marge d'appréciation est réduite, une simple illégalité suffit. V. CJCE 4 juill. 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P, Rec. p. I-5291, pts 40 et 42 à 44.

(150) V. TPICE 10 juill. 1990, *Automec Srl. c/ Commission*, aff. T-64-89, Rec. p. II-367, § 75-76 : « Il y a lieu de constater que la requérante n'a pas chiffré le montant du préjudice qu'elle estime avoir subi ni indiqué des éléments de fait qui permettraient d'en apprécier la nature et l'étendue. Elle s'est bornée, dans ses mémoires, à alléguer, en termes abstraits et généraux, un "dommage grave" qui lui aurait été causé parce qu'elle n'était plus approvisionnée par BMW. Elle n'a fourni aucune indication quant au chiffre d'affaires qu'elle réalisait à l'époque où ses liens contractuels avec BMW existaient encore, ni quant à l'incidence qu'a eue la résiliation du contrat de distribution sur ses activités commerciales, ni, en particulier, quant à l'évolution de son chiffre d'affaires après l'introduction de sa plainte auprès de la Commission. Il est vrai que la Cour a reconnu que, dans des circonstances particulières, il n'est pas indispensable de préciser dans la requête l'étendue exacte du préjudice et de chiffrer le montant de la réparation demandée. En l'espèce, cependant, la requérante n'a pas établi, ni même invoqué, l'existence de telles circonstances ».

(151) V. Jean-Victor Louis, Georges Vandersanden, Denis Waelbroeck, Michel Waelbroeck, Commentaire Mégret - La Cour de justice, les actes des institutions, 10, 1993, p. 305.

(152) V. TPICE 21 avr. 2005, *Holcim AG c/ Commission*, aff. T-28/03, non encore publié.

(153) V. déc. de la Commission 94/815 du 30 nov. 1994, IV/33.126 et 33.322, *Ciment*, JOCE L 343, p. 1.

recours en annulation devant le TPICE. Ce dernier annula partiellement la décision de la Commission en constatant notamment que deux entreprises, Alsen et Nordciment, n'avaient pas enfreint l'article 81 TCE. Ces entreprises, qui avaient constitué des garanties bancaires afin de ne pas devoir payer immédiatement les amendes en cause, demandèrent notamment à la Commission de leur rembourser les frais résultant de la constitution des garanties. Après s'être vues opposer un refus de la Commission, les entreprises (qui avaient entre temps fusionné et donné naissance à l'entreprise Holcim), introduisirent un nouveau recours en indemnité devant le TPICE. Elles prétendirent que la décision illégale de la Commission leur avait fait subir un préjudice sous la forme du paiement injustifié de frais bancaires.

Le Tribunal examina si les trois conditions précitées étaient réunies. Il estima que la première condition n'était pas satisfaite dans la mesure où :

« compte tenu du fait que l'affaire *Ciment* était une affaire particulièrement complexe, impliquant un nombre très important d'entreprises et notamment la quasi-totalité de l'industrie européenne du ciment, que la structure de Cembureau rendait l'enquête difficile de part l'existence de membres directs et indirects, et du fait qu'il a été nécessaire d'analyser un nombre important de documents, et ce y compris s'agissant de la situation spécifique de la requérante, il y a lieu de considérer que la défenderesse se trouvait confrontée à des situations complexes à régler ... Enfin, il convient de tenir compte des difficultés d'application des dispositions du Traité CE en matière d'ententes. Ces difficultés d'application étaient d'autant plus importantes que les éléments factuels de l'affaire en cause, y compris pour la partie de la décision concernant la requérante, étaient nombreux. Pour l'ensemble de ces motifs, il y a lieu de considérer que la violation du droit communautaire, constatée dans l'arrêt *Ciment*, pour ce qui est de la partie de la décision concernant la requérante, n'est pas suffisamment caractérisée ».

Le recours en responsabilité fut par conséquent rejeté (154). Ces attendus sont révélateurs de la prudence extrême dont fait preuve le juge communautaire dans le contentieux économique de la responsabilité. En particulier, en insistant sur les difficultés d'application des dispositions du Traité en matière d'ententes - qui comptent parmi les plus claires et précises du droit de la concurrence - l'arrêt TPICE permet d'émettre les plus grandes réserves quant à l'admissibilité au fond, d'un recours en indemnité formé à l'encontre d'une intervention illégale de la Commission dans un domaine aussi technique et spéculatif que, par exemple, le contrôle des concentrations. De telles considérations n'ont cependant pas dissuadé certains plaideurs d'introduire récemment des recours visant à engager la responsabilité de la Communauté dans le domaine du contrôle des concentrations. La sévérité des attendus du TPICE dans les arrêts d'annulation *Airtours c/ Commission* et dans *Schneider Electric c/ Commission* a

(154) Le TPICE conclut également à l'absence de lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice allégué dans la mesure où la constitution de garantie bancaire ne constitue qu'une option non obligatoire laissée à la discrétion des parties. V. TPICE § 23, *supra* note 151.

ainsi conduit les parties aux concentrations avortées à agir en indemnité sur le fondement de l'article 288 TCE (155).

Il nous semble que la prudence du juge est justifiée. Premièrement, ainsi que la Cour avait pu le rappeler au sujet de l'activité normative des institutions européennes dans l'affaire *HNL*, une ouverture trop grande du recours en indemnité en droit de la concurrence pourrait entraver de façon excessive l'action de la Commission dans sa mission de protection de l'intérêt général communautaire (156). Certes, les travaux récents sur la bonne gouvernance montrent qu'il est impérieux de renforcer le degré de « responsabilité » de la Commission européenne (157). Cependant, dans le domaine du droit de la concurrence, l'annulation d'une décision erronée semble représenter un mécanisme suffisant pour « discipliner » la Commission. Les récentes réformes administratives internes de la Commission au lendemain des trois arrêts d'annulation dans les affaires *Airtours*, *Schneider* et *Tetra Laval* témoignent à cet égard de l'influence du contrôle juridictionnel de légalité (158).

Deuxièmement, les questions d'imputation du préjudice à l'action de la Commission sont extrêmement délicates. Ainsi, dans son recours en indemnité introduit à la suite de l'arrêt *Airtours*, MyTravel (anciennement Airtours) réclame indemnisation du fait qu'elle n'a pu s'approprier les profits réalisés par l'entreprise cible à l'issue de la décision de la Commission. Si l'opération n'avait pas été prohibée, MyTravel estime que ces profits lui seraient en effet revenus. Cette argumentation nous semble pour le moins spéculative. Les profits que MyTravel aurait pu prétendument réaliser si la fusion n'avait pas été interdite pourraient en effet provenir de stratégies commerciales indépendantes que la cible n'aurait peut être pas poursuivies si l'opération avait été autorisée.

Enfin, il nous semble que l'évaluation du préjudice économique subi par un requérant à raison d'une violation du droit de la concurrence est à tout le moins un exercice impraticable. Il suffit en effet de rappeler les difficultés auxquelles sont confrontées les juridictions américaines lorsqu'elles se penchent sur les questions de réparation des dommages économiques résultant de violations de droits de propriété intellectuelle (159). Des difficultés similaires existent dans le domaine du droit de la concurrence (160). Ainsi, dans son recours en indemnité, MyTravel réclame également « la perte d'une économie de coûts synergiques dont elle aurait bénéficié grâce à la fusion ». On ne peut que s'interroger sur la possibilité de chiffrage précis du préjudice subi par cette dernière. Les praticiens du droit de la concurrence s'accordent en effet unanimement sur la diffi-

(155) Requête JOUE, 1^{re} août 2003, *MyTravel c/ Commission*, aff. T-212/03 suivant TPICE 6 juin 2002, *Airtours plc. c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-2585. V. requête JOUE 12 déc. 2003, *Schneider Electric S.A. c/ Commission*, aff. T-351/03.

(156) V. CJCE 25 mai 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres c/ Conseil et Commission*, aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec. p. 1209.

(157) V. sur ce point, Damien Geradin and Nicolas Petit, *Agencies in the EU: Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, Yearbook of European Law, 2004/23.137.

(158) V. François Brunet et Ioanis Girsenson, *La double réforme du contrôle des concentrations*, RTD eur. 2004.1, spéc. p. 27-28.

(159) Roger D. Blair and Thomas F. Cotter, *Rethinking Patent Damages*, Texas Intellectual Property Law Journal, 2001/10.1.

(160) Elles sont souvent surmontées, dans le cadre d'actions privées impliquant des requérants particuliers, par l'octroi de dommages punitifs.

culté d'évaluer les gains d'efficacité résultant d'accords de coopération ou d'opérations de concentrations (161).

V. — L'EFFECTIVITÉ DU RECOURS EN ANNULATION

Une fois la requête introduite, l'effectivité du recours en annulation est intrinsèquement liée à l'intensité du contrôle juridictionnel, c'est-à-dire l'étendue du contrôle exercé par le juge sur la décision de la Commission (A). Elle dépend également de l'efficacité du contrôle juridictionnel du point de vue de sa rapidité (B). A l'ère post-modernisation, il n'est toujours pas certain que le juge communautaire soit suffisamment équipé pour traiter de façon effective les recours en annulation prétextant des violations du droit de la concurrence. La question des alternatives au système de contrôle de droit positif est donc posée (C).

A. — L'intensité du contrôle juridictionnel

Le rôle croissant de l'analyse économique consacré par les réformes récentes a fait atteindre au droit de la concurrence un degré de technicité tel que l'on pourrait craindre que le TPICE, en sa qualité de juridiction généraliste, ne soit pas en mesure d'exercer un contrôle de légalité approfondi des affaires soumises à son examen. Cette évolution pourrait avoir pour effet d'augmenter par ricochet le pouvoir discrétionnaire de la Commission (162).

Les cours communautaires se sont cependant montrés soucieuses, dans des affaires récentes, de réaffirmer l'étendue de principe du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission dans le cadre de l'article 230 TCE (1). En pratique, un recours plus fréquent aux mesures d'expertise indépendante aiderait certainement le juge communautaire à exercer un contrôle approfondi des arguments économiques complexes offerts par les parties (2).

1. L'étendue de principe du contrôle juridictionnel du TPICE

S'inspirant des principes issus du droit administratif français, la CJCE s'était montrée réticente, dans les premières années de mise en œuvre du droit européen de la concurrence, à exercer un contrôle des décisions de la Commission dépassant l'examen des erreurs de droit et des erreurs manifestes d'appréciation que cette dernière aurait pu commettre dans son analyse d'une pratique prétendument anticoncurrentielle. La Cour disposa ainsi dans l'affaire *Remia* :

(161) V. Damien Geradin, *Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector Specific Regulation*, Paper prepared for the First Workshop on Comparative Competition Law, Florence, nov. 2004 ; Art of Science : Assessing Efficiencies under the Commission's Article 81(3) Notice, RBB Brief 15, juill. 2004.

(162) Voire de confiner à l'arbitraire en raison notamment du cumul des fonctions d'instruction et de décision au sein de la Commission. V. les critiques de Rein Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2000, Oxford-Portland Oregon, et de F. Brunet et I. Girsenson, *supra* note 157.

« Il appartient ... à la Cour de limiter le contrôle qu'elle exerce sur une telle appréciation à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (163).

Cette jurisprudence fut reconduite dans l'affaire *Matra/Hachette* où le TPICE rappela que :

« le contrôle juridictionnel de la qualification juridique des faits était limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation éventuellement commise par la Commission » (164).

Nonobstant cette position de principe restrictive, la CJCE et le TPICE se montrèrent progressivement plus enclins à exercer un examen approfondi des analyses économiques de la Commission, (en ce compris des faits, de leur appréciation et qualification), comme en témoigna par exemple l'affaire *Pâte de bois* où la Cour vérifia si les alignements de prix constatés par la Commission pouvaient s'expliquer par des circonstances économiques étrangères à une pratique concertée interdite par l'article 81 TCE (165).

La question de l'étendue du contrôle juridictionnel fit l'objet d'un regain d'intérêt à l'issue de l'introduction du régime communautaire de contrôle des concentrations. Dans l'affaire *Kali et Salz*, la CJCE avait semblé refuser de procéder à un examen approfondi des analyses économiques développées par la Commission au motif que le règlement concentrations conférerait à cette dernière un « certain pouvoir discrétionnaire ... pour ce qui est des appréciations d'ordre économique » que le juge devait respecter (166).

Dans ce contexte, les trois arrêts d'annulation rendus par le TPICE dans les affaires *Airtours*, *Schneider Electric* et *Tetra Laval* purent être interprétés comme une violation de la marge de discrétion que la Commission s'était vue attribuer par le règlement. Dans son pourvoi à l'encontre du jugement du Tribunal dans l'affaire *Tetra Laval*, la Commission reprocha en effet au Tribunal d'avoir excédé le standard de l'affaire *Kali et Salz* en examinant de trop près l'analyse économique à laquelle elle s'était livrée (167). L'affaire donna lieu à un échange de vues intéressant sur les principes gouvernant l'étendue du contrôle juridictionnel. Dans ses conclusions, l'avocat général Tizzano soutint en partie la position de la Commission :

« The rules on the division of powers between the Commission and the Community judicature, which are fundamental to the Community institutional system, do not however allow the judicature to go further, and particularly – as I have just said – to enter into the merits of the Commission's complex

(163) V. CJCE 11 juill. 1985, *Remia BV et autres c/ Commission*, aff. 42/84, Rec. p. 2545, § 34.

(164) V. TPICE 15 juill. 1994, *Matra Hachette SA c/ Commission*, aff. T-17/93, Rec. p. II-595, § 104.

(165) V. CJCE 31 mars 1993, aff. 89/85, Rec. p. I-1307, dite *Pâte de bois II*.

(166) V. CJCE 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC) c/ Commission*, aff. C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, § 223.

(167) V. CJCE 15 févr. 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, non encore publiée, § 25 et s.

economic assessments or to substitute its own point of view for that of the institution » (168).

Au terme d'une motivation sinieuse et parfois obscure, la CJCE trancha ce différend en disposant :

« Si la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Un tel contrôle est d'autant plus nécessaire s'agissant d'une analyse prospective requise par l'examen d'un projet de concentration produisant un effet de conglomerat » (169).

La Cour estima donc que le contrôle juridictionnel exercé par le TPICE s'étendait à la vérification de données de nature économique, dans les limites de l'examen de leur véracité, de leur pertinence et de leur cohérence. Cette solution doit être accueillie positivement. D'abord, elle limite le risque d'arbitraire et de dérives dans le chef de l'autorité de concurrence. Cet objectif est d'autant plus impérieux que les théories économiques actuellement si prisées par les autorités de concurrence constituent des outils souvent malléables qui pourraient permettre de dissimuler, sous une apparence de rigueur analytique, des objectifs de pure opportunité. Elle assure ensuite aux parties un réel second examen au fond de leur situation juridique, en harmonie avec les principes fondamentaux posés par la Convention européenne des droits de l'homme qui exige le droit à un recours juridictionnel effectif.

2. Le recours aux mesures d'expertise en matière économique

La technicité croissante des argumentaires économiques présentés par les parties dans le contentieux de la concurrence, complexifie considérablement la mission du juge communautaire, au point que celui-ci peut préférer dans certaines instances s'abstenir d'examiner le bien fondé des théories qui lui sont soumises. Certes, nous venons de voir que celui-ci s'est prononcé en faveur d'un contrôle des arguments économiques proposés par les parties. Afin de garantir que la portée de cette jurisprudence ne soit pas limitée, *de facto*, à celle d'une simple déclaration d'intention, nous estimons qu'un recours plus fréquent aux mesures d'expertise pourrait utilement venir aider le juge dans la réalisation de sa délicate mission de contrôle.

L'article 70 du règlement de procédure du TPICE permet à ce dernier d'ordonner des mesures d'expertise. Un expert indépendant opérant sous le contrôle du juge rapporteur peut être nommé. Il produit alors un rapport sur les points qui sont soumis à son expertise. En droit de la concurrence, le juge

(168) V. concl. av. gén. Tizzano du 25 mai 2004 sous l'affaire *Tetra Laval*, C-12/03, *Commission c/ Tetra Laval*, § 88-89.

(169) V. CJCE *supra* note 166, § 39.

communautaire n'a jusqu'à présent fait qu'un usage parcimonieux des mesures d'expertise. L'affaire *Pâte de bois* en constitue l'un des rares exemples (170). La CJCE ordonna deux expertises portant sur la question de savoir si la structure du marché de la pâte de bois menait inévitablement à des phénomènes d'harmonisation des prix *via* des parallélismes de comportement ou au contraire à des prix différenciés. La Cour s'appuya explicitement sur les rapports des experts pour conclure que le parallélisme de comportement observé sur le marché de la pâte de bois ne s'expliquait pas par une concertation, comme l'avait estimé la Commission, mais trouvait notamment une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché (171).

La rareté du recours à l'expertise par le TPICE contraste avec la tendance de plus en plus fréquente des parties à produire des expertises économiques devant la Commission ou le TPICE (172). Cette évolution rend plus impérieuse encore la possibilité pour le Tribunal de nommer un expert indépendant, arbitrant entre les vues souvent opposées des experts économiques des parties à une affaire. Une telle possibilité fut utilisée aux Etats-Unis dans le cadre de l'affaire *Microsoft*. La Cour nomma Larry Lessig, un professeur de droit de l'université d'Harvard (désormais à Stanford) comme *special master* et le chargea de préparer un rapport sur les questions technologiques, ainsi que de l'assister sur les problèmes de droit et de fait se présentant devant elle (173). Le juge communautaire pourrait assurément faire usage plus extensif du pouvoir que lui reconnaît son règlement de procédure dans les affaires économiques complexes.

B. — La rapidité du contrôle juridictionnel

La rapidité de la procédure de recours en annulation devant le TPICE a longtemps fait l'objet de critiques, en particulier dans le domaine du contrôle des concentrations. N'intervenant en moyenne que 21 mois après la décision de la Commission, un arrêt éventuel d'annulation d'une décision interdisant une concentration était privé de tout effet pratique dans la mesure où peu d'entreprises étaient prêtes à attendre si longtemps afin de mettre en œuvre un projet de concentration qui aurait été interdit à tort.

Dans ces conditions, le recours en annulation de l'article 230 TCE fut en grande partie privé de tout effet utile en contrôle des concentrations. Cette situation était d'autant plus intenable qu'elle revenait à conférer un pouvoir *de facto* de vie ou de mort à la Commission sur les opérations de concentrations. Une de ses décisions aurait-elle été annulée, l'opération n'aurait pas pour autant été réactivée par les parties. Certes, les décisions d'interdiction furent rares (174). Toutefois, la Commission put opportunément bandir le spectre d'une prohibi-

(170) V. CJCE 31 mars 1993, aff. 89/85, Rec. p. I-1307, dite *Pâte de bois II*, § 30-32.

(171) *Idem*, § 126-127.

(172) V. par ex. ord. du président du TPICE, *Microsoft Corp. c/ Commission*, 22 déc. 2004, aff. T-201/04 R ; TPICE 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-258 ; TPICE 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. p. II-753.

(173) V. *Order* du 11 déc. 1997, *United States District Court for the District of Columbia*.

(174) On ne dénombre que 19 décisions d'interdiction de concentrations dans la pratique décisionnelle de la Commission.

tion du projet soumis à son examen pour arracher aux parties des engagements substantiels ou amender leur opération.

Afin notamment d'améliorer l'efficacité de son contrôle sur les décisions de la Commission dans ce secteur, le règlement de procédure du TPICE fut amendé en décembre 2000 afin d'y introduire un mécanisme de procédure accélérée (175). L'article 76 *bis* prévoit :

« Le Tribunal peut, au vu de l'urgence particulière et des circonstances de l'affaire, sur demande soit de la partie requérante soit de la partie défenderesse, ... décider de statuer selon une procédure accélérée ».

Dans le cadre du contrôle des concentrations, la demande de traitement selon la procédure accélérée doit être introduite par l'un des requérants (les parties à la concentration ou des tiers), ou par la défenderesse, c'est-à-dire la Commission. La requête doit être motivée, c'est-à-dire qu'elle doit exposer en quoi l'affaire est urgente (176). Le mémoire doit se limiter à un exposé sommaire des moyens invoqués et ne comporter qu'un nombre limité d'annexes (177).

Le Tribunal décide discrétionnairement de l'octroi ou non de la procédure accélérée. Quelques critères de rejet semblent pouvoir être identifiés sur base de la jurisprudence encore toute récente du TPICE. Tout d'abord, dans l'affaire *Ineos Phenol c/ Commission*, la complexité de l'affaire fit obstacle à l'octroi de la procédure accélérée (178). Ensuite, dans l'affaire *General Electric c/ Commission*, l'abandon de la concentration avant l'introduction du recours empêcha le traitement du recours selon la procédure accélérée (179). Enfin, le juge semble être réticent à ordonner le passage à une procédure accélérée dans des domaines autres que le contrôle des concentrations, comme en témoigne l'affaire *Meca Medina c/ Commission*, où le Tribunal a refusé de traiter de façon accélérée le recours en annulation contre le rejet d'une plainte introduite sous l'angle des articles 81 et 82 (180).

Une fois que le juge accepte la requête, l'affaire obtient priorité automatique. Le trait caractéristique de la procédure accélérée repose sur une réduction de l'importance de la procédure écrite, qui est limitée à un seul échange de mémoire, au profit de la procédure orale (181). Les parties se voient également donner, sous condition de justification, la possibilité d'offrir de nouveaux arguments de preuve au cours de l'audience.

Les rares cas dans lesquels le juge communautaire a accepté de faire utilisation de la procédure accélérée en contrôle des concentrations indiquent qu'elle

(175) V. modifications du règlement de procédure du TPICE, JOCE L 322, 19 déc. 2000, p. 4-6.

(176) V. Instructions pratiques du Tribunal aux parties, JOCE L 87, 4 avr. 2002, p. 48-51, pt VI.

(177) *Idem*.

(178) V. ord. du TPICE, *Ineos Phenol c/ Commission*, aff. T-103/02.

(179) En revanche, l'abandon de la concentration en cours d'instance ne met pas un terme à la procédure accélérée. V. par ex. l'affaire *Schneider Electric c/ Commission*, *supra* note 146.

(180) V. TPICE 30 sept. 2004, *David Meca-Medina et Igor Majeen c/ Commission*, aff. T-313/02, non encore publié.

(181) V. art. 76 *bis* 2 du règlement de procédure du TPICE 2 mai 1991, JOCE L 136, 30 mai 1991, rect. JOCE L 317, 19 nov. 1991, p. 34 et pt VI(2) des instructions pratiques du Tribunal aux parties, *supra* note 175.

permet une réduction substantielle des délais de jugement. Ainsi, dans les affaires *Schneider Electric c/ Commission* (182), *Tetra Laval c/ Commission* (183), *Royal Philips Electronics c/ Commission* (184), *Cableuropa et autres c/ Commission* (185), le TPICE a rendu un arrêt au terme d'une procédure d'une durée comprise entre 10 et 12 mois. Cela contraste avec les délais classiques de jugement en moyenne de 20 mois et plus.

Est-ce à dire, pour autant que le recours en annulation dans une configuration accélérée constitue une panacée ? Certains auteurs ont fait montre d'un franc enthousiasme pour cette procédure (186). Nous estimons cependant que l'appréciation doit être plus nuancée. Si elle constitue certes un pas dans la bonne direction, elle ne reste, à maints égards, qu'un expédient organisationnel insuffisant. Premièrement, tout permet de croire que malgré l'utilisation de la procédure accélérée, seule une quantité infime d'opérations de concentrations interdites par la Commission pourront être ressuscitées après un arrêt d'annulation (187). En effet, si l'arrêt intervient après en moyenne 11 mois, il faut y ajouter la durée moyenne de 5 mois de la procédure administrative préalable devant la Commission (188). En outre, la renotification nécessaire de l'opération à la Commission ainsi que l'exercice subséquent éventuel d'un recours devant la CJCE par la Commission pourrait décourager les parties de réactiver leur projet. Ces observations sont confirmées dans les faits. Seule l'opération de concentration entre Tetra Laval et Sidel a pu être menée à son terme à l'issue de l'arrêt d'annulation du TPICE. Cela n'est cependant pas lié à l'accélération de la procédure devant le Tribunal, mais au fait que Tetra Laval avait mis en œuvre la concentration *via* une offre publique d'achat réalisée au cours du mois de mai 2001 et qu'elle possédait donc l'essentiel des titres avant même que l'opération ait été notifiée (189). En conformité avec l'article 7(3) de l'ancien règlement 4064/89, elle s'était cependant vue privée de la possibilité d'exercer les droits de vote attachés aux actions acquises pendant toute la durée de la procédure.

Deuxièmement, le choix de la procédure accélérée place les parties face à un dilemme puisque celles-ci doivent procéder à un arbitrage entre, d'une part, la présentation d'arguments et de moyens exhaustifs et, d'autre part, le recours à

(182) V. TPICE *Schneider Electric c/ Commission*, *supra* note 146.

(183) V. TPICE *Tetra Laval BV c/ Commission*, *supra* note 146.

(184) V. TPICE *Royal Philips Electronics BV c/ Commission*, *supra* note 29.

(185) V. TPICE 30 sept. 2003, *Cableuropa et autres c/ Commission*, aff. T-346/02 et *Aunacable SA et autres c/ Commission*, aff. 347/02, non encore publiées.

(186) V. notamment, Mario Siragusa, *Judicial Review of Competition Decisions under EC Law*, Speech delivered at the Competition Commission Lectures, 21 sept. 2004 ; Catherine Turner et Rodolphe Muñoz, *Revising the Judicial Architecture of the European Union*, Yearbook of European Law, 1999/19.1.

(187) V. Bruce R. Lyons, *Reform of European Merger Policy*, CCR Working Papers, 03-5, note 20.

(188) Ce délai peut également être étendu si la Commission fait utilisation de ses pouvoirs suspensifs de demande d'information afin d'allonger la procédure administrative (notamment l'art. 10(4) du règlement). A cet égard, il serait utile que le juge clarifie les conditions dans lesquelles la Commission peut utiliser ces pouvoirs afin d'éviter qu'elle n'en fasse utilisation afin de limiter l'effet pratique de l'accélération de la procédure juridictionnelle.

(189) V. sur ce point Michael G. Egge, Matteo F. Bay et Javier Ruiz Calzado, *The New EC Merger Regulation : Recipe for Profound Change or More of the Same*, Paper presented at the IBA 8th Annual Competition Conference, 17-18 sept. 2004, European University Institute, Florence, note 72.

une argumentation allégée pour bénéficier d'un surcroît de célérité juridictionnelle. Certains ont dénoncé cette situation en estimant qu'elle était constitutive d'une atteinte au plein exercice des droits de la défense (190). Par ailleurs, cette situation n'est pas satisfaisante car la simplification et la réduction des moyens soumis par les parties s'accordent mal avec le développement croissant en droit de la concurrence d'analyses économiques de plus en plus techniques et d'arguments de plus en plus sophistiqués.

Enfin, si les opérations de concentration exigent pour des raisons évidentes que le juge agisse avec célérité, d'autres domaines du droit de la concurrence bénéficieraient d'un contrôle juridictionnel plus rapide. Tel est par exemple le cas des décisions prises sur le fondement des articles 81 ou 82 par lesquelles la Commission impose des remèdes significatifs aux entreprises. Certes, les entreprises ont la possibilité d'introduire un recours en référé auprès du président du TPICE, afin d'obtenir le sursis à exécution des remèdes contestés ou l'octroi de mesures provisoires (191). Mais ces mesures sont rarement octroyées car le juge ne souhaite pas anticiper au fond le résultat du recours introduit au principal au risque de commettre une erreur. La généralisation d'une procédure aboutissant à des délais de jugement plus réduits au principal, permettrait de limiter le coût (dans le temps) d'une erreur du juge statuant sur une demande de mesures provisoires et, partant, d'en faciliter l'octroi.

La Commission, elle-même, semble avoir reconnu ces difficultés. Après avoir salué l'avancée que constituait l'adoption de la procédure accélérée dans son XXXII^e rapport sur la politique de concurrence, elle évoqua la nécessité d'assurer un contrôle juridictionnel encore plus rapide dans les affaires de concentration (192). La nécessité d'un contrôle plus rapide et effectif soulève la question des alternatives au système communautaire actuel de contrôle juridictionnel.

C. – Les alternatives au système actuel de contrôle juridictionnel

Le système actuel de contrôle juridictionnel est caractérisé par la qualité de juge généraliste du TPICE et, corrélativement, par l'absence de reconnaissance formelle de la particularité du contentieux de la concurrence. Cette situation est discutable tant les spécificités de cette branche du contentieux sont grandes. Premièrement, la technicité croissante des affaires et en particulier le rôle de majeur qu'y occupe l'économie industrielle tendent à isoler le contentieux de la concurrence d'autres branches du droit européen. Deuxièmement l'arriéré judiciaire actuel est incompatible avec l'extrême rapidité des marchés, en particulier dans le domaine du contrôle des concentrations.

(190) V. F. Brunet et I. Girgenson, *supra* note 157 à p. 6.

(191) V. art. 242 et 243 TCE.

(192) V. XXXII^e rapport sur la politique de concurrence, 2002, aux § 316 et 317 : « ... L'instauration d'une procédure accélérée par le TPICE constitue une avancée importante, qui démontre que le contrôle juridictionnel peut être relativement rapide ... La Commission a annoncé son intention d'étudier avec les Etats membres les différentes possibilités d'assurer un contrôle juridictionnel plus rapide dans les affaires de concentration. Elle consultera également la Cour de justice et le TPICE sur ce point ».

Ces caractéristiques soulèvent la question de savoir si la mise en place d'une juridiction spécialisée dans le contentieux de la concurrence permettrait d'accroître l'effectivité du contrôle juridictionnel. Plusieurs éminents observateurs ont ainsi récemment évoqué cette question (193). Diverses raisons montrent en effet que la mise en place d'une juridiction spécialisée n'a rien d'une hypothèse d'école. Premièrement, au niveau européen, une base juridique est prévue à cet effet par le Traité CE à l'article 220(2) :

« ... des chambres juridictionnelles peuvent être adjointes au Tribunal de première instance dans les conditions prévues à l'article 225 A pour exercer, dans certains domaines spécifiques, des compétences juridictionnelles prévues par le présent Traité » (194).

Elle est utilisée de façon croissante pour créer des chambres spécialisées. Ainsi, le Conseil a décidé en décembre 2004 de créer un Tribunal de la fonction publique, compétent pour connaître du contentieux en la matière (195). Cette disposition a suscité l'intérêt des institutions européennes en matière de droit de la concurrence. Le Parlement européen a tout d'abord évoqué dans une résolution de 2002 la possibilité de créer une chambre juridictionnelle spécialisée en matière de fusions (196). La Commission répondit au Parlement dans son XXXIII^e rapport annuel en adoptant une position nuancée :

(193) V. Bo Vesterdorf, *The Community Court System Ten Years from Now and Beyond: Challenges and Possibilities* European Law Review, 2003.303, spéc. p. 317 ; Denis Waelbroeck, *Vers une harmonisation minimale des règles de procédure nationale ?*, in *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 65-66.

(194) L'article 225A TCE prévoit quant à lui « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Cour de justice, ou sur demande de la Cour de justice et après consultation du Parlement européen et de la Commission, peut créer des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques. La décision portant création d'une chambre juridictionnelle fixe les règles relatives à la composition de cette chambre et précise l'étendue des compétences qui lui sont conférées. Les décisions des chambres juridictionnelles peuvent faire l'objet d'un pourvoi limité aux questions de droit ou, lorsque la décision portant création de la chambre le prévoit, d'un appel portant également sur les questions de fait, devant le Tribunal de première instance ... ». L'article III-359(1) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe reprend cette disposition en prévoyant : « La loi européenne peut créer des tribunaux spécialisés adjoints au Tribunal, chargés de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques. Elle est adoptée soit sur proposition de la Commission et après consultation de la Cour de justice, soit sur demande de la Cour de justice et après consultation de la Commission ».

(195) V. décis. du Conseil du 2 nov. 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JOUE L 333, 9 nov. 2004, p. 7-11. V. sur ce point, Ignace Maselis, *Les nouvelles dispositions du statut de la Cour de justice*, JTDE mars 2005/117, p. 68. Notez également que le Traité fournit une base juridique pour la création d'une chambre juridictionnelle en matière de titres de propriété intellectuelle à l'article 229A.

(196) V. résolution du Parlement européen concernant le XXXII^e rapport de la Commission sur la politique de concurrence (2002) et réponse de la Commission, résolution du Parlement européen sur la politique de concurrence – B5-0047/2004, P5_TA-PROV(2004) 0053. Le Parlement européen avait considéré dans une résolution que l'actuel système de contrôle juridictionnel pourrait être amélioré et avait demandé à la Commission : « de réaliser des études de faisabilité concernant la création d'un organe de recours indépendant, tel que, par exemple, une nouvelle chambre juridictionnelle au sens de l'article 225 A du Traité instituant la Communauté européenne, de sorte que des affaires en suspens devant la Cour puissent être examinées rapidement et efficacement par des juges ayant des connaissances spécialisées concernant les implications juridiques et économiques des affaires de fusion... ».

« Les juridictions communautaires exercent un contrôle diligent et scrupuleux sur la façon dont la Commission applique le droit communautaire. ... En outre, les juridictions communautaires ont introduit une procédure accélérée et elles peuvent également ordonner des mesures provisoires. La faisabilité d'une nouvelle chambre juridictionnelle au sens de l'article 225 A doit être examinée en détail. C'est sans doute la Cour elle-même qui est la mieux placée pour procéder à une telle évaluation. Cela pourrait aller de considérations liées à la charge de travail (charge propre des juridictions communautaires) à des questions de fond sur l'interprétation du Traité, notamment en ce qui concerne le poids à attribuer aux règles de concurrence et la nécessité de poursuivre ou non leur interprétation par la Cour de justice » (197).

A ce jour, aucune étude de faisabilité approfondie n'a été réalisée. Cependant, l'expérience d'un certain nombre d'Etats membres qui ont fait le choix de transférer le contentieux de la légalité des décisions de leurs autorités de concurrence à des juridictions spécialisées démontre qu'en principe, rien ne s'oppose à une spécialisation juridictionnelle en droit de la concurrence. Ces Etats ont suivi divers modèles. Tout d'abord, certains pays comme le Royaume-Uni ou le Danemark, ont institué une juridiction spécialisée en droit de la concurrence qui exerce des fonctions d'appel sur les décisions adoptées par l'autorité nationale de concurrence (198). Ensuite, d'autres Etats comme l'Autriche, la Belgique ou la France ont institué, au sein d'une juridiction généraliste, une chambre spécialisée centralisant et traitant l'ensemble des appels contre les décisions de leur ANC (199). Enfin, des Etats comme la Finlande, ont établi une cour ayant compétence exclusive en droit économique qui connaît à ce titre du contentieux de la concurrence (200).

Deuxièmement, les obstacles invoqués par certains à l'encontre de la création de juridictions spécialisées ne sont pas convaincants (201). Tout d'abord, le risque que l'application et l'interprétation uniforme du droit communautaire soient mises en cause par la prolifération de chambres juridictionnelles semble illusoire, pour autant que ces juridictions spécialisées soient soumises à un mécanisme d'appel commun. Or, tant le mécanisme prévu par le Traité de Nice que celui prévu par le projet de Constitution offrent la possibilité d'un pourvoi, sur les questions de droit devant le TPICE, en qualité de juridiction généraliste de droit communautaire (202). Ensuite, le risque que les chambres juridiction-

(197) V. XXXIII^e rapport sur la politique de concurrence, 2003, p. 345. Dans le rapport annuel antérieur, la Commission avait reçu des observations similaires de la part du Parlement européen et y avait répondu de façon moins nette en estimant : « On pourrait également examiner s'il ne serait pas utile de créer une chambre spécialisée dans les opérations de concentration au sein du TPI, parmi d'autres chambres spécialisées dans le domaine de la concurrence ». V. XXXII^e rapport sur la politique de concurrence, 2002, p. 376.

(198) Au Royaume-Uni, le Competition Appeal Tribunal a été créé par la Section 12 and du *Enterprise Act* de 2002.

(199) La Cour des Cartels autrichienne est compétente pour statuer sur les appels dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 TCE. Il s'agit d'une chambre spécialisée de la Cour d'appel de Vienne.

(200) La *Market Court*, compétente pour les marchés publics, la concurrence et les pratiques de commerce.

(201) V. notamment, les obstacles identifiés par C. Turner et R. Muñoz, *supra* note 185, p. 89.

(202) V. art. 225(3) TCE, « Les décisions des chambres juridictionnelles peuvent faire l'objet d'un pourvoi limité aux questions de droit ou, lorsque la décision portant création de la cham-

nelles se livrent à des interprétations erronées de questions constitutionnelles ou de dispositions de droit communautaire ne relevant pas de leur compétence est également limité par le mécanisme de pourvoi. Enfin, l'augmentation des coûts issus de la création de nouvelles chambres reflète une mauvaise compréhension de l'économie judiciaire. Le système actuel et les modifications introduites par le Traité de Nice (transfert des affaires de fonction publique du TPICE vers le Tribunal de la fonction publique) ne permettent pas d'éradiquer le mal endémique que présente l'arriéré judiciaire considérable de la juridiction de Luxembourg (car le délestage d'affaires du TPICE vers le Tribunal de la fonction publique est neutralisé par le délestage de la Cour vers le TPICE des recours directs et de certains recours préjudiciels sous réserve d'une modification du Statut de la Cour) (203). En conséquence, les délais de jugement devraient rester sensiblement identiques. Or, il est permis de douter que les coûts administratifs et économiques que génère la lenteur actuelle de l'appareil juridictionnel communautaire soient inférieurs au coût fixe résultant de la création d'une chambre juridictionnelle spécialisée (204).

Dans ces conditions, l'opportunité de la création d'une juridiction communautaire spécialisée en droit de la concurrence devrait faire l'objet d'une analyse sérieuse en termes de coûts et bénéfices. La Commission, qui a su tirer les conséquences des arrêts d'annulation précités au plan administratif, serait bien avisée de réfléchir plus avant à l'utilisation du droit d'initiative que lui reconnaît l'article 225 en la matière.



L'ère post-modernisation augure de nouveaux jours pour le droit de la concurrence. Les règles de fond, d'une part, ont subi de profondes évolutions qui accentuent la technicité de la matière. Les règles de mise en œuvre, d'autre part, confèrent à la Commission des pouvoirs étendus qui se concrétisent dans les nouveaux actes prévus par le règlement 1/2003 et les diverses communications et lignes directrices adoptées depuis lors.

En contrepoint à cette évolution, les principes régissant la mise en œuvre des voies juridictionnelles de recours contre les actes de la Commission (statut con-

bre le prévoit, d'un appel portant également sur les questions de fait, devant le Tribunal de première instance » et la formulation analogue retenue par l'article III-359(3) du projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe.

(203) V. Koen Lenaerts, *The Future Organisation of the European Courts*, in P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf (dir.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, 1973/1974 – 2003/2004*, P.I.E. Peter Lang, Presses universitaires européennes.

(204) La mise en place d'un tribunal spécialisé génère sans doute de lourds coûts fixes. Mais le coût moyen d'un arrêt diminue à mesure que le nombre d'affaires introduites devant la juridiction augmente car, à la façon d'une entreprise, il devient possible de répartir ces coûts fixes élevés sur une plus grande échelle de production. Il est donc important que le contentieux ait une taille suffisante pour justifier la création d'une juridiction spécialisée. Il est possible d'observer, en anticipant le transfert du contentieux de la fonction publique et du contentieux de la propriété intellectuelle de la compétence générale du TPICE, que le volume d'affaire présenté au Tribunal a déjà atteint une certaine taille critique en droit de la concurrence. Ainsi, sur 56 affaires clôturées en 2004 (en excluant la propriété intellectuelle), 33 concernaient le droit de la concurrence tandis que les 23 affaires restantes se dispersaient au sein de 10 matières différentes. V. les statistiques judiciaires du rapport d'activité du TPICE 2004, p. 202.

tentieux des actes, conditions d'intérêt et de qualité pour agir, modalités du recours et architecture juridictionnelle de la Communauté) restent essentiellement les mêmes ou, tout au plus, ont fait l'objet de modifications cosmétiques.

Le décalage qui apparaît dès lors entre l'évolution substantielle des règles de fond et l'inertie des règles procédurales régissant les voies de recours est problématique du point de vue du degré de protection juridictionnelle des opérateurs économiques. Tout d'abord, une réelle insécurité juridique émerge du statut obscur de certains actes ajoutés par le règlement 1/2003 à l'arsenal décisionnel ou normatif de la Commission. Ensuite, un risque d'inefficacité du contrôle juridictionnel est identifiable, le contentieux extrêmement technique de la concurrence étant soumis à un juge généraliste, qui statue dans des délais excessifs souvent incompatibles avec le fonctionnement de l'économie de marché.

Dans ce contexte, il nous semble nécessaire de réfléchir à une modernisation du recours en annulation en droit de la concurrence voire à une réforme du système de protection juridictionnelle des particuliers tombant sous l'empire de ce droit ou subissant les conséquences de son application. Sans se limiter spécifiquement à ce domaine, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe en dessine certains contours (*via* notamment la possibilité d'instaurer des « tribunaux spécialisés » ou l'ouverture de la qualité pour agir contre les actes à caractère général). Cette étude en précise déjà certains traits.