

même ajouté qu'il pouvait examiner d'office la violation des formes substantielles et, donc, du respect des droits de la défense (TPICE 6 mars 2003, aff. T-228/99 et T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 435, pts. 142, 143 et 147). Le Tribunal avait par là même adopté une conception très objective des droits de la défense, puisqu'il reconnaissait que d'autres requérants que leur titulaire pouvaient les invoquer. Abordant donc cette question dans son arrêt *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission*, le Tribunal avait constaté que la Commission avait bien omis de transmettre à la République fédérale d'Allemagne les réponses d'un concurrent de l'entreprise bénéficiaire aux questions qu'elle lui avait posées consécutivement à ses observations initiales sur l'ouverture de la procédure. Le Tribunal avait néanmoins relevé que la violation des droits de la défense alléguée ne revêtait pas une importance telle que son inobservation entraîne, en elle-même, l'annulation de l'acte attaqué. Pour le Tribunal, ce vice de forme exigeait en effet que « soit invoqué par l'État membre concerné l'effet négatif particulier de cette méconnaissance sur ses droits subjectifs et que soient appréciées les conséquences de l'irrégularité de la procédure sur le contenu de l'acte litigieux » (TPICE, *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission*, préc., pt. 203). Or, tel n'avait pas été le cas en l'espèce, de sorte que le Tribunal avait rejeté le moyen de la requérante, non sans avoir quand même jugé à titre surabondant que, de toutes façons, il n'était pas démontré que l'accès par la République fédérale d'Allemagne aux documents litigieux aurait donné lieu à une décision différente (TPICE, *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission*, préc., pts. 205 à 210). En d'autres termes, le Tribunal réintroduisait une part de subjectivité dans les droits de la défense de l'État membre. L'arrêt n'est certainement pas resté isolé sur ce point, puisque, le jour même de son prononcé, le Tribunal jugeait dans l'affaire « tubes et tuyaux en acier sans soudure » qu'« une violation des droits de la défense, étant une illégalité subjective par sa nature, ne relève pas de la violation des formes substantielles, et, partant, ne doit pas être soulevée d'office » (TPICE, 8 juill. 2004, aff. T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *JFE Engineering c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 2501, pt. 425). Dès lors, si l'on compare, d'une part, l'arrêt *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e.a. c/ Commission* et, d'autre part, les arrêts *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission* et *JFE Engineering c/ Commission* (préc.), une incertitude plane encore sur la nature subjective ou objective des droits de la défense ou, autrement dit, sur les personnes habilitées à invoquer une éventuelle violation des droits de la défense d'un État membre. L'enjeu dépasse largement les droits des bénéficiaires d'une aide, car il s'agit également de savoir si les juridictions communautaires doivent ou non relever d'office une telle violation (cf. Vesterdorf B., Le relevé d'office par le juge communautaire, in *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2003, p. 551-568). On pouvait donc espérer un signe de la Cour dans le cadre du pourvoi formé contre l'arrêt *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission*. Mais ce signe n'est pas venu. La Cour semble en réalité avoir soigneusement évité de se prononcer sur cette question, n'estimant pas même nécessaire de recourir aux conclusions d'un avocat général : elle se contente de relever que le Tribunal a jugé à titre surabondant que, même si la République fédérale d'Allemagne avait disposé des documents dont elle avait été irrégulièrement privée, la décision litigieuse n'aurait pu avoir un contenu différent. Dès lors que la requérante ne remettait pas en cause cette conclusion, son moyen était inopérant (pts. 132 à 136). Il faudra donc encore s'armer d'un peu de patience pour trouver une réponse claire à cette épineuse question.

É.B.S.

R.C. 792

De l'expertise économique devant le juge communautaire

À l'occasion d'une ordonnance de taxation des dépens, le Tribunal de première instance précise ses vues sur l'utilité de l'expertise économique.

TPICE, Ord. 19 déc. 2006, aff. T-228/99 DEP, *WestLB AG c/ Commission*

En 2003, le Tribunal avait annulé une décision de la Commission par laquelle était ordonnée la restitution d'une aide d'État accordée par le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie à une banque régionale allemande, la WestLB (TPICE, 6 mars 2003, aff. T-228/99 et T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e.a. c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 435). La Commission ayant succombé au principal, elle avait été condamnée à supporter les dépens de la partie adverse. Or, celle-ci réclama à ce titre le remboursement de plus de 4 millions d'euros (4 305 487,40 euros), somme finalement ramenée, devant le Tribunal, à environ 3 millions d'euros (3 027 061,52 euros), sur lesquels environ 1 million d'euros correspondaient aux honoraires et frais d'avocats et près de 2 millions d'euros (1 979 581,71 euros) correspondaient à des frais d'expertise économique. La Commission objectait que le montant des honoraires d'avocat était excessif et prétendait que les frais d'experts n'étaient pas récupérables (pt. 13). Outre le problème de la taxation des honoraires d'avocat, qui n'appelle pas d'observations particulières, la question dont le Tribunal était saisi était donc de savoir à quelles conditions et dans quelle mesure des frais d'expertise économique constituent des dépens récupérables.

Aux termes de l'article 91, sous b), du règlement de procédure du Tribunal, sont considérés comme dépens récupérables « les frais indispensables exposés par les parties aux fins de la procédure, notamment les frais de déplacement et de séjour et la rémunération d'un agent, conseil ou avocat ». Il avait déjà été admis que, en dehors des frais d'avocat, cet article pouvait s'appliquer à des frais d'expertise économique. Outre les décisions citées en ce sens au point 78 de l'ordonnance, on peut également invoquer, dans le domaine du contrôle des concentrations, les ordonnances rendues dans l'affaire *Schneider Legrand* (TPICE, Ord., 29 oct. 2004, aff. T-310/00 DEP et T-77/02 DEP, *Schneider Electric c/ Commission*, deux ordonnances, non publiées au recueil, RLC 2005/1, n° 75, obs. É.B.S.).

En matière d'expertise comme en matière de frais d'avocat, le critère déterminant pour pouvoir obtenir le remboursement des frais exposés par la partie ayant été condamnée à supporter les dépens est celui du caractère indispensable aux fins de la procédure. C'est sur l'appréciation de ce caractère indispensable que l'ordonnance apporte plusieurs précisions intéressantes. Il faut dire que l'affaire en cause avait donné lieu à ce qui apparaît comme une débauche d'expertise. Pas moins de sept experts (cabinets de conseil économique, universitaires, banques) avaient été consultés.

Sur le plan des principes tout d'abord, le Tribunal juge que, en raison de la nature économique des appréciations que doit effectuer la Commission dans le domaine des aides d'État, les conseils d'experts économiques peuvent constituer le complément indispensable des conseils juridiques et, partant, entraîner des dépens récupérables au sens de l'article 91, sous b), du règlement de procédure (pt. 78). On peut y voir la confirmation du principe selon lequel, quel que soit le domaine ju- >

ridique concerné, l'expertise économique peut être indispensable à la procédure devant le Tribunal dès lors que la Commission devait elle-même procéder à des appréciations économiques complexes pour prendre la décision contestée. Ce principe trouvera sans doute d'autres applications dans le domaine des aides d'État, puisque la Commission s'oriente vers une analyse économique plus fine dans ce domaine (cf. plan d'action dans le domaine des aides d'État, COM (2005) 107 final, pt. 18). À cet égard, il convient de préciser que ce n'est pas le devoir abstrait de la Commission de procéder à une appréciation économique complexe, mais la profondeur de l'analyse concrètement effectuée qui est déterminante. En effet, la reconnaissance du caractère indispensable des expertises économiques semble trouver son fondement dans le principe d'égalité des armes : c'est parce que la Commission fait de l'économie – et dans la mesure où elle en fait – que les parties, pour sauvegarder leurs droits, doivent en faire aussi. Le caractère indispensable d'études économiques approfondies dépend donc de la profondeur de l'analyse que l'entreprise conteste. Ce raisonnement que l'on trouve en filigrane dans certaines ordonnances de dépens en matière de contrôle des concentrations (cf. TPICE, ord. aff. T-77/02 DEP, préc., pt. 69 et TPICE, ord., aff. T-310/00 DEP, préc., pt. 54) devrait s'appliquer aussi en matière d'aides d'État.

Au-delà de ces principes généraux, l'ordonnance rapportée précise deux hypothèses dans lesquelles l'intervention d'un expert doit être considérée comme objectivement nécessaire aux fins de la procédure. Tel est le cas, en premier lieu, lorsque l'expertise se révèle décisive pour le résultat du litige, de sorte que sa production a épargné au Tribunal la nécessité d'ordonner une expertise (pt. 79). Tel est également le cas, en second lieu, lorsque l'expertise se révèle indispensable aux fins de la défense des droits d'une partie au litige (pt. 81). Chacune de ces hypothèses appelle quelques remarques.

La première hypothèse envisagée par le Tribunal est particulièrement intéressante, car elle paraît faire de l'expertise partielle diligentée par les parties un substitut acceptable de l'expertise impartiale que le Tribunal aurait pu ordonner. Le raisonnement suivi par le Tribunal semble sur ce point être le suivant : lorsqu'une expertise est déterminante pour l'issue du litige, elle doit en tout état de cause avoir lieu et l'on serait mal fondé à reprocher à une partie d'y avoir fait procéder. En d'autres termes, dès lors que l'expertise est indispensable, peu importerait qu'elle ait été commandée par une partie ou par le Tribunal. Ce raisonnement ne nous semble pas entièrement convaincant. En effet, l'expert reçoit sa mission de celui qui l'engage. Engagé par une partie, il reçoit une mission analogue à celle d'un avocat, à savoir trouver dans son domaine de spécialité des arguments de nature à réfuter l'appréciation de la Commission. Engagé par le Tribunal, l'expert doit porter une appréciation sur un point qui lui est soumis sans que le sens de ses conclusions soit prédéterminé. Partant, il ne serait indifférent que l'expert soit nommé pour être partial ou pour être impartial que si l'appréciation objet de l'expertise ne souffrait aucune divergence d'opinion. Or, les appréciations sont par excellence le domaine des divergences d'opinion. C'est même ce qui permet de distinguer une appréciation d'une constatation de fait (en ce sens, Vesterdorf B., « *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement* », *Competition Policy Int'l*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 3-27, p. 13). En matière économique, les experts ne sont généralement pas consultés pour procéder à des constats sur les faits matériels, mais pour porter des appréciations. C'est du reste ce qui explique que des experts puissent être en désaccord. L'équivalence fonctionnelle entre l'expert partial et l'expert impartial

établie par le Tribunal laisse donc dubitatif. Toutefois, cette première hypothèse n'ayant pas été jugée applicable en l'espèce, il faudra attendre d'autres décisions pour avoir des précisions sur ce point.

La seconde hypothèse dans laquelle le Tribunal a reconnu que les frais d'expertise pouvaient constituer des dépens récupérables est celle où l'intervention de l'expert est indispensable aux fins de la défense des droits d'une partie. Cette hypothèse est d'emblée considérée comme exceptionnelle (pt. 81). En effet, le Tribunal précise que le caractère indispensable à la défense des droits des parties doit être apprécié compte tenu, d'une part, de l'étendue du contrôle juridictionnel et, d'autre part, du pouvoir du Tribunal d'ordonner une expertise à titre de mesure d'instruction (pt. 82). C'est l'un des apports de l'ordonnance rapportée que de préciser en quoi ces deux éléments sont de nature à restreindre le champ de l'expertise indispensable. L'intensité du contrôle juridictionnel, tout d'abord, doit être prise en considération, car, s'agissant d'appréciations économiques complexes, le Tribunal n'exerce, selon une jurisprudence constante, qu'un contrôle restreint (pt. 83). Il en découle que l'expertise ne saurait être indispensable à la défense d'une partie que si elle concerne des moyens susceptibles de conduire à l'annulation de la décision dans le cadre d'un contrôle restreint, à savoir, des moyens pris de l'inexactitude matérielle des faits ou d'une erreur manifeste d'appréciation (pt. 84). Il faut, en second lieu, pour apprécier le caractère indispensable de l'expertise, avoir égard au pouvoir du Tribunal de nommer lui-même un expert. Là encore, l'ordonnance rapportée contient d'intéressantes précisions sur l'articulation entre l'expertise partielle et l'expertise impartiale (pts. 85 et s.). En pratique, ce sont toujours les parties qui sollicitent des mesures d'instruction. Le Tribunal apprécie la nécessité d'entendre les parties sur ce point. Il peut donc couper court *ab initio* à une demande de mesure d'instruction. Néanmoins, le Tribunal rappelle que son pouvoir d'appréciation dans ce domaine n'est pas illimité (pt. 87). Il doit en particulier tenir compte des éléments de preuve apportés par les parties. Plus précisément, la partie qui demande une mesure d'instruction doit apporter un commencement de preuve, afin de convaincre le Tribunal qu'une expertise serait nécessaire (pt. 88). Le Tribunal en déduit que l'intervention d'un expert peut être indispensable lorsqu'elle est nécessaire pour fournir à une partie ce commencement de preuve (pt. 89). Autrement dit, l'expertise partielle peut être indispensable pour obtenir une expertise impartiale.

En l'espèce, le Tribunal admet que le recours à l'expertise était indispensable pour étayer le moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation commise par la Commission concernant le taux de rendement normal retenu dans sa décision pour appliquer le principe de l'investisseur privé (pt. 91). Néanmoins, le nombre d'économistes employés par les parties est considéré comme excessif (pt. 92). Les frais récupérables sont établis à 75 000 euros, soit une fraction très faible des 2 millions demandés. À cet égard, s'il est une leçon que les praticiens doivent retenir de cette ordonnance, c'est la nécessité pour les parties de motiver de manière très circonstanciée l'utilité des expertises économiques dont elles demandent le remboursement (pt. 97). Il n'est pas suffisant de démontrer que les travaux d'experts sont en relation avec les mémoires (pt. 94). En effet, une expertise utilisée par les parties au soutien d'un moyen inopérant ne saurait être qualifiée d'indispensable. Tel semble avoir été le cas en l'espèce d'une expertise qui, selon la requérante elle-même, visait à établir qu'une méthode de calcul pour déterminer la rémunération appropriée de certains actifs est plus

correcte que celle utilisée par la Commission (pt. 46). En effet, il est indifférent, dans le cadre du contrôle restreint, que la méthode employée par la Commission n'ait pas été la plus correcte possible. Ce qui doit être démontré c'est que la méthode employée est entachée d'erreur manifeste. Pour pouvoir récupérer des frais d'expertise, il faut donc que les parties mettent le juge en mesure de constater que l'expertise était indispensable pour étayer des moyens opérants dans le cadre d'un contrôle restreint. En cela, la seconde hypothèse rejoint la première: l'expertise indispensable à la défense des droits des parties est également déterminante pour la solution du litige. À défaut d'être parfaitement distinctes ou parfaitement convaincantes, l'une et l'autre hypothèses envisagées par le Tribunal soulignent l'intérêt très concret pour les parties d'articuler précisément le raisonnement économique des experts et le raisonnement juridique des avocats pour rentrer dans leurs frais.

A.-L.S.

RLC 793

Le principe dispositif et la pleine juridiction

La Cour de justice écarte l'interdiction de statuer ultra petita dans le cadre de l'exercice de la pleine juridiction. Le Tribunal peut augmenter une amende sans conclusions de la Commission en ce sens.

CJCE, 8 févr. 2007, aff. C-3/06 P, Danone c/ Commission

Dans le cadre d'un procès civil, en application du principe dispositif, il revient classiquement aux parties de fixer le cadre du litige, le juge se trouvant donc dans l'impossibilité de statuer *ultra petita* (NCPC, art. 4 et 5). Ce principe est également applicable devant les juridictions communautaires (cf. CJCE, 14 déc. 1962, aff. 46/59 et 47/59, Meroni c/ Haute Autorité, Rec. CJCE, p. 783, 801; CJCE, Ord., 27 sept. 2004, aff. C-470/02 P, UER c/ M6 e.a., non publiée au Rec., pts. 61 à 68), mais une exception importante s'y applique lorsque le juge exerce la pleine juridiction dont il est investi dans certaines matières. Historiquement, il a été recouru à cette exception surtout dans le domaine de la fonction publique, où le juge communautaire dispose d'une compétence de pleine juridiction en matière pécuniaire. Il lui arrive en effet fréquemment d'ordonner dans cette matière le paiement d'indemnités qui ne lui sont pas demandées par les parties (pour l'exemple sans doute le plus ancien, cf. CJCE, 5 juin 1980, aff. 24/79, Oberthür c/ Commission, Rec. CJCE, p. 1743, pt. 14). L'arrêt Danone de la Cour vient de confirmer qu'il en était de même s'agissant des amendes infligées en droit de la concurrence (CJCE, 8 févr. 2007, aff. C-3/06 P, Danone c/ Commission). Dans cette affaire, Danone reprochait au Tribunal d'avoir augmenté l'amende qui lui avait été infligée en la recalculant selon les dispositions des lignes directrices, et ce malgré l'absence de conclusions en ce sens de la part de la Commission (TPICE, 25 oct. 2005, aff. T-38/02, Danone c/ Commission, RLC 2006/6, n° 456 et 457, obs. É.B.S.). Danone pouvait compter sur une part non négligeable de la doctrine, qui écarte la possibilité d'une augmentation d'amende sans conclusions en ce sens (Louis, J.-V., Vandersanden, G., Waelbroeck, M., Waelbroeck, D., La Cour de justice - Les actes des institutions, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2^e éd., 1993, p. 95, et Plouvier, L., Le contentieux de pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes, Rev. Marché commun, 1973, p. 365, 368), voire peut-être également sur une part de la jurisprudence antérieure du Tribunal (TPICE, 8 juill. 2004, aff. T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, JFE Engineering c/ Commission, Rec. CJCE, II, p. 2501, RLC 2004/1, n° 72, pt. 578). La Cour de justice a néanmoins rejeté assez fermement l'ar-

gumentation de Danone en rappelant que, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, le juge communautaire est habilité, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée (CJCE, 15 oct. 2002, aff. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, Rec. CJCE, I, p. 8375, pt. 692). Pour la Cour de justice, il en résulte que le juge communautaire est habilité à exercer sa compétence de pleine juridiction « lorsque la question du montant de l'amende est soumise à son appréciation » et que cette compétence peut être exercée tant pour réduire ce montant que pour l'augmenter (pt. 62).

On doit souligner la très grande généralité des termes utilisés par la Cour: c'est, semble-t-il, dès que le Tribunal doit « apprécier [er] » « la question du montant de l'amende » qu'il peut la modifier, le cas échéant en la majorant, même en l'absence de conclusions en ce sens. Il semble donc en définitive suffisant que, d'une façon ou d'une autre, le montant de l'amende soit en cause devant le Tribunal. C'est certainement encore un verrou à l'augmentation des amendes par les juridictions communautaires qui vient de sauter. Désormais, lorsqu'une entreprise sanctionnée par la Commission se rend compte que cette dernière a mal calculé - mais à son profit - le montant de l'amende qui lui a été infligée, elle prend le risque, si elle forme un recours pour faire sanctionner un autre défaut de la décision, que le Tribunal corrige d'office ce calcul erroné. En l'espèce, Danone, comme d'ailleurs toutes les entreprises qui à ce stade se sont vues infliger une augmentation d'amende par le Tribunal, avait bénéficié par ailleurs d'une réduction d'amende supérieure à la majoration qui lui avait été imposée, de sorte que son recours lui était resté bénéfique (cf. également SGL dans TPICE, 29 avr. 2004, aff. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, Tokai Carbon e.a. c/ Commission, Rec. CJCE, II, p. 1181, pt. 418, ainsi que certains requérants dans les affaires Lysine: TPICE, 9 juill. 2003, aff. T-220/00, Cheil Jedang c/ Commission, Rec. CJCE, II, p. 2473, pts. 225 à 227; aff. T-224/00, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingrédients c/ Commission, Rec. CJCE, II, p. 2597, pts. 374 à 376; aff. T-230/00, Daesang et Sewon Europe c/ Commission, Rec. CJCE, II, p. 2733, pts. 148 à 150). Néanmoins, les conditions juridiques semblent désormais toutes réunies pour que, un jour, une entreprise sorte du prétoire sanctionnée plus sévèrement qu'elle n'y était entrée, comme cela se passe dans tant d'affaires pénales portées devant les cours d'appel françaises.

É.B.S.

RLC 794

Droits de la défense et augmentation d'une amende par le Tribunal

La Cour de justice élude la question tout en semblant adopter, de façon implicite, une conception extensive de l'effet des lignes directrices sur la compétence de pleine juridiction du Tribunal.

CJCE, 8 févr. 2007, aff. C-3/06 P, Danone c/ Commission

Dans l'affaire Danone, la Cour de justice était appelée par Danone à se prononcer sur une question importante: le Tribunal de première instance doit-il ou non inviter une entreprise requérante à présenter ses observations avant d'augmenter une amende? Bien des éléments semblent plaider en faveur d'une réponse positive. Tout d'abord, les amendes ont un ca-