

TPI, 9 septembre 2008, MyTravel Group plc / Commission,

Aff. T-212/03, Rec. p. II-1967

RESPONSABILITÉ NON CONTRACTUELLE DE LA COMMUNAUTÉ – CONCURRENCE – DÉCISION DÉCLARANT UNE OPÉRATION DE CONCENTRATION INCOMPATIBLE AVEC LE MARCHÉ COMMUN – ANNULATION DE LA DÉCISION PAR UN ARRÊT DU TRIBUNAL – VIOLATION SUFFISAMMENT CARACTÉRISÉE D'UNE RÈGLE DE DROIT AYANT POUR OBJET DE CONFÉRER DES DROITS AUX PARTICULIERS

Nicolas PETIT, *Chargé de cours à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Liège (ULg), co-directeur de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes (www.ieje.net)*

Secrétaire exécutif du Global Competition Law Centre (GCLC, Collège d'Europe)

et

Charlotte LOUSBERG, *Assistante, Faculté de droit et de science politique de l'Université de Liège (ULg)*

Nouvel avatar de la saga *Airtours*, l'arrêt commenté était attendu de longue date par les observateurs du droit de la concurrence¹. D'aucuns se souviendront que l'arrêt d'annulation rendu en 2003 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *Airtours plc./Commission* avait, ensemble avec les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval*, poussé la Commission à ouvrir un immense chantier de rénovation de son système de contrôle administratif des opérations de concentration².

Non contentes d'avoir précipité une réforme administrative inédite, les requérantes exigeaient en l'espèce de la Commission, par la voie de l'article 288, alinéa 2 CE, qu'elle

indemnise le préjudice infligé en raison de l'adoption de sa décision déclarant incompatible la concentration des deux voyagistes concurrents, *Airtours* (devenu *MyTravel*) et *First Choice*³. Ici sont donc en cause les suites de l'arrêt *Airtours plc./Commission* (ci-après «l'arrêt *Airtours*») dans lequel le Tribunal avait annulé la décision de la Commission⁴.

¹ V. N. PETIT et M. RATO, «The Commission's Non-Contractual Liability in the Field of Merger Control – Don't Use A Hammer When You Need a Screwdriver», *GCP*, 06-30-2007 : «It has become conventional wisdom to view the rulings handed down by the CFI in *Airtours*, *Schneider*, *Tetra Laval* and *Impala* as unprecedented setbacks for the European Commission ("the Commission") that would usher in a new era of administrative accountability in the field of merger control».

² V. TPI, 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-258; TPI, 22 octobre 2002, *Schneider Electric/Commission*, aff. T-310/01, Rec. p. II-4071; TPI, 25 octobre 2002, *Tetra Laval/Commission*, aff. T-5/02, Rec. p. II-4381. Suite à la trilogie d'arrêts d'annulation en matière de contrôle des concentrations, la *Merger Task Force* n'a pas survécu à la refonte qui en a été la conséquence. V. à ce sujet, V. RABASSA, D. SEVY, J. PADILLA et J.-F. BELLIS, «Quel bilan de la réforme de la DG Concurrence?», *Concurrences*, n° 2-2007, p. 8.

³ V. décision 2000/276/CE (affaire IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*), *JOCE* 2000, n° L 93, p. 1, ci-après «la décision *Airtours*». Le 29 avril 1999, *Airtours* (devenu depuis *MyTravel Group*), voyagiste au Royaume-Uni, annonçait son intention d'acquiescer la totalité du capital de *First Choice*, l'un de ses concurrents. Le même jour, elle notifiait à la Commission Européenne (ci-après «la Commission») ce projet de concentration afin d'obtenir une décision d'autorisation sur la base du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. La Commission, estimant que l'opération de concentration soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, a engagé la procédure d'examen approfondi et élaboré une communication des griefs dans laquelle elle exposait les raisons qui la convainquaient que l'opération envisagée créerait une position dominante collective au Royaume-Uni sur le marché des vacances à forfait à l'étranger vers des destinations proches. *MyTravel* a transmis à la Commission deux séries de propositions d'engagements afin de rendre l'opération compatible avec le marché commun, lesquelles ont toutes deux été rejetées. Au terme de la procédure, la Commission a déclaré cette opération de concentration incompatible avec le marché commun.

⁴ V. TPI, 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, préc., point 294 : «Au vu de tout ce qui précède, force est de conclure que la Décision, loin d'avoir fondé son analyse prospective sur des preuves solides, est entachée d'un ensemble d'erreurs d'appréciation concernant des éléments importants pour l'évaluation de l'éventuelle création d'une position dominante collective. Il

MyTravel, contrainte de renoncer à son projet d'acquisition, et sans doute encouragée par la force des attendus de l'arrêt *Airtours*⁵, avait introduit un recours afin de voir condamner la Communauté à indemniser son préjudice⁶. Elle cherchait à obtenir réparation des dommages subis pour ce qui est de la période séparant l'adoption de la décision *Airtours* (22 septembre 1999) du moment où elle aurait pu, en principe, acquérir First Choice à la suite de l'arrêt *Airtours* (évalué au 31 octobre 2002)⁷. Autrement dit, MyTravel réclamait que la Commission lui verse l'équivalent de ce que l'opération de concentration envisagée lui aurait prétendument rapporté.

Jusqu'alors, le recours indemnitaire en droit de la concurrence n'avait pas connu d'applications pénétrantes. Il faut dire qu'en dehors de quelques arrêts⁸ reconnaissant ponctuellement la possibilité d'engager la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté⁹ dans le

s'ensuit que la Commission a interdit l'opération sans avoir établi à suffisance de droit que l'opération de concentration engendrerait une position dominante collective des trois grands voyageurs en résultant susceptible de constituer une entrave significative à une concurrence effective dans le marché en cause».

⁵ *Ibid.*, points 191 et 232.

⁶ L'échec de la tentative d'indemnisation de Schneider en 2007 n'a pas dissuadé MyTravel. Il faut cependant noter que le recours de MyTravel était déjà pendant quand l'arrêt *Schneider* a été rendu.

⁷ MyTravel estime initialement que son préjudice s'élève à un montant, soit un préjudice de 517 900 000 livres sterling, comprenant la perte des bénéfices de First Choice, la perte des économies imputables aux synergies et les frais afférents à l'offre manquée. Elle reverra ensuite sa position en demandant au Tribunal d'évaluer lui-même le préjudice qu'elle a encouru. V. TPI, 9 septembre 2008, *MyTravel Group plc/Commission*, aff. T-212/03, nep, point 27.

⁸ V. notamment CJCE, 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland) AG/Commission*, aff. C-282/05 P, *Rec.* p. I-2941. En l'espèce, la décision de la Commission infligeant une amende à deux entreprises pour leur participation au cartel du *Ciment* avait été annulée. Les entreprises réclamaient en conséquence réparation du préjudice qu'elles avaient subi pour avoir dû constituer une garantie bancaire afin de ne pas payer immédiatement l'amende. S'appuyant sur la non-satisfaction de la condition de violation suffisamment caractérisée, le Tribunal rejeta ce recours. Son analyse fut confirmée par la Cour de justice.

⁹ V. C. LEMAIRE, «Un an d'actualité en droit processuel de la concurrence», disponible à www.afec.asso.fr/documents/droitprocessuel.doc : «La Cour [...] confirme donc que, en antitrust aussi, la responsabilité de la Commission est susceptible d'être engagée quand elle commet des fautes». V. également D. GERADIN et N. PETIT, «Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation», *RTDE*, 2005, p. 795, spéc. p. 823 à 827. Les auteurs soulignent déjà la grande prudence dont font preuve les juridictions communautaires face au contentieux de l'indemnisation : «L'arrêt *Holcim/Commission* permet donc 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».

domaine de l'article 81 CE¹⁰, les strictes conditions jurisprudentielles d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté semblaient avoir découragé les velléités indemnitaires des plaideurs les plus opiniâtres. Comment, en effet, pouvoir établir une «violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers»¹¹ dans un domaine où il est *in fine* question de politique industrielle, de contrôle structurel du marché et où la Commission jouit traditionnellement d'une épaisse marge d'appréciation?

De plus, le Tribunal a entre-temps rendu, le 11 juillet 2007, un arrêt ambigu, semblant partiellement obturer l'action indemnitaire dans le domaine du contrôle des concentrations¹². Car si l'arrêt *Schneider* donnait droit au recours de Schneider en acceptant d'engager la responsabilité de la Commission au titre de violations des droits de la défense¹³, il repoussait en revanche les prétentions des parties relatives aux erreurs commises par la Commission dans son appréciation au fond de l'opération de

¹⁰ V. N. PETIT, «Actualité du droit des ententes en 2007», *LPA*, 3 juillet 2008, n° 133, p. 7.

¹¹ La mise en cause de la responsabilité d'une institution communautaire exige la réunion de conditions que la Cour de justice a clarifiées dans plusieurs arrêts (v. notamment CJCE, 29 septembre 1982, *Oleifici Mediterranei/CEE*, aff. C-26/81, *Rec.* p. 3057, point 16 et TPI, 14 décembre 2005, *Beanglow/Parlement e.a.*, aff. T-383/00, *Rec.* p. II-5459, point 95) : l'illégalité du comportement reproché à l'institution, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué. Lorsqu'il s'agit de l'illégalité d'un acte juridique, la première condition doit consister en une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Le critère décisif à cet égard est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. V. le point 27 de l'arrêt commenté.

¹² V. TPI, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA/Commission*, aff. T-351/03, *Rec.* p. II-2237. Schneider, qui avait vu son projet de concentration avec Legrand illégalement repoussé par la Commission, avait introduit un recours en indemnité devant le Tribunal. Sans doute la virulence de la terminologie utilisée par le Tribunal dans l'arrêt d'annulation a-t-elle incité Schneider à introduire ce recours. Le Tribunal s'était en effet longuement étendu sur l'attitude «délayale», «intransigeante», «arbitraire» et «dépourvue de bonne foi» de la Commission.

¹³ En l'espèce, la Commission aurait commis une «violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers» en rédigeant sa communication des griefs de telle manière que les parties ne pouvaient pas savoir qu'à défaut de présenter des mesures correctives rencontrant un grief précis émis par la Commission, elle n'avait aucune chance d'obtenir que son projet de concentration soit déclaré compatible avec le marché commun. Le grief concerné est celui de l'adossement entre les positions de Schneider et celles de Legrand sur les marchés sectoriels français. V. le point 152 de l'arrêt *Schneider*.

concentration¹⁴. Le Tribunal refusait en effet de voir dans les déficiences de l'analyse économique menée par la Commission une faute débouchant sur une obligation de réparation. En doctrine, certains auteurs n'hésitèrent pas à parler d'un «*droit à l'erreur*» dans le chef de la Commission¹⁵.

Autant dire que la solution de l'arrêt *MyTravel Group plc./Commission* (ci-après «l'arrêt *MyTravel*»), qui devait uniquement aborder des questions de fond, était en doctrine, entourée des plus grandes incertitudes¹⁶. L'arrêt du Tribunal allait-il, comme la sentence d'annulation de 2003 qui avait (re)défini les conditions de la position dominante collective¹⁷, passer à la postérité en engageant la responsabilité de la Commission pour les défaillances de ses analyses de fond? Allait-il au contraire confirmer sa timide jurisprudence *Schneider*, et rejeter hors la sphère du contentieux indemnitaire les dommages causés par les égarements, au fond, de la Commission?

L'arrêt rendu le 9 septembre 2008 par le Tribunal rejette finalement le recours de *MyTravel* (I). La solution qu'il dégage, enracinée dans des arguments de politique publique, repose sur des fondements d'une solidité toute

relative (II). Et si le Tribunal douche en apparence les espoirs des praticiens qui avaient espéré un rééquilibrage du rapport de force entre la Commission et les parties, il n'est pas déraisonnable de voir, dans cet arrêt, certaines caractéristiques d'une solution d'espèce (III).

I. | L'arrêt du Tribunal

La plume du juge de 2009 s'est indéniablement adoucie. Dans des termes particulièrement tolérants envers la Commission, le Tribunal rejette le recours formé par *MyTravel*. Exclusivement fondé sur la non-satisfaction de la première des trois conditions cumulatives d'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté, le rejet du recours de *MyTravel* est ancré dans des considérations de politique publique¹⁸.

Soucieux, sans doute, d'énoncer des principes dans une affaire soulevant des questions inédites, le Tribunal estime opportun de formuler quelques «*observations liminaires*». Le juge consacre ainsi quelques propos au caractère de «*règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers*» des articles 2(2) et 2(3) du Règlement n° 4064/89. Les dispositions, qui prévoient respectivement la compatibilité et l'incompatibilité des concentrations n'entravant pas et entravant de manière significative la concurrence effective, comportent selon le Tribunal une intrusion dans la «*vie des affaires*» des entreprises, puisque celles-ci doivent soumettre leurs projets de concentrations à la Commission pour autorisation préalable¹⁹. Le juge considère donc, par un raccourci qui mériterait discussion, qu'au vu de leurs «*conséquences*», ces dispositions confèrent bien «*des droits aux particuliers*».

Les remarques du Tribunal relatives à la notion de «*violation suffisamment caractérisée*» sont en revanche plus intéressantes. En droit communautaire, le critère décisif à cet égard est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par une institution

¹⁴ Cette dichotomie entre règles de fond et de procédure est récurrente dans la jurisprudence du Tribunal. On la retrouve également dans le contentieux de l'annulation.

¹⁵ V. J.-M. COT, «Responsabilité de la Communauté : la Commission engage sa responsabilité non-contractuelle du fait d'une violation caractérisée du droit communautaire lors de l'examen d'une concentration», *Concurrences*, n° 4-2007, p. 95 : «*La jurisprudence s'attache à prendre en compte la complexité de la situation qui était soumise à la Commission. Et puisque l'analyse économique prospective des effets d'une opération sur le fonctionnement de la concurrence est considérée comme un exercice particulièrement complexe, la Commission a presque un droit à l'erreur dans son analyse économique lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence ou non d'une faute réparable*».

¹⁶ L'impact de l'arrêt *Schneider* est en effet loin d'être évident et mérite d'être clarifié par une jurisprudence nette et précise. V. A. SVETLICINI, *Damages for Schneider Electric : Setting the Standards for Community's non Contractual Liability*, préc., p. 3 ainsi que P. ALEXIADIS et V. MOUSSIS, «The European Court of First Instance Rules in Favour of Compensation for Illegal Prohibition of a Merger by the European Commission in *Schneider/Legrand*», *ULR*, n° 16, 2006-2007, p. 5 : «*There also remains the more complex issue of the legal standard to be applied where the Commission has erred in its substantive analysis – in other words, under what circumstances the court will be prepared to consider that the Commission has exceeded its margin of discretion in interpreting economic data, and has thereby committed a «grave and manifest» error of judgement. That issue will fall to be decided in the pending *MyTravel* appeal before the court*».

¹⁷ Pour une description complète de l'arrêt *Airtours*, v. N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 126 et s.

¹⁸ Cette condition est celle de l'existence d'une «*violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers*».

¹⁹ Point 48 de l'arrêt.

communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation²⁰.

Le Tribunal dispose ici que l'annulation de la décision d'incompatibilité ne suffit pas pour établir une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire par la Commission²¹. Autrement dit, il n'y a pas de «symétrie» juridique entre l'erreur manifeste d'appréciation dans le contentieux de la légalité et la violation suffisamment caractérisée dans le contentieux de l'indemnité. Seule une erreur «étrangèr[e] au comportement normal d'une institution chargée de veiller à l'application des règles de concurrence, lesquelles sont complexes, délicates et sujettes à une importante marge d'appréciation» est susceptible d'engager sa responsabilité²².

La *ratio* de cette règle reposerait, c'est du moins ce qu'indique l'arrêt, sur des considérations de politique publique. Assimiler l'annulation constatée dans un arrêt précédent à une violation suffisamment caractérisée risquerait «de compromettre la capacité de la Commission à exercer pleinement la fonction de régulateur de la concurrence [...] en raison de l'effet inhibant [...] que pourrait engendrer le risque d'avoir à supporter les dommages allégués»²³.

Ces observations liminaires faites, le Tribunal peut procéder à l'examen, *in concreto*, de l'existence de «violations suffisamment caractérisées» d'une part, au stade de l'appréciation des effets de l'opération et, d'autre part, au stade de l'analyse des engagements

soumis par les entreprises lors de la procédure. La requérante alléguait que le raisonnement de la Commission présentait diverses «failles», dont les plus sérieuses concernaient la «méconnaissance du droit applicable» ou encore l'absence «d'éléments suffisants pour comprendre la situation de concurrence et caractériser une position dominante collective»²⁴. Pour ne prendre que quelques exemples, la requérante critiquait la Commission pour avoir tenté, *en droit*, d'étendre le champ du Règlement en appréhendant, par le biais de la position dominante collective, une situation d'effets unilatéraux anticoncurrentiels pourtant non couverte par le Règlement n° 4064/89. MyTravel estimait encore que, *dans les faits*, la Commission aurait méconnu de façon manifeste et grave les limites de son pouvoir d'appréciation, en caractérisant une position dominante collective à partir d'indices pourtant contestés en théorie économique (volatilité de la demande)²⁵, et en évacuant d'autres critères ne cadrant pas avec sa thèse (instabilité des parts de marchés²⁶, croissance de la demande²⁷, hétérogénéité du produit²⁸, réaction des concurrents et consommateurs²⁹, etc.)³⁰. La Commission se contentait, de son côté, de rétorquer que ces erreurs, déjà épinglées par le Tribunal dans le cadre de l'annulation, n'étaient pas en tant que telles constitutives d'une «violation suffisamment caractérisée» du droit.

Le Tribunal repousse les prétentions de la requérante et confirme, ce faisant, le vent de clémence indemnitaire qui souffle sur le début de son arrêt. Cela est d'abord vrai de la prétendue violation du champ d'application du Règlement par la Commission, sur laquelle le juge s'estime insuffisamment éclairé. En l'absence d'indications supplémentaires, la réplique de la Commission doit prévaloir, nonobstant un débat

²⁰ Point 37 de l'arrêt. V. également CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, aff. C-352/98 P, *Rec. p.* I-5291, points 42 et 43 et CJCE, 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland) AG/Commission*, aff. C-282/05 P, *Rec. p.* I-2941, point 47.

²¹ Point 42 de l'arrêt.

²² *Ibid.*, notamment les points 40 : «La notion de violation suffisamment caractérisée ne comprend pas les erreurs ou les fautes qui, même si elles présentent un degré de gravité certain, ne sont pas étrangères au comportement normal d'une institution chargée de veiller à l'application des règles de concurrence, lesquelles sont complexes, délicates et sujettes à une importante marge d'appréciation» et 84 : «La complexité des situations à régler en matière de contrôle des concentrations, les difficultés d'application liées aux contraintes de temps qui s'imposent à l'administration dans ce cadre, ainsi que la marge d'appréciation qu'il convient de reconnaître à la Commission doivent être prises en considération pour apprécier l'existence d'une éventuelle violation suffisamment caractérisée commise par la Commission dans le cadre de son analyse des effets de l'opération Airtours/First Choice sur la concurrence».

²³ Point 32 de l'arrêt.

²⁴ Failles dites de premier niveau. V. le point 53 de l'arrêt.

²⁵ Point 62 de l'arrêt.

²⁶ Point 60 de l'arrêt.

²⁷ Point 64 de l'arrêt.

²⁸ Point 66 de l'arrêt.

²⁹ Point 70 de l'arrêt.

³⁰ Qui plus est, la Commission aurait omis de s'intéresser à la situation de concurrence avant la concentration. Point ici une réminiscence de la discutée technique de la «check-list» qui permettait à la Commission de dissimuler, derrière l'élégance de l'analyse économique, une instruction à charge. V., sur ce point, N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 186 et s.

doctrinal nourri sur ce qu'aurait réellement tenté de faire la Commission³¹... Mais cela est encore plus net au sujet de la question de savoir si les failles dans l'analyse économique de la décision constituent une violation suffisamment caractérisée du droit. Le Tribunal reconnaît certes que des vices manifestes et graves dans le raisonnement économique peuvent faire naître un droit à réparation dans le chef de l'entreprise victime de cette erreur³². Cependant, prenant le contre-pied de ce propos, le Tribunal confectionne une véritable théorie du droit à l'erreur. En la matière, la Commission doit procéder à des «*analyses économiques*» reposant sur «*des énoncés intellectuels complexes et difficiles*»³³, agit dans des «*contraintes de délai*»³⁴, et son analyse «*comporte un aspect prospectif*»³⁵. Il faudrait donc admettre, bon gré, mal gré, que puissent s'y glisser certaines «*insuffisances, telles que des approximations, des incohérences, voire certaines omissions*»³⁶. *Idem* dans le choix des méthodes d'examen (instruments économiques et angles d'approche) où le juge tolère une latitude à l'égard de la Commission, sous réserve que ses choix ne soient pas «*manifestement contraires aux règles admises de la discipline économique*»³⁷. En outre, le Tribunal ne manque pas de rappeler que la Commission jouit d'une marge d'appréciation aux fins de conserver la maîtrise de la politique communautaire de la concurrence. Une politique de contrôle «*constante et invariable [...] ne saurait [donc] être attendue d'elle*»³⁸.

Sur ce fondement, le Tribunal souligne, point par point, que les erreurs d'appréciation de la Commission relatives aux caractéristiques du marché³⁹, trouvent leur origine dans les «*contraintes propres*», ou encore dans les «*contraintes objective*»⁴⁰, au contrôle des concentrations et, dès lors, ne sont pas

«*étrangères au comportement normal d'une institution chargée de veiller à l'application du droit de la concurrence*»⁴¹.

La requérante mettait encore en cause la responsabilité de la Commission en alléguant que la Commission, en refusant d'accepter, et même d'examiner certains engagements, aurait commis une violation caractérisée du droit. Contrairement à l'appréciation des effets de l'opération, ce point n'avait pas été tranché au stade de l'annulation, et le juge est donc conduit à faire un examen plus détaillé du comportement de la Commission. Le débat se cristallisait autour d'une série d'engagements nouveaux soumis hors délai, le 15 septembre 1999. Si ces engagements sont parfois examinés dans des circonstances exceptionnelles⁴², la décision de la Commission indiquait que les services de la concurrence avaient refusé de les examiner alors même que le délai de clôture de la procédure expirait le 5 octobre 1999. Selon la décision de la Commission, les engagements, «*nouveaux et substantiellement modifiés*»⁴³ ne pouvaient être examinés car soumis quelques jours à peine avant la réunion collégiale de la Commission⁴⁴.

Le juge rejette la requête en s'appuyant ici, sinon exclusivement du moins principalement, sur une observation factuelle : la Commission indiquera tardivement, en cours de procédure, qu'elle n'a pas rejeté les engagements sans examen. Au contraire, elle aurait bel et bien vérifié que les engagements n'étaient pas suffisants pour répondre aux objections soulevées envers l'opération⁴⁵ (dans une «*note sur les points défensifs*», dont la qualification édifiante interpelle le lecteur attentif et le conduit à se demander quelle arrière-pensée anime réellement la Commission quand elle se présente comme l'adversaire de l'entreprise notifiante). En présence d'un tel examen préliminaire des engagements, la prétention de la requérante doit être écartée, la Commission n'ayant pas commis de «*violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit*»⁴⁶. En

³¹ V. notamment, M. MOTTA, «E.C. Merger Policy and the Airtours Case», (2000) 21/4, *European Competition Law Review*, 199.

³² Point 80 de l'arrêt.

³³ Point 81 de l'arrêt.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Point 82 de l'arrêt.

³⁶ Point 81 de l'arrêt.

³⁷ Point 83 de l'arrêt.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Points 86 (pour la faible croissance de la demande) et 88 de l'arrêt (pour la transparence du marché).

⁴⁰ Point 89 de l'arrêt.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Point 124 de l'arrêt. Il faut pour cela qu'ils soient de nature à répondre clairement aux problèmes identifiés.

⁴³ Point 111 de l'arrêt.

⁴⁴ Point 108 de l'arrêt.

⁴⁵ Points 128-129 de l'arrêt.

⁴⁶ Point 132 de l'arrêt.

revanche, la Commission sera condamnée à supporter ses dépens, ayant présenté ce nouvel argument à un stade particulièrement tardif de la procédure⁴⁷.

II. Une solution jurisprudentielle fragile?

La solution dégagée par le Tribunal repose essentiellement sur des arguments de politique publique. Or, si l'on y regarde de près, la pertinence des affirmations du Tribunal est des plus discutables, lorsqu'elle est confrontée à la logique juridique d'ensemble du Règlement concentrations.

Synthétisons ce que nous dit le juge : là où la Commission fait face à des «*contraintes objectives*»⁴⁸ – elle doit prospectivement procéder à des «*analyses économiques*» intellectuellement complexes et difficiles, dans un calendrier serré, et appliquer des règles sujettes à d'importantes variations⁴⁹ – l'erreur serait normale. Aussi «*regrettable*» que cela puisse être, la Commission ne peut être reconnue coupable d'une «*violation caractérisée du droit*»⁵⁰.

Cette solution qui reconnaît à la Commission un véritable «*droit à l'erreur*», une licence de méprise serait-on tenté de dire, est cependant en décalage avec la lettre du Règlement. Car ce dernier, en lieu d'un droit à l'erreur, semble imposer à la Commission une obligation de prudence dans les situations complexes. Pour rappel, l'article 10(6) du Règlement prévoit que si la Commission ne prend pas de décision dans les délais que lui impose le texte, l'opération doit être réputée compatible⁵¹. On prête au législateur communautaire l'intention d'avoir voulu imposer, dans les cas d'incertitude et de tangence, une obligation de circonspection et de retenue à charge de la Commission. Conformément au principe de précaution, né dans des matières où l'incertitude est une donnée incontestable⁵², lorsque la Commission

fait face à un environnement incertain, démarche doit être faite de réserve et modération⁵³. Le législateur donnerait donc faveur à la réalisation de l'opération, au risque assumé que celle-ci engendre ultérieurement des conséquences préjudiciables sur le marché en cause⁵⁴.

Du reste, le Tribunal semble lui-même contredire en évoquant une obligation de prudence, lors de sa discussion des prétentions relatives aux engagements. Le Tribunal indique que «*l'importance des intérêts financiers et des enjeux industriels ou commerciaux inhérents à ce type d'opération [...] oblige également la Commission à faire preuve de plus grande diligence dans l'exercice de sa mission de contrôle des concentrations*»⁵⁵.

Mais cela n'est pas tout. La *ratio decidendi* de l'arrêt du Tribunal est elle-même discutable. Non sans catastrophisme, le juge estime qu'admettre la doctrine de la symétrie, et ouvrir les conditions d'engagement de la responsabilité, pourrait «*compromettre la capacité de la Commission à exercer pleinement la fonction de régulateur de la concurrence [...] en raison de l'effet inhibant [...] que pourrait engendrer le risque d'avoir à supporter les dommages allégués*»⁵⁶. L'argument a tous les traits de la pétition de principe. Premièrement, en contrôle des concentrations, la Commission est tenue de statuer sur les notifications qu'elle reçoit. Tout risque d'auto-modération, de réorientation sectorielle, ou autre, de son activité décisionnelle en la matière est donc exclu. Liée par une obligation de résultat, la Commission n'a d'autre choix, lorsqu'elle reçoit la

⁴⁷ Point 139 de l'arrêt.

⁴⁸ Point 43 de l'arrêt.

⁴⁹ Point 81 de l'arrêt.

⁵⁰ Point 43 de l'arrêt.

⁵¹ V. article 10(6) du Règlement 139/2004, préc., et du Règlement 4064/89, préc.

⁵² Notamment le droit de l'environnement et le droit de la santé.

⁵³ V. Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution du 2 février 2000 *Com/2000/0001* finale, notamment les points 4 : «*Le recours au principe de précaution présuppose que les effets potentiellement dangereux d'un phénomène, d'un produit ou d'un procédé ont été identifiés, et que l'évaluation scientifique ne permet pas de déterminer le risque avec suffisamment de certitude. La mise en œuvre d'une approche fondée sur le principe de précaution devrait commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible et, si possible, déterminant à chaque stade le degré d'incertitude scientifique*» et 5 : «*Dans certains cas, la bonne réponse pourrait consister à ne pas agir ou du moins, à ne pas prendre une mesure juridique contraignante*».

⁵⁴ A vrai dire, une telle solution n'a rien de choquant. Si l'entité fusionnée accède à une position dominante à la suite de l'opération et adopte des comportements anticoncurrentiels, la Commission conserve la possibilité de mettre en œuvre l'article 82 CE.

⁵⁵ Point 119 de l'arrêt.

⁵⁶ Point 32 de l'arrêt.

notification d'un projet de concentration, que d'emprunter la voie de la décision. La crainte qui anime le Tribunal de voir la Commission procéder à une sorte de «*déni de justice*» ne repose donc sur aucun ancrage concret.

Deuxièmement, le Tribunal ne relève nullement que la charge de l'indemnisation incombe au budget global de la Communauté et que, le cas échéant, la Commission ne peut que très indirectement être «*inhibée*» par l'aspect financier de la réparation des dommages causés par ses décisions.

Troisièmement, le Tribunal est bien placé pour savoir que les recours en annulation portés devant lui en matière de concentrations sont rares. Le risque de déferlement de recours paraît donc relativement illusoire.

Enfin, on serait tenté d'argumenter que le Tribunal confond liberté d'action et impunité, discrétion et arbitraire⁵⁷. Car après tout, pourquoi s'émouvoir d'un «*effet inhibant*» sur la jurisprudence administrative de la Commission, si celle-ci présente des vices tels qu'ils sont jugés mériter annulation.

III. Une solution jurisprudentielle spéciale?

Dans une discipline où les faits ont pris une importance considérable dans le dénouement au fond des contentieux, les observateurs du droit de la concurrence sont souvent tentés de réduire la portée des arrêts du Tribunal à celle d'interventions d'espèce. Au risque de succomber à cette facilité analytique, il y a au moins deux bonnes raisons de croire, en l'espèce, que l'indulgence du Tribunal vis-à-vis de la Commission tire son origine des spé-

cificités de l'affaire *Airtours plc./Commission*. Premièrement, il n'est pas inutile de rappeler qu'avant d'annuler la décision de la Commission, l'arrêt *Airtours*, lui-même, avait redéfini les conditions de la position dominante collective. La Commission n'avait donc pas violé une règle établie de longue date mais un principe nouveau dont, par hypothèse, elle ignorait la teneur. Ainsi s'explique peut-être que le Tribunal ait jugé inadéquat d'engager la responsabilité de la Communauté sur le fondement d'une faute due à l'opacité de l'état du droit.

Deuxièmement, le Tribunal semble indiquer que, par une forme de règle d'échelle mobile, le droit à l'erreur de la Commission serait proportionnel à la complexité de la structure de marché en cause. Ainsi, non sans rappeler la jurisprudence *Tetra Laval*, où le juge avait souligné les difficultés juridiques associées à la position dominante collective, le Tribunal prend ici le soin de souligner que les «*structures d'oligopoles complexes*» soulèveraient des difficultés propres⁵⁸. Plus précisément, il dispose que «*la difficulté intrinsèque propre à l'aspect prospectif de l'analyse des effets de l'opération sur la situation de concurrence, à la suite de sa réalisation, est encore renforcée par le fait que la situation économique en cause était particulièrement complexe, dans la mesure où il s'agissait, pour la Commission, d'apprécier l'éventuelle création d'une position dominante collective, de nature oligopolistique et non simplement duopolistique, sur un marché qui concerne un produit combinant une vente en agence de voyage, un transport aérien et un séjour en hôtel et où la concurrence s'exerce plutôt sur la capacité que sur les prix*»⁵⁹. Le droit à l'erreur, que nous évoquions précédemment, serait donc bien un droit à géométrie variable⁶⁰.

Peut-il être déduit de cette spécificité du cas d'espèce que, confronté à d'autres circonstances, le Tribunal accepterait de procéder à

⁵⁷ V. A. SVETLICHNIK, «*Damages for Schneider Electric : Setting the Standards for Community's non Contractual Liability*», préc. A propos de l'arrêt *Schneider* et de son impact sur la marge de discrétion de la Commission, l'auteur développe la thèse suivante : «*The CFI has expressly recognized this margin and refused to view the defects in Commission's analysis as an expression of bad faith or discrimination of the merging parties [...]. The judgement underlines the importance of procedural fairness, but, provided that the Commission exercises its discretion in the substantive analysis with due diligence, it would be difficult for the merging parties to claim damages against the Commission. It is important to note that factual or economic errors made by the Commission in the process of the merger assessment will continue to fall under the Commission's discretion, shielding it from the potential compensation claim*».

⁵⁸ Point 85 de l'arrêt.

⁵⁹ Point 82 de l'arrêt, nous soulignons.

⁶⁰ La concentration mènerait-elle à une distorsion de concurrence flagrante (on pense par exemple à la fusion des deux seules entreprises présentes sur un marché qui aboutirait implacablement à la constitution d'un monopole), le Tribunal serait moins enclin à la clémence envers les erreurs que la Commission commettrait dans l'examen de cette situation.

l'examen des erreurs substantielles de la Commission et, le cas échéant, d'ordonner la réparation du préjudice occasionné? Cette supposition n'est pas déraisonnable.

La réplique attendue du séisme jurisprudentiel ouvert par la trilogie d'arrêts d'annulation du Tribunal rendus en 2003 n'aura donc pas eu lieu. Craignant une déferlante de recours chicaniers, et l'encombrement des rôles en découlant, le Tribunal confirme la position clémente adoptée dans l'arrêt *Schneider* vis-à-vis des analyses de fond de la Commission⁶¹.

A l'écart de ces considérations techniques, nous souhaiterions achever cette chronique en épinglant deux incohérences qui peuvent prêter à sourire. La première porte sur l'inconstance

⁶¹ La solution de l'arrêt *Schneider* du Tribunal vient au demeurant d'être validée, pour sa plus grande partie, par la Cour de justice (16 juillet 2009, *Commission/Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, nep) qui confirme que la responsabilité de la Commission peut être engagée en cas de violation des règles procédurales, conformément aux conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER. En revanche, l'arrêt accueille le second argument de la Commission suivant lequel l'illégalité entachant la décision d'incompatibilité n'a pas eu pour conséquence une réduction de la valeur des actifs détenus par Schneider dans la société Legrand. Elle estime qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le préjudice subi par Schneider du fait d'une réduction du prix de cession consenti à Wendel-KKR pour obtenir le report de l'effet de cette cession et la décision d'incompatibilité annulée, car le dommage subi par Schneider ne découle pas de l'acte illégal de la Commission de manière directe, immédiate et exclusive, selon une relation de cause à effet. La Cour met très clairement en exergue le défaut dans le raisonnement du Tribunal au point 204 : «*Or, la suite juridique logique de l'annulation de la décision négative et de la décision de séparation aurait été que Schneider participât à la reprise de la procédure d'examen approfondi jusqu'au terme de celle-ci, moment auquel de deux choses l'une, ainsi que la Commission l'a fait valoir en substance dans son pourvoi : i) ou bien une décision constatant la compatibilité de l'opération de concentration aurait été adoptée, auquel cas Schneider n'aurait pas été tenue de céder Legrand et donc n'aurait pas subi la réduction de prix alléguée; ii) ou bien une décision d'incompatibilité ainsi qu'une décision de séparation auraient à nouveau été adoptées, auquel cas la cession aurait été la conséquence légale de l'incompatibilité constatée et n'aurait donc pas été à l'origine d'un préjudice réparable, une telle cession relevant du risque normalement assumé par une entreprise exerçant la faculté prévue à l'article 7, paragraphe 3, du règlement de réaliser une opération de concentration par voie d'offre publique d'échange antérieurement à la décision de la Commission sur cette opération*».

de la politique de la Commission en matière de réparation des dommages. D'un côté, la Commission ne ménage pas ses efforts pour obtenir l'adoption d'un texte de droit dérivé permettant aux victimes de pratiques anticoncurrentielles (des accords ou abus contraires aux articles 81 et 82 CE) d'obtenir réparation de leur préjudice par la voie de l'action privée⁶². De l'autre, quand vient son tour, la Commission rechigne à indemniser les entreprises victimes de ses décisions illégales d'incompatibilité. L'injustice ne réside-t-elle donc pas également au niveau de la discrimination entre les entreprises et les consommateurs?

La seconde concerne l'affirmation du Tribunal selon laquelle la Commission, en interdisant tout tort une opération de concentration, n'a pas commis de violation grave du droit communautaire car, à l'époque des faits, elle n'aurait pas agi de manière «étrangère au comportement normal d'une institution chargée de veiller à l'application des règles de concurrence»⁶³. Avec le recul du temps, il est permis de se demander si la Commission alors dans le «fonctionnement normal» n'aurait pas pu s'épargner la peine de réorganiser entièrement sa Direction Générale de la Concurrence en 2005⁶⁴...

⁶² En 2005, la Commission a initié le processus destiné à aboutir à l'adoption d'une réglementation efficace des actions visant à l'indemnisation des victimes d'infractions au droit de concurrence par la publication d'un Livre vert qui se donne pour objet d'identifier les principaux obstacles à la mise en place d'un système plus efficace pour les demandes d'indemnisation et de proposer différentes pistes de réflexion d'action. V. Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes, les abus de position dominante du 19 décembre 2005, ainsi que le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes, les abus de position dominante du 2 avril 2008, promouvant la combinaison d'actions représentatives et de recours collectifs comme un moyen de remédier efficacement au problème de l'indemnisation. Le projet de règlement n'a toutefois pas abouti. Son adoption a récemment été rejetée.

⁶³ Point 89 de l'arrêt.

⁶⁴ V. les termes employés au point 43 de l'arrêt.