



The Global Competition Law Centre Working Papers Series

GCLC Working Paper 06/05

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

Damien Geradin
Professeur, Université de Liège et Collège d'Europe, Bruges
Directeur du GCLC
dgeradin@gclc.coleurop.be

Nicolas Petit
Assistant et Doctorant, Université de Liège
Nicolas.Petit@ulg.ac.be

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

Damien Geradin* et Nicolas Petit**

Introduction

La présente étude a pour objet d'examiner l'utilisation du recours en annulation prévu à l'article 230 TCE afin de contester la légalité d'un acte adopté par la Commission européenne (ci après, "la Commission") en vertu des pouvoirs qui lui sont octroyés dans le domaine du droit de la concurrence.¹ Bien que ce thème ait déjà fait l'objet d'études doctrinales,² la décennie de réformes - souvent qualifiée de "modernisation" - que vient de traverser le droit de la concurrence rend le réexamen de cette question particulièrement nécessaire.³ Deux évolutions majeures du droit de la concurrence soulèvent en effet de nouvelles questions complexes relatives au contrôle juridictionnel organisé par l'article 230 TCE.

* Professeur à l'Université de Liège et au Collège d'Europe, Bruges. Directeur de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes (IEJE), Liège et du Global Competition Law Centre (GCLC), Bruges. Avocat au barreau de Bruxelles. D.Geradin@ulg.ac.be.

** Assistant et Doctorant, Institut d'Etudes Juridiques Européennes (IEJE), Faculté de droit, Université de Liège. 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.

¹ Voir Article 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. À 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 État 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 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, voir 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 le domaine du droit de la concurrence. Voir les diverses études citées dans les notes infra et, notamment, Peter Duffy, "Quelles réformes pour le recours en annulation", (1995) 5-6, *Cahiers de Droit Européen*, 553. Marguerite Canedo, "L'intérêt à agir dans le recours en annulation en droit communautaire", (2000) 3 *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 452. Voir également les divers ouvrages de droit procédural de la concurrence qui évoquent ces questions et, en particulier, Christopher Kerse and Nicholas Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5th ed., Thomson – Sweet&Maxwell, 2005; Luis Ortiz Blanco, *EC Competition Procedure*, Clarendon Press – Oxford, 1996.

³ Voir Damien Geradin, ed., *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 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, pp.1-25. On peut y ajouter le Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 24 du 29 janvier 2004 pp.1-22.

En premier lieu, les réformes émanant du processus dit 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 nécessairement 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 l'étendue du contrôle juridictionnel exercé par les juridictions généralistes européennes et nationales. En effet, face à de complexes évaluations mettant en balance restrictions de concurrence et gains d'efficacités, le juge généraliste pourrait rapidement se trouver démuné. Ceci pourrait avoir par ricochet l'effet d'augmenter le pouvoir discrétionnaire de la Commission dont la marge de manœuvre s'accroîtrait avec 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") relatifs à l'annulation de décisions d'interdiction de concentrations semblent cependant permettre de relativiser ce danger.

Outre les évolutions susmentionnées, il convient également de souligner le développement d'un contentieux de plus en plus abondant que l'on pourrait qualifier de parallèle au recours en annulation. Ce contentieux comprend tout d'abord les actions en réformation des amendes infligées par la Commission sur la base des articles 81 et 82 TCE. Il comprend ensuite les recours en indemnité introduits à l'issue de l'annulation d'une décision de la Commission par le TPICE ou la Cour de justice des Communautés

⁴ Voir, par exemple, 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 CE (lettres d'orientation), JOCE C 101 du 27 avril 2004 pp.78-80; Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, JOCE C 101 du 27 avril 2004 pp.97-118. Voir également les commentaires in D. Geradin, ed., supra note 3.

⁵ Règlement d'exemption 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de spécialisation, JOCE L 304 du 5 décembre 2000, pp.3-6; Règlement d'exemption 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de recherche et de développement, JOCE L 304 du 5 décembre 2000, pp.7-12; Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81(3) du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE L 336 du 29 décembre 1999, pp.21-25; Communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE C 291 du 13 octobre 2000, pp.1-44. Communication de la Commission, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE C 3 du 6 janvier 2001, pp.2-30. Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 24 du 29 janvier 2004 pp.1-22. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE C 31, du 5 février 2004, pp.5-18.

européennes (ci après, la "CJCE" ou la "Cour"). Les affaires *Holcim contre Commission* ou le recours introduit par MyTravel à la suite de l'arrêt *Airtours* illustrent le développement dans le domaine du droit de la concurrence de ce type de contentieux.

Les développements 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 attaquables au titre de l'article 230 TCE dans le contexte post modernisation (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 (1.1). Les divers actes prévus par le Règlement 1/2003 sont ensuite examinés à l'aune de ces principes (1.2).

1.1. 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, il doit s'agir d'un acte adopté par une institution communautaire.⁶ A l'issue de la modernisation, cette condition permet de distinguer entre les actes adoptés 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 pris par le comité consultatif composé de représentants des Etats membres, ou, à plus forte raison, les actes pris par le réseau européen des autorités de concurrence, 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 adoptées par la Commission dans le cadre de la mise en œuvre des

⁶ Voir Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, 3 ed., PUF, à §407.

⁷ Voir CJCE, 31 mars 1971, *Commission contre Conseil*, 22/70, Rec. 263 au §42. Voir aussi CJCE, 23 avril 1986, *"Les Verts" contre Parlement Européen*, 294/83, Rec. 1339, au §24 qui dispose que les actes

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 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 contre 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 se contenta d'observer 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

"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. Voir notamment Van Bael&Bellis, *Competition Law of the European Community*, 4th Edition - Kluwer Law International, 2004.

⁹ Voir D. Simon, supra note 6 au §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. Voir TPICE, Ordonnance du 24 juin 1998, *Dalmine contre Commission*, T-596/97, Rec.1998, p.II-2383 et infra note 20.

¹¹ Voir CJCE, 15 mars 1967, *Société anonyme Cimenteries C.B.R. Cementsbedrijven N.V. et autres contre Commission*, aff. jtes 8-11/66, , Rec.93.

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

¹³ Voir Sean Van Raepenbusch, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, Larcier, 4^{ème} ed., 2005 à p.616.

¹⁴ Voir CJCE, 16 juin 1994, *SFEI contre Commission*, C-39/93, Rec.1994, p.I-2681.

¹⁵ Voir TPICE, 10 juillet 1990, *Automec I*, T-64/89, Rec. II-3671.

à un tiers,¹⁶ le refus d'entendre un tiers intéressé,¹⁷ furent considérés être des actes attaquables au sens de l'article 230 TCE. Dans une affaire *France contre 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 attaquable.¹⁹ Ce principe fut consacré en droit de la concurrence dans la célèbre affaire *IBM contre Commission*.²⁰ La Cour déclara:

"[...] en principe ne constituent un acte attaquable 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

S'appuyant sur ce principe, la Cour jugea dans cette affaire 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 attaquables au sens de l'article 230 TCE.²³ Une solution analogue fut retenue pour les

¹⁶ Voir TPICE, 13 avril 2005, *Verein für Konsumenteninformation contre Commission* (dite affaire du Club Lombard), T-2/03, non publié. Voir Lennart Ritter and W. David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3rd ed., Kluwer Law International, 2004 à p.1155.

¹⁷ Voir C. Kerse and N. Khan, supra note 2 au §8.033.

¹⁸ Voir CJCE, 16 juin 1993, *France contre Commission*, C-325/91, Rec. I-3283.

¹⁹ Voir CJCE, 5 décembre 1963, *Société anonyme Usines Emile Henricot et autres contre Haute Autorité*, Aff. jtes 23, 24 et 52-63, Rec. 441, à 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. Voir Peter Duffy, supra note 2 à p.555. V. aussi D. Simon, supra note 6 à 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. Voir article 242 du traité CE. Il semble plus juste de considérer que le juge communautaire ne 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 Voir CJCE, 11 novembre 1981, *IBM contre Commission*, 60/81, Rec. 2639 au §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 contre Commission*, supra note 11 au §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 Voir CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobiles contre Commission*, C-282/95, Rec.1997, p.I-1503.

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 attaquables au sens de l'article 230 TCE.²⁷

1.2. Les actes attaquables 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 Cependant, les réformes ont maintenu une série d'actes dont le statut contentieux mérite d'être rappelé (1.2.1). En outre, elles ont parallèlement conduit à l'introduction de nouveaux types d'actes, dont le statut contentieux, sous l'angle de l'article 230 TCE est pour le moins obscur (1.2.2.).²⁹

²⁴ Voir CJCE 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR SA contre Commission*, T-10/92, Rec.1992, p.II-2667 à § 42. Voir aussi TPICE, 14 octobre 2004, *Commerzbank contre Commission*, T-61/02, non encore publié. Voir aussi C. Kerse and N. Khan, à §8-033, p.473.

²⁵ CJCE, *IBM contre Commission*, supra note 21 au §11.

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

²⁷ Voir respectivement CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission*, 374/87, Rec. 3283 et CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst contre Commission*, 46/87 et 227/88, Rec. 2859.

²⁸ Voir C. Kerse and N. Khan, supra note 2 à p.475. En conformité avec les affaires *Parfums*, la Commission était d'avis que ces lettres étaient dénuées d'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. Voir Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, *Commentaire Mégret – Concurrence*, 2ème ed., 1997, aux §§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, (Voir TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips*

1.2.1. 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 attaquables 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 7 du Règlement 773/2004 de la Commission relatif aux procédures de mise en œuvre des articles 81 et 82 doivent être considérées attaquables, 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

Electronics BV contre Commission, Rec.2003, 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 (Voir TPICE, 3 avril 2003, *Petrolessence et SG2R contre Commission*, T-342/00, Rec.2003, p.II-1161).

³⁰ Voir article 7 du Règlement 1/2003, supra note 3.

³¹ Voir article 8 du Règlement 1/2003, supra note 3 codifiant la jurisprudence *Camera Care*, Ordonnance du 17 janvier 1980, *Camera Care contre Commission*, 792/79, Rec. 119.

³² Voir article 9 du Règlement 1/2003, supra note 3 et John Temple Lang, "Commitment Decisions under Regulation 1/2003", (2003) 8 *European Competition Law Review*, 347, à p.350. Voir aussi Emil Paulis et Céline Gauer, "La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité", (2003) 97, *JTDroit Européen*, 65 à 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. Voir contra, Stephen Blake, Céline Gauer, Lars Kjolbye, Dorothé Dalheimer, Eddy De Smijter, Dominik Schnichels and Maija Laurila, "Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004", (2004) 2, *Competition Policy Newsletter*, 1, à pp.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 Voir article 7(2) du Règlement 773/2004 de la Commission relatif aux procédures de mise en œuvre des articles 81 et 82, JOCE L 123 du 27 avril 2004, pp.18-24. Voir, CJCE, *SFEI contre Commission*, supra note 14 et C. Kerse and N. Khan, supra note 2 à p.473.

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

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

³⁷ Voir respectivement les articles 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. Certains auteurs ne semblent ne pas avoir relevé cette dernière disposition puisqu'ils estiment que les astreintes ne constituent pas des actes attaquables. Voir C. Kerse and N. Khan, supra note 2 p.476. Cette disposition infléchit par ailleurs la jurisprudence *Dalmine*, qui refusait de reconnaître aux astreintes infligées afin de recueillir des informations, le caractère d'acte faisant grief.

1.2.2. 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 sont mentionnés au chapitre III concernant les "décisions de la Commission". Mais, cela n'écarte en rien la possibilité que le juge ne déclare des recours en annulation de ces actes irrecevables au titre de l'article 230 TCE.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 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 attaquables au motif que ceux-ci sont des actes préparatoires à une décision finale, pourrait en effet être transposée telle quelle. Plusieurs raisons permettent de toutefois de penser que les décisions d'évocation doivent faire l'objet d'un traitement particulier et être reconnues attaquables 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,

³⁸ Voir nos observations supra note 10. Contrairement à ce que semblent estimer E. Paulis et C. Gauer, supra note 32 au §38, qui estiment que toutes les décisions adoptées par la Commission sont des actes au sens de l'article 249 du traité.

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. Voir 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", (2002) 9 *Columbia Journal of European Law*, pp. 1-28.

⁴⁰ Cette question est évoquée, mais laissée sans réponse par C. Kerse and N. Khan, supra note 2, p.476 à note 51.

bénéficiaire 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. L'affectation des entreprises est d'autant plus forte que la procédure nationale avait atteint un stade avancé. En effet, dans cette hypothèse, outre les coûts supplémentaires qu'elle entraîne à charge des entreprises, la décision de la Commission anéantit l'ensemble d'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 nationale.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 donc 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

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

⁴² Voir article 9 du Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 24 du 29 janvier 2004 pp.1-22.

⁴³ Voir TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics contre Commission*, T-119/02, Rec.2003, p.II-1433 au §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). En outre, le renvoi affecte bien la situation juridique des parties concernées puisque les règles procédurales changent.

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 Commission et qu'elles ne liaient ni les autorités nationales de concurrence ni les juridictions nationales.⁴⁶

Cette solution est justifiée aussi longtemps que les lettres d'orientation ne déguisent 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 Etats 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

⁴⁴ Voir § 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 Voir 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, JOCE C 101 du 27 avril 2004, pp.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.

⁴⁶ Voir Communication de la Commission relative à des orientations informelles supra note 45 au §25.

⁴⁷ Voir Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOCE L101/43 du 27 avril 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. Voir §§8- 9.

⁴⁸ Id. au § 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

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. De nombreux 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 d'une institution communautaire 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-attribuer une affaire.⁵⁰ La Commission semble pourtant avoir cherché à écarter cette possibilité en prévoyant au §31 de sa Communication que "l'attribution d'affaires ne confér[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, prendrait-elle 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

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 Voir notamment les informations que rapportent E. Paulis et C. Gauer, supra note 32 à §74, ainsi que Laurence Idot, "Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE", (2003) *Cahiers de Droit Européen*, 283 à §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.

⁵¹ Voir L. Idot, supra note 49 à §82.

⁵² Voir supra aux 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. Voir A. Weitbrecht, supra note 41 à 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". Voir E. Paulis et C. Gauer, supra note 32 à §74. Il semble 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. Voir les observations soumises par Clifford Chance, à p.11; Freshfields Bruckhaus Deringer, p.6; Gide Loyrette Nouel, p.2; Latham & Watkins, p.10 disponibles à:

http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/procedural_rules/comments/.

Une telle décision affecte leur position juridique dans la mesure où les règles de droit applicables devant les diverses ANC divergent considérablement en matière de procédure ou de sanction. Certains ont 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. Voir les commentaires de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton à 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. Voir §62 de la Communication, supra note 47.

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 permettant à la Commission d'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 "déclaratoires" 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 la même façon qu'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 tiers 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 La possibilité d'un appel, au fond, des décisions de constatation d'inapplication doit donc être conservée.

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. Voir L. Idot, supra note 49 à §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.

⁵⁶ Un acte est dit constitutif lorsqu'il fait naître un nouvel état de droit. Voir Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 3ème ed., 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 §1 ne sont pas remplies, soit les conditions du §3 sont remplies. Dans le cadre de l'article 82, les conditions d'application ne sont pas remplies. Voir L. Idot, supra note 49 à §212.

⁵⁸ La jurisprudence avait reconnu que les décisions d'exemption pouvaient être attaqués 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. Voir E. Paulis et C. Gauer, supra note 32 à §35.

⁵⁹ Voir article 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 à §212.

⁶⁰ Id. à §213.

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 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 solutions admises en pratique. 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 semble sous entendre 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

⁶¹ Voir, CJCE, Ordonnance du 17 janvier 1980, *Camera Care contre Commission*, 792/79, Rec. 119 à §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, paragraphe 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 Voir, pour un célèbre exemple, Décision de la Commission du 3 juillet 2001, COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health*.

⁶³ Pour un cas d'octroi voir, par exemple, Ordonnance du Président du Tribunal du 26 octobre 2001, *IMS Health Inc. contre Commission*, T-184/01, Rec.2001 p.II-3193. Pour un cas de refus, voir TPICE, 24 janvier 1992, *La Cinq contre Commission*, T-44/90, Rec.1992, p.II-1.

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

⁶⁵ Voir C. Kerse and N. Khan, supra note 2 à §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 du traité CE, JOCE C 101 du 27 avril 2004, pp.65-77 au § 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, paragraphe 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. Voir L. Idot, supra note 49 à §204. Van Bael & Bellis, supra note 8 à §10.17, p.1100.

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

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. Ce manque de clarté porte préjudice aux opérateurs et consommateurs, qui, croyant faire face à une illégalité, envisageraient l'introduction d'un recours juridictionnel mais 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. A 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 de l'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

⁶⁷ En sus de la preuve d'un *fumus boni juris*, c'est-à-dire un constat *prima facie* d'infraction. Voir article 8 du Règlement 1/2003.

⁶⁸ Voir ordonnance du président de la Cour du 29 septembre 1982, *Ford contre Commission*, 228/82 R et 229/82 R, Rec. p. 3091.

⁶⁹ Voir 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 à p.1154.

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 elles 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 attaquables. Voir sur ce point, C. Kerse and N. Khan, supra note 2 à p.476. Voir articles 11(2) et 12 du Règlement 1/2003. Il semble pourtant évident que les divers échanges d'information ne constituent que des actes préparatoires à la procédure qui ne remplissent donc pas les conditions jurisprudentielles précitées), des requêtes tendant à recueillir des déclarations sur les locaux d'une entreprise, (Voir article 19 du Règlement 1/2003, supra note 3) ou de l'ouverture d'une enquête sectorielle (Voir article 17 du Règlement 1/2003, supra note 3).

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 et il nous semble, au contraire, que s'il est appelé à clarifier le statut contentieux des nouveaux actes prévus par le Règlement 1/2003, le juge communautaire pourrait opportunément faire prévaloir une interprétation extensive. En premier lieu, un risque d'arbitraire réel 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 attaqué 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 l'introduction d'un recours en annulation n'emporte pas, ainsi que le prévoit le traité à l'article 242 TCE, effet suspensif. De plus, 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*.

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 "privilegiés", 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

⁷¹ Voir par analogie, D. Simon, supra note 6 à §415.

⁷² Voir D. Simon, supra note 6 à §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 Réservez cependant, l'hypothèse de décisions positives (décision d'exemption, attestation négative ou lettre de classement qui ne peuvent pas être attaquées par destinataires (T-138/89 et T-125/97 et D. Simon §422).

⁷⁴ Voir article 230 TCE.

général.⁷⁵ Le contentieux de la concurrence est cependant fréquemment cité comme exemple d'un domaine 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 (2.1.). La jurisprudence reste en revanche excessivement stricte en matière d'actes à caractère général (2.2.).

2.1. 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 des effets immédiats sur la situation juridique du particulier, sans qu'une 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 adressées directement à des entreprises, il est souvent admis que les tiers à ces décisions sont directement concernés.

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

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

⁷⁶ Voir D. Simon, *supra* note 6 à §428.

⁷⁷ Voir CJCE, 5 mai 1998, *Société Louis Dreyfus & Cie contre Commission*, C-386/96 P, Rec.1998 p.I-2309 au §43.

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

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

⁸⁰ Voir le principe posé dans l'affaire *Metro*, CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission*, 26-76, Rec.1977 p.1875 au §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, paragraphe 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 Voir par exemple, la possibilité d'entendre les organisations représentatives des travailleurs prévues à l'article 18(4) du Règlement concentrations 4064/89, TPICE, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources et autres contre Commission*, T-96/92, Rec.1995 p.II-1213. Mais une

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 l'"intérêt" des personnes en cause, le nombre de requérants potentiels est extrêmement étendu.⁸⁴ La jurisprudence en fournit maintes illustrations en admettant les recours en annulation de fournisseurs, d'associations de consommateurs,⁸⁵ d'entreprises concurrentes actuelles ou potentielles,⁸⁶ et même d'entreprises non concurrentes situées sur de simples marchés voisins.⁸⁷

Le libéralisme de la jurisprudence en matière de "qualité pour agir" dans le contentieux de la concurrence doit être approuvé car il permet de garantir une protection juridictionnelle effective aux justiciables.⁸⁸ Néanmoins, cette approche pourrait également conduire à ouvrir trop largement l'accès au prétoire en admettant la recevabilité de recours en annulation introduits par des requérants dont "l'intérêt à agir"

participation effective permettra, en toute hypothèse, de donner qualité à agir. Voir CJCE, 22 octobre 1986, dite *Metro II*, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission*, 75/84, Rec. 1986 p.3021 aux §§22-23.

⁸² Voir, par exemple, l'article 27(3) et (4) du Règlement 1/2003, supra note 3 qui prévoient: "[...] 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 [...]. Voir Article 13(1) du Règlement 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOCE L 123 du 27 avril 2004, pp.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 Voir Article 18 du Règlement 139/2004, supra note 3 et Article 11 du Règlement 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L133 du 30 avril 2004, pp.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."

⁸⁴ C. Kerse et N. Khan proposent de définir une personne ayant intérêt comme toute personne subissant ou étant susceptible de subir une perte ou un préjudice direct en conséquence de la pratique en question. Voir supra note 2 aux §2.016 et §8.030.

⁸⁵ TPICE, 18 mai 1994, *Bureau européen des unions des consommateurs et National Consumer Council contre Commission*, aff. T-37/92, Rec.1994 p.II-285 Voir en revanche, le statut moins large des associations d'entreprises, qui doivent prouver (i) être investies d'un mandat de représentation de leurs membres et (ii) que la pratique en cause porte sérieusement atteinte aux intérêts de leurs membres. Voir TPICE, 24 janvier 1995, *BEMIM contre Commission*, aff. T-114/92, Rec.1995, p.II-147. Voir aussi, TPICE, 12 décembre 1996, *BVBA Kruidvat contre Commission*, aff. T-87/92, Rec.1996 p.II-1931.

⁸⁶ TPICE, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France contre Commission*, aff. T-3/93, Rec.1994 p.II-121 au §82.

⁸⁷ Voir TPICE, 30 septembre 2003, *ARD contre Commission*, T-158/2000, non encore publié.

⁸⁸ Voir Koen Lenaerts and Jan Vanhamme, "Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process", (1997) 34, *Common Market Law Review*, 531 à p.557 et L. Ortiz Blanco, supra note 2 à p.325 qui estiment que la jurisprudence est assez flexible. Cette observation se limite au contentieux de la concurrence, (ou au contentieux anti-dumping), car la jurisprudence dans d'autres matières est nettement plus restrictive.

est résolument étranger à l'objectif de protection de la concurrence. La condition d'intérêt à agir, qui existe dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, n'est en effet pas requise par l'article 230 TCE.⁸⁹ Cette carence n'a pas été systématiquement comblée par la Cour. Celle-ci n'examine que ponctuellement si le requérant a bel et bien intérêt à agir. Elle présume en revanche souvent que cet intérêt existe dès lors qu'il prouve être directement et individuellement concerné.⁹⁰ Cette confusion des concepts a conduit à des solutions juridiquement critiquables dans deux types de cas.

Premièrement, les associations syndicales et de représentation des travailleurs s'opposent souvent aux opérations de concentration impliquant les entreprises auxquels leurs affiliés appartiennent car ces opérations peuvent affecter de façon négative l'emploi au sein des entités fusionnées. A cette fin, les associations syndicales ont tenté d'utiliser le recours en annulation prévu à l'article 230 TCE en contestant la légalité des décisions d'autorisation adoptées par la Commission. Dans la mesure où l'intérêt de ces requérants est étranger aux objectifs protégés par les règles de concurrence (et relèvent plutôt des règles de droit du travail ou des sociétés), il importe que les principes gouvernant la recevabilité des recours en annulation puissent faire obstacle à ce type d'actions.⁹¹ Le TPICE s'est efforcé d'aller en ce sens dans l'affaire *CE Société Générale des grandes sources Perrier*.⁹² Il s'est cependant appuyé sur les conditions de l'article 230 TCE plutôt que de déclarer les recours irrecevables en s'appuyant sur l'absence d'intérêt à agir. En l'espèce, plusieurs organismes représentatifs des travailleurs avaient introduit un recours en annulation contre la décision de la Commission autorisant sous conditions l'OPA de Nestlé sur Perrier.⁹³ Dans son arrêt, le TPICE reconnut que la décision de la Commission affectait "individuellement" ces organisations. Il refusa d'admettre, cependant, que la décision de la Commission les affectait "directement". Le TPICE estima en effet que les réductions d'emploi alléguées ne résultaient pas de la décision de la Commission mais d'interventions ultérieures "autonomes et hypothétiques" des entreprises concernées. Le

⁸⁹ Voir M. Canedo, supra note 2 à p.454.

⁹⁰ La Cour de justice examine souvent la question de l'intérêt à agir afin de déterminer si, en raison de l'évolution de circonstances de fait ou de droit, le recours en annulation à l'encontre de l'acte attaqué a toujours un intérêt. Ainsi, dans la récente affaire *MCI Inc. contre Commission* où les parties (WorldCom – ultérieurement MCI et Sprint) avaient abandonné leur projet de concentration avant que la Commission ne prenne une décision, celle-ci poursuivit tout de même la procédure et adopta une décision d'interdiction. MCI introduisit un recours en annulation. La Commission invoqua le défaut d'intérêt à agir de la requérante. Le TPICE estima que "[...] la disparition du fondement contractuel de l'opération de concentration, à la suite de l'abandon du projet de concentration par les parties notifiantes, n'est donc pas en soi un élément de nature à exclure le contrôle de la légalité de la décision attaquée". Voir TPICE, 28 septembre 2004, *MCI Inc. contre Commission*, T-310/00, non encore publiée au §49.

⁹¹ Voir contra Georges Vandensanden, "Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées", (1995) 5-6, *Cahiers de Droit Européen*, 535 à pp.539-540 et P. Duffy supra note 2 qui ont accueilli avec enthousiasme l'ouverture de l'article 230 TCE à ce type d'actions.

⁹² Voir TPICE, 27 avril 1995, *Société Générale des grandes sources Perrier contre Commission*, T-96/92, Rec.1995, II-1213.

⁹³ Voir décision de la Commission du 22 juillet 1992, *Nestlé/Perrier*, IV/M.190, JOCE L 356 du 5 décembre 1992, pp.1-31. La Commission obtint de Nestlé la cession d'une série étendue de marques et de capacités de productions à hauteur de 3 milliards de litres d'eau (environ 20% de la capacité des trois anciens opérateurs) à un nouvel entrant viable et disposant de capacités de production suffisantes pour exercer une pression concurrentielle effective sur Nestlé et BSN.

tribunal limita donc la recevabilité des recours à la simple vérification de savoir si les garanties procédurales accordées aux requérantes par les règles régissant la procédure administrative avaient ou non été méconnues. En revanche, le TPICE disposa que leur droit de recours ne pouvait s'étendre à la contestation, au fond, des appréciations formulées par la Commission sur l'opération.

Deuxièmement, les actionnaires d'une entreprise cherchent parfois à faire obstacle à la réalisation d'une opération de concentration décidée malgré leur désaccord car celle-ci risque d'affecter l'étendue de leurs pouvoirs. Dans l'affaire *Zunis Holding*, trois actionnaires minoritaires de Generali souhaitaient obtenir l'annulation d'une lettre de la Commission confirmant que l'opération par laquelle Mediobanca augmentait sa participation dans Generali ne constituait par une concentration.⁹⁴ En l'espèce, les actionnaires cherchaient à s'opposer à la montée d'un actionnaire au sein du capital. Leur action en annulation était animée par des intérêts distincts d'une atteinte potentielle à la structure de concurrence et - pour des raisons analogues à celles développées ci-dessus - leurs recours devaient être déclarés irrecevables. C'est l'approche que suivit le TPICE en disposant que "la seule circonstance qu'un acte est susceptible d'exercer une influence sur les relations existant entre les différents actionnaires d'une société ne saurait suffire pour que l'un quelconque de ces actionnaires 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 vs. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* en exigeant la preuve d'une "antitrust injury".⁹⁶

Le simple fait qu'un particulier ait un intérêt à agir ne signifie pas cependant nécessairement qu'il est souhaitable d'un point de vue de politique publique qu'il agisse. Ainsi que l'ont dénoncé plusieurs illustres auteurs américains de l'école 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

⁹⁴ Voir TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding et autres contre Commission*, T-83/92, Rec.1993, p.II-1169.

⁹⁵ Id. au §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. Voir CJCE, C-480/93, *Zunis Holding et autres contre 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 attaqué dans la mesure où il n'était que purement confirmatif.

⁹⁶ Voir US Supreme Court, 429, U.S. 477 (1977) à 489.

⁹⁷ Notamment Richard Posner, Frank Easterbrook, William Baumol et Janusz Ordover, cités par Edward A. Snyder and Thomas E. Kauper, "Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor's Plaintiff", (1991) 3 *Michigan Law Review*, 551.

Des opérateurs peuvent en effet chercher à invoquer des violations du droit de la concurrence pour neutraliser les efficiences résultant de l'opération de fusion d'entreprises concurrentes ou pour se protéger de comportements de prix agressifs mis en œuvre par des concurrents.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 CE, 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 également 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 efficiences, ou rejette une plainte introduite à l'encontre de comportements agressifs parfaitement licites. La jurisprudence actuelle 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 Certes, de nombreux 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 cependant 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. Conformément à la jurisprudence communautaire, il est donc préférable de maintenir un accès assez large des concurrents à l'introduction d'un recours en annulation.

2.2 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

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Voir CJCE, 10 décembre 1969, *Società "Eridania" Zuccherifici Nazionali et autres contre Commission*, aff. jtes 10 et 18-68, Rec. 1969 p.459.

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. Voir CJCE, 23 novembre 1995, *Asocarne*, 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. Voir D. Simon, supra note 6 à note 4 p.530-531.

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 concurrence 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 contre 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

¹⁰² Voir Chris Harding, "The Private Interest in Challenging Community Action", (1992) 5 *European Law Review*, 354.

¹⁰³ Voir CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores contre Conseil*, 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 le Règlement pour ensuite 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 CEDH. Enfin, cela serait paradoxal avec l'objectif de promotion des droits du citoyen européen depuis le traité de Maastricht. Voir notamment, Denis Waelbroeck, "Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier – Trois pas en avant, deux pas en arrière, (2002) 1-2, *Cahiers de Droit Européen*, 3; G. Vandersanden, supra note 92; Denis Waelbroeck et Anne Michèle Verheyden, "Les conditions 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", (1995) 3-4, *Cahiers de Droit Européen*, 399; Anthony Arnall, "Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of the EC Treaty", (1995) *Common Market Law Review*, 7.

¹⁰⁵ Voir Ian Forrester, "Modernisation: an extension of the powers of the Commission?" in D. Geradin ed. supra note 3 à pp.87-88. Voir par exemple, 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, JOCE C 101 du 27 avril 2004, pp.81-96 aux §§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. Voir aussi nos observations infra note 111.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Voir CJCE, C-325/91, *France contre 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.

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 avec le risque que la Commission n'en profite pour étendre délibérément son pouvoir de contrôle.

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 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'UE 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

¹⁰⁸ Voir, pour un exemple célèbre, Conseil d'Etat, 29 janvier 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 Voir Jean Rivero et Jean Waline, *Droit Administratif*, 17^{ème} ed., Dalloz, 1998; Paul Lewalle, *Contentieux Administratif*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997 à §293.

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

¹¹¹ On y trouve de multiples élargissements, omissions ou violations des principes établis en jurisprudence et en droit dérivé. Voir notamment, Ian Forrester, *supra* note 105. Voir 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 ed., *supra* note 3. Ceux-ci prennent pour exemple le cas des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 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. Voir le standard prévu par les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOCE C 101 du 27 avril 2004, pp.97-118 aux §§11 et 33 et CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission*, aff. jtes 56 et 58-64, Rec.429 qui prévoit un standard différent.

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 consultés 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 remplace l'article 230(4) actuel du TCE prévoit désormais:

"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 projet de traité constitutionnel permet à tout requérant particulier de demander l'annulation d'un acte à portée générale sans devoir prouver qu'il le concerne individuellement. Dans le domaine du droit de la concurrence, les opérateurs économiques pourraient ainsi contester la légalité 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 (1) ainsi qu'à leur contenu (2).

1. 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 où 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 État membre ou d'un autre État 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

¹¹² Voir Paul Craig and Grainne de Burca, *EU Law - Text, Cases and Materials*, 3rd. ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, à p.516.

¹¹³ Voir article 230(5) TCE. Des délais additionnels de distance sont accordés aux requérants en fonction de l'étendue de leur éloignement géographique.

¹¹⁴ Voir article 19 du statut de la Cour de justice.

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 CE,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 aménagée 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

2. 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 les diverses 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 ancienne, 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

¹¹⁵ Voir article 40 du statut de la Cour de justice.

¹¹⁶ TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc contre Commission*, T-219/99; TPICE, *Van den Bergh Foods Ltd contre Commission*, 23 octobre 2003, T-65/98

¹¹⁷ CJCE, 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV contre Commission*, C-2/01 P et C-3/01 P, non encore publié.

¹¹⁸ Voir TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line AB contre Commission*, T-191/98.

¹¹⁹ Voir TPICE, *européen des unions des consommateurs et National Consumer Council contre Commission*, supra note 85.

¹²⁰ Voir TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA contre Commission*, infra note 146.

¹²¹ Voir CJCE, 18 mai 1982, *AM&S Europe Limited contre Commission*, 155/79, Rec.1982 p.1575.

¹²² Voir articles 242 et 243 TCE. Voir par exemple, TPICE, 15 juin 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique contre Commission*, T-88/94 R., Rec.1994 p.II-401. Voir pour un exemple récent de requête en ce sens, Ordonnance du Président du TPICE, 22 décembre 2004, *Microsoft contre Commission*, 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 Voir Article 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 Voir C. Kerse et N. Kahn, supra note 2 à §8.037; L. Ritter and W. D. Braun, supra note 16.

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 utilité illustrative, 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 (2.1.) des moyens d'annulation de légalité interne, qui ne le sont pas (2.2.).

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, quand bien même les parties n'en aurait pas fait état au sein de leur recours. En droit de la concurrence, le vice d'incompétence n'a été que rarement soulevé. Ce vice fut cependant 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 octroyé 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 CE.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

¹²⁷ Voir J. Rivero et J. Waline, supra note 109 à §255.

¹²⁸ Voir CJCE, 9 septembre 1986, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd contre Commission*, 5/85, Rec.1986 p.2585.

¹²⁹ Voir TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd contre Commission*, T-102/96, Rec. 1999 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. Voir par exemple l'affaire *Continental Can* où la Commission s'était arrogée un pouvoir de contrôle des concentrations sur la base de l'article 82 TCE, CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission*, 6-72, Rec.1973 p.215.

¹³⁰ Voir par exemple, TPICE, 15 mars 2000, *SA Cimenteries CBR et autres contre Commission*, T-25/95, Rec.2000 p.II-491, à §487 où la Commission a violé une forme substantielle en n'invitant pas, au cours de la procédure administrative, la 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.

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

2.2. 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 un vice de légalité constaté par le juge, le prononcé de l'annulation emporte directement nullité de l'acte contesté en vertu de l'article 231 TCE.¹³⁷ Pourtant, dans le

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

¹³² Voir L. Ortiz Blanco, supra note 2 à p.326.

¹³³ Voir CJCE, 10 juillet 1980, *Distillers contre Commission*, Rec.1980, p.2229.

¹³⁴ Voir CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission*, 27/76, Rec. 1978 p.207.

¹³⁵ Voir CJCE, 29 novembre 1956, *Fédéchar*, 8/55, Rec.291.

¹³⁶ Quoique évoquant formellement l'incompétence de la Commission, l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Ford* concernait un détournement de pouvoir. CJCE, 28 février 1984, *Ford of Europe Incorporated et Ford-Werke Aktiengesellschaft contre Commission*, aff. jointes 228 et 229/82, Rec.1984, 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

contentieux de la concurrence, l'annulation de l'acte est de moins en moins le seul et unique but recherché par le requérant. 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 (4.1.). De surcroît, les requérants agissent parfois dans le prolongement de l'arrêt d'annulation, en tentant de faire engager la responsabilité de la Commission européenne (4.2.).

4.1. 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 à des 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 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

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. Voir TPICE, 12 janvier 1995, *VIHO Europe BV contre Commission*, T-102/92, Rec.1995 p.II-17 (en vertu du principe général 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. Cela lui permet alors de rééquilibrer un acte, ce qui s'apparente à un pouvoir de réformation *de facto*. Voir sur ce point C. Kerse and N. Khan, supra note 2 à §8.052.

¹³⁸ Voir 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", (2003) 3-4, *Cahiers de Droit Européen*, 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. Voir 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 du 19 février 2002 pp.3-5.

¹³⁹ Dans une décision du 21 avril 2004, la Commission a infligé à Microsoft une amende s'élevant à 497.196.304 Euros. Voir Décision de la Commission du 21 mars 2004, Affaire 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. Voir Stéphane Mail-Fouilleul, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2002, à §.598.

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 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.

Il ne nous semble 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 qu'un plaideur souhaiterait contester 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.

4.2. 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 entraîné les décisions d'interdiction adoptées par la Commission (c'est-à-dire l'abandon de l'opération) ont fait ressurgir avec force la question de savoir si la responsabilité extra contractuelle de l'autorité communautaire de concurrence pouvait être engagée par les justiciables.¹⁴⁶ En

¹⁴¹ Pour une analyse empirique de cette question voir Damien Geradin and David Henry, *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, (2005) *GCLC Working Paper 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 Télécom pour ne pas avoir respecté une injonction de baisser ses tarifs de gros sur le marché de l'ADSL. Voir arrêt de la Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, Section H, du 12 janvier 2005, non encore publié.

¹⁴³ Voir M. Waelbroeck et A. Frignani, *supra* note 28 à §497.

¹⁴⁴ Voir, en ce sens, conclusions de l'Avocat Général Verloren Van Themmat sous CJCE, *Stichting Sigarettenindustrie contre Commission*, 240/82, Rec.1985, p.3851.

¹⁴⁵ Voir *supra* note 140.

¹⁴⁶ Voir TPICE, 6 juin 2002, *Airtours contre Commission*, T-342/99, Rec.2002, p.II-258 ; TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider Electric contre Commission*, T-310/01, Rec.2002, p.II-4071; TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval contre Commission*, T-5/02, Rec.2002, p.II-4381.

droit européen, la mise en jeu de la responsabilité extra contractuelle d'une institution est possible aux termes de l'article 288 du traité.¹⁴⁷

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 ou une opération de concentration entre entreprises. 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.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ Le requérant doit néanmoins en fournir une approximation sérieuse.¹⁵⁰ 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. Ceci reflète le manque de jurisprudence sur le sujet. Aucun recours en responsabilité de la Commission en droit de la concurrence ne semble jusqu'à présent avoir abouti. La raison principale est que la satisfaction des trois conditions prévues par la jurisprudence est extrêmement difficile à atteindre. Une affaire récente *Holcim contre Commission* en fournit un exemple très net.¹⁵¹ En l'espèce, la Commission avait infligé dans sa décision *Ciment* des amendes à

¹⁴⁷ Cette disposition prévoit: "[...] la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions".

¹⁴⁸ A l'inverse, si la marge d'appréciation est réduite, une simple illégalité suffit. Voir CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil contre Commission*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 40 et 42 à 44.

¹⁴⁹ Voir TPICE, 10 juillet 1990, *Automec Srl. contre Commission*, T-64-89, Rec.1990 p.II-367 aux §§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".

¹⁵⁰ Voir Jean-Victor Louis, Georges Vandersanden, Denis Waelbroeck, Michel Waelbroeck, *Commentaire Mégret – La Cour de justice, les actes des institutions*, 10, 1993 à p.305.

¹⁵¹ Voir TPICE, 21 avril 2005, *Holcim AG contre Commission*, T-28/03, non encore publié.

des entreprises s'étant livrées à des accords de cartel.¹⁵² Cette décision fut frappée d'un 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 susmentionnées. 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 constitué du paiement de frais bancaires.

Le tribunal examina si les trois conditions précitées étaient en l'espèce 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.¹⁵³ 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, le tribunal semble placer le droit de la concurrence sur un terrain particulier. On observera cependant que les règles gouvernant le droit des ententes flagrantes comptent parmi les plus claires et précises du droit de la concurrence. L'arrêt *Holcim contre 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. De telles considérations n'ont cependant pas dissuadé certains plaideurs d'introduire récemment des actions, sur la base de l'article 288 TCE, aux fins d'engager la responsabilité de la Communauté dans le domaine du contrôle des concentrations. La sévérité des attendus du TPICE dans les

¹⁵² Voir Décision de la Commission 94/815, du 30 novembre 1994, IV/33.126 et 33.322, *Ciment*, JOCE L 343, p.1.

¹⁵³ 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. Voir TPICE au §23, supra note 151.

arrêts d'annulation *Airtours contre Commission* et dans *Schneider Electric contre Commission* ont ainsi conduit les parties aux concentrations avortées à introduire des recours en indemnité sur le fondement de l'article 288 TCE.¹⁵⁴

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.¹⁵⁵ Certes, les travaux récents sur la bonne gouvernance montrent qu'il est impérieux de renforcer le degré de "responsabilité" de la Commission européenne.¹⁵⁶ 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 à la Commission qui ont suivi les trois arrêts d'annulation dans les affaires *Airtours*, *Schneider* et *Tetra Laval* témoignent à cet égard de l'influence du contrôle juridictionnel de légalité.¹⁵⁷

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, ces profits seraient en effet revenus à l'entreprise acquérante. 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.¹⁵⁸ Des difficultés similaires existent dans le domaine du droit de la concurrence.¹⁵⁹ 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". Les praticiens du droit de

¹⁵⁴ Requête JOCE, 1 août 2003, *MyTravel contre Commission*, T-212/03 suivant TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc. contre Commission*, T-342/99, Rec.2002, p.II-2585. Voir Requête JOCE, 12 décembre 2003, *Schneider Electric S.A. contre Commission*, T-351/03.

¹⁵⁵ Voir CJCE, 25 mai 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres contre Conseil et Commission*, Aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec.1978, p.1209

¹⁵⁶ Voir sur ce point, Damien Geradin and Nicolas Petit, "Agencies in the EU: Conceptual Analysis and Proposals for Reform", (2004) 23, *Yearbook of European Law*, 137.

¹⁵⁷ Voir François Brunet et Ioanis Girgenson, "La double réforme du contrôle des concentrations", (2004) 40, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1, spécialement aux pp.27-28.

¹⁵⁸ Roger D. Blair and Thomas F. Cotter, "Rethinking Patent Damages", (2001) 10 *Texas Intellectual Property Law Journal*, 1.

¹⁵⁹ Elles sont souvent surmontées, dans le cadre d'actions privées impliquant des requérants particuliers, par l'octroi de dommages forfaitaires de nature punitifs.

la concurrence s'accordent cependant unanimement sur la difficulté d'évaluer les gains d'efficacité résultant d'accords de coopération ou d'opérations de concentrations.¹⁶⁰

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 (1). Elle dépend également de l'efficacité du contrôle juridictionnel du point de vue de sa rapidité (2). 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 (3).

1. 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 cas soumis à son examen. Cette évolution pourrait avoir par ricochet l'effet d'augmenter le pouvoir discrétionnaire de la Commission.¹⁶¹

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 (1.1.). En pratique, un recours plus fréquent aux mesures d'expertise indépendante aiderait certainement le juge communautaire à exercer un contrôle plus étendu sur les argumentaires économiques complexes offerts par les parties (1.2.).

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

S'inspirant des principes issus du droit administratif français, la CJCE s'était montré 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*:

¹⁶⁰ Voir Damien Geradin, "Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector Specific Regulation", *Paper prepared for the First Workshop on Comparative Competition Law*, Florence, November 2004; "Art of Science: Assessing Efficiencies under the Commission's Article 81(3) Notice", RBB Brief 15, July 2004.

¹⁶¹ Voire de confiner à l'arbitraire en raison notamment du cumul des fonctions d'instruction et de décision au sein de la Commission. Voir les critiques de Rein Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2000, Oxford-Portland Oregon, et de F. Brunet et I. Girgenson, 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".¹⁶²

Cette jurisprudence fut également 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".¹⁶³

Nonobstant cette position de principe restrictive, la CJCE et le TPICE se montrèrent cependant prêts à exercer un examen approfondi des analyses de la Commission, (en ce compris des faits, de leur appréciation et qualification), comme en témoigne 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.¹⁶⁴

La question de l'étendue du contrôle juridictionnel fut plus discutée en contrôle des concentrations. Dans l'affaire *Kali und 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 conférait à cette dernière un "certain pouvoir discrétionnaire [...] pour ce qui est des appréciations d'ordre économique" que le juge devait respecter.¹⁶⁵

Dans ce contexte, les trois arrêt 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 und Salz* en examinant de trop près l'analyse économique à laquelle elle s'était livrée.¹⁶⁶ 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

¹⁶² Voir CJCE, 11 juillet 1985, *Remia BV et autres contre Commission*, 42/84, Rec.1985, p.2545 à §34.

¹⁶³ Voir TPICE, 15 juillet 1994, *Matra Hachette SA contre Commission*, T-17/93, Rec.1994, p.II-595 à §104.

¹⁶⁴ Voir CJCE, 31 mars 1993, 89/85, Rec. I-1307, dite *Pâte de bois II*.

¹⁶⁵ Voir CJCE, 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC) contre Commission*, C-68/94 et C-30/95, Rec.1998 p.I-1375 à §223.

¹⁶⁶ Voir CJCE, 15 février 2005, *Commission contre Tetra Laval BV*, C-12/03, non encore publiée à §§25 et suivants.

merits of the Commission's complex economic assessments or to substitute its own point of view for that of the institution (soulignement ajouté).¹⁶⁷

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

"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 conglomérat (soulignement ajouté)".¹⁶⁸

La Cour estime donc que le contrôle juridictionnel exercé par le TPICE s'étend 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 permettent de dissimuler, sous une apparence de rigueur analytique, des objectifs de pure opportunité. Elle permet ensuite d'assurer aux parties un réel second examen au fond de leur situation juridique, en harmonie avec les principes fondamentaux posés par la CEDH qui exige le droit à un recours juridictionnel.

1.2. 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, à tel point que celui-ci peut préférer dans certaines instances retenir son examen du bien fondé des théories qui lui sont soumises. Certes, nous venons de voir que celui-ci s'est prononcé en faveur d'un contrôle sur les arguments économiques proposés par les parties. Afin de s'assurer que cette jurisprudence ne se limite pas, *de facto*, à une déclaration d'intention, nous estimons qu'un recours plus fréquent aux mesures d'expertise pourrait utilement l'assister dans la réalisation de cette délicate mission.

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 un rapport sur les points qui lui sont soumis à expertise. En droit de la concurrence, le juge communautaire n'a cependant fait qu'un usage parcimonieux des mesures d'expertise. L'affaire *Pâte de bois* en constitue un rare

¹⁶⁷ Voir conclusions de l'Avocat Général Tizzano du 25 mai 2004 sous l'affaire *Tetra Laval*, C-12/03, *Commission contre Tetra Laval* aux §§ 88-89.

¹⁶⁸ Voir CJCE, *supra* note 166 au §39.

exemple.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰

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.¹⁷¹ 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.¹⁷² Le juge communautaire pourrait assurément faire usage plus extensif du pouvoir que lui reconnaît son règlement de procédure dans les affaires économiques complexes.

2. 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 qu'en moyenne 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 été réactivée par les parties. Certes, les décisions d'interdiction furent rares.¹⁷³ Toutefois, la Commission put opportunément brandir le spectre d'une prohibition 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

¹⁶⁹ Voir CJCE, 31 mars 1993, 89/85, Rec. I-1307, dite *Pâte de bois II* aux §§30-32.

¹⁷⁰ Id. aux §§126-127.

¹⁷¹ Voir, par exemple, Ordonnance du Président du TPICE, *Microsoft Corp. contre Commission*, 22 décembre 2004 affaire T-201/04 R; TPICE, T-342/99, *Airtours contre Commission*, 6 juin 2002, Rec.2002, p.II-258; TPICE, *Gencor Ltd contre Commission*, T-102/96, 25 mars 1999, Rec. 1999 p.II-753.

¹⁷² Voir Order of 11 December 1997, United States District Court for the District of Columbia.

¹⁷³ On ne dénombre que 19 décisions d'interdiction dans la pratique décisionnelle de la Commission.

décembre 2000 afin d'y introduire un mécanisme de procédure accélérée.¹⁷⁴ 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. Celle-ci doit motiver sa requête, c'est-à-dire exposer en quoi l'affaire est urgente.¹⁷⁵ Elle doit également, afin que sa requête soit prise en considération, s'assurer que son mémoire se limite à un exposé sommaire des moyens invoqués et ne comporte qu'un nombre limité d'annexes.¹⁷⁶

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 contre Commission*, la complexité de l'affaire a semblé faire obstacle à l'octroi de la procédure accélérée.¹⁷⁷ Ensuite, dans l'affaire *General Electric contre Commission*, l'abandon de la concentration avant l'introduction du recours empêcha le traitement du recours selon la procédure accélérée.¹⁷⁸ Enfin, il semble que le juge soit 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 contre Commission*, où le Tribunal a refusé de traiter le recours en annulation contre le rejet d'une plainte introduite sous l'angle des articles 81 et 82 selon cette procédure.¹⁷⁹

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.¹⁸⁰ 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 une réduction substantielle

¹⁷⁴ Voir Modifications du règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes, JOCE L 322 du 19 décembre 2000, pp.4-6

¹⁷⁵ Voir Instructions pratiques du Tribunal aux parties, JOCE L 87 du 4 avril 2002, pp.48-51 au point VI.

¹⁷⁶ Id.

¹⁷⁷ Voir ordonnance du TPICE, *Ineos Phenol contre Commission*, aff. T-103/02.

¹⁷⁸ En revanche, l'abandon de la concentration en cours d'instance ne met pas un terme à la procédure accélérée. Voir par exemple, l'affaire *Schneider Electric contre Commission*, supra note 146.

¹⁷⁹ Voir TPICE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission*, T-313/02, non encore publié.

¹⁸⁰ Voir article 76 bis 2 du Règlement de Procédure du TPICE, 2 mai 1991, JOCE L 136 du 30 mai 1991, rect. JOCE L 317 du 19 novembre 1991, p. 34 et point VI(2) des Instructions pratiques du Tribunal aux parties, supra note 175.

des délais de jugement. Ainsi, dans les affaires *Schneider Electric contre Commission*,¹⁸¹ *Tetra Laval contre Commission*,¹⁸² *Royal Philips Electronics contre Commission*,¹⁸³ *Cableuropa et autres contre Commission*,¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ 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 à 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.¹⁸⁸ En conformité avec l'article 7(3) de l'ancien Règlement 4064/89, elle n'avait cependant pas été en mesure 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

¹⁸¹ Voir TPICE, *Schneider Electric contre Commission*, supra note 146.

¹⁸² Voir TPICE, *Tetra Laval BV contre Commission*, supra note 146.

¹⁸³ Voir TPICE, *Royal Philips Electronics BV contre Commission*, supra note 29.

¹⁸⁴ Voir TPICE, 30 septembre 2003, *Cableuropa et autres contre Commission*, T-346/02 et *Aunacable SA et autres contre Commission*, 347/02, non encore publiées.

¹⁸⁵ Voir notamment, Mario Siragusa, "Judicial Review of Competition Decisions under EC Law, Speech delivered at the Competition Commission Lectures, 21 September 2004; Catherine Turner and Rodolphe Muñoz, "Revising the Judicial Architecture of the European Union", (1999) 19 *Yearbook of European Law*, 1.

¹⁸⁶ Voir Bruce R. Lyons, "Reform of European Merger Policy", *CCR Working Papers*, 03-5, à note 20.

¹⁸⁷ Certes, cela peut être réduit dans l'hypothèse où les parties ne notifient qu'un simple projet futur de concentration, comme le leur permet le nouveau Règlement 139/2004 à l'article 4(1). Mais ce délai peut également être allongé si la Commission fait utilisation de ses pouvoirs suspensifs de demande d'information afin d'allonger la procédure administrative (notamment l'article 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 ne détourne ces prérogatives pour limiter l'effet pratique de l'accélération de la procédure juridictionnelle.

¹⁸⁸ Voir sur ce point Michael G. Egge, Matteo F. Bay and 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 September 2004, European University Institute, Florence, à note 72.

d'arguments et de moyens exhaustifs et, d'autre part, le recours à 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.¹⁸⁹ Cette situation n'est en tout cas 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 donc d'arguments de plus en plus sophistiqués.

Enfin, si les opérations de concentration exigent, par nature, 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.¹⁹⁰ 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 XXXIIème rapport sur la politique de concurrence, elle évoqua la nécessité d'assurer un contrôle juridictionnel encore plus rapide dans les affaires de concentration.¹⁹¹ La nécessité d'un contrôle plus rapide et effectif soulève la question des alternatives au système communautaire actuel de contrôle juridictionnel.

3. 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. La pratique décisionnelle récente de la Commission et la jurisprudence de la Cour font toutefois apparaître les spécificités de cette branche du contentieux. 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.

¹⁸⁹ Voir F. Brunet et I. Girgenson, supra note 157 à p.6.

¹⁹⁰ Voir articles 242 et 243 TCE.

¹⁹¹ Voir XXXIIème 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 États 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.¹⁹² 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".¹⁹³

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.¹⁹⁴ Cette disposition a suscité l'intérêt des institutions européennes en matière de droit de la concurrence. Le Parlement européen tout d'abord a évoqué dès 2002 la possibilité de créer une chambre juridictionnelle spécialisée en matière de fusion dans une résolution adoptée après que la Commission ait adopté son XXXIIème rapport sur la politique de concurrence.¹⁹⁵ La

¹⁹² Voir Bo Vesterdorf, "The Community Court System Ten Years from Now and Beyond: Challenges and Possibilities" (2003), *European Law Review*, 303 à 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, pp.65-66.

¹⁹³ 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".

¹⁹⁴ Voir Décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JOCE L 333 du 9 novembre 2004, pp.7-11. Voir sur ce point, Ignace Maselis, "Les nouvelles dispositions du statut de la Cour de justice", *Journal des Tribunaux – Droit Européen*, Mars 2005, 117 à 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.

¹⁹⁵ Voir Résolution du Parlement européen concernant le XXXIIe 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, et demande à la Commission de lui faire rapport sur ses conclusions dans les meilleurs délais".

Commission répondit au Parlement dans son XXXIIIème rapport en adoptant une position nuancée:

"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".¹⁹⁶

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 Etats comme le Royaume Uni, 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.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹

Deuxièmement, les obstacles invoqués par certains à l'encontre de la création de juridictions spécialisés ne sont pas convaincants.²⁰⁰ 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.²⁰¹ Ensuite, le risque que les chambres

¹⁹⁶ Voir XXXIII 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". Voir XXXII Rapport sur la politique de concurrence, 2002, p.376.

¹⁹⁷ Au Royaume Uni, le Competition Appeal Tribunal a été créé par la Section 12 and du Enterprise Act de 2002.

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ La "Market Court", compétente pour les marchés publics, la concurrence et les pratiques de commerce.

²⁰⁰ Voir notamment, les obstacles identifiés par C. Turner et R. Muñoz, supra note [____] à p.89

²⁰¹ Voir article 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 chambre le prévoit, d'un appel

juridictionnelles se livrent à des interprétations erronées de questions constitutionnelles ou de disposition 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).²⁰² 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 de l'appareil juridictionnel communautaire soient inférieurs au coût fixe résultant de la création d'une chambre juridictionnelle spécialisée.²⁰³

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 qu'elle permettrait d'atteindre. 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.

VI. Conclusion

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.

portant également sur les questions de fait, devant le Tribunal de première instance" et la formulation analogue de l'article III-359(3) TCE.

²⁰² Voir Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts", in *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, 1973/1974 – 2003/2004*, P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf eds., P.I.E. Peter Lang, Presses Universitaires Européennes.

²⁰³ 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. Voir les statistiques judiciaires du rapport d'activité du TPICE 2004, à p.202.

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