

Pierre ARHEL
Docteur en droit

Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (Juillet 2016) ^{120g0}

Le présent article est consacré à la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne dans le domaine de la concurrence. Il analyse notamment les arrêts rendus sur le fondement des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui interdisent les ententes et abus de position dominante, et des articles 107 et 108 du TFUE, applicables aux aides d'État.

PLAN

- I. L'avocat général se penche sur la question de la détermination du montant d'une aide que les bénéficiaires ont répercuté sur leurs clients
- II. Le bénéficiaire d'une licence de brevet doit payer la redevance convenue jusqu'à l'expiration de la licence, même en cas d'annulation du brevet
- III. L'avocat général se penche sur les critères permettant d'apprécier l'existence d'un lien entre une mesure fiscale et une aide d'État
- IV. Le Tribunal annule la décision ordonnant à l'Allemagne de récupérer des subventions relatives aux retraites des anciens fonctionnaires postaux
- V. Le Tribunal réduit les amendes infligées au groupe Parker-Hannifin dans le cadre de l'affaire des tuyaux marins
- VI. La Cour valide la communication de la Commission concernant les aides au secteur bancaire
- VII. La Cour précise les conditions de l'exemption à l'obligation de notification des aides pour la protection de l'environnement
- VIII. La Cour se prononce sur la responsabilité d'une société pour les actes d'un prestataire de services auquel elle a eu recours pour préparer son offre
- IX. L'avocat général se penche sur la question de la protection des informations provenant des déclarations de clémence
- X. L'avocat général propose à la Cour de préciser la condition de sélectivité des mesures fiscales qui constituent une aide d'État
- XI. L'avocat général propose de valider la position de la Commission à propos des exclusivités octroyées par la Grèce dans le secteur des jeux de hasard
- XII. L'avocat général propose de rejeter le pourvoi de Timab contre l'arrêt du Tribunal dans l'affaire des phosphates pour l'alimentation animale

Suite de la lecture de l'article de couverture

I. L'avocat général se penche sur la question de la détermination du montant d'une aide que les bénéficiaires ont répercuté sur leurs clients ^{121m7}

CJUE, 5 juill. 2016, aff. jointes n^{os} C-164/15 P et 165/15 P, conclusions de l'avocat général sur l'affaire Commission c/ Aer Lingus et Ryanair

NOTE

La mesure en cause ici est un droit d'accise (TTA) institué par l'Irlande à compter de 2009 et perçu directement auprès des compagnies

aériennes, pour tout passager embarqué sur un vol au départ d'un aéroport irlandais.

Lors de son introduction, la TTA était calculée sur la base de la distance entre l'aéroport de départ et l'aéroport d'arrivée et était fixée au taux de 2 € dans le cas d'un vol vers une destination située à une distance maximum de 300 km de l'aéroport de Dublin et de 10 € dans tous les autres cas.

La Commission a ouvert une procédure formelle d'examen au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et a adopté une décision le 25 juillet 2012. L'article premier de cette décision constate que l'aide qui, en l'espèce, revêt la forme d'un taux d'imposition réduit sur le transport aérien, est incompatible avec le marché intérieur. L'article 4, point 1, enjoint à l'Irlande de récupérer le montant de l'aide, soit 8 € par passager transporté.

Par deux arrêts rendus le 5 février 2015, le Tribunal a annulé l'article 4 de la décision¹⁾. Ces arrêts ont fait l'objet de deux pourvois de la Commission et de deux pourvois incidents d'Aer Lingus et de Ryanair dirigés contre les arrêts du Tribunal en ce qu'ils ont rejeté les recours « pour le surplus ».

L'avocat général Paolo Mengozzi estime qu'aucun des griefs exposés au soutien des pourvois incidents ne doit être accueilli et suggère donc à la Cour de rejeter ces derniers dans leur intégralité.

En revanche, il est sensible à l'argumentation de la Commission et propose à la Cour d'annuler les arrêts attaqués et de renvoyer les affaires devant le Tribunal.

Il commence son analyse par le résumé suivant du raisonnement développé par le Tribunal.

Celui-ci a relevé tout d'abord que la TTA est un droit d'accise, destiné en tant que tel à être répercuté sur les passagers, en raison également de l'obligation imposée aux compagnies aériennes par l'article 23 du règlement n° 1008/2008, d'indiquer séparément le montant des taxes dans le prix de chaque billet. Le Tribunal a noté ensuite qu'au même titre que la taxe, l'avantage résultant de l'application du taux réduit, soit 8 €, peut être aussi répercuté intégralement ou partiellement sur les clients des compagnies aériennes. Dans un tel cas, celles-ci ne conserveront pas cet avantage ou ne le conserveront qu'en partie. Dans de telles circonstances, la Commission n'était pas fondée à présumer que l'avantage dérivant de l'application du taux réduit effective-

ment obtenu et conservé par les compagnies aériennes s'élevait, dans tous les cas, à 8 € par passager. En effet, selon le Tribunal, en cas de répercussion, l'avantage effectivement obtenu par les compagnies aériennes ne consiste pas nécessairement dans la différence entre les deux taux, mais dans la possibilité d'offrir des prix plus attractifs à leurs clients et d'accroître ainsi leur chiffre d'affaires. La Commission aurait donc dû déterminer dans quelle mesure les compagnies aériennes redevables du taux de 2 € avaient effectivement répercuté sur leurs passagers le bénéfice économique résultant de l'application de la TTA au taux réduit, afin de quantifier avec précision l'avantage dont elles avaient réellement bénéficié, ou confier cette tâche aux autorités nationales. En outre, en présumant dans tous les cas qu'un tel avantage correspondait à la différence entre le taux supérieur et le taux inférieur de la TTA, la Commission n'a pas, selon le Tribunal, suffisamment tenu compte de la situation concurrentielle du marché en cause ni du fait que toutes les compagnies aériennes exploitant des vols à une distance de l'aéroport de Dublin inférieure à 300 km étaient soumises à la TTA au même taux de 2 €. Enfin, le Tribunal a précisé que la Commission n'a pas suffisamment démontré, dans la décision contestée, pourquoi la récupération d'un montant égal à la différence entre le taux normal et le taux réduit était nécessaire afin d'assurer le rétablissement de la situation antérieure à l'octroi de l'aide. Le Tribunal a conclu qu'en évaluant le montant de l'aide à récupérer à la différence entre le taux réduit et le taux normal de la TTA, la Commission a commis une erreur d'appréciation et une erreur de droit (pt 54).

Ce raisonnement était donc contesté par la Commission qui a exposé en substance qu'en censurant la décision contestée pour ne pas avoir tenu compte de la mesure dans laquelle les compagnies aériennes bénéficiaires ont répercuté sur les passagers l'avantage résultant de l'application de la TTA au taux réduit, le Tribunal a adopté un nouveau critère économique pour déterminer le montant à restituer d'une aide consistant à appliquer un taux réduit par rapport à un taux normal (pt 55).

L'avocat général rappelle, en s'appuyant sur la jurisprudence, que pour déterminer le montant soumis à récupération, la Commission n'est pas, en principe, tenue d'examiner la façon dont l'entreprise bénéficiaire a utilisé concrètement l'avantage découlant de l'octroi de l'aide. La restitution de l'aide n'a pas pour objet la suppression du bénéfice effectivement réalisé par l'entreprise en raison de l'octroi de l'aide, mais plutôt l'élimination de la situation d'avan-

1) TUE, 5 févr. 2015, n° T-473/12, Aer Lingus c/ Commission, EU:T:2015:78 – TUE, 5 févr. 2015 n° T-500/12, Ryanair c/ Commission, EU:T:2015:73.

tage concurrentiel où l'a initialement placée l'octroi de l'aide. Cela signifie, d'une part, que la récupération devra généralement se limiter au bénéfice direct résultant de l'octroi de l'aide, sans pouvoir s'étendre aux éventuels bénéfices indirects qui procèdent de toute façon de cet octroi. Dès lors, si l'utilisation de l'aide a permis à l'entreprise bénéficiaire (par la réduction des prix ou par des investissements publicitaires, par exemple) de conquérir de nouvelles parts de marché, ou si, grâce à l'aide, elle a remporté un marché public ou a évité l'insolvabilité, elle ne sera néanmoins tenue de restituer qu'un montant correspondant à l'avantage découlant de la mise à disposition de l'aide (pt 62).

Il se déduit de ces considérations que « le rétablissement de la situation antérieure à l'octroi de l'aide » ne s'identifie pas à la reconstitution des conditions de concurrence prévalant au moment de l'octroi de l'aide (pt 63).

La récupération d'une aide fiscale constituée par l'application d'un taux d'imposition inférieur au taux normal portera donc en principe sur la différence entre le taux normal et le taux effectivement appliqué. Ainsi, l'entreprise bénéficiaire supportera en définitive la charge fiscale dont elle a été illégalement exonérée. Dans de tels cas, l'évaluation du montant de l'aide exige donc simplement que soit établi le montant de la

créance fiscale non perçue, sans nécessiter des appréciations complexes de nature économique ni, en principe, une analyse des conditions de concurrence prévalant sur le marché en cause ou du comportement de ses opérateurs concernés (pt 66).

En imposant à l'Irlande l'obligation de récupérer la différence entre le taux supérieur et le taux inférieur de la TTA au titre de chaque billet émis, la Commission s'est donc conformée, dans la décision contestée, aux principes énoncés ci-dessus (pt 67).

L'avocat général estime par ailleurs que l'annulation de l'ordre de récupération prononcée par le Tribunal dans les arrêts attaqués n'est pas justifiée au regard des circonstances spécifiques caractérisant les affaires sous examen (pts 68 et s.).

Celui-ci a donc commis une erreur de droit en annulant, par les arrêts attaqués, l'article 4 de la décision contestée, en ce qu'elle ordonne la récupération d'un montant égal à la différence entre le taux supérieur et le taux inférieur de la TTA. L'avocat général propose en conséquence l'annulation des arrêts attaqués (pt 84).

Il suggère également de renvoyer au Tribunal les deux présentes affaires jointes pour qu'il se penche sur les moyens qu'il n'a pas examinés (pts 85 et s.).

II. Le bénéficiaire d'une licence de brevet doit payer la redevance convenue jusqu'à l'expiration de la licence, même en cas d'annulation du brevet ^{121m8}

CJUE, 7 juill. 2016, n° C-567/14,
Genentech Inc. c/ Hoechst GmbH e.a.

NOTE

La Cour était saisie d'une demande de décision préjudicielle, portant sur l'interprétation de l'article 101 TFUE, dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale opposant Genentech Inc., à Hoechst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH.

En 1992, la société allemande Behringwerke (ultérieurement reprise Sanofi-Aventis Deutschland) a concédé à Genentech (une entreprise active dans le secteur pharmaceutique) une licence non exclusive mondiale pour l'utilisation d'un activateur breveté dérivé du cytomégalovirus humain. Genentech a utilisé cet activateur afin de faciliter la transcription d'une séquence d'ADN nécessaire à la production du

médicament Rituxan (ou MabThera). En utilisant l'activateur de cette manière, Genentech n'a pas enfreint les brevets sous licence et a donc refusé de payer une partie de la redevance convenue.

La cour d'appel de Paris, juridiction de renvoi, s'interrogeait plus particulièrement sur la question de savoir si l'article 101 TFUE s'oppose à l'obligation imposée au preneur d'un accord de licence de brevet de payer des redevances pendant toute la durée de l'accord jusqu'à sa résiliation, nonobstant l'absence de contrefaçon ou l'annulation du ou des brevets sous licence.

Dans son arrêt du 7 juillet 2016, la Cour considère que le droit de la concurrence de l'Union n'interdit pas d'imposer le paiement d'une redevance pour l'utilisation de la technologie, même si celle-ci ne donne pas lieu à contrefaçon voire est réputée ne jamais avoir été protégée en cas d'annulation rétroactive du

brevet. Cette solution prend appui sur la jurisprudence *Ottung* selon laquelle l'article 101, paragraphe 1, TFUE n'interdit pas d'imposer contractuellement le paiement d'une redevance pour l'utilisation exclusive d'une technologie qui n'est plus couverte par un brevet, à condition que le licencié puisse librement résilier ce contrat. Cette appréciation repose sur le constat selon lequel cette redevance constitue le prix à payer pour exploiter commercialement la technologie sous licence avec l'assurance que le concédant n'exercera pas ses droits de propriété industrielle. Aussi longtemps que le contrat de licence concerné demeure en vigueur et peut être librement résilié par le licencié, le paiement de la redevance est dû, et ce quand bien même les droits de propriété industrielle issus des brevets concédés à titre exclusif ne peuvent être mis en œuvre à l'encontre du licencié en raison de l'expiration de leur terme. En effet, des circonstances de cette nature, en particulier celle selon laquelle le contrat de licence peut être librement résilié par le licencié, permettent d'exclure que le paiement d'une redevance porte atteinte à la concurrence en restreignant la liberté d'action du licencié ou en entraînant des effets de verrouillage du marché¹ (pt 40).

Pour la Cour, cette solution, issue de l'arrêt *Ottung* s'impose a fortiori dans une situation telle que celle en cause au principal. En effet, si, au cours de la période d'effectivité d'un accord de licence, le paiement de la redevance reste

dû y compris après l'expiration des droits de propriété industrielle, il en va de même, à plus forte raison, avant l'expiration de ces droits (pt 41).

Le fait que les juridictions de l'État d'émission des brevets en cause au principal ont jugé, postérieurement à la résiliation de l'accord de licence, que l'utilisation par Genentech de la technologie concédée n'enfreignait pas les droits issus de ces brevets est sans incidence sur l'exigibilité de la redevance pour la période antérieure à cette résiliation. Il s'ensuit que, Genentech étant demeurée libre de résilier ledit accord à tout moment, l'obligation de payer la redevance au cours de la période d'effectivité de ce même accord, pendant laquelle étaient en vigueur les droits issus des brevets concédés, ne constitue pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (pt 42).

La Cour répond donc à la cour d'appel de Paris que « l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, au titre d'un accord de licence tel que celui en cause au principal, il soit imposé au licencié de payer une redevance pour l'utilisation d'une technologie brevetée pendant toute la période d'effectivité de cet accord, en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet sous licence, dès lors que le licencié a pu librement résilier ledit accord moyennant un préavis raisonnable » (pt 43).

¹) CJCE, 12 mai 1989, n° 320/87, *Ottung*, EU:C:1989:195.

III. L'avocat général se penche sur les critères permettant d'apprécier l'existence d'un lien entre une mesure fiscale et une aide d'État ^{121m9}

CJUE, 7 juill. 2016, n° C-449/14 P, conclusions de l'avocat général sur l'affaire DTS Distribuidora de Televisión Digital SA c/ Commission

NOTE

La Cour est saisie d'un pourvoi contre l'arrêt du 11 juillet 2014¹ par lequel le Tribunal a confirmé la décision de la Commission qui a déclaré compatible avec le marché intérieur le régime d'aide espagnol en faveur de la Corporación de Radio y Televisión Española SA

(RTVE), l'organisme public de radiodiffusion et de télédiffusion espagnol financé, en partie, au moyen d'une taxe sur les opérateurs de télévision et de télécommunication.

L'avocat général, Yves Bot, propose à la Cour de rejeter tant le pourvoi introduit par DTS Distribuidora de Televisión Digital SA que le pourvoi incident formé par Telefónica.

La présente affaire offre l'occasion à la Cour de clarifier la portée des critères qui doivent permettre d'apprécier dans quelle mesure des mesures fiscales constituent le mode de financement d'une aide d'État, de sorte qu'elles font partie intégrante de cette aide. Cet examen nécessite de démontrer l'existence d'un « lien d'affectation contraignant » entre ces mesures

¹) TUE, 11 juill. 2014, n° T-533/10, *DTS Distribuidora de Televisión Digital SA*, EU:T:2014:629.

et le régime d'aide en cause. C'est l'existence d'un tel lien d'affectation entre les taxes que supportent les opérateurs de télévision et de télécommunication, tels que DTS et Telefónica, et l'aide versée à la RTVE, qui est, en l'occurrence, débattue par les parties.

L'avocat général rappelle que l'analyse relative à l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre une taxe et une aide va permettre d'établir si cette taxe constitue une modalité de financement de l'aide et, partant, fait partie intégrante de celle-ci. Cette analyse doit permettre également à la Commission de procéder à un examen approprié et complet d'une aide d'État. En effet, les modalités de financement d'une aide peuvent rendre celle-ci incompatible avec le marché intérieur. La Commission ne peut donc pas dissocier l'examen d'une aide de l'évaluation des effets de ses modalités de financement lorsque ces dernières font partie intégrante de l'aide en question. Ladite analyse doit permettre, par ailleurs, d'assurer l'effet utile de l'obligation de notification (pt 59).

L'une des questions que soulève le pourvoi est celle de savoir si, afin d'établir l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide financée par celle-ci, il est nécessaire de démontrer non seulement qu'il existe une disposition contraignante de droit national imposant l'affectation de la taxe au financement de l'aide, mais également que le produit de la taxe influence l'importance de l'aide (pt 61).

Ces deux conditions sont, selon l'avocat général, et ainsi que l'a jugé le Tribunal, cumulatives (pt 64) : au regard de la jurisprudence de la Cour, la condition tirée de l'existence d'une disposition contraignante de droit national imposant l'affectation de la taxe au financement de l'aide n'est pas, à elle seule, suffisante pour établir qu'une taxe fait partie intégrante d'une mesure d'aide. Lorsqu'une telle disposition de droit national existe, comme c'est le cas en l'espèce, il est, en outre, nécessaire de déterminer si le produit de la taxe influence directement l'importance de l'aide (pt 71).

Cependant, au cas d'espèce, le lien existant entre les mesures fiscales introduites par la loi n° 8/2009 et l'aide versée à la RTVE n'est pas aussi étroit que celui unissant la mesure fiscale et le régime d'aide en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron*, de sorte que la solution retenue par la Cour dans cet arrêt ne serait pas transposable en l'espèce.

En effet, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 septembre 2006, il existait un lien intrinsèque entre la taxe et l'aide (l'exonération de cette taxe), « deux éléments indissociables

d'une seule et même mesure fiscale » selon la Cour, qui, comme l'a relevé le Tribunal dans l'arrêt attaqué, ne permettait pas de distinguer l'une de l'autre, ce qui n'est manifestement pas le cas de figure de l'espèce. L'inapplicabilité de la mesure fiscale en raison de son incompatibilité avec le droit de l'Union entraînait donc très logiquement et directement la disparition de l'aide (pt 76).

En outre, le montant de l'aide versée à la RTVE au titre du financement de ses obligations de service public ne dépend pas du montant de la recette fiscale en cause perçue auprès des opérateurs de télévision payante (pt 77). Ainsi, le montant de l'aide accordée à la RTVE au titre du financement de ses obligations de service public est calculé sur la base des coûts nets des obligations de service public supportés par la RTVE lors des exercices précédents (pt 78).

D'autre part, s'il existe un lien législatif contraignant entre le produit de la taxe en cause et l'aide versée à la RTVE, la réglementation nationale établit un mécanisme d'ajustement qui empêche de considérer que les deux conditions énoncées par la jurisprudence sont satisfaites (pt 79).

L'argument selon lequel le Tribunal aurait constaté à tort que l'incompatibilité éventuelle de la taxe avec le droit de l'Union n'aurait pas comme conséquence directe de remettre en question l'aide en cause doit donc être rejeté (pt 86).

L'avocat général considère par ailleurs que, contrairement à ce que soutient DTS, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en considérant que l'existence d'un rapport de concurrence entre les débiteurs de la taxe et le bénéficiaire de l'aide financée par cette taxe ne suffit pas pour considérer que la taxe fait partie intégrante de cette aide (pt 88).

Rappelant à cet égard les deux conditions qui doivent être satisfaites afin d'établir qu'une taxe fait partie intégrante d'une mesure d'aide², il précise que si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite, nul ne peut considérer qu'une taxe fait partie intégrante d'une mesure d'aide et le critère tiré de l'existence d'un avantage concurrentiel n'est pas suffisant pour contrebalancer cette conclusion (pt 90).

L'avocat général rappelle par ailleurs que nous sommes non pas dans le cadre de l'appréciation au fond de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur opéré par la Commission au titre de l'article 107 TFUE et dans laquelle l'examen des rapports de concurrence a manifestement toute son importance, mais dans

2) V. *supra*.

celui de l'appréciation de l'existence d'un « lien d'affectation contraignant » entre une taxe et le régime d'aide financée par celle-ci afin de déterminer la portée de l'obligation de notification visée à l'article 108, paragraphe 3, TFUE (pt 93).

Et d'ajouter que si nous devons suivre l'argument de la requérante, cela signifierait que, à chaque fois qu'une taxe est perçue à un niveau sectoriel et qu'elle frappe des entreprises qui se trouvent dans une situation de concurrence avec le bénéficiaire de l'aide, le critère tiré du lien d'affectation contraignant serait alors satisfait. Or, une telle interprétation serait manifestement contraire à la jurisprudence constante de la Cour. En effet, celle-ci a entendu inter-

préter de manière très restrictive l'existence d'un lien d'affectation contraignant de façon à respecter la délimitation précise qu'instaure le TFUE entre, d'une part, les règles concernant les aides d'État et, d'autre part, celles relatives aux distorsions résultant des dispositions fiscales adoptées par les États membres (pt 96).

Au vu de ces éléments, l'avocat général estime que le Tribunal a, à bon droit, rejeté l'argument de la requérante tiré du prétendu avantage concurrentiel dont bénéficie la RTVE en raison de la taxe imposée à ses concurrents, aux fins de son appréciation relative à l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre les mesures fiscales en cause et l'aide versée à la RTVE (pt 97).

IV. Le Tribunal annule la décision ordonnant à l'Allemagne de récupérer des subventions relatives aux retraites des anciens fonctionnaires postaux ^{121nO}

Trib. UE, 14 juill. 2016, n° T-143/12, République fédérale d'Allemagne c/ Commission

NOTE

Le Tribunal fait droit au recours de l'Allemagne en annulant la décision de la Commission ordonnant la récupération auprès de Deutsche Post une partie des subventions relatives aux retraites des anciens fonctionnaires postaux. Il reproche en effet à la Commission de ne pas avoir démontré l'existence d'un avantage économique réel en faveur de Deutsche Post.

Deutsche Post est une société anonyme issue, en 1995, de la privatisation de l'ancien opérateur historique allemand des services postaux, à savoir Postdienst. L'entreprise a été contrainte par la loi de reprendre les fonctionnaires postaux de Postdienst et de cotiser à un fonds de pension en faveur de ceux-ci. Ainsi, dans les années 1995 à 1999, elle a dû verser à ce fonds un montant annuel de 2,045 milliards d'euros. À partir de 2000, ce montant forfaitaire annuel a été remplacé par un montant correspondant à 33 % du total des salaires des fonctionnaires employés par Deutsche Post. Le solde respectif du coût des retraites était supporté par l'État fédéral.

Par décision du 25 janvier 2012, la Commission a considéré que ce financement public des pensions constituait une aide d'État illégale,

incompatible avec le marché intérieur, dans la mesure où il était disproportionné. Elle a alors ordonné à l'Allemagne de récupérer les montants correspondants auprès de Deutsche Post¹.

L'Allemagne a introduit un recours auquel le Tribunal fait droit. Ce faisant, celui-ci rappelle que la qualification d'une mesure d'aide d'État présuppose que cette mesure confère à son bénéficiaire un avantage économique sélectif vis-à-vis de ses concurrents. C'est lors de l'examen portant sur l'existence même d'une aide d'État qu'un tel avantage doit être établi et non pas au stade où la Commission apprécie, en aval, si l'aide est compatible avec le marché intérieur. Or c'est précisément à ce stade que la Commission a cherché à établir l'existence d'un avantage économique sélectif.

Il rappelle à cet égard qu'il a déjà jugé qu'une mesure par laquelle un État membre libérait une entreprise, initialement tenue par la loi de continuer à employer les fonctionnaires de son prédécesseur et d'indemniser ledit État en contrepartie des traitements et des pensions dont celui-ci poursuivait le versement, du « désavantage structurel » que constituait « le statut privilégié et coûteux de ces fonctionnaires » par rapport à celui des employés des concurrents privés de ladite entreprise ne constituait pas, en principe, une intervention allégeant les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et, par suite, une aide (pt 130).

¹) Comm. UE, 25 janv. 2012, n° 2012/656/UE.

Il est parfaitement possible, en effet, que, à la suite de l'application de la mesure en cause, Deutsche Post est moins désavantagée qu'avant l'adoption de ladite mesure, mais qu'elle continue à l'être par rapport à ses concurrents, ou bien qu'elle se trouve à parité avec eux, sans être, par conséquent, bénéficiaire d'un avantage (pt 143).

En l'espèce, si la Commission a cherché à établir l'existence effective d'un avantage économique sélectif, et non à l'admettre par simple postulat, ce n'est qu'au stade de l'examen de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur. Or seuls les éventuels montants dépassant

ce qui est nécessaire afin d'aligner le coût des retraites imposé à Deutsche Post avant 1995 sur celui supporté par ses concurrents eussent été de nature à conférer à cette dernière un tel avantage et, dès lors, à constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE (pt 150).

N'ayant pas démontré, au stade de son examen portant sur l'existence d'une aide d'État, que Deutsche Post bénéficiait d'un tel avantage, la Commission a commis une erreur de droit qui entraîne l'annulation de la partie de la décision qui concerne les subventions relatives aux pensions litigieuses (pt 154).

V. Le Tribunal réduit les amendes infligées au groupe Parker-Hannifin dans le cadre de l'affaire des tuyaux marins ¹²¹ⁿ¹

Trib. UE, 14 juill. 2016,
n° T-146/09RENV, Parker-Hannifin
Manufacturing Srl e.a. c/ Commission

NOTE

Par un arrêt rendu sur renvoi, le Tribunal accueille partiellement le recours du groupe Parker-Hannifin tendant à l'annulation de la décision de la Commission, du 28 janvier 2009, relative à une procédure d'application de l'article 81 [CE] à divers accords de fixation des prix, partage de marchés et échanges d'informations commercialement sensibles dans le secteur des tuyaux marins¹.

Il fait d'abord droit au sixième moyen qui faisait valoir, en substance, que la Commission a méconnu le principe de responsabilité personnelle lorsqu'elle a pris en considération le rôle de meneur attribué à ITR du 11 juin 1999 au 30 septembre 2001 pour augmenter le montant de la partie de l'amende dont sa société mère, Parker-Hannifin, est conjointement et solidairement tenue pour responsable.

Il observe que, alors que la Commission n'a retenu la responsabilité solidaire de Parker-Hannifin qu'à partir du 31 janvier 2002, le montant de base de l'amende devant être payé solidairement par Parker-Hannifin au titre de cette responsabilité a été majoré de 30 % au titre de la circonstance aggravante tirée du rôle de meneur joué par ITR entre le 11 juin 1999 et le 30 septembre 2001, une période pendant laquelle Parker-Hannifin n'avait aucun lien avec ITR ou son successeur ITR Rubber (pt 152).

Le montant de l'amende devant être payé solidairement par Parker-Hannifin n'a donc pas été déterminé en fonction de la gravité de l'infraction commise individuellement par sa filiale ITR Rubber après son acquisition le 31 janvier 2002 (pt 153).

Partant, la Commission a commis une erreur de droit (pt 154).

Le Tribunal accueille également le huitième moyen en reprochant à la Commission d'avoir retenu uniquement le chiffre d'affaires global réalisé par Parker-Hannifin aux fins du calcul du plafond de 10 % du chiffre d'affaires prévu par l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, y compris en ce qui concerne la partie de l'amende pour laquelle Parker ITR a été tenue pour responsable à titre exclusif, notamment pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2002 (pt 165).

Dans la mesure où ce plafond n'a pas été déterminé sur la base du seul chiffre d'affaires de Parker ITR en ce qui concerne la partie de l'amende qui lui a été infligée à titre exclusif y compris, nécessairement, en ce qui concerne la période antérieure au 1^{er} janvier 2002, la Commission a commis une erreur dans l'application de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 (pt 166).

Exerçant sa compétence de pleine juridiction, qui l'habilite, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission (pt 169), le Tribunal tire les conséquences de son analyse et, retenant pour le plafond de 10 % le chiffre d'affaires de Parker ITR, il fixe à 13 545 728 euros le montant de l'amende dont cette entreprise

¹) Comm. UE, 28 janv. 2009, n° 2009/428, final.

doit être considérée comme responsable à titre exclusif (pt 185).

Il réduit par ailleurs à 6 400 000 euros le montant de l'amende pour lequel Parker-Hannifin doit être tenu comme solidairement responsable (pt 186).

Partant, le Tribunal considère que le montant total de l'amende infligée à Parker ITR doit être fixé à 19 945 728 euros, montant dont Parker-Hannifin doit être tenu pour solidairement responsable à concurrence de 6 400 000 euros (pt 187).

VI. La Cour valide la communication de la Commission concernant les aides au secteur bancaire ¹²¹ⁿ²

CJUE, 19 juill. 2016, n° C-526/14, Kotnik e.a. c/ Državni zbor Republike Slovenije

NOTE

La présente affaire, dont la Cour est saisie à titre préjudiciel par la Cour constitutionnelle de Slovénie, a pour origine les mesures exceptionnelles adoptées par la Banque centrale de Slovénie en vue, respectivement, de la recapitalisation, du sauvetage ainsi que de la liquidation de diverses banques qui, à la suite de la crise financière mondiale qui a débuté en 2007, ont présenté un déficit important de leurs fonds propres.

Le 18 décembre 2013, la Commission a autorisé les aides d'État destinées aux cinq banques concernées après en avoir été préalablement informée par les autorités slovènes. Les mesures en cause, adoptées sur le fondement de la loi sur le secteur bancaire, comprenaient la liquidation des fonds propres des actionnaires ainsi que des titres de créance subordonnés. Ces titres sont des instruments financiers qui partagent certaines caractéristiques des produits de dette et des titres de participation au capital. En cas d'insolvabilité ou de liquidation de l'entité émettrice, les titulaires de titres subordonnés sont remboursés après les titulaires d'obligations ordinaires, mais avant les actionnaires.

Saisie de plusieurs demandes de contrôle de constitutionnalité de la loi sur le secteur bancaire, la juridiction de renvoi a demandé à la Cour de se prononcer sur la validité et l'interprétation des dispositions de la communication de la Commission concernant le secteur bancaire, adoptée afin de fournir un cadre pour l'appréciation de la compatibilité d'aides d'État accordées aux banques durant la crise financière.

I. Effets juridiques de la communication

Répondant à la première question de la juridiction de renvoi, la Cour rappelle que, s'agissant de l'effet contraignant de la communication à l'égard des États membres, la Commission peut, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, adopter des lignes directrices afin d'établir les critères sur la base desquels elle entend évaluer la compatibilité, avec le marché intérieur, de mesures d'aide envisagées par les États membres (pt 39).

Selon une jurisprudence bien établie, en adoptant de telles règles de conduite et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, la Commission s'autolimite dans l'exercice dudit pouvoir d'appréciation et ne saurait, en principe, se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime (pt 40).

Cela étant, la Commission ne saurait renoncer, au moyen de l'adoption de règles de conduite, à l'exercice du pouvoir d'appréciation que l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE lui confère. L'adoption d'une communication telle que la communication concernant le secteur bancaire n'affranchit donc pas la Commission de son obligation d'examiner les circonstances spécifiques exceptionnelles qu'un État membre invoque, dans un cas particulier, afin de solliciter l'application directe de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE et de motiver son refus de faire droit à une telle demande (pt 41).

Il résulte de ce qui précède, d'une part, que l'effet de l'adoption des règles de conduite contenues dans la communication est circonscrit à celui d'une autolimitation de la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, en ce sens que, si un État membre notifie à la Commission un projet d'aide d'État qui est conforme à ces règles, cette dernière doit, en principe, autoriser ce projet. D'autre part, les

États membres conservent la faculté de notifier à la Commission des projets d'aide d'État qui ne satisfont pas aux critères prévus par cette communication et la Commission peut autoriser de tels projets dans des circonstances exceptionnelles (pt 43).

Il s'ensuit que la communication concernant le secteur bancaire n'est pas susceptible de créer des obligations autonomes à la charge des États membres, mais se limite à établir des conditions visant à assurer la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, dont la Commission doit tenir compte dans l'exercice de la large marge d'appréciation dont elle dispose en vertu de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE (pt 44).

II. Condition de répartition des charges

Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demandait, en substance, si les articles 107 à 109 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent aux points 40 à 46 de la communication concernant le secteur bancaire en tant que lesdits points prévoient une condition de répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés en vue de l'autorisation d'une aide d'État.

La Cour souligne que la communication a été adoptée sur le fondement de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE selon lequel la Commission peut considérer comme étant compatibles avec le marché intérieur les aides visant à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre (pts 47 et s).

Elle observe par ailleurs que, lors de son contrôle de la compatibilité des mesures d'aide d'État avec le marché intérieur, la Commission a pu considérer que, ainsi qu'il est exposé au point 15 de la communication, des mesures de répartition des charges s'imposaient afin de limiter les aides d'État dans le secteur bancaire au minimum nécessaire et de réduire les distorsions de concurrence dans le marché intérieur (pt 54).

En effet, d'une part, de telles mesures de répartition des charges peuvent être entendues comme visant à empêcher le recours aux aides d'État en tant que simple instrument permettant de remédier aux difficultés financières des banques concernées (pt 55).

D'autre part les mesures de répartition des charges visent à garantir que, préalablement à l'octroi de toute aide d'État, les banques qui présentent un déficit de fonds propres œuvrent, avec leurs investisseurs, à la diminution de ce

déficit, notamment par une mobilisation des capitaux propres ainsi que par une contribution des créanciers subordonnés, de telles mesures étant susceptibles de limiter l'importance de l'aide d'État accordée (pt 56).

Une solution contraire risquerait de provoquer des distorsions de concurrence, dans la mesure où les banques, dont les actionnaires et les créanciers subordonnés n'auraient pas contribué à la diminution du déficit de fonds propres, recevraient une aide d'État plus élevée que celle qui aurait été suffisante pour combler le déficit résiduel de fonds propres. Dans ces conditions, une telle aide ne serait pas, en principe, conforme au droit de l'Union (pt 57).

La Cour répond donc que les articles 107 à 109 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas aux points 40 à 46 de la communication en tant que lesdits points prévoient une condition de répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés en vue de l'autorisation d'une aide d'État.

III. Principe de protection de la confiance légitime et droit de propriété

Par ses troisième et quatrième questions, que la Cour examine ensemble, la juridiction de renvoi demandait, en substance, si le principe de protection de la confiance légitime et le droit de propriété doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent aux points 40 à 46 de la communication.

La Cour répond par la négative. La circonstance que, au cours des premières phases de la crise financière les créanciers subordonnés n'ont pas été invités à contribuer au sauvetage des établissements de crédit ne permet pas aux créanciers en cause au principal de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime (pt 65).

En effet, une telle circonstance ne saurait être considérée comme une assurance précise, inconditionnelle et concordante susceptible de faire naître la confiance légitime des actionnaires et des créanciers subordonnés de ne pas être soumis à des mesures de répartition des charges dans l'avenir (pt 66).

Par ailleurs, les actionnaires étant responsables des dettes de la banque à concurrence du capital social de celle-ci, le fait que la communication exige que, pour remédier au déficit de fonds propres d'une banque, préalablement à l'octroi d'une aide d'État, ces actionnaires contribuent à absorber les pertes subies par celle-ci dans la même mesure qu'en l'absence

d'une telle aide d'État ne saurait être considéré comme affectant leur droit de propriété (pt 74).

IV. Protection des intérêts des associés et des tiers

La juridiction de renvoi estimait que, dans la mesure où la communication prévoit que certaines modifications du capital social des banques n'ont pas à être décidées ou approuvées par l'assemblée générale, cette communication serait incompatible avec la directive n° 2012/30 qui prévoit, en substance, que toute augmentation ou réduction du capital des sociétés anonymes doit être subordonnée à une décision de l'assemblée générale de la société.

La Cour ne partage pas cette analyse. En effet, la communication ne contient aucune disposition particulière portant sur les procédures juridiques par lesquelles les mesures de répartition des charges figurant aux points 40 à 46 de celle-ci doivent être mises en œuvre (pt 84).

Par conséquent, si les États membres peuvent éventuellement être amenés, dans une situation particulière, à adopter de telles mesures de répartition des charges sans l'accord de l'assemblée générale de la société, cette circonstance ne saurait toutefois remettre en cause la validité de la communication au regard des dispositions de la directive n° 2012/30 (pt 85).

La Cour précise que celle-ci s'inscrit dans le cadre de la réalisation de la liberté d'établissement dans le marché intérieur ayant pour finalité principale la protection des intérêts des associés et des tiers (pt 87).

En revanche, les mesures de répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés constituent, lorsqu'elles sont imposées par les autorités nationales, des mesures exceptionnelles. Elles ne peuvent être adoptées que dans un contexte de perturbation grave de l'économie d'un État membre ainsi que dans le but d'éviter un risque systémique

et d'assurer la stabilité du système financier (pt 89).

V. Mesures de conversion ou de réduction de la valeur des titres subordonnés

Quant aux mesures de conversion ou de réduction de la valeur des titres subordonnés, la Cour estime qu'un État membre n'est pas tenu d'imposer aux banques en difficulté, préalablement à l'octroi de toute aide d'État, de convertir les titres subordonnés en fonds propres ou de procéder à une réduction de leur valeur ni de faire contribuer pleinement ces titres à l'absorption des pertes. En pareil cas, l'aide d'État envisagée ne pourra toutefois pas être regardée comme ayant été limitée au strict nécessaire, ainsi que l'exige le point 15 de la communication. L'État membre ainsi que les banques bénéficiaires des aides d'État envisagées prennent le risque de se voir opposer une décision de la Commission les déclarant incompatibles avec le marché intérieur (pt 100).

Elle ajoute toutefois que les mesures de conversion ou de réduction de la valeur des titres subordonnés ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier au déficit de fonds propres de la banque concernée (pt 102).

VI. Assainissement et liquidation des établissements de crédit

Enfin, la Cour juge que les mesures de répartition des charges relèvent de la notion de « mesures d'assainissement » au sens de la directive sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.

En effet, étant donné que ces mesures visent à redresser la position financière des établissements de crédit et à remédier au déficit de ceux-ci, elles ont pour objet de préserver ou de rétablir la situation financière d'un établissement de crédit (pt 108).

VII. La Cour précise les conditions de l'exemption à l'obligation de notification des aides pour la protection de l'environnement ¹²¹ⁿ³

CJUE, 21 juill. 2016, n° C-493/14, Dilly's Wellnesshotel GmbH c/ Finanzamt Linz

NOTE

La Cour était saisie par le tribunal fédéral des finances de l'Autriche d'une demande de décision préjudicielle dans le cadre d'un litige initié par Dilly's Wellnesshotel GmbH,

un prestataire de services dont la demande de remboursement des taxes sur l'énergie pour l'année 2011 a été rejetée par l'administration fiscale au motif qu'elle n'était pas fondée en référence à la nouvelle législation selon laquelle, à compter du 1^{er} janvier 2011, le remboursement des taxes sur l'énergie n'est plus accordé qu'à des entreprises de production.

Dans le cadre du recours introduit devant la juridiction de renvoi, Dilly's Wellnesshotel

s'est prévalu de la version antérieure de cette législation nationale, version qui visait également les prestataires de services. Elle a fait valoir que cette nouvelle législation, faute du respect des dispositions contraignantes du règlement n° 800/2008 de la Commission, du 6 août 2008, n'a pas été exemptée de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE et ne pouvait donc pas être mise en œuvre.

Nourrissant des doutes sur la compatibilité de cette nouvelle législation avec le règlement n° 800/2008, la juridiction de renvoi a interrogé la Cour sur le point de savoir si la République d'Autriche peut se prévaloir de la procédure spéciale prévue à l'article 25 du règlement n° 800/2008 à l'égard de la législation nationale en cause, afin d'être exemptée de l'obligation de notification, alors que plusieurs conditions de ce règlement ne sont, en apparence, pas respectées.

La Cour observe d'abord que nonobstant l'obligation de notification préalable de chaque mesure tendant à instituer ou à modifier une aide nouvelle, qui s'impose aux États membres en vertu des traités et qui constitue l'un des éléments fondamentaux du système de contrôle des aides d'État, si une mesure d'aide adoptée par un État membre remplit les conditions pertinentes prévues par le règlement n° 800/2008, cet État membre peut se prévaloir de la possibilité d'être dispensé de son obligation de notification. À l'inverse, il ressort du considérant 7 du règlement n° 800/2008 que les aides d'État qui ne sont pas couvertes par ce règlement restent soumises à l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE (pt 36).

En tant que tempérament à la règle générale que constitue l'obligation de notification, le règlement n° 800/2008 et les conditions prévues par celui-ci doivent être entendues de manière stricte (pt 37).

En l'occurrence, la réglementation nationale en cause n'a pas été notifiée à la Commission au titre de l'article 2 du règlement n° 659/1999 et la seule exemption de l'obligation de notification qui pourrait s'appliquer est celle prévue à l'article 25 du règlement n° 800/2008 qui prévoit que les régimes d'aides en faveur de l'environnement sous forme de réductions de taxes environnementales qui remplissent les conditions énoncées par la directive 2003/96 ainsi que les conditions fixées à l'article 25, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 800/2008 sont compatibles avec le marché intérieur et sont exemptés de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE (pts 39 et s).

Or, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de ce règlement, un régime d'aides ne peut être exempté de ladite obligation de notification qu'à condition, notamment, que ce régime contienne une référence expresse à ce même règlement, par la citation de son titre et l'indication de sa référence de publication au *Journal officiel de l'Union européenne* (pt 41).

La Cour souligne que cette condition ne constitue pas une simple formalité, mais revêt un caractère impératif, de sorte que sa méconnaissance fait obstacle à l'octroi d'une exemption de cette obligation au titre dudit règlement (pt 51).

Elle répond donc à la juridiction de renvoi que « l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 800/2008 (...) doit être interprété en ce sens que l'absence, dans un régime d'aides tel que celui en cause au principal, d'une référence expresse à ce règlement, par la citation de son titre et l'indication de sa référence de publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, s'oppose à ce que ce régime soit considéré comme remplissant les conditions pour être exempté, au titre de l'article 25, paragraphe 1, dudit règlement, de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE ».

VIII. La Cour se prononce sur la responsabilité d'une société pour les actes d'un prestataire de services auquel elle a eu recours pour préparer son offre ¹²¹ⁿ⁹

CJUE, 21 juill. 2016, n° C-542/14, VM Remonts SIA et a. c/ Konkurences padome

NOTE

La Cour était saisie d'une demande de décision préjudicielle, introduite par la Cour suprême de la Lettonie sur l'interprétation de

l'article 101, paragraphe 1, TFUE, au sujet d'une prétendue concertation d'entreprises lors de leur participation à un appel d'offres.

À l'origine du litige au principal, DIV un Ko, Ausma grupa et Pártikas kompánija ont soumis à cet appel d'offres. Pártikas kompánija a fait appel à un prestataire de services indépendant pour préparer et présenter son offre. À cet effet, Pártikas kompánija a remis au prestataire de services un projet d'offres préparé par elle en toute indépendance sans concertation sur les prix avec les deux autres soumissionnaires.

Par ailleurs, le prestataire de services indépendant s'était parallèlement engagé, sans en informer Pártikas kompánija, à préparer les offres respectives de DIV un Ko et d'Ausma grupa. Dans ce cadre, un employé du prestataire de services aurait utilisé l'offre de Pártikas kompánija comme référence pour établir les offres des deux autres soumissionnaires. Le prestataire de services aurait notamment établi ces deux offres à partir des prix figurant dans celle de Pártikas kompánija, de manière à ce que l'offre d'Ausma grupa soit d'environ 5 % moins chère que celle de Pártikas kompánija et celle de DIV un Ko 5 % moins chère que celle d'Ausma grupa.

Cette pratique a été condamnée par l'autorité de concurrence, dont la décision a fait l'objet d'un recours. Prise d'un doute sur la responsabilité de Pártikas kompánija, la Cour suprême, saisie d'un pourvoi, a invité la Cour de justice à déterminer si l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une entreprise peut être tenue pour responsable d'une pratique concertée du fait des agissements d'un prestataire indépendant lui fournissant des services.

Dans sa réponse, la Cour de justice opère une distinction selon que les agissements en cause sont le fait d'un employé ou d'un prestataire indépendant. Elle relève en premier lieu qu'un employé accomplit ses fonctions en faveur et sous la direction de l'entreprise pour laquelle il travaille et, ainsi, est considéré comme s'intégrant dans l'unité économique que constitue cette entreprise (pt 23).

Aux fins de la constatation des infractions au droit de la concurrence de l'Union, les éventuels agissements anticoncurrentiels d'un employé sont donc attribuables à l'entreprise dont il fait partie, celle-ci en étant, par principe, tenue pour responsable (pt 24).

En revanche, dans la mesure où un prestataire offre, contre rémunération, des services sur un marché donné de manière indépendante, il doit

être perçu, aux fins de l'application des règles tendant à sanctionner les comportements anticoncurrentiels, comme une entreprise distincte de celles auxquelles il fournit ses services, et les agissements d'un tel prestataire ne sauraient être attribués d'emblée à l'une de ces entreprises (pt 25).

Cela étant, il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances, un prestataire se présentant comme indépendant opère en réalité sous la direction ou le contrôle d'une entreprise utilisatrice de ses services. Tel serait le cas, par exemple, dans des circonstances dans lesquelles il ne disposerait que peu ou pas d'autonomie et de flexibilité quant à la manière d'exercer l'activité convenue, sa prétendue indépendance dissimulant une relation de travail. Par ailleurs, une telle direction ou un tel contrôle pourraient être déduits de l'existence de liens organisationnels, économiques et juridiques particuliers entre le prestataire en cause et l'utilisatrice des services, à l'instar de la relation entre les sociétés mères et leurs filiales. Dans de telles circonstances, l'entreprise utilisatrice pourrait être tenue pour responsable des éventuels agissements du prestataire (pt 27).

La Cour relève en second lieu que, à supposer que le prestataire concerné soit véritablement indépendant, ce qu'il revient à la juridiction nationale de vérifier, dans des circonstances telles que celles au principal, la pratique concertée impliquant ce prestataire ne peut être imputée à l'entreprise utilisatrice de ses services que sous certaines conditions (pt 28).

À cet égard, elle rappelle qu'elle a jugé qu'une entreprise peut être tenue pour responsable d'accords ou de pratiques concertées ayant objet anticoncurrentiel lorsqu'elle a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque (pt 29).

Ainsi, l'entreprise utilisatrice peut, notamment, se voir imputer la pratique concertée litigieuse, si elle avait connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par ses concurrents et le prestataire et qu'elle entendait y contribuer par son propre comportement. Si une telle condition est, certes, remplie lorsque cette entreprise avait l'intention, par l'intermédiaire de son prestataire, de divulguer ses informations commerciales sensibles à ses concurrents, ou lorsqu'elle a expressément ou tacitement

approuvé que celui-ci partage avec eux ces informations commerciales sensibles, tel n'est pas le cas lorsque ce prestataire a, sans en informer ladite entreprise utilisatrice, utilisé les informations commerciales sensibles de cette dernière pour réaliser les offres desdits concurrents (pt 30).

La pratique concertée litigieuse peut également être imputée à cette même entreprise utilisatrice si elle pouvait raisonnablement prévoir que le prestataire auquel elle a recours partagerait ses informations commerciales avec ses concurrents et qu'elle était prête à en accepter le risque (pt 31).

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour répond que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens

qu'une entreprise ne peut, en principe, être tenue pour responsable d'une pratique concertée du fait des agissements d'un prestataire indépendant lui fournissant des services que si l'une des conditions suivantes est remplie :

- le prestataire opérait en réalité sous la direction ou le contrôle de l'entreprise mise en cause, ou
- cette entreprise avait connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par ses concurrents et le prestataire et entendait y contribuer par son propre comportement, ou encore
- ladite entreprise pouvait raisonnablement prévoir les agissements anticoncurrentiels de ses concurrents et du prestataire et était prête à en accepter le risque (pt 33).

IX. L'avocat général se penche sur la question de la protection des informations provenant des déclarations de clémence ^{121p0}

CJUE, 21 juill. 2016, n° C-162/15 P, conclusions de l'avocat général sur l'affaire Evonik Degussa GmbH c/ Commission

NOTE

L'avocat général Maciej Szpunar suggère à la Cour de rejeter le pourvoi introduit par Evonik Degussa GmbH contre l'arrêt du 28 janvier 2015¹ par lequel le Tribunal a rejeté le recours tendant à l'annulation de la décision de la Commission portant rejet d'une demande de traitement confidentiel introduite par la requérante.

À l'origine de cette affaire, le 3 mai 2006, la Commission a adopté la décision dite PHP par laquelle elle a condamné diverses entreprises pour avoir participé à une infraction à l'article 81 CE dans le secteur du peroxyde d'hydrogène et du perborate. La requérante, en application de la communication sur la coopération de 2002 s'est vu accorder le bénéfice d'une immunité complète d'amende.

En 2007, une première version non confidentielle de la décision PHP a été publiée sur le site internet de la Commission et, dans un courrier adressé à la requérante en 2011, la Commission a informé celle-ci de son intention de publier une nouvelle version non confidentielle plus détaillée

de la décision PHP, reprenant l'intégralité du contenu de ladite décision à l'exception des informations confidentielles. À cette occasion, la Commission a sollicité de la requérante qu'elle identifie, dans la décision PHP, les informations dont elle entendait solliciter le traitement confidentiel.

Estimant que cette version non confidentielle plus détaillée contenait des informations confidentielles ou des secrets d'affaires, la requérante a informé la Commission qu'elle s'opposait à la publication envisagée. À l'appui de cette opposition, la requérante a fait valoir, plus particulièrement, que ladite version non confidentielle contenait de nombreuses informations qu'elle avait transmises à la Commission au titre du programme de clémence, de même que le nom de plusieurs de ses collaborateurs ainsi que des indications relatives à ses relations commerciales.

En 2012, la Commission a informé la requérante qu'elle acceptait de supprimer de la nouvelle version non confidentielle destinée à être publiée toutes les informations permettant directement ou indirectement d'identifier la source des informations communiquées au titre de la communication sur la coopération de 2002, de même que les noms de collaborateurs de la requérante. En revanche, la Commission a estimé qu'il n'était pas justifié d'accorder le bénéfice de la confidentialité aux autres informations dont la requérante avait sollicité le traitement confidentiel.

¹) TUE, 28 janv. 2015, n° T-341/12, Evonik Degussa c/ Commission, EU:T:2015:51.

Saisi du problème, le conseiller-auditeur a rejeté la demande de la requérante en soulignant tout d'abord les limites de son mandat, qui lui aurait permis seulement de déterminer si une information devait être considérée comme confidentielle et non de remédier à une violation alléguée des attentes légitimes de la requérante. Le Tribunal a rejeté le recours de la requérante contre cette décision du conseiller-auditeur.

Par le présent pourvoi, l'avocat général invite la Cour à rejeter les trois moyens soulevés par la requérante.

S'agissant du premier moyen, portant sur le mandat du conseiller-auditeur, il estime que c'est à bon droit que le Tribunal a jugé que la compétence du conseiller-auditeur, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la décision n° 2011/695, ne s'étend pas aux objections soulevées par la requérante sur le fondement des principes de confiance légitime et d'égalité de traitement (pt 67).

Par son troisième moyen, la requérante invoque une erreur de droit prétendument commise par le Tribunal dans l'appréciation des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime.

L'avocat général propose également de le rejeter en observant notamment que la Commission n'a pas pris de décision spécifique susceptible de s'analyser en un engagement vis-à-vis de la requérante à ne pas publier, dans l'avenir, certaines des informations occultées en 2007 (pt 187).

Il existe, en revanche, plusieurs motifs susceptibles de justifier la publication ultérieure, plus complète, d'une décision (pt 190). En effet, afin de permettre au public de prendre connaissance des motifs de sa décision, la Commission doit tenir compte du principe de transparence et doit établir, avec promptitude, une version non confidentielle, ne serait-ce que provisoire, de sa décision contenant les éléments qui ne sont pas visés par les demandes de confidentialité qui ne peuvent être résolues immédiatement. L'exigence de transparence, compte tenu des délais stricts visés au règlement n° 1049/2001, peut ainsi justifier plusieurs publications successives de la même décision (pt 191).

En outre, une publication ultérieure est susceptible d'être justifiée par le fait que certaines informations confidentielles peuvent perdre leur caractère sensible avec l'écoulement du temps (pt 192).

L'intérêt du pourvoi réside surtout dans le deuxième moyen par lequel la requérante soutient,

en substance, que, en ayant rejeté son argument selon lequel les informations contenues dans sa déclaration de clémence devaient être qualifiées de confidentielles, le Tribunal a violé l'article 339 TFUE, l'article 30 du règlement n° 1/2003, ainsi que son droit à la protection de la vie privée.

À titre liminaire, l'avocat général estime qu'il convient de déterminer si la protection accordée aux déclarations de clémence doit se traduire par certaines limites à l'emploi des informations tirées de ces déclarations dans les motifs des décisions de la Commission constatant l'infraction.

Il observe, à cet égard, que la protection contre une divulgation vise l'information sensible, indépendamment du support sur lequel elle est présentée. Il s'ensuit que si les déclarations de clémence sont protégées, cette protection s'étend, en principe, également à leur transcription incluse dans d'autres documents (pt 116).

Le fait que les informations contenues dans les déclarations de clémence doivent être protégées, également lorsqu'elles sont transcrites dans un autre document, implique que la Commission doit exercer une certaine retenue en ce qui concerne leur usage dans la version publique de ses décisions (pt 118).

Néanmoins, quand bien même la Commission doit exercer une certaine retenue en ce qui concerne l'usage de ces informations lors de la publication de ses décisions, les limitations à la divulgation, résultant de l'intérêt légitime du demandeur de clémence, portent seulement sur les informations permettant d'identifier leur lien avec la déclaration de clémence. Seule la divulgation de ces informations permettrait au lecteur de reconstituer le contenu exact des passages des déclarations de clémence, ce qui serait équivalent à leur divulgation partielle (pt 125).

En revanche, la Commission doit disposer d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'usage, dans les versions publiques de ses décisions, d'autres éléments tirés des déclarations de clémence (pt 126).

D'une part, la Commission doit jouir d'une large marge de manœuvre lorsqu'elle décrit le fonctionnement de l'entente dans sa décision, y compris dans la version publiée. Dans de nombreuses enquêtes, les déclarations de clémence constituent, tout du moins pour certains épisodes de l'infraction et à condition d'être corroborées par d'autres éléments indépendants, la source principale de preuve. Si la décision devait être épurée de toute information provenant de ces déclarations, elle pour-

rait s'avérer inutile en tant que source d'information sur une infraction (pt 127).

D'autre part, en décidant de dénoncer l'entente, un demandeur de clémence doit être conscient du fait que les renseignements transmis dans le cadre de sa coopération seront une source importante d'information et seront largement utilisés par la Commission pour établir et décrire les faits, y compris dans la version non confidentielle de la décision. Ainsi, il doit accepter que, à l'exception des citations directes de ses déclarations et d'autres informations permettant de l'identifier comme source, les informations transmises à la Commission seront rapportées dans sa décision, y compris la version publique (pt 128).

Sous le bénéfice de ces observations liminaires, l'avocat général propose le rejet de la première branche du second moyen par laquelle la requérante soutient que le Tribunal a, à tort, constaté que les informations litigieuses avaient perdu leur caractère confidentiel du seul fait qu'elles dataient de plus de cinq ans (pt 139).

Il suggère également d'écarter la deuxième branche par laquelle la requérante fait valoir

que le Tribunal aurait dû constater que les informations provenant des déclarations de clémence devaient être qualifiées de confidentielles.

Selon lui, si la Commission doit tenir compte de la nature confidentielle de la déclaration de clémence lorsqu'elle utilise les informations qui y sont contenues dans la version publique de sa décision, les limitations à cet égard portent sur les informations qui permettent de déduire leur provenance, à savoir, principalement, sur les citations directes de la déclaration et sur les références à la source (pt 144).

Ainsi, même en admettant que la requérante jouisse d'un intérêt particulier à la confidentialité des déclarations de clémence, ce que la Commission conteste en l'espèce, cet intérêt ne pourrait qu'être opposé à la publication des passages de la décision qui contiennent les citations directes de la déclaration ou les références à la source (pt 145).

Or, la divulgation de telles informations ne fait pas l'objet de la présente affaire (pt 146).

X. L'avocat général propose à la Cour de préciser la condition de sélectivité des mesures fiscales qui constituent une aide d'État ^{121p1}

CJUE, 28 juill. 2016, n° C-20/15 P et C-21/15 P, conclusions de l'avocat général sur l'affaire Commission c/ World Duty Free Group SA e.a.

NOTE

La Cour est saisie de deux pourvois de la Commission contre deux arrêts du Tribunal¹ qui ont annulé deux décisions par lesquelles la Commission a déclaré incompatible avec le marché commun un avantage fiscal permettant aux entreprises imposables en Espagne d'amortir la survalueur financière résultant de prises de participations dans des « entreprises étrangères » et a enjoint au Royaume d'Espagne la récupération des aides accordées au titre de ce régime.

Les deux pourvois, qui portent sur la condition de sélectivité, offrent l'occasion à la Cour d'interpréter les termes « en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »

utilisés par l'article 107, paragraphe 1, TFUE et de déterminer si la sélectivité peut résulter de la seule constatation qu'une dérogation à un régime commun ou « normal » d'imposition a été instituée ou, comme le Tribunal l'a jugé s'il est nécessaire dans tous les cas d'identifier également une catégorie d'entreprises, qui sont les seules favorisées par la mesure qui déroge au régime commun en cause.

L'avocat général Melchior Wathelet soutient en premier lieu qu'à partir du moment où une mesure fiscale constitue une dérogation au régime fiscal « normal » ou de référence et profite aux entreprises réalisant les opérations visées au détriment d'autres qui réalisent des opérations analogues et qui se trouvent, par conséquent, dans une situation comparable, cette mesure est, par sa nature même, discriminatoire ou sélective, sauf si la différenciation créée par la mesure se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit.

Il estime que le fait que les conditions imposées aux opérations visées par la mesure fiscale dérogatoire soient relativement faciles à réaliser et que le bénéfice de cette mesure soit, de ce fait, accessible à de nombreuses entreprises

¹) TUE, 7 nov. 2014, n° T-219/10, Autogrill España c/ Commission, EU:T:2014:939 – TUE, 7 nov. 2014, n° T-399/11, Banco Santander et Santusa c/ Commission, EU:T:2014:938.

ne remet pas en cause son caractère sélectif mais uniquement le degré de la sélectivité.

Il ne croit pas non plus que le fait que le texte de l'article 107 TFUE ne vise que des mesures « favorisant certaines entreprises ou certaines productions » exclue du champ d'application de cet article des opérations économiques qui seraient favorisées par les mêmes mesures. Les opérations étant menées par des entreprises, en favorisant certaines opérations économiques, on favorise certaines entreprises.

Par conséquent, pour l'avocat général, contrairement à ce que le Tribunal a jugé dans les arrêts attaqués, le critère de sélectivité prévu par l'article 107, paragraphe 1, TFUE n'exige

pas l'identification d'une catégorie d'entreprises ayant des caractéristiques propres qui en feraient les seules favorisées par la mesure fiscale en cause.

En second lieu, il conclut que la mesure litigieuse est sélective dès lors qu'elle bénéficie aux entreprises réalisant des opérations transfrontalières et non aux entreprises réalisant les mêmes opérations au niveau national.

Il propose en conséquence l'annulation des deux arrêts attaqués.

XI. L'avocat général propose de valider la position de la Commission à propos des exclusivités octroyées par la Grèce dans le secteur des jeux de hasard ^{121p3}

CJUE, 28 juill. 2016, n° C-131/15 P, conclusions de l'avocat général sur l'affaire Club Hotel Loutraki AE e.a. c/ Commission

NOTE

À l'origine de cette affaire, les autorités grecques ont notifié à la Commission des mesures (dont un accord dit ALV) en faveur d'un organisme de pronostic des matches de football, l'OPAP. Pour faire simple, en contrepartie d'une redevance, l'OPAP se voyait octroyer une exclusivité pour l'exploitation de jeux de hasard.

Lors des discussions entre la Commission et les autorités grecques dans le cadre de la notification, il a été convenu qu'un complément à la rémunération initialement prévue pour l'accord ALV devait être introduit. Par décision du 3 octobre 2012, la Commission a conclu, compte tenu du prélèvement supplémentaire, que les mesures notifiées ne conféraient pas un avantage à l'OPAP et, partant, ne constituaient pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Le recours contre cette décision a été rejeté¹ et l'avocat général Nils Wahl propose de rejeter le pourvoi.

Celui-ci conclut notamment que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en considérant que la Commission n'était pas tenue d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Selon lui,

tout d'abord, la Commission peut engager un dialogue avec l'État membre notifiant, ce droit laissant évidemment entendre que la Commission peut aligner sa position sur les résultats d'un tel dialogue (pt 49).

En outre, les discussions entre la Commission et les autorités grecques visaient à déterminer le niveau de rémunération adéquat à acquitter par l'OPAP pour le bénéfice des droits exclusifs accordés au titre de l'accord ALV et de l'addendum, et les engagements pris par les autorités grecques en l'espèce ne changeaient pas la nature des mesures initialement notifiées, mais visaient simplement à augmenter le niveau de rémunération prévu dans le cadre de l'accord ALV (pt 50).

L'avocat général observe par ailleurs que, bien que l'examen préliminaire, qui consiste à examiner à première vue la mesure notifiée, ne saurait être illimité, dans le cas d'espèce, une durée d'examen de dix mois ne semble pas excessive compte tenu du contexte politique et économique de l'affaire. Il rappelle à cet égard que, à cette époque, la Grèce traversait une grave crise financière et politique et que des discussions étaient en cours pour savoir si elle devait quitter la zone euro, ce qui aura bien évidemment influencé le résultat des discussions entre la Commission et les autorités grecques concernant la rémunération à acquitter par l'OPAP pour le bénéfice des droits exclusifs dans le cadre de l'accord ALV et de l'addendum. Les nombreux calculs de la rémunération, de même que la durée de la procédure, doivent être placés dans ce contexte (pt 52).

¹) TUE, 8 janv. 2015, n° T-58/13, Club Hotel Loutraki e.a. c/ Commission, EU:T:2015:1.

Par ailleurs, il rappelle que la Cour a jugé que les « doutes » ou les « difficultés sérieuses » doivent exister au moment où la Commission adopte une décision concernant la mesure notifiée. Il s'agit du moment où la Commission a définitivement fixé sa position ou, replacé dans le contexte du présent pourvoi, le moment où la Commission a adopté la décision litigieuse (pt 54).

Enfin, s'agissant de l'allégation des requérants selon laquelle le Tribunal aurait commis une erreur de droit en examinant individuellement les éléments de fait produits en première instance aux fins de démontrer l'existence de difficultés sérieuses, alors qu'il aurait dû examiner ces éléments conjointement, cette allégation serait dénuée de fondement. En réalité, après avoir constaté qu'aucun des éléments avancés par les requérants n'était révélateur de l'existence de difficultés sérieuses, et que la durée de la procédure ne saurait en elle-même suffire pour conclure que la Commission avait été confrontée à des difficultés sérieuses, le Tribunal a jugé que, dans le cas d'espèce, la durée de l'examen préliminaire ne paraissait

pas déraisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire. Autrement dit, le Tribunal a bien examiné conjointement tous les éléments avancés par les requérants et il a conclu qu'ils ne démontraient pas l'existence de difficultés sérieuses (pt 57).

L'avocat général propose également d'écarter un moyen qui reproche au Tribunal d'avoir considéré que la Commission était autorisée à examiner conjointement l'accord ALV et l'addendum en vue de déterminer l'existence d'un avantage, sans avoir au préalable défini les marchés affectés par ces accords.

Pour l'avocat général, la pertinence de la définition du marché dans les affaires d'aides d'État est avant tout limitée à la question de savoir si une mesure spécifique fausse la concurrence ou affecte les échanges entre États membres. Par ailleurs, la définition du marché peut également jouer un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère sélectif de la mesure. Cependant, aucun de ces deux éléments qui visent à déterminer l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, n'est examiné dans la décision litigieuse (pt 84).

XII. L'avocat général propose de rejeter le pourvoi de Timab contre l'arrêt du Tribunal dans l'affaire des phosphates pour l'alimentation animale ^{121p4}

CJUE, 28 juill. 2016, n° C-411/15 P, conclusions de l'avocat général sur l'affaire Timab Industrie e.a. c/ Commission

NOTE

L'avocat général propose à la Cour de rejeter le pourvoi introduit par la société Timab Industries et la société Cie financière et de participations Roullier (ci-après, prises ensemble, « Timab e.a. ») contre l'arrêt du 20 mai 2015¹ par lequel le Tribunal a rejeté leur recours tendant à l'annulation de la décision adoptée par la Commission dans l'affaire des phosphates pour l'alimentation animale.

Cette affaire présente la particularité de porter sur un cas de figure dit « hybride » en ce sens que la Commission a adopté deux décisions datées du même jour qui concernent la même infraction, l'une, notifiée à des entreprises ayant pris part à une procédure de transac-

tion jusqu'à son terme et l'autre, notifiée à des entreprises – à savoir Timab e.a. – ayant décidé de se retirer de cette procédure et d'opter pour une procédure administrative ordinaire. Les requérantes ont commencé à participer aux discussions menées en vue de la transaction et se sont vues proposer une amende comprise entre 41 et 44 millions d'euros mais, dans un deuxième temps, ont renoncé au bénéfice de la procédure transactionnelle et ont finalement, dans le cadre de la procédure ordinaire, fait l'objet d'une amende de 60 millions d'euros.

Conformément à la demande de la Cour, l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe limite son analyse à la question de la portée du pouvoir de pleine juridiction reconnu au Tribunal et à celle du respect des principes de protection de la confiance légitime et de l'égalité de traitement, dans le contexte spécifique d'une situation hybride.

I. Étendue du pouvoir de pleine juridiction reconnu au Tribunal

Les requérantes allèguent, en substance, que le Tribunal aurait manqué à ses obligations de

¹) TUE, 20 mai 2015, n° T-456/10, Timab Industries e.a. c/ Commission, EU:T:2015:296.

contrôle juridictionnel pour n'avoir pas opéré une vérification suffisante de tous les éléments de l'amende leur ayant été infligée par la décision litigieuse et, en particulier, des réductions qu'elles souhaitaient obtenir.

Ce moyen est accueilli avec scepticisme par l'avocat général qui rappelle d'abord qu'il ressort d'une jurisprudence bien établie que, s'agissant du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission infligeant des amendes à des entreprises en raison de la violation des règles du droit de l'Union en matière de concurrence, le contrôle de légalité est complété par la compétence de pleine juridiction qui est reconnue au juge de l'Union par l'article 31 du règlement n° 1/2003, lu en combinaison avec l'article 261 TFUE. Il incombe au Tribunal, statuant dans l'exercice de cette compétence, d'examiner le caractère approprié du montant de telles amendes et, le cas échéant, de supprimer, de réduire ou de majorer ce dernier (pt 21).

S'agissant de la Cour, lorsqu'elle est appelée à se prononcer en ce domaine dans le cadre d'un pourvoi, elle ne saurait substituer, pour des motifs d'équité, sa propre appréciation à celle du Tribunal aux fins de contrôler la façon dont la Commission a évalué, dans chaque cas particulier, la gravité des comportements illicites. En effet, le Tribunal est seul compétent pour constater et apprécier les éléments de fait lui ayant été soumis, cette appréciation ne constituant pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces éléments, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour. Celui-ci se limitant aux erreurs manifestes, ce n'est que dans la mesure où la Cour estime que le niveau de la sanction infligée est non seulement inapproprié, mais également excessif, au point d'être disproportionné, qu'il y a lieu pour elle de constater une erreur de droit commise par le Tribunal à cet égard et d'annuler l'arrêt attaqué (pt 22).

En l'espèce, l'avocat général estime que le Tribunal a entièrement exercé sa compétence de pleine juridiction, en procédant à un contrôle approfondi à la fois de la légalité de la décision litigieuse et du caractère approprié du montant de l'amende retenu dans celle-ci. Ainsi, il a dûment vérifié le bien-fondé de l'analyse effectuée par la Commission au regard de toutes les circonstances qui étaient présentes lors de l'adoption de cette décision, et notamment en considération de l'étendue de la coopération ayant été apportée par Timab e.a. après son retrait de la transaction, donc durant la procédure ordinaire. Cette appréciation d'ordre factuel ne saurait faire l'objet d'un contrôle par la Cour dans le cadre du présent pourvoi, à défaut

d'une dénaturation des faits qui serait établie (pt 24).

En outre, il considère qu'aucune erreur de droit n'a été commise par le Tribunal, en particulier, lorsqu'il a correctement confirmé l'approche de la Commission selon laquelle le retrait par Timab e.a. de la procédure de transaction l'a amenée à reprendre à leur égard le cours de la procédure administrative ordinaire, comme cela est prévu au point 19 de la communication sur la transaction (pt 25).

Enfin, les requérantes n'ont pas démontré en quoi le montant de l'amende qui leur a été infligée serait « excessif, au point d'être disproportionné » (pt 26).

Partant, les requérantes n'ayant pas caractérisé l'existence d'une dénaturation des faits ou d'une erreur de droit, l'avocat général propose de rejeter le moyen comme étant irrecevable ou, en tout état de cause, comme dépourvu de fondement (pt 27).

II. Respect des principes de confiance légitime et d'égalité de traitement

Timab e.a. invoquent une violation du principe de confiance légitime dans la fixation de l'amende qui leur a été infligée, aux motifs que, contrairement à ce qu'indique le Tribunal, elles n'auraient pas pu « anticiper raisonnablement » le fait qu'en choisissant de se retirer de la procédure de transaction, les réductions pour coopération passeraient de 52 % dans le cadre de la procédure de transaction à 5 % dans la décision litigieuse.

Pour l'avocat général, ce grief paraît pour le moins dénué de fondement, voire irrecevable. Les requérantes ne sauraient valablement reprocher au Tribunal de ne pas avoir vérifié qu'elles avaient pu se retirer de la procédure de transaction « en connaissance de cause », puisqu'il ressort de l'arrêt attaqué que cette juridiction a procédé effectivement à une telle vérification. Ce grief tend en réalité à demander à la Cour de réexaminer l'appréciation d'ordre factuel ayant été effectuée par cette juridiction, sans erreur de droit ou dénaturation avérée, aux fins d'obtenir une réformation de l'amende litigieuse, ce qui échappe à la compétence de la Cour dans le cadre d'un pourvoi. Dès lors, cet argument devrait être déclaré irrecevable (pt 45).

Dans le but d'être complet, sur le fond, l'avocat général rappelle que, en matière d'ententes contraires au droit de l'Union, la Commission ne peut fournir aucune assurance précise quant au bénéfice d'une quelconque réduction

tion ou immunité d'amende dans la phase de la procédure antérieure à l'adoption de la décision finale et que les parties à une telle entente ne peuvent donc pas nourrir une confiance légitime à cet égard. En effet, un opérateur économique ne peut prétendre, en arguant d'une telle confiance, à un niveau déterminé de l'amende, lequel doit être calculé au moment où l'intéressé décide de concrétiser son intention de coopérer avec la Commission, au regard de l'ensemble des circonstances de fait et de droit existant dans le cas d'espèce à ce moment-là (pt 47).

En l'occurrence, Timab e.a. ne pouvaient se prévaloir d'aucune « confiance légitime » dans le maintien des estimations qui lui avait été transmises par la Commission au cours de la procédure de transaction, sous la forme de « fourchettes d'amendes probables » ayant été fixées en fonction « des éléments (...) pris en considération à ce stade » (pt 48).

Même si les requérantes avaient mené la transaction jusqu'à son terme, ces fourchettes auraient pu faire l'objet d'une adaptation dans la décision finale, afin de tenir compte d'éléments portés à la connaissance de la Commission postérieurement à ses estimations, puisque de telles fourchettes ont une valeur seulement indicative, et non contraignante. Cette absence d'« espérances fondées » vaut à plus forte raison dès lors que, après leur sortie de la procédure de transaction, les intéressées ont fait valoir, pour la première fois dans le cadre de la procédure ordinaire, des éléments tendant à réduire la durée de leur participation à l'infraction reprochée, situation nouvelle qui a conduit cette institution à revoir l'ensemble de son analyse initiale (pt 49).

Enfin, si la thèse défendue par Timab e.a. était accueillie par la Cour, cela aurait pour consé-

quence pratique d'inciter les entreprises poursuivies à opter, dans un premier temps, pour la procédure de transaction, laquelle suppose notamment de reconnaître leur responsabilité dans l'infraction, aux seules fins d'obtenir des informations sur ce qui leur est reproché et la garantie d'un plafond d'amende au moyen de la fourchette indiquée, avant, dans un second temps, de se retirer afin de bénéficier d'un accès complet aux éléments de preuve détenus par la Commission et d'un droit d'audition leur permettant de contester l'infraction, dans le cadre de la procédure ordinaire, sans jamais risquer une amende plus élevée, même en présence de circonstances nouvelles (pt 51).

Les requérantes prétendent ainsi pouvoir cumuler les avantages offerts par ces deux types de procédures, sans assumer les contraintes qui en sont la contrepartie, procédé qui paraît contraire aux objectifs du règlement n° 773/2004 tel que modifié par le règlement n° 622/2008, notamment en termes de simplification et d'efficacité des poursuites. En effet, lorsque certaines des entreprises ayant participé à une entente choisissent, contrairement aux autres participants, de ne pas mener à terme la procédure de transaction, la mission de la Commission est alors rendue plus compliquée, en raison du fait que, dans un tel cas hybride, celle-ci est contrainte de suivre deux procédures en parallèle et de rendre deux décisions distinctes pour une seule et même infraction (pt 52).

S'agissant enfin du grief de violation du principe de l'égalité de traitement, l'avocat général souligne que les requérantes ne démontrent ni s'être trouvées dans une situation comparable à celle des autres parties à l'entente, lesquelles ont accepté de mener la transaction jusqu'à son terme, ni avoir été traitées moins favorablement que celles-ci (pt 56).