ARRÊT DU TRIBUNAL (deuxième chambre)

24 mars 1994 *

Dans l'affaire T-3/93,

Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France, société de droit français, établie à Paris, représentée par Me Eduard Marissens, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Francisco Enrique González Díaz, membre du service juridique, et Géraud de Bergues, fonctionnaire national détaché auprès de la Commission, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Georgios Kremlis, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: le français.

soutenue par

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, représenté par M. John D. Colahan, du Treasury Solicitor's Department, en qualité d'agent, assisté de M. Christopher Vajda, barrister, du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade du Royaume-Uni, 14, boulevard Roosevelt,

et

British Airways plc, société de droit anglais, établie à Hounslow (Royaume-Uni), représentée par M. Richard Fowler, QC, du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, et MM. William Allan et James E. Flynn, solicitors, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de M[es] Loesch et Wolter, 11, rue Goethe,

parties intervenantes,

ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission du 30 octobre 1992, rendue publique par le porte-parole du commissaire en charge des questions de concurrence, par laquelle la Commission s'est déclarée incompétente pour connaître, au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (version révisée publiée au JO 1990, L 257, p. 13), du rachat, par British Airways plc, de Dan Air Services Limited,

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (deuxième chambre),

composé de MM. J. L. Cruz Vilaça, président, C. P. Briët, D. P. M. Barrington, A. Saggio et J. Biancarelli, juges,

greffier: M. H. Jung,

vu la procédure écrite et à la suite de la procédure orale du 23 novembre 1993,

rend le présent

Arrêt

Les faits et le cadre juridique du litige

1 A la suite des difficultés rencontrées par la compagnie britannique de transport aérien Dan Air Services Limited (ci-après « Dan Air »), appartenant au groupe Davies and Newman Holdings plc (ci-après « Davies et Newman »), British Airways plc (ci-après « BA ») s'est portée candidate à la reprise de cette entreprise. Le groupe Davies et Newman comprend une société principale, Dan Air, qui réalise environ 90 % du chiffre d'affaires du groupe. Dan Air détient une participation de 50 % dans Gatwick Handling, qui détient elle-même une participation de 50 % dans Manchester Handling. Le groupe comprend quatre autres sociétés, à savoir Shearwater Insurance Company Limited, Davis and Newman Travel Limited, Airways Leasing Company Limited et Dan Air Aviation Limited.

2 Le rachat de Dan Air n'a pas été notifié à la Commission, au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (version révisée publiée au JO 1990, L 257, p. 13, ci-après « règlement »). Des contacts officieux ont cependant eu lieu avec les services de la Commission. Le 16 octobre 1992, BA a informé la Merger Task Force (ci-après « MTF ») du projet de concentration. A cette date, ses conseils ont fait savoir par écrit aux services de la Commission qu'à leur sens l'opération n'entrait pas dans le champ d'application du règlement, faute pour Davies et Newman de réaliser, dans les conditions où l'opération était projetée, un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions d'écus dans le marché commun. Ils ont demandé à ces services de leur faire connaître, dès que possible, leur réaction à cette analyse. A cette correspondance était annexé un mémorandum dont il ressort que le chiffre d'affaires réalisé par Davies et Newman au cours du dernier exercice social, clos le 31 décembre 1991, était supérieur ou inférieur à 250 millions d'écus, selon qu'il était, ou non, tenu compte du chiffre d'affaires résultant de l'activité « charter » de Dan Air. Dans cette dernière hypothèse, le chiffre d'affaires s'établissait, selon ce document, à 232,9 millions d'écus. Par correspondance du 21 octobre 1992, les services de la Commission (MTF) ont confirmé à BA que, au vu des informations transmises, l'opération projetée ne revêtait pas, en première analyse, une dimension communautaire. Cette correspondance précisait qu'elle n'engageait que les services, et non la Commission elle-même.

3 Les dispositions pertinentes du règlement sont les suivantes:

Article 1er:

« 1. Le présent règlement s'applique à toutes les opérations de concentration de dimension communautaire...

2. Aux fins de l'application du présent règlement, une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque:

a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus

et

b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus,

à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »

Article 3:

« 1. Une opération de concentration est réalisée:

...

b) lorsque:

— une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ... acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.

... »

Article 4:

« 1. Les opérations de concentration de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission dans le délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Le délai commence à compter de la survenance du premier de ces événements.

... »

Article 5:

« 1. Le chiffre d'affaires total visé à l'article 1er paragraphe 2 comprend les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires...

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef du ou des cédants.

Toutefois, deux ou plusieurs transactions, telles que visées au premier alinéa, qui ont lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule opération de concentration intervenant à la date de la dernière transaction.

... »

Article 6:

« 1. La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception.

a) Si elle aboutit à la conclusion que l'opération de concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision.

... »

Article 22:

« 3. Si la Commission constate, à la demande d'un État membre, qu'une opération de concentration telle que définie à l'article 3 mais sans dimension communautaire au sens de l'article 1er crée ou renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative sur le territoire de l'État membre concerné, elle peut, dans la mesure où cette concentration affecte le commerce entre États membres, prendre les décisions prévues à l'article 8 paragraphe 2 deuxième alinéa et paragraphes 3 et 4.

... »

4 Le 23 octobre 1992, un accord conclu entre Davies et Newman, d'une part, et BA, d'autre part (« Agreement relating to the sale and purchase of part of the undertaking of Davies Newman Holdings PLC », accord relatif à la vente et à l'acquisition d'une partie de l'entreprise Davies Newman Holdings PLC, ci-après « accord du 23 octobre 1992 »), a fixé les conditions de l'opération.

L'accord du 23 octobre 1992 contient notamment les stipulations suivantes:

« 2 AGREEMENT TO SELL THE SHARES AND ASSETS

Subject to the terms and conditions of this Agreement, with effect from 1 November, 1992 the Vendor shall sell as beneficial owner and the Purchaser, relying only on the terms and undertakings contained in this Agreement, shall purchase the Shares and the Assets free from all claims of the Vendor but subject to charges, liens, equities and encumbrances of third parties and together with all rights and advantages now and hereafter attaching thereto.

3 CONSIDERATION

The aggregate consideration for the purchase of the Shares and the Assets shall be:

3.1 £1 which shall be paid to the Vendor at Completion; and

3.2 the assumption by the Purchaser of the Liabilities.

4 CONDITIONS

4.1 *Conditions Precedent* Completion of this Agreement is conditional upon:

(omissis)

4.1.2 the Office of Fair Trading indicating in terms satisfactory to the Purchaser that it is not the intention of the Secretary of State for Trade and Industry to refer the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser, or any matters arising therefrom, to the Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3 the European Commission indicating in terms satisfactory to the Purchaser that neither the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser nor any matters arising therefrom give rise to a concentration falling within the scope of Council Regulation (EEC) 4064/89;

(omissis)

4.1.5 the completion to the reasonable satisfaction of the Purchaser of the discontinuation or disposal of the charter operations of the Group as part of the rationalisation of the Group and preservation of its remaining business comprising:

a) the disposal or transfer of ownership and/or possession of all aircraft owned, leased or held on hire purchase by the Company which have been identified by the Purchaser in writing prior to exchange of this Agreement to the Vendor as surplus to the requirements of the proposed future scheduled operations of the Group;

b) the transfer, repudiation or termination of all contracts for charter flights by the Group;

c) the effective termination of employment of employees employed by the Company or by the Vendor or the Group in the business of the Company in accordance with the provisions of the document in the agreed terms;

d) the disposal to the Vendor of all books and records which contain information exclusively in respect of the charter operations of the Group;

(omissis)

4.2 *Waiver* The Purchaser may, in its sole discretion, waive any of the conditions referred to in clauses 4.1.2 to 4.1.19 by written notice to the Vendor ... on or before 5 pm on the last day for satisfaction of such conditions.

6 COMPLETION

6.1 *Date and place* Subject as hereinafter provided, Completion shall take place at the offices of the Purchaser's Solicitors on a date specified by the Purchaser which will be on or after 1 November, 1992 but otherwise not more than 3 days after the conditions set out in Clause 4.1 are satisfied. Any notice by the Purchaser specifying such date may be revised by notice at the Purchaser's discretion, provided that the revised date is within such 3 day period. »

[« 2 CONTRAT DE VENTE DES ACTIONS ET ACTIFS

Conformément aux termes et conditions du présent contrat, avec effet à compter du 1er novembre 1992, le vendeur vend en tant que propriétaire et l'acheteur, se fondant uniquement sur les termes et engagements contenus dans le présent contrat, achète les actions et actifs libres de toute créance ou revendication du vendeur, mais grevés des charges, droits de rétention, actions et droits existant en faveur de tiers, ainsi que des droits et avantages qui s'y attachent ou s'y attacheront.

3 PRIX

Le prix total pour l'achat des actions et actifs consistera:

3.1 en le paiement de 1 UKL au vendeur, à la réalisation du contrat, et en

3.2 la prise en charge du passif par l'acheteur.

4. CONDITIONS

4.1 *Conditions préalables:* la réalisation du présent contrat est subordonnée à ce que:

(omissis)

4.1.2 l'Office of Fair Trading indique à la satisfaction de l'acheteur qu'il n'est pas dans l'intention du Secretary of State for Trade and Industry de saisir la Monopolies and Mergers Commission du projet d'acquisition des actions et actifs par l'acheteur ni d'aucune question s'y rapportant;

4.1.3 la Commission européenne indique à la satisfaction de l'acheteur que ni le projet d'acquisition des actions et actifs par l'acheteur ni aucune question s'y rapportant ne constituent une concentration relevant du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil;

(omissis)

4.1.5 soit réalisée, de manière raisonnablement satisfaisante pour l'acheteur, la cessation ou la cession des activités charter du groupe dans le cadre de sa rationalisation et du maintien de ses activités restantes, comprenant:

a) la cession ou le transfert de la propriété et/ou de la possession de tous les aéronefs détenus en propriété, leasing ou location-vente (hire purchase) par la compagnie, qui ont été identifiés par l'acheteur par écrit au vendeur, avant l'échange du présent contrat, comme excédant les besoins des activités futures envisagées de transport aérien régulier du groupe;

b) le transfert, la résiliation ou la cessation par le groupe de tous les contrats pour les vols charter;

c) la cessation effective de l'emploi des personnes occupées par la compagnie ou par le vendeur ou le groupe dans les activités de la compagnie, conformément aux dispositions du document dans les termes convenus;

d) la cession au vendeur de tous livres comptables et de tous dossiers contenant des informations exclusivement relatives aux activités charter du groupe;

(omissis)

4.2. *Clause de renonciation:* L'acheteur peut, à sa seule discrétion, renoncer à certaines des conditions visées aux articles 4.1.2 à 4.1.19, par notification écrite qui devra parvenir au vendeur ... avant la date de la réalisation de ces conditions, 17 heures.

(omissis)

6 RÉALISATION DU CONTRAT

6.1 *Date et lieu:* sous réserve des dispositions ci-après, la réalisation aura lieu dans les bureaux des avocats de l'acheteur à une date précisée par l'acheteur, qui se situera le 1er novembre 1992 ou ultérieurement, mais en toute hypothèse pas plus de trois jours après que les conditions définies dans la clause 4.1. auront été satisfaites. Toute communication par l'acheteur de cette date pourra être révisée par communication ultérieure à la discrétion de l'acheteur, sous réserve que la date révisée se situe dans cette période de trois jours. »]

6 En exécution de l'obligation stipulée au point 4.1.5., précité, de l'accord du 23 octobre 1992, Davies et Newman a, avant la réalisation effective de l'opération, cessé ses activités « charter » et s'est défait des parties de son entreprise qui n'étaient pas nécessaires à la poursuite de ses activités de services réguliers. Davies et Newman a rendu aux coordinateurs respectifs tous les créneaux horaires qu'elle possédait pour ses vols « charter », réduit sa flotte de 38 aéronefs à 12, résilié les contrats de « charter » et réduit son personnel de vol.

7 Par une nouvelle correspondance, en date du 28 octobre 1992, des précisions complémentaires ont été fournies aux services de la Commission, par les conseils de BA. Par lettre du 30 octobre 1992, ces services ont confirmé que, selon eux,

l'opération ne présentait pas une dimension communautaire. Comme précédemment, cette lettre précise qu'elle n'engage que les services de la Commission et ne préjuge pas les décisions ultérieures de celle-ci.

8 Une déclaration du porte-parole du commissaire en charge des questions de concurrence, en date également du 30 octobre 1992, a été rapportée, dans les termes suivants, par l'agence de presse Europe (ci-après « Agence Europe »), le 31 octobre 1992:

« The proposed concentration between British Airways and Dan Air (disputed by interested third parties in Great Britain) is not considered of Community dimension as one of the quantitative thresholds fixed by the EC regulation on the prior control of mergers is not reached, stated a spokesman for the European Commission on Friday.

The regulation, according to which the Commission may authorise or impede a merger, stipulates in particular that 'the total turnover achieved individually in the Community by at least two of the companies concerned' should be greater than 250 Mecus per year. This amount is not achieved by the regional European airline Dan Air, either within the Community or at world level. The Commission cannot, therefore, intervene. In the name of subsidiarity, it is up to the British Mergers and Monopolies Commission to take a position on the project. Sir Leon Brittan's spokesman stated that the Commission, in its preliminary calculations, did not take into account Dan Air charter flight business because, as a prerequisite for merger with the British number one in air transport, Dan Air (affiliate to the holding company Davis & Newman) should give up this line of business. The merger regulation clearly stipulates on this that 'only the turnover concerning the parties which are the object of the transaction are taken into consideration'. »

(« L'opération de concentration proposée entre British Airways et Dan Air (mise en cause par des parties tierces intéressées en Grande-Bretagne) n'est pas

considérée présenter une dimension communautaire puisque l'un des seuils quantitatifs fixés par le règlement CEE sur le contrôle préalable des fusions n'est pas atteint, selon la déclaration d'un porte-parole de la Commission européenne ce vendredi.

Le règlement, selon lequel la Commission peut autoriser ou empêcher une fusion, dispose en particulier que 'le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées' doit être supérieur à 250 millions d'écus par an. Ce montant n'est pas atteint par la compagnie aérienne régionale européenne Dan Air, soit à l'intérieur de la Communauté soit au niveau mondial. La Commission ne peut donc intervenir. Au nom de la subsidiarité, il appartient à la commission britannique sur les fusions et les monopoles de prendre position sur le projet. Le porte-parole de Sir Leon Brittan a déclaré que la Commission, dans ses calculs préliminaires, n'a pas pris en compte les activités portant sur les vols charter de Dan Air car, en tant que préalable à la fusion avec le numéro un britannique dans le domaine du transport aérien, Dan Air (filiale de la société holding Davies & Newman) devrait abandonner ce type d'activité. Le règlement sur les fusions dispose clairement à cet égard que 'seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération'. »)

9 L'accord du 23 octobre 1992 a été soumis aux autorités britanniques compétentes en matière de contrôle des concentrations, à savoir le Secretary of State for Trade and Industry (ci-après « Secretary of State ») et l'Office of Fair Trading (ci-après « OFT »). Le 2 novembre 1992, le Secretary of State a annoncé, par voie de communiqué de presse, que les autorités nationales avaient décidé de ne pas soumettre l'affaire à la Mergers and Monopolies Commission.

10 Le transfert des titres matérialisant la réalisation effective de l'opération de concentration a eu lieu le 8 novembre 1992.

11 Le 9 novembre 1992, la Compagnie nationale Air France (ci-après « Air France ») a adressé à la Commission une correspondance qui concernait deux affaires. D'une part, cette correspondance contenait les observations d'Air France à propos de l'affaire à l'origine du présent recours; d'autre part, elle exposait les remarques d'Air France à propos du rachat par BA de TAT European Airlines (ci-après « TAT »). Ce rachat était alors en cours d'examen par la Commission, à la suite de la notification de l'opération qui lui avait été faite par BA. Dans cette correspondance, Air France faisait état des modifications dans le fonctionnement du marché résultant de la position dominante acquise, selon elle, par BA, à la suite de l'une et l'autre de ces deux opérations.

12 S'agissant plus spécialement de l'opération en cause dans la présente affaire, la requérante contestait, dans cette correspondance, l'interprétation du règlement retenue par la Commission, en soulignant que, selon elle, il n'y avait pas lieu de tenir compte, pour l'évaluation des chiffres d'affaires à prendre en considération aux fins d'apprécier la « dimension communautaire » de l'opération, de ce que l'activité « charter » exercée par l'entreprise absorbée devait être abandonnée par elle.

13 Dans sa réponse à la requérante, en date du 17 novembre 1992, le commissaire en charge des questions de concurrence, Sir Leon Brittan, a maintenu le point de vue initialement formulé par la Commission en soulignant, d'une part, que, selon lui, la cessation de l'activité « charter » était antérieure à l'acquisition de Dan Air par BA et que, d'autre part, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, premier alinéa, précité, du règlement, il y avait lieu de ne tenir compte que du seul chiffre d'affaires des activités faisant l'objet de l'acquisition. La requérante a répliqué elle-même à cette réponse, le 23 novembre 1992, en confirmant son interprétation initiale du règlement.

14 Le 27 novembre 1992, la Commission a décidé qu'elle ne s'opposait pas au rachat de TAT par BA, dont elle estimait que la compatibilité avec le marché commun ne soulevait pas de doutes sérieux, dans les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement (JO 1992, C 326, p. 16).

15 La publication de cette décision a entraîné une nouvelle correspondance adressée au commissaire par la requérante, le 2 décembre 1992, à laquelle le commissaire a répondu le 21 décembre 1992, en maintenant l'interprétation initiale du règlement effectuée dans l'affaire en cause et en informant la requérante de ce que le gouvernement belge avait présenté une demande, au sens de l'article 22, paragraphe 3, précité, du règlement. La Commission s'est prononcée sur cette demande le 17 février 1993 (JO 1993, C 68, p. 5). A cette date, la Commission a constaté que l'opération n'est pas de dimension communautaire et qu'elle ne crée ou ne renforce aucune position dominante sur le territoire du royaume de Belgique.

Le déroulement de la procédure

16 C'est dans ce contexte que, par requête enregistrée au greffe du Tribunal le 5 janvier 1993, Air France a demandé l'annulation de la décision du 30 octobre 1992, rendue publique à cette date par la déclaration, précitée, du porte-parole du commissaire en charge des questions de concurrence.

17 Par acte séparé du même jour, la requérante a demandé la jonction de la présente affaire avec l'affaire T-2/93, introduite le même jour, et tendant à l'annulation de la décision de la Commission du 27 novembre 1992, précitée. La Commission a fait savoir, le 20 janvier 1993, qu'elle n'était pas favorable à la jonction des deux affaires, par trop dissemblables. Les parties ont été avisées qu'à ce stade de la procédure le président du Tribunal n'envisageait pas de joindre les affaires.

18 Le 27 août 1993, la requérante a présenté une nouvelle demande de jonction de la présente affaire avec l'affaire T-2/93. La Commission a fait connaître au Tribunal, le 6 octobre 1993, qu'elle n'était pas favorable à la jonction des affaires.

19 Par acte séparé, enregistré le 24 février 1993, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité, dans les conditions prévues à l'article 114 du règlement de procédure. La requérante a présenté, le 2 avril 1993, ses observations sur l'exception d'irrecevabilité. Par ordonnance du Tribunal, en date du 28 mai 1993, l'exception d'irrecevabilité a été jointe au fond. La procédure écrite entre les parties principales s'est achevée le 6 octobre 1993, avec le dépôt du mémoire en duplique de la Commission.

20 Le 21 mai 1993, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (ci-après « Royaume-Uni ») a présenté une demande tendant à intervenir dans le litige, au soutien des conclusions de la partie défenderesse, dans les conditions prévues à l'article 37 du statut (CEE) de la Cour, applicable à la procédure devant le Tribunal en vertu de son article 46, premier alinéa. Le 26 mai 1993, BA a présenté une demande tendant, d'une part, à intervenir dans le litige, au soutien des conclusions de la partie défenderesse et, d'autre part, à être autorisée à s'exprimer en anglais.

21 Par ordonnance du 1er juillet 1993, le Tribunal a admis le Royaume-Uni et BA à intervenir dans le litige, a rejeté la demande de dérogation au régime linguistique présentée par BA, en tant que cette demande concernait la procédure écrite, et a réservé sa décision sur la demande de dérogation au régime linguistique présentée par BA, en tant que celle-ci concernait la procédure orale.

22 Par ordonnance du 21 septembre 1993, le Tribunal a admis BA à s'exprimer en anglais, à l'occasion de la procédure orale.

23 BA et le Royaume-uni ont déposé leur mémoire en intervention, respectivement le 31 août et le 1er septembre 1993. La requérante a présenté le 5 octobre 1993 ses observations sur ces mémoires. Le 6 octobre 1993, la Commission a, d'une part, fait savoir au Tribunal qu'elle n'avait pas d'observations à présenter sur le mémoire en intervention de BA et, d'autre part, présenté ses observations sur le mémoire en intervention déposé par le Royaume-Uni.

24 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal a décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instruction préalables. Toutefois, les parties principales ont été invitées, le 28 mai 1993, à produire certains documents et à répondre à certaines questions écrites du Tribunal. De nouvelles demandes de production de documents ont également été adressées à l'ensemble des parties, le 13 juillet 1993. A cette même date, certaines questions ont, par ailleurs, été posées à la Commission et au Royaume-Uni.

25 La Commission a déposé les documents demandés et répondu aux questions écrites posées par le Tribunal le 7 juillet 1993 et le 6 octobre 1993. A cette occasion, elle a fait connaître au Tribunal qu'elle ne disposait d'aucun document matérialisant la déclaration du porte-parole, objet du présent litige. Le 27 août 1993, la requérante a répondu aux questions posées par le Tribunal et présenté des observations sur les questions posées aux autres parties, ainsi que sur les réponses apportées par la défenderesse. BA a répondu à la question posée par le Tribunal le 31 août 1993. Le Royaume-Uni a répondu à la question posée et a produit les documents demandés le 1er septembre 1993.

26 Les parties principales et les parties intervenantes ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions orales posées par le Tribunal à l'audience du 23 novembre 1993.

Les conclusions des parties

27 Air France conclut à ce qu'il plaise au Tribunal d'annuler: « la décision du 30 octobre 1992, alors rendue publique par le porte-parole de la Commission et publiée à l'Agence Europe le 31 octobre 1992, par laquelle la Commission s'est déclarée incompétente pour connaître, au titre du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, de l'opération de concentration entre la compagnie British Airways et la compagnie Dan Air, et (de) condamner la partie défenderesse aux frais et dépens de la partie requérante ».

28 Dans son exception d'irrecevabilité, la Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal de rejeter le recours comme irrecevable et de condamner la partie requérante aux dépens.

29 Dans ses observations sur l'exception d'irrecevabilité, la requérante conclut à ce que le Tribunal déclare recevable le présent recours.

30 Dans son mémoire en défense, la Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal de rejeter le recours et de condamner la partie requérante aux dépens.

31 Le Royaume-Uni, partie intervenante, estime que « la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que l'acquisition par British Airways plc de Dan Air Services Limited n'était pas une concentration ayant une dimension communautaire, au sens de l'article 1er, paragraphe 2, du règlement du Conseil n° 4064/89 ».

32 BA, partie intervenante, « soutient les conclusions de la Commission en ce qu'elle demande qu'il plaise au Tribunal de rejeter le recours d'Air France comme étant irrecevable et infondé et de condamner Air France aux dépens, y compris ceux encourus par BA dans son intervention ».

Sur la recevabilité

33 L'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission s'articule en quatre branches. En premier lieu, la Commission fait valoir que la déclaration attaquée ne présente pas le caractère d'une décision, susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation; en deuxième lieu, elle soutient que le recours n'est pas recevable,

compte tenu de la forme de l'acte à l'encontre duquel il est dirigé; en troisième lieu, la Commission soutient que la voie de droit dont a usé la requérante n'est pas appropriée; en quatrième et dernier lieu, la Commission fait valoir que, en admettant même le caractère décisionnel de la déclaration attaquée, la requérante n'établit pas être directement et individuellement concernée par celle-ci.

En ce qui concerne le caractère décisionnel de l'acte

Exposé sommaire de l'argumentation des parties

34 Selon la Commission, la déclaration attaquée ne peut être assimilée à une décision susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux, dans les conditions prévues à l'article 173 du traité CEE. Elle ne serait pas susceptible de produire des effets de droit, en réglant, de manière définitive et obligatoire, une situation juridique, notamment parce qu'elle ne lierait pas les autorités nationales, en ce qui concerne la constatation de leur compétence (arrêt de la Cour du 27 mars 1980, Sucrimex et Westzucker/Commission, 133/79, Rec. p. 1299; arrêt du Tribunal du 13 décembre 1990, Nefarma et Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf/Commission, T-113/89, Rec. p. II-797). A cet égard, la Commission conteste que la décision du 17 février 1993, précitée, puisse être interprétée comme signifiant que les autorités belges ont admis que la déclaration attaquée du 30 octobre 1992 fixait le point de départ du délai d'un mois qui leur était imparti pour demander la mise en œuvre des dispositions de l'article 22, paragraphe 3, précité, du règlement.

35 Selon la Commission, l'article 6, paragraphe 1, sous a), précité, du règlement ne l'habilite à décider de l'inapplicabilité du règlement à une opération de concentration que pour autant que celle-ci lui a été notifiée. Dans la mesure où une telle notification n'a pas été effectuée, aucune disposition du règlement ne lui conférerait la possibilité d'adopter une décision relative à cette opération (ordonnances de la Cour du 17 mai 1989, Italie/Commission, 151/88, Rec. p. 1255, et du 13 juin 1991, Sunzest/Commission, C-50/90, Rec. p. I-2917; arrêt de la Cour du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain e.a., 253/78 et 1/79 à 3/79, Rec. p. 2327; arrêt

du Tribunal, Nefarma et Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf/Commission, précité).

36 La Commission estime encore que, si la déclaration attaquée ne présente pas un caractère décisionnel, les réponses adressées ultérieurement à la requérante par le commissaire en charge des questions de concurrence, lesquelles présentaient un caractère purement gracieux, ne sauraient, pas davantage, tenir lieu de décision (ordonnance du Tribunal du 30 novembre 1992, Syndicat français de l'Express international e.a./Commission, T-36/92, Rec. p. II-2479, point 48).

37 Le Royaume-Uni estime, en revanche, que la déclaration du porte-parole de la Commission est une décision susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (arrêt de la Cour du 31 mars 1971, Commission/Conseil, dit « AETR », 22/70, Rec. p. 263, points 33 et suivants). Il fait valoir que les autorités britanniques ne se seraient pas déclarées compétentes pour connaître de l'opération en l'absence d'une décision de la Commission constatant que cette opération n'était pas de dimension communautaire.

38 Selon BA, la déclaration attaquée ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours. L'expression du point de vue de la MTF, dans ses deux lettres des 21 et 30 octobre 1992, précitées, n'aurait produit aucun effet juridique. Dans le cas où l'opération aurait dû être notifiée à la Commission — quod non —, ces correspondances n'auraient pu faire disparaître cette obligation à l'égard de BA. Selon la partie intervenante, ces correspondances n'habilitaient pas les États membres à faire application de leur législation nationale. Une telle compétence résulterait directement du règlement et de la circonstance que l'opération ne revêtirait pas une dimension communautaire. Enfin, ces correspondances ne priveraient pas la Commission de la possibilité de faire, ultérieurement, usage de ses propres compétences.

39 La requérante estime, pour sa part, que l'acte attaqué, présentant un caractère décisionnel, est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Elle soutient que, pour exister, une décision doit seulement avoir été adoptée par la

Commission. Or, la Commission ne contesterait pas qu'elle est parvenue à la conviction de son incompétence pour procéder à un examen, au titre du règlement, de l'acquisition de Dan Air par BA. En l'espèce, le porte-parole aurait déclaré publiquement qu'une décision d'incompétence avait été adoptée par la Commission, fondée sur le règlement, et plus spécialement sur ses articles 1er, paragraphe 2, sous b), et 5, paragraphe 2, précités, indiquant ainsi, d'une part, que l'acquisition de Dan Air par BA était une opération de concentration, au sens de l'article 3, précité, du règlement, et, d'autre part, que seules les autorités nationales étaient compétentes pour apprécier cette opération.

40 Selon la requérante, la déclaration du porte-parole ferait ressortir deux éléments substantiels. Le premier élément serait qu'à la date du 30 octobre 1992 la Commission était parvenue à la conviction que l'opération n'était pas de dimension communautaire, de sorte que toute référence au caractère « préliminaire » de l'acte serait, de ce fait, inappropriée. BA n'aurait pas procédé à la notification de l'opération postérieurement à la déclaration du porte-parole, qui aurait impliqué le caractère superfétatoire d'une telle formalité. Selon la requérante, les deux circonstances tenant au fait que la Commission n'a pas réagi, lorsque l'OFT a examiné l'affaire, et que la Commission a, dans ses correspondances, précitées, adressées à la requérante, maintenu son point de vue, tel qu'exprimé dans l'acte attaqué, permettent d'établir le caractère définitif de cette appréciation. Le second élément serait qu'à la date du 30 octobre 1992 la Commission était également parvenue à la conclusion que l'opération relevait de la compétence des autorités nationales britanniques et il ne pourrait être soutenu que ces autorités pouvaient se déclarer incompétentes, au motif que l'opération présentait une « dimension communautaire ». L'intervention de la décision du 17 février 1993, précitée, confirmerait d'ailleurs que le royaume de Belgique a, lui aussi, admis le caractère décisionnel de la déclaration du porte-parole.

41 Selon la requérante, du fait de son caractère définitif, l'acte rendu public le 30 octobre 1992 est, du point de vue matériel, identique à une décision adoptée au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous a), précité, du règlement. En effet, la distinction entre la déclaration attaquée et une décision adoptée à la suite d'une notification serait purement formelle. En se référant à l'adage « Tu patere legem quem fecisti », la requérante soutient que l'acte attaqué a force obligatoire, en ce que la Commission est liée par la déclaration de son porte-parole du 30 octobre 1992. L'absence, dans le règlement, de toute procédure de plainte renforcerait la possibilité que, si la

recevabilité d'un recours du type de celui présenté par la requérante n'était pas admise, la Commission tranche, sans aucune possibilité de recours juridictionnel, des questions de principe portant sur l'interprétation du règlement.

42 Le débat sur les pouvoirs d'« auto-saisine » de la Commission, en matière d'opérations de concentration non notifiées, serait sans pertinence. La véritable question porterait non pas sur le fait que la Commission se serait abstenue de prendre connaissance d'une opération qui ne lui aurait pas été notifiée, mais sur le fait qu'elle se serait déclarée incompétente, à l'égard de cette opération. Par suite, selon la requérante, la véritable question de compétence que pose cette affaire est celle de savoir si, en l'absence de notification de l'opération, la Commission avait compétence pour constater que cette opération se situait en dehors du champ d'application du règlement.

Appréciation du Tribunal

43 A titre liminaire, le Tribunal rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour, « pour déterminer si les mesures attaquées constituent des actes au sens de l'article 173 c'est ... à leur substance qu'il y a lieu de s'attacher... Constituent des actes ou décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, au sens de l'article 173, les mesures produisant des effets juridiques obligatoires, de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci » (arrêt de la Cour du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, Rec. p. 2639; voir, dans le même sens, l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, Automec/Commission, T-64/89, Rec. p. II-367).

44 Pour apprécier, à la lumière de la jurisprudence précédemment rappelée, si la déclaration en litige, précitée, présente le caractère d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, il convient donc d'examiner dans quelle mesure cette déclaration produit des effets juridiques. De ce point de vue, le Tribunal estime que la déclaration attaquée produit des effets juridiques à plusieurs titres.

45 Le Tribunal estime que l'acte attaqué a, tout d'abord, produit une série d'effets juridiques à l'égard des États membres. A cet égard, il convient de relever que, compte tenu de son économie générale, l'application du règlement est, en principe, exclusive de l'application d'autres dispositions, notamment des législations nationales ayant également pour objet le contrôle des opérations de concentration entre entreprises, qui, en cas d'inapplicabilité du règlement à une opération donnée, sont, en principe, applicables à une telle opération. Pour une opération déterminée, la ou les législations nationales éventuellement susceptibles de recevoir application dépendent de la localisation des entreprises qui sont parties à cette opération et de celle des marchés et activités concernés par celle-ci. En l'espèce, la déclaration du commissaire en charge des questions de concurrence, constatant publiquement l'inapplicabilité du règlement à l'opération en cause, a eu pour effet de confirmer, avec certitude, la compétence des États membres dont le territoire est plus spécialement concerné, compte tenu de la localisation des opérateurs économiques parties à l'opération et des dessertes aériennes en cause, à savoir le Royaume-Uni et la République française, pour apprécier l'opération de concentration sous examen, au regard de leur propre législation nationale relative au contrôle des opérations de concentration. L'un des deux États membres précités a, d'ailleurs, effectivement examiné l'opération dont il s'agit, au regard de sa propre législation nationale. A cet égard, le Tribunal souligne que le Royaume-Uni, intervenant au soutien des conclusions de la défenderesse, a lui-même conclu à la recevabilité du présent recours, en précisant, à juste titre, que la déclaration du Secretary of State, en date du 2 novembre 1992, avait été rendue possible par la déclaration attaquée du 30 octobre 1992, constatant publiquement l'inapplicabilité du règlement à l'égard de l'opération examinée.

46 En outre, l'acte attaqué a produit des effets à l'égard de tout État membre dont le territoire est, directement ou indirectement, concerné par l'opération dont il s'agit. En effet, dès lors que la Commission a, comme en l'espèce, constaté publiquement qu'une opération de concentration donnée n'était pas de dimension communautaire, toute insécurité relative à la satisfaction des conditions nécessaires à la mise en oeuvre, par un ou plusieurs États membres, des dispositions de l'article 22, paragraphe 3, précité, du règlement est levée. De ce point de vue, le Tribunal constate que, là encore, les dispositions dont il s'agit ont, en l'espèce, pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du règlement, été effectivement mises en oeuvre par un État membre, en l'occurrence le royaume de Belgique. Comme la requérante l'a relevé, la demande présentée par le royaume de Belgique est, au surplus, intervenue, de fait, dans le délai d'un mois, prévu par lesdites dispositions, à compter de la déclaration attaquée.

47 Le Tribunal considère, ensuite, que l'acte attaqué a produit également des effets juridiques à l'égard des entreprises parties à l'opération de concentration. En effet, une telle déclaration a eu pour effet, ainsi d'ailleurs que le confirment les correspondances qui ont été adressées à la requérante par le commissaire en charge des questions de concurrence, antérieurement à l'introduction du présent recours, de dispenser les entreprises concernées par cette opération de la notifier à la Commission, dans les conditions prévues à l'article 4, paragraphe 1, précité, du règlement. A ce sujet, il convient de relever, en particulier, que, compte tenu du caractère suspensif qui, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, du règlement, s'attache, en principe, à la notification d'une opération de concentration de dimension communautaire, faire publiquement connaître aux entreprises concernées par une opération qu'elles n'ont pas à la notifier revient, au regard du droit communautaire des concentrations, à en permettre la réalisation immédiate. Par suite, au regard du droit communautaire, la déclaration attaquée a eu pour effet de rendre immédiatement possible, dès son intervention, l'acquisition de Dan Air par BA.

48 A cet égard, le Tribunal souligne, de plus, que c'est à juste titre que la requérante soutient que, dans les circonstances de l'espèce, l'institution défenderesse est liée par les termes de la déclaration attaquée. En effet, compte tenu du caractère difficilement réversible d'une opération du type de celle en cause, la réalisation à bonne fin d'une telle opération est incompatible avec une situation d'insécurité juridique des opérateurs économiques concernés.

49 A ce stade du raisonnement, le Tribunal relève que l'acte attaqué doit être nettement distingué des correspondances adressées à BA les 21 et 30 octobre 1992, susmentionnées, en raison non seulement des effets juridiques résultant, pour les entreprises concernées par l'opération, de cet acte, tels qu'ils viennent d'être analysés, mais encore des différences de forme que revêtent ces appréciations, successivement portées sur l'opération dont il s'agit. En effet, les correspondances adressées à BA, les 21 et 30 octobre 1992, émanent des seuls services de la Commission et précisent d'ailleurs, expressément, qu'elles n'engagent pas la Commission, en tant que telle; au contraire, l'acte attaqué doit être regardé comme émanant du membre de la Commission en charge des questions de concurrence et, de ce fait, a publiquement engagé le collège des commissaires dans son ensemble, alors surtout qu'il est constant que l'instruction de la présente affaire a révélé que la Commission a entendu s'en approprier le contenu.

50 Il résulte de l'ensemble des considérations de droit et de fait précédemment analysées que c'est à tort que la Commission soutient que l'appréciation et la qualification juridiques rendues publiques le 30 octobre 1992 présentaient un caractère préliminaire. Ce qualificatif pourrait, certes, s'attacher aux appréciations effectuées par la MTF, dans ses correspondances des 21 et 30 octobre 1992, susmentionnées, mais ne saurait, en aucune façon, valoir pour l'acte attaqué, émanant d'un membre de la Commission s'exprimant au nom de celle-ci. Ainsi, pour les raisons exposées plus haut, la déclaration attaquée est d'une nature juridique différente de celle de l'avis émis par la MTF, dans la réponse adressée à BA, à la même date que celle de l'acte attaqué. Si, en effet, cette correspondance de la MTF présente bien le caractère d'une « lettre de classement », au sens de l'arrêt Giry et Guerlain e.a., précité, invoqué par l'institution défenderesse, et ne saurait, par suite, faire l'objet d'un recours en annulation, il en va différemment de la déclaration litigieuse. Du reste, comme le souligne la requérante, la Commission ne saurait utilement prétendre avoir entendu rendre publique une appréciation qui ne présentait pas un caractère définitif. En réalité, l'instruction de l'affaire a suffisamment établi que l'appréciation de la Commission était arrêtée, aussi bien sur le caractère concentratif de l'opération que sur l'absence de « dimension communautaire » de cette opération. En se référant aux calculs préliminaires effectués, le commissaire a entendu se référer non pas à des calculs provisoires, mais aux calculs préalables, nécessaires à l'appréciation de la « dimension communautaire » de toute opération de concentration entre entreprises.

51 Par suite, le Tribunal estime que les effets de la déclaration attaquée sont, du point de vue des opérateurs économiques parties à l'opération projetée, identiques à ceux résultant, pour eux, d'une décision par laquelle la Commission aurait constaté, à la suite d'une notification de l'opération dont elle aurait été dûment saisie, que celle-ci n'était pas de « dimension communautaire », dans les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, sous a), précité, du règlement. Du point de vue des États membres et des tiers, en particulier des concurrents directs des opérateurs parties à l'opération de concentration, ces effets sont au moins identiques à ceux résultant, pour eux, d'une décision formelle de la Commission, également adoptée au titre de cette disposition du règlement. Or, il n'est pas contesté qu'une telle décision serait susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge communautaire.

52 Dès lors, l'argument de la Commission, selon lequel elle ne pourrait constater l'absence de « dimension communautaire » d'une opération que dans les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement, c'est-à-dire à la suite d'une notification de l'opération, doit être écarté. Les effets juridiques de la déclaration attaquée sont donc, à ce stade du raisonnement, suffisamment établis, qu'il s'agisse des effets à l'égard des opérateurs directement concernés par l'opération de concentration, des États membres ou des tiers.

53 En outre, le Tribunal estime infondée la thèse de la Commission, selon laquelle, pour admettre que la déclaration attaquée présente le caractère d'une décision, il serait nécessaire de considérer que la Commission s'est « auto-saisie ». En effet, de ce point de vue, le Tribunal estime qu'admettre que la déclaration attaquée contient une décision susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux signifie seulement que, sur la base de l'avis émis par la MTF, en réponse à la demande dont elle avait été saisie par BA, la Commission a publiquement fait connaître l'inapplicabilité du règlement à l'égard de l'opération dont il s'agit. Or, dès lors que le règlement, dont l'application ne saurait dépendre de la seule volonté des parties, habilite la Commission à examiner certaines opérations de concentration, le Tribunal estime que, contrairement à ce qu'elle soutient, celle-ci est nécessairement compétente pour vérifier sa propre compétence à l'égard d'une opération donnée, indépendamment de toute notification de ladite opération, et constater, comme en l'espèce, que le règlement n'est pas applicable à une opération déterminée.

54 Il en résulte que la première branche de l'exception d'irrecevabilité, telle que soulevée par la Commission, doit être écartée.

En ce qui concerne la forme de l'acte

55 Selon la Commission, la déclaration attaquée ne présente pas non plus le caractère d'une décision, en raison de sa forme; elle ne vise aucun destinataire nommément identifié et ne correspond pas à la communication d'une décision adoptée par elle, mais exprime un simple avis sur l'interprétation du règlement. En outre, faite

oralement, cette communication, destinée au public, n'était pas susceptible d'être notifiée, au sens de l'article 191 du traité CEE. La requérante se serait d'ailleurs trouvée, et pour cause, dans l'impossibilité matérielle de produire, en annexe à son recours, la prétendue décision de la Commission, en méconnaissance des dispositions de l'article 19 du statut (CEE) de la Cour.

56 Les parties intervenantes et la partie requérante n'ont pas présenté d'observations particulières à ce sujet.

57 Le Tribunal rappelle, à titre liminaire, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que « le choix de la forme ne peut changer la nature de l'acte » (arrêt de la Cour du 5 mai 1977, Honig/Conseil et Commission, 101/76, Rec. p. 797) et que « la forme dans laquelle des actes ou décisions sont pris est, en principe, indifférente en ce qui concerne la possibilité de les attaquer par un recours en annulation » (arrêt IBM/Commission, précité; voir également, dans le même sens, l'arrêt « AETR », précité). C'est à la lumière de cette jurisprudence qu'il convient d'examiner la portée de la deuxième branche de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la défenderesse.

58 A cet égard, le Tribunal constate que l'acte attaqué revêt une forme inhabituelle, dans la mesure où, d'une part, il ressort de l'instruction, et notamment des réponses apportées par la Commission aux questions écrites du Tribunal, qu'il n'existe aucun document écrit, autre que la transcription qui en a été publiée par certaines agences de presse, telle celle publiée par l'Agence Europe, et où, d'autre part, la publicité très large donnée à cette déclaration tend, par sa forme même, à la rapprocher d'un acte de portée générale, plutôt que d'une décision à caractère individuel. Le Tribunal observe, cependant, quant à la forme non écrite de l'acte, que, selon une jurisprudence bien établie, telle que précédemment rappelée (voir, ci-dessus, point 43), les possibilités de recours juridictionnels tiennent compte d'abord du contenu de l'acte et de la question de savoir si celui-ci produit des effets juridiques affectant personnellement le requérant. De plus, le juge communautaire a déjà admis la recevabilité de recours dirigés contre des actes matérialisés sous une forme inhabituelle, telle une décision purement verbale (arrêt de la Cour du 9 février 1984, Kohler/Cour des comptes, 316/82 et 40/83, Rec. p. 641). En

l'espèce, la matérialité des termes de la déclaration, loin d'avoir été contestée par l'institution, a, au contraire, été amplement confirmée par elle, tant dans le cadre des échanges de correspondances, précédemment rappelés, antérieurs au dépôt du présent recours, que lors de l'instruction de celui-ci. Quant à la nature des mesures de publicité conférées à l'acte, il convient de rappeler que celles-ci, étrangères à l'acte lui-même, sont sans incidence sur sa légalité et n'ont d'effet que sur le point de départ des délais de recours courant à son encontre.

59 Par suite, le Tribunal considère que doivent être écartés tant l'argument tiré de ce que la requérante n'aurait pas été en mesure de joindre à sa requête une copie de la déclaration attaquée, que l'argument tiré de ce que la déclaration attaquée n'aurait pas, à ce jour, commencé à produire ses effets, faute d'avoir été régulièrement notifiée aux entreprises concernées par l'opération de concentration, dès lors que, comme il a été dit ci-dessus, pour la solution du présent litige, la déclaration attaquée a bien produit ses effets à l'égard des tiers.

60 Il en résulte que la deuxième branche de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission doit être écartée.

En ce qui concerne l'« exception de recours parallèles »

Exposé sommaire de l'argumentation des parties

61 Selon la Commission, la déclaration attaquée ne faisait nullement obstacle à ce que la requérante, si elle s'y croyait fondée, mette en demeure la Commission d'avoir à contraindre BA à notifier l'opération. Une telle mise en demeure aurait ouvert à la requérante soit la voie de l'action en carence, dans les conditions prévues à l'article 175 du traité CEE, en cas de silence de sa part, soit, dans le cas contraire, la voie du contentieux de l'annulation. En l'espèce, toutefois, Air France n'aurait jamais présenté une telle demande.

62 La Commission soutient également que, dans le cadre du contentieux de l'annulation, la requérante aurait dû diriger ses conclusions contre l'une des réponses qui lui ont été adressées par le membre de la Commission en charge des questions de concurrence, plutôt que contre la déclaration du 30 octobre 1992, dont elle n'est pas destinataire. En outre, il appartenait à la requérante, estime la Commission, dans un délai raisonnable suivant la date du 31 octobre 1992, à laquelle elle a été en mesure d'avoir connaissance de l'existence de la déclaration attaquée, d'en demander communication à l'institution. En l'absence d'une telle démarche, le recours serait irrecevable.

63 Enfin, la Commission soutient que le contentieux aurait dû être porté devant les juridictions nationales, quitte à voir trancher par la voie d'une question posée à la Cour, à titre préjudiciel, dans les conditions prévues à l'article 177 du traité CEE, la question de la « dimension communautaire » de l'opération. La Commission estime que seule, en effet, la décision prise par les autorités nationales serait de nature à affecter, le cas échéant, la situation de la requérante.

64 Le Royaume-Uni n'a pas présenté d'observations à cet égard.

65 La partie intervenante BA souligne qu'Air France n'a présenté aucune observation devant les autorités britanniques.

66 La requérante soutient que la constatation, par la Commission, de son incompétence, à l'égard d'opérations qui ne lui sont pas notifiées, ne saurait avoir pour effet de priver les entreprises d'une voie de droit contre cette déclaration d'incompétence. A suivre le raisonnement de la Commission, celle-ci pourrait convenir avec les entreprises parties à une opération de concentration, hors de tout contrôle juridictionnel, que l'opération n'a pas à lui être notifiée. L'on pourrait ainsi aboutir à deux procédures distinctes, selon que l'opération a, ou non, été notifiée à la Commission.

Appréciation du Tribunal

67 Le Tribunal estime qu'il est certes exact que les voies de droit préconisées par la Commission sont, en règle générale, les seules ouvertes aux tiers, dans le cadre du contentieux susceptible de naître postérieurement aux contacts informels entre les entreprises et la Commission, tels que prévus au point 8 de l'exposé des motifs du règlement (CEE) n° 2367/90 de la Commission, du 25 juillet 1990, modifié, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 219, p. 5). Toutefois, elles ne sont ni appropriées aux circonstances de la présente espèce, ni exclusives d'autres voies de droit. En l'espèce, en effet, la mise en œuvre des voies procédurales préconisées par la Commission aurait inutilement retardé la solution du litige, dans des conditions qui, comme l'a reconnu elle-même la Commission, ne sont guère compatibles avec l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale du règlement. Sans aucunement remettre en cause l'intérêt essentiel, au regard du principe de bonne administration, de la procédure des contacts informels, le Tribunal estime, dans un souci d'économie de procédure et d'efficacité du contrôle juridictionnel, que la requérante a pu, compte tenu des réponses apportées à ses diverses correspondances adressées au commissaire en charge des questions de concurrence, légitimement estimer qu'une mise en demeure adressée à la Commission ne produirait pas les effets escomptés et que la voie du recours en annulation était directement ouverte contre une déclaration comportant, de la part de l'autorité compétente, une qualification juridique des faits.

68 A cet égard, le Tribunal observe, en outre, que, si la Commission a soutenu que les conclusions de la requête en annulation auraient dû être dirigées contre l'une des réponses adressées à la requérante par le membre de la Commission en charge des questions de concurrence, plutôt que contre la déclaration attaquée du 30 octobre 1992, la correspondance adressée par Air France au commissaire en charge des questions de concurrence, en date du 9 novembre 1992, doit être interprétée comme une demande, soumise à la Commission, d'avoir à modifier ou à rapporter sa propre appréciation des faits, telle qu'opérée par la déclaration attaquée du 30 octobre 1992. Dans ces conditions, la requérante a pu légitimement diriger son recours directement contre l'appréciation initiale de la Commission, telle qu'effectuée le 30 octobre 1992, et non contre la réponse de l'institution, en date du 17 novembre 1992, refusant de faire droit à la demande de la requérante, ainsi qu'il ressort des termes mêmes de cette correspondance (voir, par analogie, l'arrêt

du Tribunal du 28 octobre 1993, Zunis Holding e.a./Commission, T-83/92, Rec. p. II-1169).

69 Quant à l'objection selon laquelle la requérante aurait dû plutôt diriger son recours contre la décision du Secretary of State, en tant que cette décision impliquait nécessairement que cette autorité était compétente pour statuer sur la concentration en cause, quitte à voir, le cas échéant, trancher, par le juge communautaire, par la voie de l'article 177 du traité, la question de savoir si l'opération était de « dimension communautaire », et sans qu'il soit besoin de rechercher s'il est possible de discuter, devant le juge national, la légalité d'une décision, alors devenue définitive, de la Commission, il convient de relever, en tout état de cause, que l'existence de voies de droit éventuellement ouvertes devant le juge national ne saurait être exclusive de la possibilité de contester directement, devant le juge communautaire, la légalité d'une décision adoptée par une institution communautaire, sur le fondement de l'article 173 du traité. Il en va d'autant plus ainsi, dans la présente espèce, que, comme le souligne à juste titre la requérante, le contrôle d'une opération de concentration, opéré sur la base de la ou des législations d'un ou de plusieurs États membres, ne saurait être assimilé, dans sa portée et ses effets, à celui exercé par les institutions communautaires, au motif que ces différents contrôles ont la même finalité. A cet égard, le Tribunal relève que, contrairement au contrôle exercé au niveau communautaire, le contrôle opéré par une autorité nationale est limité à l'appréciation de la portée de l'opération sur le territoire de l'État membre dont il s'agit et qu'un tel contrôle est d'ailleurs particulièrement complexe à opérer en matière de transports aériens internationaux.

70 Enfin, le Tribunal estime que, dans les circonstances de l'espèce, il ne saurait être utilement soutenu qu'il appartenait à la requérante, dans un délai raisonnable suivant la date du 31 octobre 1992, à laquelle elle a été en mesure d'avoir connaissance de l'existence de la déclaration attaquée, d'en demander communication à l'institution, dès lors que les correspondances adressées au membre de la Commission en charge des questions de concurrence doivent, ainsi qu'il a été dit (voir, ci-dessus, point 68), être regardées comme tendant à obtenir de l'institution le retrait ou la modification de la décision contenue dans la déclaration attaquée. Or, en réponse à ces demandes, elles-mêmes présentées dans un délai raisonnable, le commissaire, sans contester la matérialité de la déclaration, non plus que l'exactitude de son contenu et l'interprétation qu'en faisait la requérante, s'est limité à confirmer sa

propre interprétation initiale du règlement et à opposer un refus. Dès lors, une demande de communication de l'acte attaqué était, en tout état de cause, superflue.

71 Il en résulte que la troisième branche de l'exception d'irrecevabilité, telle que soulevée par la Commission, doit être écartée.

En ce qui concerne la question de savoir si la requérante est directement et individuellement concernée par la décision attaquée

Exposé sommaire de l'argumentation des parties

72 La Commission estime que la déclaration du 30 octobre 1992 ne modifie pas de façon caractérisée la situation juridique de la requérante. En admettant même, estime la Commission, que le Tribunal parvienne à la conclusion que la déclaration attaquée constitue un acte produisant des effets juridiques obligatoires, cet acte ne ferait pas grief à la requérante qui n'aurait pas établi que la conclusion de la Commission, quant à l'inapplicabilité du règlement à l'opération de concentration litigieuse, modifie, par elle-même, sa situation. En effet, la déclaration attaquée ne préjugerait pas la question de la compatibilité de cette opération avec le marché commun. Pour cette raison encore, elle ne saurait produire d'effets juridiques (arrêts IBM/Commission, précité, et du 24 juin 1986, Akzo/Commission, 53/85, Rec. p. 1965).

73 La Commission est encore d'avis que, même si l'on devait assimiler la déclaration attaquée à une décision prise au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous a), précité, du règlement, la requérante ne serait pas individuellement concernée par une telle décision (arrêts de la Cour des 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62, Rec. p. 197, 14 juillet 1983, Spijker Kwasten/Commission, 231/82, Rec. p. 2559, 28 janvier 1986, Cofaz e.a./Commission, 169/84, Rec. p. 391, point 25). La circonstance qu'une entreprise se trouverait dans un rapport de concurrence avec l'entreprise

concernée par l'opération ne saurait suffire pour qu'une telle entreprise puisse être considérée comme individuellement concernée par cette opération.

74 Selon la Commission, la thèse de la requérante, selon laquelle les limites posées par la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne la recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers ne devraient pas être appliquées dans le domaine des concentrations, aboutirait à admettre le recours de n'importe quelle compagnie aérienne, au mépris des termes de l'article 173 du traité qui exigent que le requérant soit directement et individuellement concerné par la décision dont la légalité est discutée (arrêt de la Cour du 10 juin 1982, Lord Bethell/Commission, 246/81, Rec. p. 2277, point 16).

75 Le Royaume-Uni n'a pas présenté d'observations particulières à cet égard.

76 BA estime qu'Air France n'a pas établi que ses intérêts sont affectés par la mesure qu'elle conteste (arrêt de la Cour du 10 décembre 1969, Eridania e.a./Commission, 10/68 et 18/68, Rec. p. 459, point 7). Selon BA, le grief de la requérante concerne, en réalité, une prétendue discrimination dont elle s'estime victime.

77 La requérante estime être directement et individuellement concernée par la décision. Selon elle, une décision d'incompétence de la Commission, pour examiner la compatibilité avec le marché commun de l'opération en cause, modifie sa situation juridique. D'une part, la Commission semblerait exiger que la requérante prouve, d'ores et déjà, l'incompatibilité de l'opération avec le marché commun. D'autre part, elle paraîtrait estimer qu'en tout état de cause une déclaration d'incompétence de la part de la Commission rend les autorités nationales compétentes à l'égard de l'opération dont il s'agit, sans tenir compte de ce que les appréciations effectuées par les autorités nationales le sont sur des bases matérielles et territoriales différentes de celles effectuées par la Commission.

78 Selon la requérante, la disparition du concurrent Dan Air, en faveur d'un autre qui l'a absorbé, à savoir BA, modifie suffisamment les positions de marché pour que les concurrents directs de l'entreprise absorbante soient individuellement concernés par cette opération. En l'espèce, les conséquences résultant de l'acquisition de Dan Air par BA affecteraient directement la position d'Air France. Air France aurait d'ailleurs indiqué, de façon détaillée, dans ses correspondances adressées au commissaire en charge des questions de concurrence, auxquelles elle se réfère expressément, en quoi elle était directement et individuellement concernée par l'opération. Non seulement BA se substituerait à Dan Air sur la place de Gatwick, mais encore, sur les sept lignes desservant la route Paris-Londres, BA en contrôlerait ou posséderait désormais quatre; sur la route Nice-Londres, la part de BA serait de 70 % du trafic, ce qui lui conférerait, sur ce marché spécifique, une position dominante manifestement entravante. Sur le marché des différents réseaux établis par les transporteurs européens de grande taille, Air France serait le principal concurrent de BA. L'acquisition de Dan Air par BA aurait un effet multiplicateur qui affecterait individuellement la requérante.

Appréciation du Tribunal

79 A titre liminaire, il convient de rappeler que « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » (arrêt Plaumann/Commission, précité).

80 Au regard des principes jurisprudentiels qui viennent d'être rappelés, le Tribunal estime, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui précède (voir, ci-dessus, point 47) que, dès lors qu'elle permet, en droit comme en fait, la réalisation immédiate de l'opération projetée, la déclaration attaquée est de nature à induire une modification immédiate de la situation du ou des marchés concernés, qui ne dépend alors que de la seule volonté des parties. En l'espèce, il ressort clairement de l'analyse des stipulations de l'accord du 23 octobre 1992, précitées, que celui-ci devait prendre effet au 1er novembre 1992 ou, au plus tard, à la date de réalisation des conditions suspensives qu'il comportait, au nombre desquelles figurait, d'ailleurs,

l'assurance donnée aux entreprises par la Commission, en termes suffisamment certains, que l'opération ne relevait pas du champ d'application du règlement. Dans ces conditions, et alors, d'ailleurs, que le transfert matériel de titres, concrétisant effectivement la réalisation de l'opération de concentration, est intervenu dès le 8 novembre 1992, il convient d'estimer que la déclaration attaquée concerne directement les opérateurs économiques, intervenant sur le ou les marchés du transport aérien international, qui pouvaient, à la date de l'acte attaqué, tenir pour acquise une modification immédiate ou rapide de l'état du marché. En revanche, dans l'hypothèse où la Commission aurait estimé que l'opération était de « dimension communautaire », ces opérateurs auraient eu l'assurance qu'aucune modification de l'état du ou des marchés ne pourrait intervenir antérieurement à l'expiration du délai prévu à l'article 7, paragraphe 1, du règlement, le cas échéant après avoir été en mesure de faire valoir leurs droits et d'être entendus.

81 En effet, la constatation, par la Commission, qu'une opération de concentration entre entreprises n'est pas de « dimension communautaire » a pour effet de priver les tiers des droits procéduraux qu'ils tiennent de l'article 18, paragraphe 4, du règlement et dont, au contraire, ils auraient pu user, dans l'hypothèse où l'opération, de « dimension communautaire », aurait été notifiée à la Commission. Pour des motifs tenant, tout à la fois, à ses effets juridiques immédiats, d'une part, sur le ou les marchés concernés par l'opération de concentration projetée et, d'autre part, sur les droits procéduraux des tiers, la déclaration attaquée doit donc être regardée comme affectant directement la position des concurrents sur le ou les marchés du transport aérien (voir, pour des raisonnements similaires, les arrêts de la Cour du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, et du 19 mai 1993, Cook/Commission, C-198/91, Rec. p. I-2487, point 23).

82 S'agissant, enfin, de la question de savoir si la requérante est individuellement concernée par la déclaration attaquée, le Tribunal observe, en second lieu, qu'il ressort de l'instruction, ainsi d'ailleurs que la Commission l'a admis en cours de procédure, que la situation d'Air France, au regard de l'opération de concentration en cause, est nettement caractérisée, par rapport à celle d'autres transporteurs aériens internationaux. En effet, l'opération de concentration se traduit par la substitution de BA à Dan Air, sur les lignes régulières exploitées par cette dernière. Il ressort de l'instruction que les liaisons aériennes dont il s'agit concernent les relations entre la France et le Royaume-Uni, d'une part, et les liaisons entre la Belgique et le Royaume-Uni, d'autre part. En ce qui concerne les relations entre la

France et le Royaume-Uni, les routes exploitées par Dan Air ont pour point de départ Londres et Manchester et pour point d'arrivée Montpellier, Nice, Paris, Pau et Toulouse. Les relations entre la Belgique et le Royaume-Uni concernent, quant à elles, la route Bruxelles-Londres. Sur l'ensemble de ces routes, BA renforce substantiellement sa position, grâce au rachat de Dan Air, alors que parallèlement le groupe Air France voit sa position concurrentielle affectée, dans les conditions qui l'individualisent par rapport à tout autre transporteur aérien. Dans ces conditions, Air France peut être assimilée à un destinataire de la décision, au sens de la jurisprudence Plaumann, précitée. Dès lors, le Tribunal estime qu'Air France a suffisamment établi que l'acte attaqué modifie de façon caractérisée sa position sur le marché et qu'il la concerne directement et individuellement, au sens des arrêts Eridania e.a./Commission et Cofaz e.a./Commission, précités.

83 Par suite, la quatrième branche de l'exception d'irrecevabilité, telle que soulevée par la Commission, doit être écartée.

84 Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission doit être écartée.

Sur le fond

85 Dans sa requête, la requérante se prévaut de trois moyens, au soutien de ses conclusions en annulation:

— le premier est tiré de la violation de l'article 1er, paragraphes 1 et 2, et de l'article 5, paragraphes 1 et 2, du règlement;

— le deuxième est tiré de la violation du principe général de sécurité juridique dans l'application de l'article 1er, paragraphes 1 et 2, et de l'article 5, paragraphes 1 et 2, du règlement;

— le troisième est tiré d'une méconnaissance du principe général de bonne administration, ainsi que de la violation des articles 155 et 190 du traité CEE.

86 Dans son mémoire en réplique, la requérante soutient également que la décision attaquée est constitutive d'une violation du principe général d'égalité.

En ce qui concerne le premier moyen d'annulation, tiré de la violation de l'article 1er, paragraphes 1 et 2, et de l'article 5, paragraphes 1 et 2, du règlement

Exposé sommaire de l'argumentation des parties

87 La requérante conteste l'appréciation de la Commission, selon laquelle l'opération en cause ne présenterait pas une « dimension communautaire », au sens de l'article 1er, paragraphe 1, précité, du règlement, au motif qu'il n'y aurait pas lieu de tenir compte, pour l'appréciation du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise absorbée, du chiffre d'affaires réalisé au titre de l'activité « charter », dès lors que cette activité aurait été abandonnée antérieurement à l'opération de concentration à l'origine du litige.

88 La requérante estime, en premier lieu, que l'article 5, paragraphe 1, du règlement impose à la Commission, pour vérifier l'applicabilité de l'article 1er, paragraphe 2, de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé par une entreprise, partie à une opération de concentration, du chef de ses activités ordinaires, au cours du dernier exercice clos. Or, il serait constant que Dan Air avait exercé son activité

« charter » au cours du dernier exercice clos. Il convenait donc, selon la requérante, de tenir compte, pour l'évaluation de la « dimension communautaire » de l'opération, du chiffre d'affaires réalisé au titre de ce secteur d'activité.

89 La requérante soutient, en second lieu, que l'abandon, par une entreprise, partie à une opération de concentration, d'un secteur d'activité, ne donne pas lieu à l'application, à son profit, des dispositions de l'article 5, paragraphe 2, précité, du règlement, qui ne concerneraient que les cessions partielles. Alors que la poursuite des activités qui ne font pas l'objet de la cession serait une condition essentielle de l'applicabilité de l'article 5, paragraphe 2, du règlement, l'activité abandonnée au cours du dernier exercice social clos, ou entre la date de clôture de cet exercice et la date de la réalisation de l'opération de concentration, ferait partie intégrante des activités cédées. Tenir compte des modifications survenues postérieurement à la date de clôture de l'exercice de référence ferait perdre tout effet utile à cette notion. C'est pourquoi seules les modifications qui affectent l'entreprise elle-même, par acquisition ou cession d'actifs, seraient à prendre en considération. Cette règle s'imposerait d'autant plus dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, l'abandon, par l'entreprise cédante, d'une partie de ses activités, serait le fait d'une obligation contractuelle qui lui a été imposée par l'entreprise cessionnaire.

90 Selon la requérante, la finalité du critère du chiffre d'affaires de l'année de référence serait de permettre l'identification automatique, et sans contestation possible, du niveau, communautaire ou national, auquel l'évaluation économique de l'opération doit être menée. Or, la date de référence, pour déterminer si cette opération est de dimension communautaire, ne serait pas la même que celle à laquelle la Commission est censée se placer pour procéder à l'évaluation au fond de l'opération, ainsi que le montrerait la décision de la Commission dans l'affaire Accor/Wagons-lits (décision 92/385/CEE de la Commission, du 28 avril 1992, déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration, affaire n° IV/M.126, JO L 204, p. 1). S'agissant d'une notion comptable, le choix de l'exercice social de référence pour l'évaluation de la dimension de l'opération devrait absolument être respecté. En outre, selon la requérante, le passif correspondant à ce secteur d'activité « charter » a été apuré par le cessionnaire.

91 La Commission considère que l'interprétation de l'article 5 du règlement, proposée par la requérante, méconnaît tout à la fois la lettre et l'esprit du règlement, ainsi que la finalité des seuils de chiffre d'affaires, prévus à l'article 1er, paragraphe 2, précité, du règlement, et leur méthode de calcul. Ces seuils auraient pour objet de refléter l'importance réelle de l'opération sur la structure de l'offre. Il s'ensuivrait que le calcul du chiffre d'affaires n'aurait de sens que s'il appréhende les entreprises dans la configuration où elles se trouvent au moment de la concentration. Dès lors, la Commission ne saurait se départir d'une prise en compte de l'importance économique des actifs effectivement cédés. Prendre en considération les activités de Dan Air qui avaient été abandonnées antérieurement à la réalisation de l'opération aurait conduit à une appréciation erronée de l'importance de celle-ci.

92 Si la référence au chiffre d'affaires du dernier exercice clos a pour but de fournir une base claire et incontestable, elle ne saurait cependant conduire à ignorer les changements structurels survenus postérieurement à cette date. La Commission estime que rien, dans l'article 5, paragraphe 2, premier alinéa, précité, du règlement ne vient confirmer l'interprétation restrictive de cette disposition soutenue par la requérante. La disposition en cause ne se soucierait nullement du sort réservé aux parties d'entreprises qui ne font pas l'objet d'une transaction. Dès lors, elle n'exclurait pas davantage les cas où l'activité en cause a été abandonnée antérieurement à la cession que les cas où cette activité a été poursuivie par tel opérateur, autre que l'acquéreur. Au cas particulier, l'activité « charter » de Dan Air aurait bien été abandonnée et la circonstance que BA a repris le passif de Dan Air ne signifierait pas, pour autant, que BA a repris l'actif correspondant à l'activité « charter » de la compagnie rachetée. Dans l'hypothèse où il apparaîtrait cependant que BA a contourné la législation communautaire, la Commission n'hésiterait pas à faire usage, à son égard, des dispositions des articles 8, paragraphe 4, 14 et 15 du règlement. Dans le cas où l'activité serait reprise dans un délai de deux ans, la Commission devrait examiner l'opération dans son ensemble, à la date de la reprise, conformément aux termes de l'article 5, paragraphe 2, deuxième alinéa, précité, du règlement. Enfin, la Commission estime que la solution, préconisée par la requérante, qui consiste à s'en tenir à des données comptables, serait de nature à introduire des inégalités entre les différents États membres, dans la mesure où les règles de présentation des comptes peuvent différer d'un État membre à l'autre.

93 Le Royaume-Uni estime que l'exclusion du chiffre d'affaires correspondant à l'activité « charter » est conforme au règlement, soit que l'on admette que la

transaction litigieuse comportait l'acquisition d'une partie seulement d'une entreprise, au sens de l'article 5, paragraphe 2, précité, du règlement, soit que, à titre subsidiaire, l'on admette que l'entreprise concernée, au sens de l'article 5, paragraphe 1, du règlement, est constituée par les secteurs d'activité acquis. Il serait manifeste que, si, en présence de la même opération de concentration, Dan Air avait continué son activité « charter », la transaction litigieuse aurait relevé de l'article 5, paragraphe 2, du règlement. Il en irait de même si Dan Air avait transféré son activité « charter » à un tiers, autre que BA. Le Royaume-Uni ne voit pas en quoi la solution serait différente, dans le cas d'abandon de l'activité non transférée. L'accord d'acquisition contenait, d'ailleurs, une condition alternative, consistant en une obligation de cession de l'activité ou d'abandon de celle-ci.

94 A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où l'article 5, paragraphe 2, ne serait pas jugé applicable, l'article 5, paragraphe 1, serait alors d'application. En effet, si le règlement ne contient pas de définition de la notion d'entreprise, il y aurait lieu de considérer que le terme vise une unité économique. En l'espèce, la partie de Dan Air qui a cessé d'être indépendante et qui est passée sous le contrôle de BA serait celle qui comprenait les activités de Dan Air autres que l'activité « charter ». Cette partie de l'activité était immédiatement identifiable par son chiffre d'affaires et doit, selon la partie intervenante, être considérée comme l'entreprise concernée, au sens de l'article 5 du règlement.

95 BA estime qu'elle n'a acquis qu'une partie de l'entreprise Davies et Newman et que, par suite, seul le chiffre d'affaires de cette partie de l'entreprise doit être imputé au cédant, en application de l'article 5, paragraphe 2, précité, du règlement. Au cas particulier, l'entreprise Davies et Newman qui est passée sous le contrôle de BA serait constituée de l'ensemble des personnels et des biens nécessaires à la poursuite, par Dan Air, de ses seules activités de services réguliers. Celle-ci serait « l'entreprise concernée », du point de vue de Davies et Newman, et seul le chiffre d'affaires de cette entreprise devrait être pris en compte.

96 Selon BA, la circonstance que l'abandon de l'activité serait volontaire est sans pertinence dès lors que, à la suite de leur cession, les créneaux horaires, les personnels et les aéronefs nécessaires pour permettre le redémarrage des activités « charter »

de Davies et Newman ne sont pas passés sous le contrôle de BA. De plus, si, contrairement à l'argumentation qui précède, l'étendue de l'entreprise Davies et Newman devait être appréciée à une date antérieure à celle de la réalisation de l'opération, il serait clair que BA n'a pas acquis la totalité de cette entreprise et que, par suite, les dispositions de l'article 5, paragraphe 2, précitées, du règlement doivent recevoir application.

Appréciation du Tribunal

97 Le Tribunal rappelle, à titre liminaire, que, selon les dispositions pertinentes du règlement, déjà citées, d'une part, aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, « le présent règlement s'applique à toutes les opérations de concentration de dimension communautaire... »; aux termes de l'article 4, paragraphe 1, « les opérations de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission dans le délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Le délai commence à courir à compter de la survenance du premier de ces événements ».

98 Le Tribunal rappelle, d'autre part, que, selon les termes de l'article 3 du règlement, une opération de concentration « est réalisée ... lorsque ... une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ... acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises » et que, aux termes de l'article 1er, paragraphe 2, du règlement, « aux fins de l'application du présent règlement, une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque ... le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus et ... le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre ».

99 Il résulte de la combinaison de l'ensemble des dispositions précitées que répondre à la question de savoir si l'opération d'acquisition de Dan Air par BA était une opération de « dimension communautaire », au sens de ces dispositions, revient à rechercher si l'opération d'acquisition, telle que stipulée à l'accord du 23 octobre 1992, précité, devait être notifiée à la Commission. En effet, à cette date, l'accord de volontés entre le cessionnaire et le cédant était parfait et, par suite, cet accord constituait, en l'espèce, dans l'hypothèse où l'opération aurait présenté une « dimension communautaire », le point de départ du délai de notification, tel que prévu à l'article 4, paragraphe 1, précité, du règlement.

100 A cet égard, le Tribunal observe, tout d'abord, que, si l'acquisition partielle d'une entreprise n'est, en règle générale, possible que pour autant que le contrat d'acquisition concerne des éléments de l'actif immobilisé, et non l'acquisition des éléments de l'actif financier, il ressort des stipulations de l'accord du 23 octobre 1992 et notamment de son article 2, intitulé « agreement to sell the shares and assets », que ce contrat a pour objet, tout à la fois, la cession à BA du portefeuille de titres détenus par Davies et Newman, ainsi que la cession de certains des actifs immobilisés constitutifs de l'entreprise. Il ressort, par ailleurs, clairement de la condition prévue à l'article 4.1.5 de l'accord, précité, — laquelle, qualifiée à tort de condition résolutoire par la requérante, constitue, en réalité, une condition suspensive — que les parties ont, dès le 23 octobre 1992, entendu subordonner l'exécution du contrat d'acquisition à la condition que les actifs correspondant à l'exercice de l'activité « charter » ne seraient pas acquis par le cessionnaire, soit que le cédant cède ces actifs à un tiers, soit qu'il fasse lui-même son affaire de la cessation d'activité de ce secteur. En subordonnant la date d'effet de l'accord à la réalisation, notamment, de la condition prévue à son article 4.1.5, les parties ont donc clairement entendu exclure le secteur d'activité « charter » de l'objet du contrat d'acquisition. Par suite et dès lors qu'en outre BA s'est engagée, envers la Commission, le 28 octobre 1992, à ne pas mettre en œuvre la clause prévue à l'article 4.2, précité, de l'accord, lui permettant de renoncer à la condition suspensive précédemment analysée (« waiver »), l'article 4.1.5 doit être interprété comme ayant pour effet de restreindre l'objet de l'accord à l'acquisition des actifs de Davies et Newman autres que ceux nécessaires à l'exercice des activités du département « charter », c'est-à-dire aux seuls éléments d'actifs nécessaires à l'exercice du secteur « vols réguliers » et des autres filiales du groupe (voir ci-dessus, point 1).

101 Le Tribunal rappelle que, aux termes de l'article 5, déjà cité, du règlement, « ... le chiffre d'affaires total visé à l'article 1er, paragraphe 2, comprend les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires... Par dérogation au paragraphe 1, lorsque l'acquisition consiste en parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef du ou des cédants... ».

102 Il résulte de l'économie générale de cette disposition que le législateur communautaire a entendu que, dans le cadre de la mission qui lui est conférée en matière de contrôle des concentrations, la Commission n'intervienne que si l'opération projetée atteint une certaine taille économique, c'est-à-dire une « dimension communautaire ». La finalité de l'article 5, paragraphe 2, du règlement est donc de saisir la dimension réelle de l'opération de concentration, aux fins d'examiner si, eu égard aux parties d'entreprises effectivement acquises, qu'elles soient ou non constituées sous forme d'entités juridiques, l'opération projetée est de « dimension communautaire », au sens de l'article 1er, précité, du règlement.

103 Au regard de cette finalité de l'article 5, paragraphe 2, du règlement, et bien que cet article ne se réfère pas expressément à la notion de cessation d'activités, le Tribunal estime que les notions de « cession partielle » et de « cessation partielle » d'activités sont assimilables, dans la mesure où elles permettent, toutes deux, d'apprécier, avec précision, l'objet, la consistance et l'étendue exacts de la concentration projetée. Il en résulte que seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties de l'entreprise effectivement acquises doit être pris en compte pour apprécier la dimension de l'opération projetée. Il y a donc lieu de ne se référer au chiffre d'affaires du dernier exercice social que dans la limite des parties d'entreprise réellement acquises.

104 Or, il résulte de l'analyse du contrat d'acquisition, conclu entre BA et Davies et Newman, le 23 octobre 1992, telle que précédemment effectuée, que ce contrat exclut expressément de son objet, par le jeu de la condition suspensive de

l'article 4.1.5, précédemment analysée, les actifs nécessaires à l'exercice de l'activité « charter ». En limitant ainsi, par voie de conséquence, la portée de l'opération de concentration à certains des éléments d'actifs de l'entité acquise, le contrat d'acquisition confère à cette opération le caractère d'une acquisition partielle, au sens de l'article 5, paragraphe 2, précité, du règlement, portant sur les éléments d'actifs immobilisés d'une partie de l'entreprise. Il est constant, en effet, que, postérieurement à la réalisation de l'opération de concentration, l'entreprise cessionnaire n'est pas, économiquement, constituée par la somme des entreprises parties à l'opération de concentration, dès lors que BA, dans sa nouvelle configuration, ne comprend pas les actifs qui, antérieurement à la réalisation de cette opération, étaient nécessaires à Davies et Newman pour l'exercice des activités « charter » de Dan Air. Ce constat n'est pas susceptible d'être remis en cause, au motif que le cessionnaire aurait apuré le passif du cédant, y compris celui du secteur des activités « charter ».

105 En application des dispositions, précitées, de l'article 5, paragraphe 2, du règlement, seul le chiffre d'affaires des secteurs d'activité faisant effectivement l'objet de la transaction devait donc être pris en considération pour l'appréciation de la « dimension communautaire » de l'opération. Or, il n'est pas contesté que le chiffre d'affaires ainsi déterminé, c'est-à-dire le chiffre d'affaires se rapportant à la seule partie de Davies et Newman acquise par BA, apprécié à la date de clôture du dernier exercice social, tel que communiqué à la Commission, par BA, dans la fiche de calculs, elle-même annexée à la correspondance du 16 octobre 1992, susmentionnée, est inférieur au seuil prévu par les dispositions, précitées, de l'article 1er, paragraphe 2, du règlement.

106 Si, en l'espèce, il apparaît que la concentration ne s'est effectivement produite qu'au moment de la réalisation de la dernière des conditions suspensives stipulées à l'accord du 23 octobre 1992, c'est-à-dire à une date comprise entre le 2 et le 8 novembre 1992, le Tribunal estime que la Commission, au vu de l'ensemble des stipulations du contrat, ainsi que des engagements souscrits par BA, a pu, à bon droit, dès le 30 octobre 1992, date de l'acte attaqué, procéder à l'appréciation de la « dimension communautaire » de l'opération, aux fins de déterminer si l'opération projetée devait, ou non, être notifiée, avant même la réalisation de la dernière condition suspensive.

107 Le Tribunal relève, au surplus, que, comme l'a souligné la Commission, dans l'hypothèse où il apparaîtrait que, en faisant usage de la notion de cessation partielle d'activités, un opérateur économique entendrait, en réalité, procéder à un détournement des dispositions du règlement, la Commission disposerait des moyens prévus par le règlement pour mettre un terme à une telle situation, notamment, en ses articles 8, paragraphe 4, 14 et 15. En tout état de cause, telle n'est pas la situation de l'espèce, dès lors qu'il est constant que les stipulations du contrat, notamment la cessation définitive, par Dan Air, de son secteur « charter », ainsi que les engagements souscrits par BA, ont été scrupuleusement respectés.

108 De l'ensemble de ce qui précède, il résulte que le premier moyen d'annulation invoqué par la requérante doit être rejeté.

En ce qui concerne le deuxième moyen d'annulation, tiré de la violation du principe général de sécurité juridique dans l'application de l'article 1 er, paragraphes 1 et 2, et de l'article 5, paragraphes 1 et 2, du règlement

109 Ce moyen est articulé en deux branches: la requérante soutient, d'une part, que la notion d'abandon d'activité ne correspond à aucune notion juridique ou économique précise et qu'en y ayant eu recours la Commission a violé le principe général de sécurité juridique et, d'autre part, que celle-ci aurait dû, au contraire, user des pouvoirs qu'elle tient du règlement, et notamment de son article 8, paragraphe 2, pour, le cas échéant, imposer au cessionnaire la cessation définitive des activités « charter ».

110 La Commission, à titre préliminaire, s'interroge sur l'articulation entre les deux premiers moyens d'annulation soulevés par la requérante. En effet, dans l'hypothèse où le Tribunal rejetterait le premier moyen, il faudrait en déduire que la Commission a correctement interprété l'article 5 du règlement. Or, l'application exacte d'un texte de droit communautaire ne saurait être constitutive d'une

violation du principe général de sécurité juridique. Par ailleurs, la notion d'abandon d'activité serait dépourvue de toute ambiguïté. Il serait donc sans conséquence que le règlement ne se réfère pas expressément à cette hypothèse, dès lors qu'il la recouvrirait incontestablement.

111 Les parties intervenantes n'ont pas présenté d'observations à cet égard.

112 Le Tribunal estime, s'agissant de la première branche du moyen, et outre ce qui a été dit ci-dessus, au point 103, que la notion d'abandon ou de cessation d'activité est une pure question de fait et que, par suite, la prétendue violation du principe de sécurité juridique, résultant de la prise en considération de l'abandon de l'activité « charter », ne peut être qu'écartée.

113 S'agissant de la seconde branche du moyen, il convient de rappeler, en tout état de cause, qu'il n'appartient pas au juge, dans le cadre du contentieux de l'annulation, de substituer sa propre appréciation à celle de la Commission et de statuer sur la question de savoir si celle-ci devait, par la voie de l'article 8, paragraphe 2, du règlement, imposer une telle cessation de l'activité, alors surtout que cette disposition du règlement concerne l'examen au fond de la compatibilité de la concentration projetée avec le marché commun, auquel procède la Commission, en présence d'une opération préalablement notifiée (voir, en dernier lieu, l'arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, SIV e.a./Commission, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, points 319 et 320).

114 Par suite, le deuxième moyen d'annulation doit être également écarté.

En ce qui concerne le troisième moyen d'annulation, tiré de la méconnaissance du principe général de bonne administration, ainsi que de la violation des articles 155 et 190 du traité

115 Ce moyen est également articulé en deux branches. La requérante fait grief à la décision litigieuse d'être intervenue, d'une part, sans consultation des États membres ou des entreprises tierces intéressées et, d'autre part, en violation de l'article 190 du traité. En effet, en premier lieu, le principe général de bonne administration aurait imposé que la Commission s'entourât d'avis, en vue de trancher en pleine connaissance de cause une question de principe, alors même qu'elle n'aurait été expressément tenue à une telle consultation par aucun texte. En second lieu, l'obligation de motivation, prévue à l'article 190 du traité, participerait du principe général des droits de la défense (arrêt de la Cour du 4 juillet 1963, Allemagne/Commission, 24/62, Rec. p. 129). En s'abstenant de toute référence pertinente au règlement, la Commission aurait manqué à cette obligation. Par suite, la décision attaquée serait entachée d'un défaut de motivation, dès lors que les véritables motifs sur lesquels elle repose ne se seraient révélés que postérieurement à la date du 30 octobre 1992. Ainsi, le raisonnement sur lequel repose la déclaration attaquée ne serait pas compréhensible, au seul vu de cette déclaration.

116 La Commission, se référant à la jurisprudence de la Cour, considère, en premier lieu, qu'elle n'avait aucune obligation de consulter les États membres ou les entreprises intéressées, avant d'émettre une opinion sur le rachat de Dan Air par BA. En second lieu, la Commission soutient que, en tout état de cause, le grief tiré du défaut de motivation procède d'une confusion entre la motivation formelle de la décision et le bien-fondé de cette motivation. En l'espèce, la Commission soutient avoir suffisamment exposé les raisons pour lesquelles elle a estimé que l'entreprise, objet de l'opération d'acquisition, ne réalisait pas, sur le territoire communautaire, un chiffre d'affaires de 250 millions d'écus. Le point de savoir si ces motifs sont exacts et de nature à justifier l'incompétence de la Commission relèverait du contrôle de la légalité interne de l'acte.

117 Le Royaume-Uni estime que le règlement n'impose pas à la Commission de consulter les États membres, avant de décider de sa propre compétence à l'égard d'une opération de concentration. Les droits des États membres seraient fixés à l'article 19 du règlement et ceux des tiers à son article 18, paragraphe 4. Aucun de ces deux articles ne serait applicable, en l'absence de notification de l'opération.

118 La partie intervenante BA n'a pas présenté d'observations à cet égard.

119 Le Tribunal rappelle, s'agissant de la première branche du moyen, que, comme la Cour l'a jugé dans son arrêt du 15 mai 1975, Frubo/Commission (71/74, Rec. p. 563), ce serait soumettre la Commission à un formalisme excessif et retarder inutilement les procédures que de la contraindre à l'accomplissement d'une formalité de consultation, lorsque, comme en l'espèce, les textes applicables à la matière considérée n'imposent pas à l'institution une telle obligation de consultation. Dès lors, le Tribunal estime qu'aucun principe général de droit ne saurait conduire le juge communautaire à imposer à la Commission une obligation de consultation, qui, comme en l'espèce, n'est prévue par aucun texte.

120 S'agissant de la seconde branche du moyen, le Tribunal estime que, comme l'a souligné, à juste titre, la Commission, elle procède d'une confusion entre un grief tiré du défaut de motivation de la décision et la question du bien-fondé de cette motivation. En l'espèce, le Tribunal considère que, ainsi d'ailleurs que l'établit suffisamment le présent recours lui-même, par lequel la requérante a été parfaitement à même de discuter la validité de l'interprétation du règlement exposée dans la déclaration attaquée, celle-ci est clairement et suffisamment motivée, par référence à l'absence de « dimension communautaire » de l'opération et par l'exposé du raisonnement juridique et économique sur lequel repose cette déduction.

121 Par suite, le troisième moyen de la requête doit également être rejeté.

En ce que concerne le quatrième moyen d'annulation, tiré de la violation du principe général d'égalité

122 La requérante soutient que, préalablement à l'adoption de la déclaration attaquée, la Commission a organisé une consultation avec le Royaume-Uni ou consenti à participer à une telle consultation, dont les autres États membres, et en particulier la République française, ont été, à tort, exclus. Or, le principe général d'égalité devrait être étendu aux États membres, dans leurs relations avec la Commission. Dès lors, la requérante aurait intérêt à se prévaloir d'un moyen se rapportant à l'absence de consultation de son propre gouvernement.

123 La Commission affirme qu'il n'a été procédé à aucune négociation tripartite entre le Royaume-Uni, BA et elle-même. L'envoi à l'OFT de la copie de la lettre qu'elle a adressée à BA le 30 octobre 1992 témoignerait seulement de l'esprit de coopération avec les autorités nationales compétentes en matière de concurrence dans lequel travaille l'institution communautaire. Tout en admettant que la Cour de justice a expressément consacré le principe de l'égalité de traitement entre les États membres au regard du droit communautaire (arrêt de la Cour du 29 mars 1979, Commission/Royaume-Uni, 231/78, Rec. p. 1447, point 17), la Commission doute cependant que les particuliers puissent se prévaloir de ce principe qui ne concerne que les relations entre les États membres et les Communautés.

124 Les parties intervenantes n'ont pas présenté d'observations à cet égard.

125 Le Tribunal estime que ce moyen manque en fait, dès lors que, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort nullement des pièces du dossier que la Commission a consulté le gouvernement du Royaume-Uni, préalablement à l'adoption de la déclaration contestée. Ce moyen ne peut donc qu'être rejeté, sans qu'il soit besoin d'examiner ni sa recevabilité, au regard de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure, ni la question de savoir si les personnes physiques ou morales sont recevables à se prévaloir d'une violation du principe d'égalité de traitement entre États membres.

126 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le recours doit être rejeté.

Sur les dépens

127 En vertu de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La partie requérante ayant succombé en ses conclusions et la Commission ayant conclu en ce sens, il y a lieu de la condamner aux dépens, y compris ceux exposés par la partie intervenante British Airways.

128 Aux termes de l'article 87, paragraphe 4, dudit règlement, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs propres dépens. Dans ces conditions, le Royaume-Uni supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre)

déclare et arrête:

1) Le recours est rejeté.

2) La partie requérante supportera l'ensemble des dépens, y compris ceux de la partie intervenante British Airways.

3) Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord supportera ses propres dépens.

Cruz Vilaça Briët Barrington

Saggio Biancarelli

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 24 mars 1994.

Le greffier Le président

H. Jung J. L. Cruz Vilaça