# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 7 décembre 1995 *

## Introduction

1. La présente demande préjudicielle soulève un certain nombre de questions relatives à l'interprétation du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ci-après le « traité CECA »), aux rapports entre ce traité et le traité instituant la Communauté européenne (ci-après le « traité CE »), à l'applicabilité directe des dispositions des traités, au statut devant les juridictions nationales de mesures prises par la Commission et à l'existence d'une compensation pour atteinte aux droits des personnes sous couvert de dispositions du traité directement applicables. Or, ces questions sont reliées et, dans le cadre de la présente affaire, la réponse aux premières affecte la pertinence des suivantes. La décision rendue par la Cour dans une affaire similaire, Banks [1], donne une ligne directrice sur plusieurs de ces questions.

## Faits et procédure

2. La présente demande préjudicielle à la Cour, formée au titre des articles 177 du traité CE et 41 du traité CECA [2] par M. le juge Cresswell de la High Court of Justice of England and Wales (Queen's Bench Division, Commercial Court), a pour origine une action intentée par un certain nombre de petits exploitants miniers du sud du pays de Galles contre PowerGen plc et National Power plc. Les demandeurs au principal sont des membres de la South Wales Small Mines Association (ci-après la « SWSMA »), laquelle fait partie de la Federation of Small Mines of Great Britain (ci-après la « FSMGB »). Ces deux organisations défendent les intérêts des propriétaires de mines de fond de faible importance. Les demandeurs extraient du charbon sous couvert de licences octroyées par British Coal Corporation (ci-après « British Coal ») [3]. PowerGen plc et National Power plc (ci-après respectivement « PowerGen » et « National Power ») sont des producteurs d'électricité qui ont succédé au Central Electricity Generating Board (ci-après le « CEGB ») qui était chargé d'assurer l'approvisionnement en électricité de l'Angleterre et du pays de Galles et qui a été scindé en plusieurs sociétés et privatisé pour l'essentiel à compter du 1er avril 1990 [4]. Les demandeurs soutiennent que National Power et PowerGen ont succédé au CEGB dans certains de ses droits et certaines de ses responsabilités nés avant cette date, y compris pour le paiement

* Langue originale: l'anglais.

1 — Arrêt du 13 avril 1994 (C-128/92, Rec. p. I-1209).

2 — Pour améliorer la lisibilité, les dispositions des traités sont citées sous forme abrégée. Par exemple, l'article 86 du traité CE et l'article 63 du traité CECA sont désignés respectivement comme l'article 86 CE et l'article 63 CECA.

3 — Au titre de la section 36(2)(a) du Coal Industry Nationalisation Act de 1946.

4 — Les deux autres successeurs du CEGB sont National Grid Co. plc et Nuclear Electric plc.

de l'indemnisation pécuniaire réclamée dans la présente procédure [5].

3. British Coal est une « statutory corporation » qui possède la plus grande partie des réserves de charbon de Grande-Bretagne [6] et est de loin le principal fournisseur de charbon de l'industrie thermoélectrique [7] dans ce pays. Elle a été jointe à la procédure au principal, en tant que tierce partie, à la requête de National Power, qui demande à être couverte, au moins en partie, pour l'indemnisation qu'elle devrait éventuellement verser aux demandeurs.

4. Le litige porte sur les conditions auxquelles le CEGB a acquis du charbon auprès des petits exploitants miniers entre 1985 et le 31 mars 1990. Les demandeurs soutiennent que ces conditions, en ce qui concerne la sécurité contractuelle, les volumes enlevés et les prix, étaient très inférieures à celles accordées au principal fournisseur, British Coal. Ce dernier disposait de contrats à long terme avec le CEGB pour la vente de certaines quantités de son charbon à des prix plus élevés. En 1986, British Coal a notifié à la Commission les conditions de ces accords avec le CEGB. British Coal, National Power et PowerGen sont parvenus à de nouveaux accords relatifs aux prix, prenant effet le 1er avril 1990. A la suite de la notification à la Commission et de leur publication sous la forme d'un résumé [8], ces accords ont été approuvés par lettre d'approbation de la Commission du 24 octobre 1990.

5. Seuls les trois principaux petits exploitants miniers vendaient directement au CEGB; les autres demandeurs fournissaient des entreprises qui mélangeaient des charbons de diverses origines (y compris provenant de British Coal pour une faible partie) afin de parvenir à la composition combustible la plus appropriée, et pouvaient ensuite le revendre au CEGB en plus grande quantité que les petits exploitants miniers auraient pu le faire. Le CEGB achetait aussi une petite quantité de charbon importée.

6. Selon les demandeurs, la différence de traitement entre British Coal et eux-mêmes est tout à fait disproportionnée aux économies d'échelle et de sécurité que le premier pouvait procurer au CEGB. Il est fait grief à British Coal d'avoir inspiré ces pratiques d'achat discriminatoires. Celles-ci, ainsi que d'autres [9], ont fait l'objet d'un dépôt de plainte devant la Commission par la FSMGB et la National Association of Licensed Open Cast Operators (ci-après la « NALOO ») en mars 1990, sur la base des articles 85 et 86 CE et 63, paragraphe 1, 65 et 66, paragraphe 7, CECA. Une plainte de la SWSMA a suivi le 5 juin 1990, au titre de l'article 3 du

5 — Les demandeurs invoquent la section 66(1) de l'Electricity Act de 1989.

6 — En vertu du Coal Industry Nationalisation Act de 1946.

7 — Le secteur de la production d'électricité utilise aussi le pétrole, le gaz, l'énergie nucléaire et les énergies renouvelables.

8 — JO 1990, C-191, p. 9.

9 — La plainte visait aussi les politiques de British Coal concernant l'octroi de licences aux exploitants de mines indépendants. L'affaire Banks, précitée, portait sur cet aspect de la plainte. En l'espèce, les demandeurs avaient invoqué en vain l'applicabilité directe des articles 60, 65 et 66, paragraphe 7, CECA; voir ci-après la discussion, au point 26.

règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 [10], invoquant seulement l'article 86 CE contre le prétendu abus de position dominante (ou de position dominante conjointe après le 1er avril 1990) de la part du CEGB et de ses successeurs.

7. La Commission avait déclaré d'abord dans une lettre du 28 août 1990 à la représentation permanente du Royaume-Uni qu'elle estimait que la plainte de la FSMGB et de la NALOO était tout à fait fondée sur un certain nombre de points, dont la prétendue discrimination systématique appliquée par PowerGen et National Power entre British Coal et les petits exploitants miniers. A cet égard, elle déclarait qu'elle envisageait d'adresser aux autorités britanniques la recommandation appropriée prévue à l'article 63, paragraphe 1, CECA. Le ministère de l'Energie du Royaume-Uni a fait ensuite à la NALOO, à la FSMGB et à la SWSMA des propositions au nom de British Coal, de PowerGen et de National Power, en vue de régler le différend soulevé par ces plaintes. Les propositions étaient subordonnées au retrait des plaintes et à la renonciation à tout droit à indemnisation pour la période antérieure au 1er avril 1990. Ces conditions ont été rejetées, mais les sociétés d'électricité ont mis en vigueur unilatéralement les conditions d'achat de charbon envisagées, plus favorables, avec effet rétroactif au 1er avril 1990.

8. La Commission a rejeté les deux plaintes dans une lettre du 23 mai 1991. Elle estimait que les plaintes au titre des articles 63 et 66, paragraphe 7, CECA et 85 et 86 CE étaient justifiées dans la mesure où elles concernaient la situation postérieure au 1er avril 1990, date à laquelle les nouveaux contrats de fournitures de charbon sont entrés en vigueur, mais que les nouvelles conditions d'achat proposées par le gouvernement du Royaume-Uni mettraient un terme à la violation [11]. La décision ne concernait pas les contrats d'achat de charbon du CEGB pour la période antérieure au 1er avril 1990. La décision de la Commission concluait que l'article 63 CECA s'appliquait aux contrats et que National Power et PowerGen étaient conjointement en position dominante pour l'achat du charbon en Angleterre et au pays de Galles, marché où il n'y avait guère d'autres acheteurs industriels.

9. La présente affaire a été engagée le 11 juin 1991, devant la Commercial Court of the Queen's Bench Division of the High Court of Justice of England and Wales. Il était réclamé des dommages aux quatre sociétés qui ont succédé au CEGB pour des violations alléguées de l'article 86 CE par ce dernier et concernant ses contrats d'achat de charbon de 1985 au 31 mars 1990. Le recours a été ensuite radié en ce qui concerne deux de ces sociétés (National Grid Co. plc et Nuclear Electric plc) en raison de la manière dont le passif du CEGB avait été réparti lors de la réorganisation de l'industrie d'approvi-

10 — Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, 13, p. 204).

11 — La décision de la Commission, exposée dans la même lettre, et selon laquelle les accords de licence modifiés par British Coal ne comportaient pas de violation de l'article 66, paragraphe 7, CECA fait actuellement l'objet d'un recours en annulation introduit par la NALOO devant le Tribunal de première instance (T-57/91). Cette affaire a été suspendue par le président du Tribunal de première instance, conformément à l'article 47 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CECA, jusqu'à ce que la Cour ait rendu son arrêt dans l'affaire Banks, et est maintenant en cours d'examen.

sionnement en électricité. Les demandeurs ont obtenu par la suite de la High Court l'autorisation d'étendre la portée de leur action aux fins d'y inclure des moyens fondés sur les articles 4 et 63, paragraphe 1, CECA.

10. Les principaux moyens invoqués par les parties devant la juridiction nationale sont les suivants:

i) les demandeurs soutiennent que le CEGB a pratiqué à leur égard une discrimination illicite pendant la période concernée; National Power et PowerGen réfutent toute accusation de discrimination illicite contraire aux articles 86 CE ou aux articles 4 ou 63, paragraphe 1, CECA;

ii) les demandeurs soutiennent que les articles 86 CE et 63 CECA peuvent s'appliquer simultanément à la même matière, et que National Power et PowerGen sont tenus par les conclusions en ce sens de la décision de la Commission du 23 mai 1991; National Power et PowerGen répliquent que toute discrimination illégale de la part du CEGB tomberait exclusivement dans le champ de l'article 63 CECA, que la décision de la Commission du 23 mai 1991 avait conclu au rejet de la plainte, de sorte que les défendeurs n'auraient pu contester toute définition y incluse de la loi applicable ou toute violation de celle-ci, et que la décision ne se prononçait pas sur le point de savoir si les conclusions des demandeurs étaient régies par l'article 86 CE ou par l'article 63 CECA, ni sur l'interprétation correcte de l'article 232, paragraphe 1, CE, ni sur l'existence d'une discrimination illégale contraire soit à l'article 86 CE, soit à l'article 63, paragraphe 1, CECA au cours de la période en cause;

iii) les demandeurs soutiennent que l'article 86 CE s'applique même si l'article 63 CECA ne s'applique pas, que l'article 4 CECA est d'application directe et peut fonder une action en indemnisation devant une juridiction nationale et que l'article 63 CECA, seul ou en combinaison avec l'article 4 CECA, est directement applicable et peut fonder une action en indemnisation devant une juridiction nationale; National Power et PowerGen ont réfuté tous ces moyens.

11. La High Court of justice of England and Wales a rendu une ordonnance de renvoi le 13 janvier 1994, invitant la Cour à statuer à titre préjudiciel sur cinq questions; une sixième a été ajoutée le 12 mai 1994. Le texte des questions est le suivant:

« 1) Lorsqu'il est reproché à un opérateur, autre qu'une entreprise, au sens de l'article 80 du traité CECA, acquérant du charbon pour son propre usage, d'avoir exercé une discrimination en

matière de prix, de volume ou quant aux autres conditions d'achat, à l'encontre du charbon produit par deux ou plusieurs entreprises, au sens de l'article 80 du traité CECA, ce grief doit-il s'apprécier à la lumière du traité CECA, du traité CE ou des deux?

d) le droit communautaire requiert-il qu'une personne à l'égard de laquelle existe une telle obligation puisse obtenir réparation du non-respect de cette obligation et, si oui, dans quelles conditions?

2) Si et dans la mesure où ce grief doit s'apprécier à la lumière du traité CECA:

a) l'article 4 et/ou l'article 63, paragraphe 1, du traité CECA sont-ils la source de quelque obligation incombant à cet acheteur?

b) si oui, l'exécution de cette obligation peut-elle être poursuivie devant une juridiction nationale?

c) une telle obligation, dont l'exécution peut être poursuivie, existe-t-elle à l'égard d'un producteur de charbon et, si oui, dans quelles conditions? En particulier, une telle obligation existe-t-elle à l'égard d'un producteur vendant son charbon à un opérateur indépendant qui le mélange à du charbon d'autres provenances afin d'obtenir un mélange qu'il vend lui-même à l'acheteur?

3) Si et dans la mesure où ce grief doit s'apprécier à la lumière du traité CE:

a) l'article 86 du traité CE est-il la source, pour l'acheteur, de quelque obligation à l'égard d'un producteur de charbon, obligation dont l'exécution puisse être poursuivie devant une juridiction nationale et, si oui, dans quelles conditions? En particulier, une telle obligation existe-t-elle à l'égard d'un producteur vendant son charbon à un opérateur indépendant qui le mélange à du charbon d'autres provenances afin d'obtenir un mélange qu'il vend lui-même à l'acheteur?

b) le droit communautaire requiert-il qu'une personne à l'égard de laquelle existe une telle obligation puisse obtenir réparation du non-respect de cette obligation et, si oui, dans quelles conditions?

c) pour déterminer si un abus prétendu a l'effet requis sur les échanges entre les États membres, l'effet concerné doit-il s'apprécier exclusivement par référence aux marchés potentiels accessibles au charbon produit par les parties invoquant une violation de l'article 86 et vendu par elles à des opérateurs le mélangeant à du charbon d'autres provenances ou à un opérateur acquérant du charbon pour son propre usage ou par référence à d'autres critères et, si oui, lesquels?

4) Dans quelle mesure les réponses aux questions 2 et/ou 3 ci-dessus dépendent-elles, le cas échéant:

a) d'une décision antérieure de la Commission, de l'existence d'une recommandation adressée à l'État membre concerné et/ou d'une violation ultérieure de mesures d'exécution nationales; et/ou

b) de l'adoption d'autres mesures ou de l'accomplissement d'autres procédures, et, si oui, lesquelles?

5) Jusqu'à quel point la décision de la Commission contenue dans sa lettre du 23 mai 1991, dans la mesure où elle concerne la livraison de charbon aux producteurs d'électricité, a-t-elle, le cas échéant, une influence déterminante sur la solution des questions de fait ou de droit soulevées dans le contexte de la présente procédure engagée devant la juridiction nationale, eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles cette décision a été adoptée?

6) Lorsqu'il est reproché à un producteur de charbon, constituant une entreprise, au sens de l'article 80 du traité CECA, d'être à l'origine d'une discrimination telle que définie dans la question 1 ou d'avoir participé à l'exercice de celle-ci, au préjudice d'autres entreprises produisant du charbon, discrimination résultant des prix et conditions auxquels cette première entreprise vendait son charbon à l'acheteur visé par la question 1, ce grief doit-il s'apprécier à la lumière du traité CECA, du traité CE ou des deux? »

Ainsi que nous l'avons dit, il y a un rapport étroit entre ces questions et les réponses à certaines déterminent la pertinence d'autres dans la présente espèce. Notamment, la réponse à la première question sera déterminante pour la réponse aux suivantes.

12. Au sens de l'article 80 CECA, une entreprise (ci-après l'« entreprise CECA ») est définie comme « exerçant une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier ... et, en outre, en ce qui concerne

les articles 65 et 66 ainsi que les informations requises pour leur application et les recours formés à leur occasion, les entreprises ou organismes qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente au consommateur domestique ou à l'artisanat ». Il est clair que les demandeurs et British Coal sont des entreprises CECA. Il est tout aussi clair que National Power et PowerGen ne le sont pas; il va de soi que le CEGB ne l'était pas non plus.

*La première question*

13. Il est nécessaire, pour répondre à cette question, de considérer un certain nombre de questions subsidiaires, que nous examinerons dans l'ordre suivant:

i) Quelle est la portée de l'article 63, paragraphe 1, CECA? Régit-il en tout ou en partie les faits de la présente affaire tels que décrits par la juridiction de renvoi?

ii) Quel est le rapport entre les articles 63, paragraphe 1, et 4, sous b), CECA? L'article 4, sous b), est-il susceptible d'être appliqué indépendamment, que ce soit de façon simultanée ou par défaut?

iii) L'article 232, paragraphe 1, CECA permet-il en l'espèce l'application, simultanée ou par défaut, de l'article 86 du traité?

i) La portée de l'article 63, paragraphe 1, CECA

14. Selon l'article 63, paragraphe 1, CECA:

« Si la Commission constate que des discriminations sont systématiquement exercées par des acheteurs, notamment en vertu de clauses régissant les marchés passés par des organismes dépendant des pouvoirs publics, elle adresse aux gouvernements intéressés les recommandations nécessaires » [12].

15. Les demandeurs ont mis en avant deux importantes limitations à l'interprétation de cet article. Premièrement, ils soutiennent que l'article 63, paragraphe 1, ne concerne que la discrimination par les *prix*, et non pas des questions telles que le volume de charbon à livrer ou les conditions des contrats de livraison. Même si le libellé de l'article n'en limite pas ainsi la portée, il est inséré au chapitre 5 (intitulé « Prix ») du titre III. Deuxièmement, ils font valoir que, dans le cadre du chapitre 5 dans son ensemble, et à la lumière de l'article 63, paragraphe 2 et 3 CECA en particulier, le terme « acheteur » au paragraphe 1 du même article ne vise que « l'acheteur pour revente ». Dans ces conditions, l'article ne s'appliquerait nullement à ceux

12 — Selon l'article 14 CECA, les recommandations présentent les mêmes caractéristiques que les directives CE: elles « comportent obligation dans les buts qu'elles assignent, mais laissent à ceux qui en sont l'objet le choix des moyens propres à atteindre ces buts ».

qui achètent pour leurs besoins propres, comme les parties défenderesses.

16. Aucun de ces arguments ne nous convainc. Un titre donne une indication sur la nature d'un chapitre, mais n'en détermine pas la portée exacte. Parfois, les dispositions du chapitre 5 se réfèrent expressément aux seuls prix et parfois elles portent sur des matières qui leur sont connexes, telles que les conditions de vente [13].

17. Chose plus importante, il est impossible de déterminer si la fixation d'un prix particulier constitue une discrimination (dans le sens d'une activité dépourvue de justification objective) sans se reporter aux autres conditions des contrats comparés. C'est pour cette raison que l'affirmation de la Cour dans l'affaire Banks selon laquelle la situation de l'article 60 au chapitre 5 du titre III du traité CE « montre qu'il ne concerne que les pratiques déloyales et les pratiques discriminatoires en matière de prix des produits » [14] limite la portée de l'article 63, paragraphe 1. En outre, la Cour, dans son étude de l'article 60 CECA, s'intéressait principalement au fait que l'activité de British Coal concernait l'octroi de licences d'extraction et non pas la vente des produits.

13 — Voir les articles 60, paragraphe 2, sous a), et 63, paragraphe 2, sous a), CECA.

14 — Arrêt Banks, précité, point 13.

18. La définition des pratiques discriminatoires à l'article 60, paragraphe 1 CECA comme « l'application ... de conditions inégales à des transactions comparables » vaut également pour l'article 63, bien que, selon nous, il convient d'y inclure aussi la situation inverse dans laquelle des conditions similaires sont appliquées à des transactions qui ne sont pas comparables [15], et exige que des différences de conditions soient proportionnées à des différences entre les transactions [16]. Aux fins de l'article 63, paragraphe 3 (qui permet à la Commission d'étendre aux entreprises ou organismes exerçant une activité de distribution les règles fixées à l'article 60, paragraphe 1), sont réputées comparables les transactions:

« a) conclues avec des acheteurs:

— qui se trouvent en concurrence entre eux,

— ou qui fabriquent des produits identiques ou similaires,

15 — Voir les arrêts du 13 décembre 1984, Sermide (106/83, Rec. p. 4209, point 28), et du 15 septembre 1982, Kind/CEE (106/81, Rec. p. 2885, point 24).

16 — Voir, par exemple, l'article 11, paragraphe 1, de la recommandation n° 1835/81/CECA de la Commission, du 3 juillet 1981, aux États membres, relative aux obligations de publication des barèmes de prix et des conditions de vente ainsi qu'aux pratiques interdites dans le négoce de l'acier (JO L 184, p. 9): « Ne constituent pas des conditions inégales [lesquelles sont interdites par l'article 9] les conditions différentes appliquées par un négociant en acier à des transactions comparables dans la mesure où elles tiennent compte d'une manière appropriée de différences dans les prestations ou dans l'exécution des transactions. »

— ou qui remplissent les mêmes fonctions commerciales,

et

b) qui portent sur des produits identiques ou similaires,

et

c) dont les autres *caractéristiques commerciales essentielles* ne diffèrent pas d'une manière sensible » [17].

19. Cette approche est valable pour l'ensemble de l'article 63. Il doit être tenu compte des caractéristiques commerciales essentielles d'un contrat d'achat telles que la durée du contrat ou la qualité et le volume des marchandises à fournir aux fins de rechercher si les prix spécifiés sont discriminatoires [18]. En d'autres termes, chaque condition du contrat a son prix. Dans un rapport de marché, les parties peuvent convenir d'accepter des conditions très lourdes ou désavantageuses quant aux délais de livraison, aux volumes, à la sécurité, etc., si elles sont en mesure d'utiliser leur pouvoir de négociation pour s'assurer une compensation appropriée en contrepartie de l'augmentation des inconvénients, des coûts et du risque. L'article 63 vise à garantir que cette négociation n'est pas entravée par des considérations économiquement non pertinentes, et, donc, à garantir sur le marché des prix qui reflètent les autres conditions substantielles du contrat (c'est-à-dire qui ne soient pas discriminatoires). Si des différences dans les conditions substantielles n'apparaissent pas dans le prix, il s'agit d'une forme de discrimination par les prix au même titre que l'application de prix différents à des transactions essentiellement semblables. Nous concluons donc qu'il n'est pas possible d'isoler le prix des autres aspects des contrats d'achat, ou de limiter la portée de l'article 63, paragraphe 1, à la discrimination par les prix sans tenir compte des allégations de discrimination quant au volume et à la durée du contrat.

20. Dans leur second moyen relatif à l'interprétation de l'article 63, les demandeurs invitent la Cour à lire le mot « acheteurs » comme s'il était suivi par l'expression « en vue de la revente ». Un ajout aussi important devrait être soutenu par des arguments convaincants, notamment en ce qu'il tendrait à limiter la portée de l'article et des pouvoirs que la Commission en détient. Contrairement aux articles 60, 65 et 66 CECA, l'article 63 vise tout spécialement les acheteurs. Si l'on étend la portée de cet article au-delà des entreprises CECA, il ne semble pas qu'il y ait de raison de distinguer entre les acheteurs, selon qu'ils achètent en vue de la revente ou

17 — Article 10 de la recommandation n° 1835/81/CECA (mis en italique par nous).

18 — La relation entre le prix et le volume et la durée du contrat est aussi mentionnée à l'article 2 de la décision 72/442/CECA de la Commission, du 22 décembre 1972, modifiant la décision n° 4/53 relative aux conditions de publicité des barèmes de prix et conditions de vente pratiqués par les entreprises des industries du charbon et du minerai de fer (JO L 297, p. 44), et qui a trait aux primes de quantité et de fidélité.

pour leur utilisation personnelle [19], et ce serait incompatible avec l'interdiction extensive de discrimination de l'article 4, sous b), dont nous discuterons ci-après.

21. Il est vrai, ainsi que les demandeurs l'ont fait valoir, que l'article 63, paragraphe 2, CECA, pour autant qu'il concerne les acheteurs, ne vise que ceux qui achètent pour revendre. Ce paragraphe permet à la Commission d'imposer aux entreprises (c'est-à-dire aux producteurs, aux fins de l'article 63) de répercuter sur leurs consommateurs (c'est-à-dire sur leurs acheteurs) [20], par le biais de leurs conditions de vente, l'obligation de se conformer aux règles définies par la Commission en application du chapitre 5 du titre III du traité. L'article 63, paragraphe 3, habilite de même expressément la Commission à interdire les pratiques déloyales de concurrence et les pratiques discriminatoires et autres (des vendeurs) citées à l'article 60, paragraphe 1, CECA à « toute entreprise ou organisme exerçant une activité de distribution dans le domaine du charbon ou de l'acier ». L'objet de ces paragraphes ne peut concerner que les seules entreprises ou organismes de distribution. Ils ne sauraient donc amoindrir la portée plus générale d'une disposition telle que l'article 63, paragraphe 1, comportant une obligation susceptible d'être étendue à tous les acheteurs.

22. Parvenus à ces conclusions sur la portée de l'article 63, paragraphe 1, CECA, il nous semble évident que les fait invoqués par les demandeurs en l'espèce relèvent de celui-ci. Nous ferons mention ci-après de l'effet de l'article 63, paragraphe 1, en cas d'inaction de la Commission. Qu'il nous suffise de dire à ce stade que, si la Commission avait constaté que la discrimination systématique alléguée par les demandeurs avait effectivement eu lieu au cours de la période en cause, et qu'elle n'était pas justifiée par des différences objectives et économiquement pertinentes dans les situations, en qualité d'approvisionneurs du CEGB en charbon, de British Coal, d'une part, et des petits exploitants miniers et transformateurs, d'autre part, elle aurait été tenue par l'article 63, paragraphe 1, de faire les recommandations appropriées au gouvernement du Royaume-Uni.

ii) Les rapports entre l'article 63, paragraphe 1, et l'article 4, sous b), CECA

23. Selon l'article 4 CECA, sont reconnus « incompatibles avec le marché commun du charbon et de l'acier » un certain nombre de types de comportements qui doivent donc être « abolis et interdits à l'intérieur de la Communauté », dont « b) les mesures ou pratiques établissant une discrimination entre producteurs, entre acheteurs ou entres utilisateurs, notamment en ce qui concerne les conditions de prix ou de livraison et les tarifs de transports... ». Il convient de faire deux remarques préalables sur cette disposition.

19 — L'article 80 CECA définit les distributeurs comme des entreprises CECA aux seules fins des articles 65 et 66 de ce traité.

20 — Le terme « acheteurs » figure dans le texte français du traité, qui fait foi, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 63, alors que, dans le texte anglais, l'article 63, paragraphe 1, utilise le terme « purchaser » et l'article 63, paragraphe 2, le terme « customer » (« client ») à un endroit et « purchaser » à un autre. Tant le contexte que la comparaison des versions linguistiques montrent que les termes anglais sont synonymes.

24. Il nous faut envisager, d'abord, le contexte de l'article 4, sous b), CECA. Cette disposition a une portée plus vaste que celle de l'article 63, paragraphe 1, CECA, en ce sens qu'elle n'est pas expressément limitée à la discrimination *systématique*. Sinon, son champ d'application est le même que celui de l'article 63, paragraphe 1, en ce qu'elle concerne aussi la discrimination en général, les cas de discrimination par les prix et par les conditions de livraison ou les conditions et les tarifs de transport n'étant donnés qu'à titre d'exemples caractéristiques. Par ailleurs, l'article 4, sous b), concerne la discrimination pratiquée par les vendeurs (entre les acheteurs et entre les utilisateurs) ainsi que celle pratiquée par les acheteurs (entre les producteurs et, implicitement, à l'égard de ceux qui ont acheté en amont en vue de la revente). Donc, l'article 4, sous b), est le reflet de l'article 60 CECA en ce qu'il concerne la discrimination par les vendeurs ainsi que de l'article 63 pour ce qui est des acheteurs. L'absence dans ses termes de toutes restrictions à l'égard des entreprises CECA telles que définies à l'article 80 est aussi caractéristique de sa portée étendue quant aux personnes concernées. A priori, cette disposition étend l'interdiction de discrimination à une vaste catégorie d'acheteurs qui ne sont pas soumis autrement aux clauses du traité CECA, d'une manière similaire à l'article 63, paragraphe 1, CECA tel qu'interprété ci-dessus, lequel conforte quelque peu cette interprétation.

25. Dans l'affaire Banks, précitée, la Cour a exposé ce qui suit quant au rapport entre l'article 4, sous d), CECA, d'une part, et les articles 65 et 66, paragraphe 7, CECA, d'autre part: « [les dispositions] de l'article 4 ne sont d'application autonome qu'en l'absence de règles plus spécifiques; lorsqu'elles sont reprises ou réglementées en d'autres dispositions du traité, les textes se rapportant à une même disposition doivent être considérés dans leur ensemble et simultanément appliqués » [21].

Cette affirmation s'applique tout autant au rapport entre l'article 4, sous b) CECA et l'article 63, paragraphe 1. Ce dernier contient des règles spéciales relatives aux mesures et pratiques discriminatoires condamnées à l'article 4, sous b). Ils doivent donc être lus ensemble, ce qui contribue encore à ruiner la thèse selon laquelle l'application de l'article 63, paragraphe 1, serait limitée aux acheteurs en vue de la revente ou à la simple discrimination par les prix.

26. En outre, l'article 4 CECA est rédigé en termes d'interdiction alors que l'article 63, paragraphe 1, permet à la Commission de prendre certaines mesures contre la discrimination systématique pratiquée par les acheteurs. Une interdiction remplit plus facilement les conditions d'applicabilité directe, à savoir que les dispositions en soient suffisamment claires et inconditionnelles pour donner directement aux personnes des droits que les juridictions nationales doivent protéger, qu'une mesure dont l'application dépend de la diligence de la Commission. L'arrêt Banks donne des indications claires sur cette distinction. La Cour y a conclu que les articles 65 et 66, paragraphe 7, CECA ne donnent pas de droit que les parties indivi-

21 — Arrêt Banks, précité, point 11; voir aussi les arrêts du 23 avril 1956, affaires jointes 7/54 et 9/54 Industries sidérurgiques luxembourgeoises/Haute Autorité (7/54 et 9/54, Rec. p. 175) et du 21 juin 1958, Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie e.a./Haute Autorité (13/57, Rec. p. 261).

duelles puissent invoquer directement dans les procédures nationales, puisqu'ils réservent à la Commission le pouvoir de statuer sur la compatibilité avec l'article 65 d'accords et de pratiques concertées tendant à fausser la concurrence normale à l'intérieur du marché commun et de vérifier, au titre de l'article 66, paragraphe 7, si des entreprises en position dominante utilisent cette position à des fins contraires aux objectifs du traité CECA. Ce pouvoir exclusif est clairement défini à l'article 65, paragraphe 4, second alinéa, alors que, dans le cas de l'article 66, paragraphe 7, il découle implicitement de la disposition prévoyant l'intervention de la Commission [22]. Comme l'article 4, sous d), CECA n'était pas applicable à lui seul en l'espèce (mais devait être lu, ainsi que nous l'avons vu, conjointement avec les articles 65 et 66, paragraphe 7), il ne pouvait pas non plus avoir d'effet direct [23]. Il se peut, sans que ce soit certain, que la décision de la Cour signifie que l'article 4, sous d), CECA peut être invoqué directement dans des procédures nationales dans des cas qui ne relèvent pas des règles plus spécifiques telles que celles des articles 65 et 66, paragraphe 7.

27. L'article 63, paragraphe 1, CECA ressemble à l'article 66, paragraphe 7, en ce qu'il ne contient pas d'interdiction explicite mais se contente d'habiliter la Commission à agir en cas d'activité incompatible avec le marché commun du charbon et de l'acier. L'arrêt Banks donne à penser que la compétence que la Commission tire de l'article 63, paragraphe 1, doit être considérée elle aussi comme exclusive. Ainsi que nous l'avons dit, les faits allégués dans la présente affaire relèvent entièrement du champ d'application de l'article 63, paragraphe 1, CECA. Donc, l'article 4, sous b), CECA ne s'applique pas à lui seul mais seulement conjointement avec les règles spécifiques de l'article 63, paragraphe 1. Il n'y a pas lieu, dans le cas d'espèce, tel que décrit par la juridiction de renvoi, de rechercher si l'article 4, sous b), est directement applicable à des cas marginaux, tels que, par exemple, une discrimination non systématique de la part d'acheteurs. Nous en concluons donc que l'article 4, sous b), CECA s'applique en l'espèce conjointement avec l'article 63, paragraphe 1, CECA et qu'aucun des deux ne confère de droits pouvant être directement invoqués par des parties privées, en l'absence d'action de la Commission, dans une procédure nationale telle que la présente.

iii) Les rapports entre l'article 63, paragraphe 1, CECA et l'article 86 CE

28. L'article 86 du traité CE expose que:

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

22 — Arrêt Banks, précité, points 17 et 18.

23 — Arrêt Banks, précité, point 16.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables;

...

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

... »

29. Il est possible, aux fins de la présente espèce, de préciser les rapports entre l'article 63, paragraphe 1, CECA et l'article 86 CE en posant la question suivante: l'article 232, paragraphe 1, CECA autorise-t-il en l'espèce l'application, soit simultanée, soit par défaut, de l'article 86 CE? C'est notamment cette éventuelle application simultanée qui présente un intérêt.

30. L'article 232, paragraphe 1, CE dispose que:

« Les dispositions du présent traité ne modifient pas celles du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, notamment en ce qui concerne les droits et obligations des États membres, les pouvoirs des institutions de cette Communauté et les règles posées par ce traité pour le fonctionnement du marché commun du charbon et de l'acier. »

31. La Cour a, à maintes reprises, interprété l'article 232, paragraphe 1, CECA. Dans l'affaire Deutsche Babcock [24], la Cour a répondu à la question de savoir si une mesure CEE, le règlement (CEE) n° 1430/79 du Conseil, du 2 juillet 1979, relatif au remboursement ou à la remise des droits à l'importation ou à l'exportation [25], pouvait s'appliquer aux produits régis par le traité CECA. La Cour a déclaré que le libellé de l'article 232, paragraphe 1, CECA « exige [que cette disposition] soit interprétée en ce sens que, dans la mesure où des questions ne font pas l'objet de dispositions du traité CECA ou des réglementations adoptées sur la base de ce dernier, le traité CEE et les dispositions prises pour son application peuvent s'appliquer à des produits relevant du traité CECA » [26]. Le règlement en question portait sur un domaine qui n'était couvert ni par des dispositions du traité CECA lui-même ni par des dispositions prises pour son applica-

24 — Arrêt du 15 décembre 1987 (328/85, Rec. p. 5119).
25 — JO L 175, p. 1.
26 — Arrêt Deutsche Babcock, précité, point 10.

tion, étant donné que l'article 72 CECA se contente d'habiliter le Conseil à fixer les taux minimal et maximal de droits de douane, laissant à chaque État membre le soin de déterminer, dans les limites ainsi établies, ses tarifs conformément à sa propre procédure nationale. « [La] perception et le remboursement des droits de douane ne sont pas non plus réglés par le traité. Il s'ensuit qu'en l'absence de règles spécifiques, le traité CECA ou les décisions d'application prises en vertu de ce traité ne s'opposent pas à l'application du règlement n° 1430/79 » [27].

32. L'avocat général Sir Gordon Slynn a suivi le même raisonnement dans ses conclusions dans l'affaire Deutsche Babcock, exposant ce qui suit:

« Il aurait été tout à fait simple de prévoir que rien dans le traité CEE ne s'appliquait aux produits charbon/acier ou à l'industrie charbon/acier si tel avait été l'objectif. Cela n'a pas été fait. Au contraire, la limitation imposée est que les dispositions du traité CEE 'ne modifient pas celles du traité' antérieur notamment en ce qui concerne les domaines spécifiés. Nous interprétons cela comme signifiant que le traité CEE peut s'appliquer au charbon et à l'acier, sauf dans la mesure où des questions font l'objet de dispositions dans le traité CECA ou dans des réglementations adoptées sur la base de ce dernier; *dans la mesure où un domaine est régi par de telles dispositions, les règles du traité CEE y sont privées d'effet* » [28].

L'avocat général a observé que le traité CECA n'avait pris aucune disposition en vue de réglementer la restitution ou la remise des droits à l'importation ou à l'exportation et a considéré que le règlement CEE intervenu dans ce domaine n'empiétait pas sur les pouvoirs des gouvernements des États membres en matière de politique commerciale (article 71 CECA) ni sur les droits des États membres au titre du traité CECA et n'affectait pas non plus la compétence réservée en matière fiscale [29]. La Cour n'a pas expressément visé ce dernier point dans l'affaire Deutsche Babcock.

33. L'avocat général M. Van Gerven a cité l'arrêt Deutsche Babcock dans ses conclusions dans l'affaire Banks, mais a ajouté que, « dans un domaine tel que celui du droit de la concurrence, le traité CECA connaît un grand nombre de dispositions spécifiques — dont certaines seront évoquées ci-après —, de sorte que, s'agissant d'affaires qui s'articulent autour des questions de droit de la concurrence, la question d'une application à titre subsidiaire des règles du traité CEE présente un intérêt moindre » [30]. Cette affirmation n'exclut pas en principe l'application éventuelle des règles de concurrence du traité CE dans une affaire CECA, ne serait-ce que

27 — Arrêt Deutsche Babcock, précité, points 12 et 13.

28 — Affaire Deutsche Babcock, p. 5131 (mis en italique par nous). Le texte anglais original est ainsi rédigé: « in so far as the latter has occupied the ground... ». Littéralement: « dans la mesure où ces dernières [réglementations] ont occupé le terrain... ».

29 — Conclusions dans l'affaire précitée, p. 5132.

30 — Affaire Banks, précitée, point 8 des conclusions.

dans des cas exceptionnels et marginaux. Or, l'analyse à laquelle l'avocat général a procédé ensuite, et que la Cour a suivi dans l'ensemble, est susceptible d'avoir eu un effet d'exclusion a priori.

34. L'avocat général a recherché ensuite si l'objet de l'affaire Banks — les licences d'extraction du charbon brut et les clauses relatives aux redevances et aux prix de vente qui y étaient stipulées — relevait du traité CECA [31]. Ce n'est qu'après avoir conclu que tel était le cas qu'il s'est demandé quelles dispositions particulières de ce traité s'appliquaient aux faits de l'espèce [32].

35. La Cour de justice a aussi demandé, à titre préalable, si les faits de l'affaire Banks relevaient du traité CECA. Cette question appelant une réponse positive, « il en résulte que le cadre juridique de l'affaire au principal est le traité CECA ». La Cour a alors recherché quelles dispositions du traité CECA s'appliquaient aux pratiques des entreprises en cause [33].

36. La notion de « cadre juridique » CECA tend de manière plus générale à exclure l'application des dispositions du traité CE en empêchant une étude plus détaillée des rapprochements — ou de l'absence de rapprochement — entre les dispositions des deux traités. Si la méthode suivie par la Cour a vocation à s'appliquer de manière générale, elle semble a priori différer légèrement de celle suivie par la Cour et par l'avocat général Sir Gordon Slynn dans l'affaire Deutsche Babcock. La question de fond est celle de savoir jusqu'à quel point l'article 232, paragraphe 1, CE est d'application plus ou moins générale. L'arrêt Banks ne semble pas, toutefois, aller à l'encontre de la déclaration de l'avocat général Sir Gordon Slynn selon laquelle l'article 232, paragraphe 1, CE *ne* dispose *pas* « que le traité CE ne peut pas s'appliquer au charbon et à l'acier » [34].

37. Dans l'affaire Deutsche Babcock, la Cour était disposée à admettre qu'une mesure CE pouvait combler un vide juridique du régime légal CECA. Il existait bien des règles CECA en matière de droits de douane, mais aucune ne traitait de la restitution de trop-perçus.

38. Si l'on lit l'arrêt Banks conjointement avec les conclusions de l'avocat général M. Van Gerven (qui sont en harmonie sur ce point), il est possible de soutenir qu'il fonde le principe selon lequel, lorsqu'une question particulière relève normalement du traité CECA et se situe dans un domaine régi par un grand nombre de dispositions spécifiques (observations préliminaires faites par l'avocat général), ces dispositions fournissent un système complet d'analyse juridique des problèmes ou des litiges survenant dans ce domaine. Pour reprendre la métaphore de

31 — Point 9 des conclusions.

32 — Points 10 à 23 des conclusions.

33 — Arrêt Banks, points 9 à 14; la citation est extraite du point 10.

34 — Affaire Deutsche Babcock, p. 5131.

l'avocat général Sir Gordon Slynn, elles ont « occupé le terrain »; il n'y a pas de vide juridique à combler dans le domaine CECA de la concurrence, du moins pour autant qu'il s'applique aux entreprises CECA.

39. Les décisions Deutsche Babcock et Banks peuvent être harmonisées de la façon suivante. En étendant la jurisprudence Banks, lorsque le traité CECA et les mesures qui en sont dérivées fournissent des dispositions particulières d'une cohésion et d'une portée suffisante dans un domaine particulier pour qu'elles soient réputées constituer un système, ou « cadre » complet, les règles du droit communautaire ne sauraient s'appliquer en sus de ces dispositions CECA, et cela même si elles prévoient une protection plus étendue ou des voies de droit plus nombreuses. L'équilibre atteint au sein d'un système complet entre les institutions communautaires, les États membres, les personnes et les entreprises, et l'intérêt général, serait troublé par l'intervention de règles CE différentes. D'un autre côté, et compte tenu de l'arrêt Deutsche Babcock, dans les domaines généraux où le traité CECA et les mesures qui en sont dérivées ne fournissent pas de système régulatoire exhaustif, les dispositions du droit CE peuvent s'appliquer en l'absence de règles CECA spécifiques ou de compétences des États membres.

40. Il convient de noter que, même selon la seconde hypothèse — celle d'un système incomplet —, on n'a pas considéré que l'article 232, paragraphe 1, CECA signifiait que deux ensembles de règles, les règles CECA et les règles CE, étaient susceptibles de trouver simultanément application à la même question, si leur libellé n'était pas manifestement contradictoire. Mais cette interprétation n'a pas non plus été expressément exclue. Cette question ne se posait pas directement dans l'affaire Deutsche Babcock, où un conflit eût surgi immédiatement s'il avait existé des règles de restitution CECA et CE différentes sur le fond [35]. Cela ne se produirait pas obligatoirement dans d'autres cas, où l'application des règles CE pourrait apparemment suppléer les pouvoirs des institutions des États membres, ou les règles spécifiques CECA, plutôt que d'empiéter sur eux. Les parties demanderesses soutiennent en l'espèce que l'article 232, paragraphe 1, CE est destiné à éviter tout conflit direct entre les dispositions CE et toutes dispositions CECA spécifiques. Se fondant sur le texte français de l'article, elles affirment que les dispositions du traité CE ne modifient pas celles du traité CECA lorsque ces règles complètent et ne modifient pas l'application de règles CECA spécifiques [36], et, en outre, que, en l'absence de tout conflit direct, les règles CE et CECA peuvent s'appliquer aux mêmes circonstances de fait.

41. Nous ne partageons pas ce point de vue. Nous estimons qu'un domaine ou des circonstances de fait particuliers sont régis entièrement par le traité CECA dès lors qu'il existe des règles spécifiques concernant la question précise à laquelle il est envisagé d'étendre les règles « complémentaires » du traité CE. Cela permet, au moins dans cer-

35 — La Cour s'est fondée sur l'article 232, paragraphe 1, CE pour exclure de tels conflits manifestes dans deux autres cas: arrêt du 24 octobre 1985, Gerlach (239/84, Rec. p. 3507), et du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni/Commission (188/80, 189/80 et 190/80, Rec. p. 2545).

36 — La version anglaise de l'article 232, paragraphe 1, CE est ainsi rédigée:« The provisions of this Treaty shall not *affect* the provisions of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community... » (mis en italique par nous).

tains cas, d'apporter une réponse concrète à la question par ailleurs quelque peu métaphysique de savoir quand l'on peut considérer qu'un régime juridique est complet. Il sera toujours difficile de juger du caractère exhaustif d'un tel régime s'il ne fait nulle mention de tel ou tel point, l'omission pouvant être consciente ou inconsciente. La tâche du juge est facilitée lorsque le système en cause contient des règles régissant, à un degré plus ou moins grand, tous les aspects du domaine en cause. De manière plus spécifique, la Cour peut se contenter de constater que, dans le domaine particulier auquel se rapporte le litige dont elle est saisie, il existe des règles régissant les questions soulevées en l'espèce. Il est donc possible de constater qu'un système régit (et, partant, de façon exhaustive) un point spécifique, même s'il subsiste des doutes sur le point de savoir si d'autres questions relevant du même domaine font l'objet d'une réglementation aussi exhaustive, et sans qu'il y ait à se demander s'il serait possible de trouver un ensemble de règles différentes, plus étendues, dans un système concurrent.

42. Il nous semble que l'article 63, paragraphe 1, CECA fournit les règles spécifiques visant la discrimination systématique par les acheteurs sur le marché commun du charbon et de l'acier. En application du critère dégagé des affaires Deutsche Babcock et Banks, dont il sera question ci-après, l'application de l'article 86 CE est donc exclue en l'espèce: l'article 63, paragraphe 1, CECA régit de manière exhaustive la discrimination systématique par les acheteurs.

43. Les faits de la présente espèce sont différents sur un certain nombre de points de ceux de l'affaire Banks. Premièrement, les acheteurs impliqués sont des entreprises non CECA, qui, donc, ne sont pas assujetties aux règles de concurrence du chapitre 6 du titre III du traité CECA. Deuxièmement, les demandeurs ne réclament pas l'application d'une disposition du traité CECA qui est, *en substance*, pratiquement l'homologue de la disposition CECA concernée; d'autre part, l'affaire Banks concernait un prétendu comportement anticoncurrentiel qui est réprouvé en des termes presque semblables (quoique s'appliquant à des voies d'exécution très différentes) aux articles 65 et 66, paragraphe 7, CECA et aux articles 85 et 86 CE respectivement.

44. Les demandeurs (soutenus en grande partie par la Commission à l'audience) se fondent sur les traits particuliers à cette affaire pour soutenir que l'article 63, paragraphe 1, CECA laisse subsister dans le régime CECA des lacunes concernant un comportement anticoncurrentiel de la part d'acheteurs non CECA de produits CECA, lacune qui peut être comblée par l'application des règles de concurrence du traité CE et en particulier de son article 86. Ils se fondent notamment sur les observations de l'avocat général M. Roemer dans l'affaire Geitling/Haute Autorité [37]. Les demandeurs présentent l'argument connexe qu'un préjudice ne devrait pas rester sans réparation.

37 — Arrêt du 20 mars 1957 (2/56, Rec. p. 9).

45. L'avocat général M. Roemer a déclaré dans l'affaire Geitling/Haute Autorité que « toute restriction de la concurrence au sens de l'article 65 n'est pas nécessairement une discrimination interdite par l'article 4 b », et qu'« il peut en effet exister des pratiques discriminatoires qui sont sans influence appréciable sur la concurrence » [38]. Il expose ensuite que « les ententes et entreprises ayant une position dominante sur le marché peuvent aussi restreindre la concurrence par des discriminations » et qu'« il est possible, d'après nos explications, que les interdictions de discrimination et d'entente se recoupent partiellement, ces deux dispositions peuvent donc se trouver en concurrence idéale » [39]. Nous nous rallions entièrement à ces observations, tout en soulignant que la discrimination pratiquée à partir d'une position dominante aura très vraisemblablement un effet sur la concurrence.

46. Aux fins de la présente affaire, il est donc possible d'identifier trois catégories d'activités sur le marché: la discrimination systématique, qui constitue un comportement anticoncurrentiel, la discrimination systématique, qui ne constitue pas pareil comportement, et le comportement anticoncurrentiel autre que la discrimination systématique [40]. Les demandeurs allèguent en effet que la politique d'achat menée par le CEGB pendant la période de 1986 à 1990 relevait de la première catégorie. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de rechercher si le comportement anticoncurrentiel d'entreprises non CECA achetant des produits CECA est soumis à une réglementation complète au titre du traité CECA. Il est certainement possible de soutenir qu'un comportement anticoncurrentiel de la part de ces acheteurs mais ne relevant pas de la discrimination systématique n'est pas visé par les règles de concurrence CECA (même si certaines pratiques peuvent l'être par l'article 4, sous d), CECA) et serait donc soumis aux règles du traité CE. Nous nous garderons toutefois de toutes conclusions en ce sens, étant donné que cela n'aiderait pas les demandeurs. La situation de ces derniers est circonscrite par le champ d'application de l'article 63, paragraphe 1, CECA, étant donné que le comportement anticoncurrentiel qu'ils critiquent comporte une discrimination systématique. Ces règles spécifiques occupent le terrain en ce qui concerne cette catégorie d'activités sur le marché et excluent l'application des règles de concurrence du traité CE, même si ces dernières sont plus étendues, notamment en ce qui concerne les possibilités de voies de recours et d'actions éventuelles en réparation devant les juridictions nationales.

47. Il est exact que pareil comportement systématiquement discriminatoire et anticoncurrentiel de la part d'acheteurs qui seraient des entreprises CECA serait soumis au régime plus étendu des règles CECA contenues aux chapitres 5 et 6 du titre III de ce traité. Or, le fait que la Commission puisse engager une action en pareille circonstance contre ce comportement au titre de deux dispositions, qui se recoupent et se complètent mutuellement, plutôt que d'une seule, ainsi qu'en l'espèce, n'aiderait pas non plus les demandeurs. Ni l'article 63, paragraphe 1, ni

38 — Conclusions dans l'affaire citée note 37, p. 58 et 59.

39 — Idem, p. 59 et 60.

40 — Les expressions « discrimination systématique » et « comportement anticoncurrentiel » sont employées pour décrire des activités condamnées respectivement par les articles 63, paragraphe 1, CECA et 85 et 86 CE.

l'article 67, paragraphe 7, CECA n'est directement applicable: dans chaque cas, leur application dépend d'une initiative de la Commission. Il n'est guère concevable que la Commission n'engagerait pas d'action au titre de l'article 63, paragraphe 1, contre une discrimination systématique incompatible avec le marché commun du charbon et de l'acier (cette disposition étant lue à la lumière de l'article 4 CECA), tout en décidant que *le même comportement* comportait l'utilisation d'une position dominante à des fins contraires aux objectifs du traité, et qu'il aurait dû être attaqué au titre de l'article 66, paragraphe 7, CECA.

48. Dans un cas donné, la Commission peut juger souhaitable d'invoquer une disposition plutôt que l'autre à cause des différences dans les mécanismes de mise en œuvre qu'elles proposent — une recommandation aux gouvernements des États membres concernés à l'article 63, paragraphe 1, alors que l'article 66, paragraphe 7, prévoit une recommandation aux entreprises en cause — mais il ne convient pas d'attacher trop d'importance à l'existence de cette option. Le fait que la Commission ne peut pas adresser des recommandations directement à des acheteurs non CECA qui pratiquent une discrimination systématique anticoncurrentielle mais a seulement la faculté d'en adresser au gouvernement concerné ne signifie pas que le rôle de la Commission au titre de l'article 63, paragraphe 1, CECA doive *en pareil cas* [41] être complété par la possibilité de prendre des sanctions [42] ou par l'existence de voies de recours individuelles devant les juridictions nationales, en application de l'article 86 CE. En pareil cas, le régime de la concurrence aurait une portée plus (et non pas moins) étendue que celui applicable aux entreprises CECA quant au nombre des autorités compétentes et quant aux pouvoirs à leur disposition.

49. De plus, cette surenchère pour parvenir au même degré de rigueur dans la répression du comportement anticoncurrentiel que celui résultant de la combinaison des articles 63, paragraphe 1, et 66, paragraphe 7, CECA remplacerait un système dans lequel la Commission a une compétence exclusive (quoique variable) par un autre dans lequel cette compétence serait partagée avec les juridictions nationales. Si la compétence partagée est normale dans le cadre du traité CE, la Commission a un rôle discrétionnaire beaucoup plus essentiel en ce qui concerne la réglementation du marché commun du charbon et de l'acier que celle du marché commun général. Ce rôle serait troublé par une innovation de ce genre. Donc, même si l'application du seul article 63, paragraphe 1, CECA à un cas tel que le présent devait être considérée comme une anomalie (opinion que nous ne partageons pas), l'application de l'article 86 CE à un cas régi par l'article 63, paragraphe 1, le serait au moins tout autant.

41 — Nous continuons de réserver notre position dans des cas où le comportement anticoncurrentiel de la part des acheteurs non CECA de charbon ou d'acier ne ressortit pas à la discrimination systématique.

42 — La Commission est compétente pour ordonner qu'il soit mis fin à une violation de l'article 86 CE et pour infliger des amendes pour de telles infractions: voir les articles 3, paragraphe 1, et 15, paragraphe 2, respectivement du règlement n° 17.

50. Il nous faut maintenant porter attention à l'argument selon lequel l'exclusion de l'application de l'article 86 CE permettrait qu'un préjudice n'ait pas de réparation, en violation de la maxime ubi jus ibi remedium [43]. Nous avons déjà exposé que le comportement prétendument anticoncurrentiel et systématiquement discriminatoire du CEGB au cours de la période de 1986 à 1990 relevait du champ d'application de l'article 63, paragraphe 1, CECA. Si la Commission n'agit pas en pareil cas, c'est peut-être parce qu'elle pense que les conditions de cet article ne sont pas remplies. En toute hypothèse, une personne qui se sent lésée garde toujours la possibilité d'engager une action contre la Commission au titre de l'article CECA pour carence à s'acquitter des obligations que lui impose l'article 63, paragraphe 1.

51. Il ressort implicitement de la décision Banks que la Cour estime que la compétence exclusive de la Commission et la possibilité d'action de l'article 35 CECA en cas de carence de cette dernière fournissent aux particuliers des garanties suffisantes dans le domaine de la concurrence sur le marché commun du charbon et de l'acier. L'absence d'une possibilité de recours national en réparation pour les préjudices passés n'a pas empêché la Cour de constater en l'occurrence l'inadéquation des moyens mis à la disposition de la Commission par le traité CECA. Les demandeurs soutiennent que l'absence de droit à réparation équivaut à une absence de voie de recours. Mais cet argument appelle encore la question suivante: « quel est le droit »? Il ne va pas de soi qu'une réparation pécuniaire soit possible dans chaque cas de préjudice économique causé par le dysfonctionnement des marchés. L'existence des préjudices dont il est fait état dépend de l'interprétation du traité. Le traité CECA prévoit une méthode de contrôle et de supervision des marchés tout à fait différente de celle du traité CE. Il n'y aurait pas de préjudice sans réparation, contrairement au principe général du droit communautaire dans ce domaine, du fait que l'article 63, paragraphe 1, CECA s'applique seul aux faits de l'espèce.

52. Nous concluons donc, en réponse à la première question de la juridiction de renvoi, que, lorsqu'il est reproché à un opérateur, autre qu'une entreprise au sens de l'article 80 du traité CECA, acquérant du charbon pour son propre usage, d'avoir exercé une discrimination en matière de prix, de volume ou quant aux autres conditions d'achat, à l'encontre du charbon produit par deux ou plusieurs entreprises, au sens de l'article 80 du traité CECA, ce grief doit s'apprécier à la lumière exclusive de l'article 63, paragraphe 1, CECA, lu conjointement avec l'article 4, sous b), de ce traité.

43 — L'avocat général M. Darmon a constaté dans l'affaire Roquette Frères (arrêt du 26 avril 1994, C-228/92, Rec. p. I-1445, point 51 de ses conclusions), que « Le principe du droit à une protection juridictionnelle effective n'est pas seulement une composante du droit constitutionnel des États membres et une valeur consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme. Votre jurisprudence l'érige en principe fondamental du droit communautaire ». Il s'est référé notamment à l'exigence formulée par la Cour dans l'affaire Roquette Frères/Commission (arrêt du 30 mai 1989, 20/88, Rec. p. 1553, point 15), que les voies de recours national assurent d'une manière efficace la protection des particuliers qui se sentent lésés.

La deuxième question

53. Nous avons déjà dit ci-dessus que nous pensons que la Commission a compétence exclusive pour appliquer l'article 63, paragraphe 1, CECA, de sorte que ce dernier ne saurait, à lui seul, être directement invoqué devant les juridictions nationales. Telle est la conclusion qui ressort de l'extension à l'article 63, paragraphe 1, du raisonnement suivi dans l'affaire Banks [44]. Donc, à défaut d'une action de la Commission par voie de recommandation, les acheteurs ne sont soumis à aucune obligation dont l'exécution puisse être demandée devant une juridiction nationale. L'État membre destinataire de pareilles recommandations a le choix quant aux moyens appropriés de parvenir à ses fins, lesquelles peuvent inclure un éventuel recours aux juridictions nationales pour faire appliquer le droit. En l'absence d'initiative de la part de l'État membre concerné, il est possible d'invoquer l'effet direct de la recommandation elle-même, en se référant aux mêmes critères que ceux applicables aux directives CE.

54. Pour ce qui est des dommages, une action en réparation pour défaut d'exécution de la mesure nationale peut trouver sa source dans le droit national. Si la recommandation n'est pas exécutée, un recours en réparation peut néanmoins être possible dans certains cas contre l'État membre concerné, même si la recommandation n'est pas d'effet direct [45].

55. La Cour n'a pas dit dans l'affaire Banks si une décision de la Commission au titre des articles 65 ou 66, paragraphe 7, CECA pouvait avoir un effet rétroactif. Elle s'est toutefois référée à la constatation par la Commission de la « violation ... [de ces] articles » [46], ce qui peut vouloir dire que la Commission, quelle que soit la mesure qu'elle prend, constate la violation d'une interdiction préexistante plutôt qu'elle n'établit une interdiction ex nunc. L'article 65, paragraphe 1, comporte une interdiction expresse rendant automatiquement nuls les accords ou décisions contrevenant à cet article: donc, la seule compétence de la Commission ne signifie pas obligatoirement que ses conclusions ne peuvent avoir d'effet rétroactif jusqu'au moment de l'accord ou de la décision. D'autre part, l'article 66, paragraphe 7, de même que l'article 63, paragraphe 1, ne semblent pas proscrire le comportement concerné en l'absence d'une action de la Commission. Le principe général de sécurité juridique et de non-rétroactivité des sanctions pénales et des obligations civiles [47] ne trouverait pas application si le rôle de la Commission était d'établir la violation d'une interdiction préexistante. La possibilité d'obtenir une réparation pour la violation de l'article 63, paragraphe 1, pour la période antérieure à la date de toute recommandation de la Commission dans ce domaine dépend naturellement du point de savoir si la recommandation peut avoir pareil effet rétroactif. Même s'il convient de lire

44 — Affaire précitée.

45 — Voir par exemple l'arrêt du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et 9/90, Rec. p. I-5357.

46 — Arrêt Banks, précité, point 21.

47 — Voir par exemple les arrêts du 10 juillet 1984, Kirk (63/83, Rec. p. 2689, points 21 à 23); du 9 janvier 1990, SAFA (C-337/88, Rec. p. I-1, point 13), et du 13 novembre 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 45).

l'article 63, paragraphe 1, à la lumière de l'interdiction de l'article 4, nous pensons, tous arguments considérés, que la nature d'une recommandation ne permet pas de conclure à pareil effet.

56. La question des dommages est sans objet à tous égards, sous tous ses aspects, étant donné que la Commission n'a pris aucune recommandation concernant les faits en cause. Donc, il ne saurait être question de réparation.

57. Nous concluons que, à défaut d'une recommandation de la Commission au titre de l'article 63, paragraphe 1, CECA, il convient de répondre par la négative à chacun des quatre points que comporte la deuxième question.

*La troisième question*

58. Cette question est fondée sur une hypothèse que nous avons déjà réfutée dans nos conclusions, à savoir celle de l'application du traité CE aux faits de l'espèce et notamment de son article 86. Il est donc inutile d'y répondre.

*La quatrième question*

59. Ainsi que nous l'avons déjà dit, nous estimons que l'article 63, paragraphe 1, CECA ne saurait avoir effet direct à défaut d'une recommandation de la Commission. Comme aucune recommandation n'est intervenue, les autres aspects de la question sont de caractère hypothétique et n'appellent pas de réponse.

*La cinquième question*

60. La Cour a déclaré dans l'affaire Banks que les décisions fondées sur les articles 65 et 66, paragraphe 7, CECA et prises par la Commission au titre de sa compétence exclusive sont obligatoires en tous leurs éléments en vertu de l'article 14 CECA, et, partant, s'imposent aux juridictions nationales. Celles-ci demeurent toutefois compétentes pour demander à la Cour de justice de statuer sur leur validité ou leur interprétation [48]. Ce principe s'applique également lorsque la Commission conclut à une discrimination systématique de la part des acheteurs qui l'amène à faire des recommandations appropriées aux gouvernements concernés.

61. Il peut toutefois être d'un intérêt plus grand en l'espèce d'indiquer ici que les cons-

48 — Arrêt Banks, précité, point 23.

tatations de la lettre de la Commission du 23 mai 1991 ne constituent pas des conclusions concernant la période de 1985 au 31 mars 1990 qui fait l'objet de la présente procédure. La Commission déclare tout à fait clairement que cette lettre « traite de la situation en Angleterre et au pays de Galles, à la lumière de la nouvelle situation découlant de l'entrée en vigueur des contrats de fourniture de charbon entre British Coal, National Power et PowerGen le 1er avril 1990. Elle ne traite pas d'autres matières [telles que] ... la situation antérieure au 1er avril 1990... » [49]. Alors que le CEGB se voit reprocher des pratiques très semblables pendant la période concernée, un certain nombre de facteurs auraient pu amener la Commission, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation étendu dans ce domaine, à prendre une position différente concernant la période antérieure.

62. Plus important, il est clair qu'il n'existe pas de recommandation de la Commission concernant la pratique d'achat du charbon menée par le CEGB de 1985 au 31 mars 1990. Si une telle recommandation était intervenue, les conclusions sur lesquelles elle serait fondée seraient obligatoires et il ne serait pas utile d'essayer d'étendre à une période antérieure les conclusions contenues dans une décision concernant une période ultérieure. Nous avons déjà conclu que les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour mettre en application l'article 63, paragraphe 1, CECA, lequel, à défaut de recommandation de la Commission, s'applique exclusivement aux faits de l'espèce. En pareil cas, la question est sans objet. Partant, il est inutile d'y apporter une réponse définitive.

*La sixième question*

63. Cette question a trait au rôle dont il est fait grief à British Coal, à savoir qu'il aurait été à la source de la discrimination systématique reprochée au CEGB ou aurait participé à son exécution. Une recommandation de la Commission au gouvernement concerné pourrait exiger, d'une part, que des mesures soient prises contre les activités d'un tiers participant à la discrimination systématique, même si ce participant n'était pas lui-même acheteur. A défaut de cette mesure, ou concurremment avec elle, une entreprise CECA se trouvant sur le marché du charbon dans la position de British Coal pourrait être soumise aux dispositions de l'article 66, paragraphe 7, CECA. Il se pourrait que la Commission conclue que pareille entreprise dispose d'une position dominante la protégeant contre une concurrence effective dans une partie importante du marché commun [50]. En toute hypothèse, toute tentative de recourir à cette position afin d'inciter les clients à favoriser de manière discriminatoire pareille entreprise, au détriment de ses concurrents plus faibles, pourrait être qualifiée par la Commission d'abus de position dominante à des fins contraires aux objectifs du traité CECA, la conduisant à faire les recommandations appropriées à cette entreprise afin de l'empêcher d'utiliser sa position de cette manière.

49 — La lettre de la Commission du 28 août 1990 à la représentation permanente du Royaume-Uni se limite aussi aux contrats passés par Powergen et par National Power.

50 — La part de British Coal dans la production totale de charbon au Royaume-Uni est de 97 %.

64. Le fait que, selon nous, la discrimination systématique de la part de National Power et PowerGen, à la source de laquelle se trouverait British Coal, ou à laquelle cette dernière aurait participé, est régie exclusivement par l'article 63, paragraphe 1, CECA nous porte aussi à considérer favorablement l'application exclusive du traité CECA à cette question, et cela pour deux raisons. Premièrement, les raisons qui ont amené à cette conclusion s'appliquent également ici (et, pour ce qui est de l'application de l'article 66, paragraphe 7, CECA découlent directement de la décision Banks): le traité CECA fournit un ensemble spécifique (et complet) de règles régissant le comportement en cause, qui donne compétence unique à la Commission. Il conviendrait donc d'exclure l'application du traité CE, que ce soit par la Commission ou par les juridictions nationales. Deuxièmement, le fait que les sociétés directement responsables de la discrimination incriminée par les demandeurs sont soumises aux règles CECA donne un argument supplémentaire pour considérer que le même traité s'applique au comportement de leurs « complices ». Cela ne veut pas dire que cet argument soit déterminant dans tous les cas, mais il l'est ici.

65. Nous concluons donc que le grief exprimé à la sixième question doit être examiné dans le seul cadre du traité CECA.

### Les dépens

66. Les dépens exposés par le Royaume-Uni et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne sont pas récupérables. Étant donné que la présente procédure revêt le caractère, pour les parties à la procédure au principal, d'un incident dans la procédure devant la juridiction nationale, il incombe à cette juridiction de statuer sur les dépens.

## Conclusion

67. Nous proposons donc de répondre comme suit aux questions déférées par la High Court of Justice of England and Wales:

« 1) Lorsqu'il est reproché à un opérateur, autre qu'une entreprise au sens de l'article 80 du traité CECA, acquérant du charbon pour son propre usage, d'avoir exercé une discrimination en matière de prix, de volume ou quant aux autres conditions d'achat, à l'encontre du charbon produit par deux ou plusieurs entreprises, au sens de l'article 80 du traité CECA, ce grief doit s'apprécier à la lumière exclusive de l'article 63, paragraphe 1, du traité CECA lu conjointement avec l'article 4, sous b), de ce traité.

2) Les articles 4 et 63, paragraphe 1, du traité CECA ne sont la source d'aucune obligation incombant à un acheteur, pouvant être poursuivie devant une juridiction nationale et donner lieu éventuellement à une réparation du préjudice découlant de la violation de cette obligation, à défaut d'une recommandation de la Commission au titre de l'article 63, paragraphe 1, CECA.

3) Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, l'article 86 du traité CE ne s'applique pas au cas d'espèce.

4) La réponse à la question 2 dépend d'une recommandation faite par la Commission au gouvernement de l'État membre concerné.

5) La lettre de la Commission du 23 mai 1991 est sans influence sur la présente procédure compte tenu des conclusions relatives aux rôles respectifs de la Commission et de la juridiction nationale en pareil cas.

6) Lorsqu'il est reproché à un producteur de charbon constituant une entreprise, au sens de l'article 80 du traité CECA, d'être à l'origine d'une discrimination telle que définie dans la question 1 ou d'avoir participé à l'exercice de celle-ci, au préjudice d'autres entreprises produisant du charbon, discrimination résultant des prix et conditions auxquels cette première entreprise vendait son charbon à l'acheteur visé par la question 1, ce grief doit s'apprécier à la lumière exclusive du traité CECA. »