CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 11 juillet 1995 *

1. Par le présent pourvoi, les sociétés de droit néerlandais Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV et Regionaal Energiebedrijf Salland NV (ci-après les « requérantes ») demandent à la Cour d'annuler l'arrêt rendu le 18 novembre 1992 par le Tribunal de première instance dans l'affaire Rendo e.a./Commission (ci-après l'« arrêt ») [1]. Dans cet arrêt, le Tribunal a en partie déclaré irrecevable et en partie rejeté le recours en annulation de la décision 91/50/CEE de la Commission, du 16 janvier 1991 (ci-après la « décision ») [2].

Le présent pourvoi s'inscrit dans le cadre d'une longue et complexe affaire contractuelle et judiciaire qui, s'étant ouverte voici plus de six ans, implique de nombreuses parties et porte sur la compatibilité des restrictions à l'importation et à l'exportation d'énergie électrique applicables aux Pays-Bas avec les dispositions du traité en matière de concurrence.

Les faits et le contexte légal national

2. Aux Pays-Bas, la distribution d'électricité est organisée sur trois niveaux: les quatre producteurs fournissent les distributeurs régionaux; ceux-ci, à leur tour, approvisionnent les distributeurs locaux; ces derniers, enfin, vendent l'énergie électrique au consommateur final.

Les producteurs ont fondé, le 3 juin 1949, une association d'entreprises appelée NV Samenwerkende Elektriciteisproduktiebedrijven (ci-après la « SEP ») [3], à laquelle ils ont confié la gestion du réseau de haute tension et des relations avec les sociétés étrangères du secteur pour l'importation et l'exportation d'électricité.

3. Le 22 mai 1986, la SEP a conclu un accord avec ses actionnaires (l'« Overeenkomst

* Langue originale: l'italien.

1 — Arrêt du 18 novembre 1992 (T-16/91, Rec. p. II-2417).

2 — Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.732 — Ijsselcentrale (IC]) et autres], (JO L 28, p. 32).

3 — Partie intervenante à l'appui de la Commission dans la présente procédure.

van Samenwerking », ci-après l'accord « OVS ») qui n'a pas été notifié à la Commission. A l'article 21 de cet accord, la SEP s'est réservé le droit exclusif d'importer et d'exporter de l'électricité; de leur côté, ses actionnaires se sont engagés à imposer à leurs cocontractants, à savoir les distributeurs régionaux et locaux, une interdiction expresse d'importation et d'exportation d'électricité [4].

Les requérantes sont des sociétés de distribution d'électricité au niveau local, qui s'approvisionnent auprès de la société de distribution régionale Ijsselcentrale (devenue Ijsselmij en 1988, ci-après « IJC »). A partir de 1985, cette dernière a aussi imposé aux requérantes, outre une clause d'achat exclusif qui renforçait l'interdiction d'importation visée dans l'accord OVS, un supplément de prix (ou « supplément de péréquation ») destiné à couvrir les coûts supplémentaires qu'elle supporte pour la distribution d'électricité dans les zones rurales, celle-ci n'étant pas assurée par les distributeurs locaux et les autres distributeurs régionaux.

4. En 1988, à la suite d'un litige sur la légalité de ce supplément de prix, les requérantes ont adressé une plainte à la Commission au sens de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962 (ci-après le « règlement n° 17 ») [5], portant sur la compatibilité avec le droit communautaire de la concurrence des restrictions suivantes: a) l'interdiction expresse d'importation contenue à la fois dans l'accord OVS et dans un précédent accord général SEP de 1971 [6]; b) l'obligation d'approvisionnement exclusif, qui comporte aussi une interdiction d'importation; c) le pouvoir de IJC de fixer unilatéralement les prix et d'imposer le supplément de prix.

5. La législation néerlandaise en vigueur jusqu'au 8 décembre 1989 [7], qui s'appliquait donc au moment de la conclusion de l'accord OVS, permettait à quiconque ayant obtenu une autorisation préalable d'importer de l'électricité. En revanche, à partir du 1er juillet 1990, l'article 34 de la nouvelle loi sur l'électricité (« Elektriciteitswet » de 1989, ci-après l'« ETW ») a réservé à la SEP, en qualité de « société désignée » par décret ministériel au sens de l'article 8 de l'ETW, le droit exclusif d'importer de l'énergie électrique destinée à la distribution publique [8]. La même loi a par ailleurs libéralisé l'importation destinée à la consommation privée, sans toutefois comporter aucune disposition relative aux exportations.

4 — Sont exemptées de cette interdiction, au sens de l'article 21, paragraphe 3, de l'accord OVS, les fournitures d'électricité d'une puissance maximale de 5 000 kW pour une tension de 15 kV.

5 — Règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, 13, p. 204).

6 — L'accord général SEP de 1971, qui a été remplacé entièrement par l'accord OVS, comportait des clauses ayant un contenu similaire.

7 — Date d'entrée en vigueur de la plupart des dispositions de la nouvelle loi sur l'électricité, dont il est question immédiatement ci-dessous, dans le texte.

8 — Exception faite de l'électricité d'une tension inférieure à 500 volts.

La décision de la Commission

6. Le 16 janvier 1991, la Commission a adopté la décision attaquée dans laquelle, précisant que celle-ci concernait les seules restrictions aux importations et exportations d'énergie électrique résultant de l'accord, sans porter aucune appréciation sur le supplément de prix (jugé sans incidence sur le commerce entre États membres), elle a déclaré que:

— l'article 21 de l'accord OVS constitue une restriction de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, et il le demeure malgré le régime introduit par l'ETW [9];

— dans le secteur de la consommation *privée*, alors que l'application des règles de concurrence n'empêcherait pas la SEP d'assurer correctement le service d'intérêt général dont elle a la charge, les restrictions litigieuses affectent les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté; en conséquence, les conditions d'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité ne sont pas remplies [10];

— s'agissant de la distribution *publique*, étant donné que l'interdiction d'importation est désormais prévue par l'article 34 de l'ETW, l'appréciation de la légalité de cette interdiction suppose un examen préalable de la compatibilité de la loi nationale avec le droit communautaire, qui doit être effectué dans le cadre d'une procédure adéquate [11].

7. D'un côté, donc, la décision affirme en termes clairs, en la sanctionnant dans son dispositif, l'incompatibilité avec le traité de l'article 21 de l'accord OVS, dans la mesure où il entrave les importations et les exportations dans le domaine de la consommation *privée*. De l'autre, elle subordonne en fait l'examen des restrictions introduites dans le secteur de la distribution *publique après* l'adoption de l'ETW à l'accomplissement d'une procédure d'infraction, mais elle ne comporte aucune référence aux prétendues restrictions relatives à la période *antérieure*.

8. Par lettre du 20 novembre 1991, la Commission a informé les requérantes qu'elle voulait ouvrir une procédure d'infraction au sujet des faits qui lui avaient été dénoncés: elle a en outre saisi l'occasion pour préciser la portée de la décision adoptée, en confirmant que le supplément de prix était sans importance au niveau communautaire et en

9 — Points 21 à 38 de la décision.

10 — Points 39 à 48 de la décision.

11 — Point 50 de la décision.

qualifiant la décision de rejet partiel de la plainte dans la mesure où elle concernait les restrictions à l'importation d'électricité dans le secteur de la distribution publique durant la période *antérieure* à l'entrée en vigueur de l'ETW [12].

Le 13 juin 1994, la Commission a introduit un recours au sens de l'article 169 du traité, par lequel elle a demandé à la Cour de dire pour droit que, en accordant un droit exclusif d'importation d'électricité dans le secteur de la distribution publique, le royaume des Pays-Bas a violé les obligations qui lui incombent en vertu des articles 30 et 37 du traité. La procédure est pendante à l'heure actuelle [13].

L'arrêt du Tribunal

9. Par recours déposé le 14 mars 1991, les requérantes ont demandé notamment au Tribunal d'annuler la décision dans la mesure où la Commission ne s'était pas prononcée sur l'application de l'article 21 de l'accord OSV aux importations et exportations effectuées par les entreprises de distribution d'électricité dans le secteur de la distribution *publique*.

10. Dans l'arrêt qui fait l'objet du présent pourvoi, le Tribunal a jugé le recours partiellement irrecevable et l'a rejeté pour le reste.

Plus précisément, constatant que la Commission ne s'est nullement prononcée sur l'interdiction d'importation relative au secteur de la distribution *publique* applicable durant la période *antérieure* à l'entrée en vigueur de l'ETW, le Tribunal a conclu à l'inexistence, sur cette question, d'un acte susceptible de recours au sens de l'article 173 et, en conséquence, il a déclaré le recours irrecevable en ce qui concerne cet aspect [14].

Quant à la partie de la décision dans laquelle la Commission a affirmé qu'elle ne voulait pas prendre position sur la période *postérieure* à l'entrée en vigueur de l'ETW, le Tribunal a constaté qu'elle était de nature à produire des effets juridiques et à affecter les droits de la défense des requérantes. Il a par conséquent déclaré le recours recevable sur ce point [15].

11. Sur le fond, le Tribunal a considéré qu'en substance, le recours était fondé sur trois moyens distincts: a) la violation du droit communautaire de la concurrence et de

12 — Les requérantes ont aussi introduit un recours contre cette lettre devant le Tribunal. Par ordonnance du 29 mars 1993 (Rendo e.a./Commission, T-2/92, non publiée au Recueil), le recours a été déclaré irrecevable parce que dirigé contre un acte dépourvu de contenu décisionnel et n'étant donc pas susceptible de produire des effets juridiques.

13 — Commission/Pays-Bas, C-157/94.

14 — Points 58 à 62.

15 — Points 44 à 57.

certains principes généraux du droit; b) la violation de l'obligation de motivation; c) la violation des formes substantielles, en particulier de l'obligation de la Commission d'accorder au plaignant un délai pour présenter des observations écrites en cas de rejet de la plainte [16].

S'agissant du premier moyen, qui porte en particulier sur l'abstension de la Commission de se prononcer sur la justification des restrictions à l'importation au regard de l'article 90, paragraphe 2, du traité, le Tribunal a tout d'abord rappelé que la Commission n'est pas *tenue* d'adopter une décision qui oblige les entreprises à mettre fin aux infractions constatées, mais qu'elle a la *faculté* de le faire; de même, l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17 ne confère pas à l'auteur d'une plainte le droit d'obtenir de la Commission une décision constatant l'existence de l'infraction alléguée [17].

12. D'après le Tribunal, on ne pourrait envisager d'obligation à cet égard que si l'objet de la plainte relevait des compétences exclusives de la Commission. Au contraire, d'après la jurisprudence plus récente de la Cour [18], il appartient aussi au juge national d'apprécier si des comportements anticoncurrentiels d'une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général peuvent être justifiés au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité.

13. Rappelant le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission dans les procédures relatives aux plaintes présentées par les particuliers au sens de l'article 3 du règlement n° 17, le Tribunal a donc vérifié si la Commission avait exercé ce pouvoir sans commettre d'erreur de droit ou de fait ou une erreur manifeste d'appréciation.

Le Tribunal a observé à cet égard que les interdictions d'importation prévues par l'article 21 de l'accord OVS et par l'article 34 de l'ETW sont susceptibles de produire les mêmes effets, malgré quelques différences d'importance mineure. Il s'ensuit, selon lui, que la Commission a considéré à juste titre que l'examen de la compatibilité de la loi nationale avec le droit communautaire devait précéder celui de l'accord OVS. En effet, d'une part, la Commission n'a pas le pouvoir

16 — Article 6 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil (JO L 127, p. 2268).

17 — Point 98 de l'arrêt, qui rappelle l'arrêt du 18 octobre 1979, GEMA/Commission (125/78, Rec. p. 3189).

18 — Voir arrêt du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), et arrêt du 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803), rappelés par le Tribunal.

d'imposer aux entreprises des comportements contraires à une loi nationale sans émettre sur cette dernière un jugement de compatibilité avec le droit communautaire; de l'autre, pour porter un tel jugement, la Commission peut ouvrir une procédure plus adéquate, à savoir celle prévue par l'article 169 du traité [19].

14. Le Tribunal estime que cette conclusion ne porte pas préjudice à la protection juridictionnelle des auteurs d'une plainte au sens du règlement n° 17. En effet, la plainte, qui n'a pas été rejetée mais est encore pendante devant la Commission, pourra être réactivée par les requérantes si la procédure visée à l'article 169 débouche sur des résultats qu'elles jugent insuffisants.

Tout en reconnaissant que, dans une telle hypothèse, l'exercice des droits de la défense des requérantes souffrirait d'un retard considérable, le Tribunal a considéré que cette conséquence était cependant inévitable dans le cas d'espèce, étant donné que, pour les raisons exposées précédemment, la procédure de l'article 169 du traité devait précéder celle visée à l'article 3 du règlement n° 17 [20].

15. Lorsque le Tribunal a affirmé qu'en s'abstenant de se prononcer sur la question de savoir si les restrictions en cause étaient justifiées au regard de l'article 90, paragraphe 2, du traité, la Commission n'avait commis aucune erreur de droit ou de fait ou une erreur manifeste d'appréciation (et en jugeant aussi non fondés le deuxième et le troisième moyens avancés par les requérantes, qui ne font pas l'objet du pourvoi), il a donc conclu au rejet du recours pour ce qui est de la partie qu'il avait déclarée recevable.

L'arrêt Gemeente Almelo

16. Dans le cadre de la même controverse, plus particulièrement à l'occasion d'un appel formé par les requérantes contre une sentence arbitrale qui rejetait des prétentions analogues à celles de la présente affaire, la juridiction néerlandaise a demandé à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur la compatibilité avec les articles 37, 85, 86 et 90, du traité CE d'une interdiction d'importation d'énergie électrique, *destinée à la distribution publique*, prévue par les conditions générales d'une entreprise régionale de distribution d'énergie électrique pendant les années 1985 à 1988, éventuellement en combinaison avec une interdiction d'importation contenue dans un accord entre producteurs nationaux.

Comme chacun sait, dans son arrêt du 27 avril 1994, la Cour a dit pour droit [21] que: a) la clause interdisant au distributeur local d'importer de l'énergie électrique destinée à

19 — Points 102 à 107.

20 — Point 111.

21 — Arrêt Gemeente Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477).

la distribution publique est contraire à l'article 85 du traité; b) la clause d'achat exclusif assortie d'une interdiction d'importation imposée par une entreprise de distribution régionale appartenant à un groupe d'entreprises qui détiennent une position dominante collective est contraire à l'article 86 du traité; c) il appartient au juge national de vérifier l'existence des conditions requises pour l'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité.

Le pourvoi dirigé contre l'arrêt

17. Par acte déposé le 21 janvier 1993, les requérantes ont attaqué l'arrêt devant la Cour, en demandant à ce qu'il plaise à celle-ci: a) annuler l'arrêt; b) annuler partiellement la décision conformément au recours originaire formé devant le Tribunal ou, à titre subsidiaire, renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue sur la question de savoir si la décision doit être partiellement annulée; c) condamner la Commission et/ou la partie intervenante aux dépens de la procédure devant le Tribunal et condamner la Commission aux dépens de la procédure devant la Cour [22].

22 — A la demande des requérantes, la procédure a été suspendue dans l'attente du prononcé de l'arrêt dans l'affaire Gemeente Almelo, précitée, et n'a été reprise, toujours à l'initiative des requérantes, qu'en janvier 1995.

Sur l'intérêt à agir des requérantes

18. Sans pour autant soulever une exception formelle, la Commission a fait valoir quelques doutes sur l'existence de l'intérêt à agir des requérantes. La Commission estime en substance que l'arrêt Gemeente Almelo aurait donné entière satisfaction aux prétentions des requérantes, en sanctionnant aussi dans le secteur de la distribution *publique* l'incompatibilité avec le traité des restrictions litigieuses, aspect sur lequel la Commission avait omis de se prononcer.

Quoi qu'il en soit et par ailleurs, la Commission fait valoir que les restrictions en question n'ont jusqu'à présent causé aucun préjudice aux requérantes et ne seraient pas susceptibles de leur en causer un à l'avenir, dans la mesure où lesdites requérantes n'ont jamais opéré dans le secteur des importations d'électricité, et qu'elles n'auraient aucun avantage à le faire en raison du niveau moins élevé des tarifs néerlandais par rapport à ceux pratiqués dans les pays limitrophes.

19. Observons tout de suite que, même en l'absence d'une exception expresse, la Cour pourrait très bien faire valoir d'office un éventuel défaut d'intérêt à agir et déclarer le recours irrecevable [23].

23 — Voir à ce propos l'ordonnance du 24 septembre 1987, Vlachou (134/87, Rec. p. 3633).

Toutefois, pour contester l'intérêt d'une partie à attaquer un arrêt du Tribunal dans lequel elle a succombé en ses conclusions au sens de l'article 49, paragraphe 2, du statut de la Cour, il faudrait être en présence d'un fait nouveau, qui produise des effets juridiques de nature à priver d'effet utile l'arrêt de la Cour.

20. Nous ne pensons pas que l'on puisse attribuer une telle portée à l'arrêt Gemeente Almelo. En effet, d'une part, il ne concerne expressément que les restrictions découlant de l'accord OVS, qui se rapportent donc à une période bien déterminée, et non à celles qui sont actuellement contenues dans l'ETW et font l'objet d'une procédure d'infraction pendante à ce jour.

D'autre part, l'arrêt en cause a été rendu dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation et sa portée est donc limitée, sur le plan formel, à la seule affaire principale. Reconnaître à un tel arrêt la portée que lui confère la Commission équivaudrait à lui attribuer aussi une autorité de la chose jugée substantielle que ne prévoit pas le traité.

Il s'ensuit que l'arrêt Gemeente Almelo, bien qu'il ait apporté des éclaircissements supplémentaires dans la controverse, ne peut constituer une alternative équivalente à la décision au titre de l'article 3 du règlement n° 17 qui a été sollicitée par les requérantes et s'inscrit dans le cadre d'une procédure distincte et autonome.

21. S'agissant de la circonstance que les requérantes n'auraient pas subi de préjudice en raison des restrictions en cause, dans la mesure où elles n'auraient jamais opéré dans le secteur des importations, elle ne nous semble pas, à ce stade de la procédure, susceptible de priver les requérantes de l'intérêt à attaquer l'arrêt.

Il s'agit en effet d'une circonstance antérieure aux faits de la cause, dont l'importance aux fins de l'intérêt à agir aurait éventuellement dû être appréciée par le Tribunal. Elle ne peut donc pas être considérée par la Cour comme un fait nouveau susceptible de renverser la présomption d'intérêt à agir dont bénéficie une partie à l'égard de l'arrêt où elle a succombé en ses conclusions.

Sur le fond

22. Les requérantes fondent leur pourvoi sur trois griefs tirés de la violation du droit communautaire par le Tribunal, en particulier des articles 85, paragraphe 1, 90, paragraphe 2, et 190 du traité.

En premier lieu, elles contestent la qualification juridique que le Tribunal donne à la décision, s'agissant de la partie dans laquelle elle ne contient aucune référence aux restrictions à l'importation d'électricité applicables durant la période *antérieure* à l'entrée en vigueur de l'ETW dans le secteur de la distribution publique. Ayant déclaré le recours irrecevable sur ce point en raison de l'absence d'un acte attaquable au sens de l'article 173 du traité, le Tribunal aurait commis une erreur de qualification de la décision.

Les requérantes invoquent, à l'appui de cette thèse, l'interprétation de la décision avancée par la Commission elle-même qui, comme l'a relevé également le Tribunal, entendait rejeter implicitement et partiellement la plainte sur ce point, en s'abstenant de se prononcer.

23. D'après nous, le moyen est fondé.

Faisons observer à titre préliminaire que, comme le soutient la Commission dans la présente procédure (en renversant par ailleurs l'interprétation de la décision qu'elle avait initialement donnée devant le Tribunal), la qualification juridique attribuée à un acte par son auteur n'échappe pas au double degré de contrôle juridictionnel du juge communautaire.

En considérant que, dans la partie où elle ne se prononce pas sur l'un des trois griefs de la plainte présentée par les requérantes en application du règlement n° 17, la décision ne constitue pas un acte attaquable au sens de l'article 173 du traité, et en déclarant pour cette raison le recours des requérantes irrecevable sur ce point, le Tribunal a violé le principe de la protection des droits du plaignant, tel qu'il est interprété par la Cour et par le Tribunal lui-même.

24. Dans l'arrêt Automec II [24], par exemple, le Tribunal, développant les principes déjà contenus dans la jurisprudence antérieure de la Cour, a déclaré que, même si la Commission n'est pas tenue, lorsqu'elle est saisie au sens du règlement n° 17, d'adopter une décision établissant l'existence d'une infraction aux règles de concurrence ni de procéder à l'instruction de la plainte, elle est toutefois tenue d'examiner attentivement les moyens de fait et de droit soulevés par l'auteur de la plainte pour vérifier l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. En cas de classement sans suite, la Commission est en outre obligée de motiver sa décision afin de permettre au Tribunal de vérifier si elle a commis des erreurs de fait ou de droit ou encore un détournement de pouvoir.

Le Tribunal s'est donc réservé le droit, afin de mettre en place une protection spécifique

24 — Arrêt du 18 septembre 1992, Automec/Commission (T-24/90, Rec. p. II-2223).

des droits du plaignant, d'exercer son contrôle juridictionnel sur la motivation qui fonde une décision de classement sans suite prise par la Commission, pour vérifier si elle satisfait aux conditions visées à l'article 190 du traité. Ce principe doit, à plus forte raison, s'appliquer en cas d'absence absolue de motivation.

25. Il est vrai que, lorsque la Commission s'abstient de se prononcer sur la plainte dans son ensemble, le plaignant dispose du remède que constitue le recours en carence. Ce dernier a toutefois pour objectif d'obliger la Commission à adopter une position définitive et s'inscrit dans une perspective tout à fait étrangère au contexte qui nous occupe.

Dans notre cas, il existe en effet un acte dont le contenu décisionnel et le caractère définitif sont hors de cause, comme l'a démontré le Tribunal en déclarant recevables d'autres parties du recours en annulation formé par les requérantes. Il s'agit donc, tout simplement, d'un acte qui ne se prononce pas sur l'un des trois points sur lesquels les requérantes avaient fondé leur plainte.

26. Nous ne pensons pas non plus que, comme semble le soutenir aujourd'hui la Commission, elle ait voulu, par son silence, réserver sa décision sur cette question, ou la renvoyer à une procédure ultérieure et distincte, comme elle l'a fait pour les restrictions relatives à la période *postérieure* à l'entrée en vigueur de l'ETW, qu'elle s'est réservée d'apprécier dans le cadre d'une procédure d'infraction. Un tel renvoi n'aurait en effet pas été justifié.

A défaut de toute autre indication, l'absence de décision sur un aspect de la plainte doit donc être interprétée comme un rejet *partiel* et *implicite* de celle-ci.

27. Le remède dont dispose le plaignant en pareil cas est d'attaquer l'acte dans le cadre d'un contrôle de légalité en application de l'article 173.

Nous excluons, en revanche, la solution que constituerait un recours en carence introduit par référence au seul aspect sur lequel la Commission ne s'est pas prononcée. D'une part, comme nous l'avons en effet indiqué, le recours en carence est destiné à solliciter une décision de la Commission, alors que, dans le cas qui nous occupe, cette dernière a déjà pris position de façon définitive sur cet aspect.

28. D'autre part, une pareille solution aurait pour conséquence, dans des cas comme celui

de l'espèce, d'obliger les requérantes à introduire deux recours distincts, l'un en annulation, l'autre en carence, ayant en définitive le même objet: contester le fait que la Commission n'a pas accueilli une plainte au sens du règlement n° 17 dans les termes dans lesquels elle était formulée. Cette solution ne garantirait pas à suffisance les droits du plaignant et, en même temps, elle serait contraire aux exigences d'économie de procédure.

Il nous semble donc que, en acceptant la qualification juridique que le Tribunal a donnée à la décision de la Commission et en considérant dès lors que celle-ci est un « *non-acte* » pour ce qui est de la partie dans laquelle elle ne se prononce pas sur un aspect de la plainte, on priverait les requérantes, du moins partiellement, des droits visés par le règlement n° 17; du moins rendrait-on l'exercice de ces droits extrêmement difficile.

29. Les remarques que nous venons de formuler sont par ailleurs confortées par la jurisprudence récente du Tribunal lui-même. Nous nous référons en particulier à l'arrêt BEMIM [25], dans lequel le Tribunal, se prononçant sur un cas d'espèce analogue à celui qui nous occupe, est parvenu à des conclusions opposées à celles qu'il a tirées dans l'arrêt attaqué dans la présente procédure. En l'espèce, la requérante avait déposé une plainte au sens du règlement n° 17, qui était articulée sur trois points, la Commission ayant toutefois omis de se prononcer sur l'un d'entre eux.

30. Dans le cadre du recours en annulation formé par la requérante et fondé, notamment, sur l'absence de motivation, le Tribunal, sans mettre aucunement en doute la recevabilité du moyen, a examiné la décision de ce point de vue et a constaté qu'effectivement, elle ne répondait pas aux exigences de l'article 190 du traité. En conséquence, il a accueilli le recours et annulé l'acte partiellement.

S'agissant de l'aspect discuté dans le cas présent, la jurisprudence du Tribunal elle-même n'est donc pas véritablement univoque.

31. Sur le fond, par ailleurs, le principe défini par le Tribunal dans l'arrêt BEMIM, et surtout les conséquences qui pourraient résulter de son application, n'apparaissent pas pleinement convaincants.

Il y a en effet un risque, selon nous, qu'une application non rigoureuse de l'arrêt BEMIM finisse par contredire ce qu'a affirmé la Cour à plusieurs reprises et ce qu'a rappelé le Tribunal lui-même, à savoir que la Commission, saisie au sens du règlement n° 17,

25 — Arrêt du 24 janvier 1995 (T-114/92, Rec. 1995, p. II-147).

« n'est pas obligée, dans la motivation des décisions qu'elle est amenée à prendre pour assurer l'application des règles de concurrence, de prendre position sur tous les arguments que les intéressés invoquent à l'appui de leur demande. Il suffit, en effet, à la Commission d'exposer les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision » [26].

32. Il y a également le risque de trahir l'esprit même de la jurisprudence Automec qui, bien qu'elle soit destinée à identifier de façon systématique les droits du plaignant au sens du règlement n° 17, n'a pas mis en cause le principe, établi par la Cour et désormais confirmé, en vertu duquel les prérogatives du plaignant ont néanmoins toujours une portée plus réduite que celles de l'entreprise faisant l'objet de la procédure [27].

A cet égard, nous estimons que la Cour peut rappeler avec clarté à cette occasion les rôles respectifs que sont appelés à jouer la Commission (au sens des articles 89 et 155 du traité) et les plaignants (au sens des règlements n° 17/62 et 99/63) à propos des règles de concurrence: les plaignants rapportent les *faits* et ont la latitude d'en suggérer des interprétations juridiques. La qualification juridique de ces faits relève toutefois de la compétence de la Commission et est soumise au contrôle juridictionnel du juge communautaire en cas de contestation.

33. En définitive, pour revenir au cas qui nous occupe, nous sommes d'avis que l'absence de décision de la Commission sur l'un des trois aspects de la plainte doit être considérée comme un rejet implicite et partiel que les requérantes étaient en droit de soumettre au contrôle du Tribunal. Le recours en annulation dirigé contre un tel rejet devait donc être déclaré recevable; il s'ensuit que le premier moyen du pourvoi est fondé.

34. Par ailleurs, les conditions sont à notre sens remplies pour que la Cour, une fois l'arrêt annulé sur ce point, statue simultanément sur le fond sans renvoyer l'affaire devant le Tribunal.

L'état du dossier permet en effet à la Cour de trancher elle-même sur le fond le premier grief avancé par les requérants devant le Tribunal et, précisément, de le déclarer non fondé.

26 — Arrêts de la Cour du 14 juillet 1972, Cassella/Commission (55/69, Rec. p. 887), et Hoechst (56/69, Rec. p. 927); voir aussi les arrêts du Tribunal du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission (T-44/90, Rec. p. II-1), et du 29 juin 1993, Asia Motors France e.a./Commission (T-7/92, Rec. p. II-669). L'arrêt BEMIM lui-même rappelle ce principe, à titre de prémisse.

27 — Arrêt du 17 novembre 1987, British American Tobacco Company et R. J. Reynolds Industries/Commission (142/84 et 156/84, Rec. p. 4487).

35. Le recours concernait des comportements qui s'étaient manifestés avant l'entrée en vigueur de l'ETW, à propos desquels la Commission avait omis de prendre position. Le caractère prétendument anticoncurrentiel de ces comportements était toutefois dénué de pertinence au moment de la décision, surtout dans la mesure où, comme nul ne le conteste, les requérantes n'en ont subi aucun dommage qui puisse être indemnisé [28].

Par ailleurs, la Commission est libre de décider du degré de priorité à attribuer à chaque procédure en se fondant, notamment, sur l'intérêt communautaire de la procédure elle-même [29]. Dans le cas d'espèce, elle a décidé de concentrer son enquête et sa décision sur les effets restrictifs que l'accord OVS était susceptible de causer à l'époque durant laquelle l'ETW était en vigueur, en rejetant la contestation des requérantes sur les effets provoqués par des comportements passés et non plus actuels. Le grief relatif à l'absence de décision sur ces comportements n'était donc pas fondé.

36. En conclusion, nous estimons que la Cour doit déclarer fondé le premier moyen de pourvoi et, en conséquence, annuler l'arrêt du Tribunal en ce qu'il a déclaré irrecevable le premier moyen présenté par les requérantes à l'encontre de la décision, mais déclarer, simultanément, le moyen originaire non fondé.

37. Passons maintenant, brièvement il est vrai, aux deux autres moyens avancés par les requérantes.

Par leur deuxième moyen, les requérantes font grief au Tribunal de ne pas avoir respecté l'obligation de motivation visée à l'article 190 du traité. En déclarant, en effet, que les auteurs d'une plainte au sens du règlement n° 17 auraient seulement droit à obtenir une décision définitive de la Commission qui constate l'existence d'une infraction lorsque l'objet de la plainte relève des compétences exclusives de la Commission et en rejetant, conformément à la jurisprudence de la Cour, la compétence exclusive de la Commission quant à l'application de l'article 90, paragraphe 2, *première phrase*, du traité, le Tribunal aurait omis de prendre en considération l'existence et la portée de l'article 90, paragraphe 2, *deuxième phrase*.

Il semble par conséquent que les requérantes attribuent à la Commission une compétence

28 — Le seul dommage que les requérantes soutiennent avoir subi durant la période antérieure à l'entrée en vigueur de l'ETW découlerait du paiement du supplément de prix, dont la Commission a toutefois jugé qu'il était dénué d'effets significatifs sur le commerce entre les États.

29 — Voir, par exemple, l'arrêt Automec II, précité.

exclusive pour l'application de l'article 90, paragraphe 2, deuxième phrase, dont découlerait leur droit à obtenir une décision, d'après les prémisses énoncées par le Tribunal lui-même. La circonstance que ce dernier n'a pas approfondi la question se traduirait, donc, par un défaut de motivation.

38. Le moyen doit être rejeté, selon nous, dans la mesure où il se fonde sur une lecture erronée de l'arrêt. Il est vrai, en effet, que celui-ci ne rappelle expressément que la première phrase de l'article 90, paragraphe 2, du traité; il est tout aussi vrai, néanmoins, qu'aucun élément ne permet de considérer qu'en omettant de se référer à la deuxième phrase dudit article, le Tribunal ait entendu se distancier de l'interprétation donnée communément à l'article 90, paragraphe 2, dans son ensemble.

En réalité, la Cour s'est prononcée à plusieurs reprises en ce sens que les juges nationaux sont compétents pour déterminer si les comportements anticoncurrentiels d'une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général peuvent être justifiés par les missions particulières confiées à l'entreprise elle-même [30]. En affirmant ce principe, la Cour n'a jamais établi de distinctions entre la première et la deuxième phrase de l'article 90, paragraphe 2.

Nous estimons, en conséquence, que la référence à la seule première phrase de l'article 90, paragraphe 2, doit davantage être considérée comme un élément rédactionnel que comme l'absence d'examen approfondi d'un aspect qui aurait pu conduire le Tribunal à des conclusions différentes.

39. Dans leur troisième moyen, les requérantes font valoir que le Tribunal n'a pas motivé suffisamment son arrêt lorsqu'il partage l'avis de la Commission sur le caractère prioritaire de la procédure au titre de l'article 169 du traité par rapport à celle fondée sur le règlement n° 17, bien qu'il ait reconnu que, dans ce cas, l'exercice des droits du plaignant pourrait souffrir des retards.

Ce dernier moyen est lui aussi dénué de fondement. En effet, loin d'avoir défini un principe hiérarchique général entre les procédures, le Tribunal a seulement considéré que, dans le cas d'espèce, la situation anticoncurrentielle dénoncée par les requérantes pouvait être mieux appréciée dans le cadre d'une procédure d'infraction au titre de l'article 169, et ce dans la mesure où les prétendues restrictions avaient acquis un fondement législatif.

30 — Voir, par exemple, outre les arrêts cités par le Tribunal (ERT et Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, précités), l'arrêt Gemeente Almelo lui-même.

40. En outre, comme nous l'avons déjà observé, le Tribunal a indiqué de façon explicite et détaillée les motifs qui ont guidé son choix, et précisément: a) l'impossibilité d'ordonner aux entreprises faisant l'objet de la procédure de mettre fin à l'infraction éventuellement établie, lorsque ladite infraction est imposée par une loi nationale dont la compatibilité avec le droit communautaire n'a pas encore été appréciée; b) la nécessité de mettre l'État intéressé en mesure de présenter ses observations lorsque la légalité de ladite loi est mise en cause; c) la compétence première et exclusive de la Cour dans les procédures de manquement introduites contre un État membre.

Il s'ensuit que, de toute évidence, le Tribunal a motivé suffisamment l'arrêt sur cet aspect, conformément aux prescriptions de l'article 190 du traité.

41. S'agissant des dépens, observons, enfin, que le fait d'accueillir le premier moyen de pourvoi dans la présente procédure ne modifie pas substantiellement la situation des requérantes qui, en définitive, succombent toujours devant le Tribunal et succombent aussi devant la Cour. Nous estimons donc que les requérantes doivent être condamnées à tous les dépens de la procédure, en ce compris ceux relatifs à la procédure de pourvoi.

Conclusion

42. A la lumière des observations qui précèdent, nous suggérons donc à la Cour de statuer comme suit sur le pourvoi formé par les requérantes:

« 1) Accueillir le premier moyen de pourvoi et, en conséquence: a) annuler l'arrêt du Tribunal en ce qu'il a déclaré irrecevable le premier grief des requérantes dirigé contre la décision de la Commission 91/50/CEE du 16 janvier 1991 et b) déclarer non fondé le grief originaire sur ce point.

2) Rejeter le pourvoi pour le reste.

3) Condamner les requérantes aux dépens de la procédure, en ce compris ceux relatifs à la procédure devant la Cour. »