CONCLUSIONS DE M. LE JUGE D. A. O. EDWARD DÉSIGNÉ COMME AVOCAT GÉNÉRAL

présentées le 10 mars 1992 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Nous nous proposons de présenter des conclusions uniques dans l'affaire T-24/90, Automec/Commission, et dans l'affaire T-28/90, Asia Motor France e. a./Commission. Bien que ces affaires ne soient pas formellement jointes, elles ont été débattues devant la formation plénière pendant deux journées consécutives et soulèvent, ou du moins apparaissent soulever, la même question de principe. Pour des raisons de brièveté, nous les appellerons respectivement l'« affaire Automec » et l'« affaire Asia Motor France », mais nous appellerons parfois la première l'« affaire Automec II » afin de la distinguer de l'affaire Automec antérieure (l'« affaire Automec I »), qui a fait l'objet d'un arrêt d'irrecevabilité le 10 juillet 1990 [1].

2. La question de principe soulevée par ces affaires concerne la nature et l'étendue de l'obligation de la Commission d'agir à la suite d'une plainte déposée par une partie privée au titre de l'article 3 du 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, ci-après « règlement n° 17 »). La Commission est-elle tenue d'instruire la plainte? Dans l'affirmative, jusqu'à quel degré? Est-elle libre de ne pas poursuivre au motif que ce n'est pas opportun? Est-elle tenue de prendre une décision que le plaignant peut attaquer devant le Tribunal au titre de l'article 173? Le plaignant peut-il recourir à l'article 175 pour pousser la Commission à agir? La Commission peut-elle justifier son inaction par le motif qu'il est possible d'obtenir satisfaction devant les juridictions nationales, qu'il n'y a pas un intérêt communautaire suffisant à poursuivre l'examen de l'affaire ou que la Commission ne dispose pas du personnel nécessaire pour traiter des plaintes d'importance mineure?

3. Afin de situer dans leur contexte les questions précises soulevées par ces affaires, nous nous proposons d'examiner, tout d'abord, le traité et ses règlements d'application, la jurisprudence de la Cour et celle du Tribunal, ainsi que certaines concessions faites par la Commission au cours des audiences.

Le traité

4. Le traité ne contient aucune disposition obligeant explicitement la Commission à agir à la suite de plaintes individuelles. L'article 155 dispose toutefois que

« la Commission *veille* à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci ».

5. Dans le domaine de la concurrence, l'article 87, paragraphe 1, prévoit que le

* Langue originale: l'anglais.

1 — Automec/Commission (T-64/89, Rec. p. II-367).

Conseil arrête des règlements ou des directives « en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 ». L'article 87, paragraphe 2, dispose ensuite que ces règlements et ces directives

« ont pour but ... a) d'*assurer le respect* des interdictions visées à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86 ... ».

6. Lors de l'entrée en vigueur du traité, l'article 89, paragraphe 1, a imposé à la Commission l'obligation « (de *veiller*), dès son entrée en fonctions, à l'application des principes fixés par les articles 85 et 86. Elle *instruit*, sur demande d'un État membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des États membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle *propose* les moyens propres à y mettre fin ».

7. En vertu du traité, la Commission a l'obligation concrète et positive de veiller au respect de ses dispositions et, en tant que l'un des aspects de cette obligation générale, celle de veiller à l'application des règles de concurrence. Bien que le traité ait prévu que la Commission serait le principal chien de garde, elle ne doit pas être le seul. Le rôle complémentaire des systèmes juridiques nationaux est visé implicitement à l'article 85, paragraphe 2, et explicitement à l'article 87, paragraphe 2, sous e). Le règlement n° 17 complète le cadre constitué par les textes en conférant aux articles 85, paragraphe 1, et 86 un effet direct et en les rendant directement applicables par les juridictions nationales [2].

2 — Arrêt du 30 janvier 1974, BRT, point 15 (127/73, Rec. p. 51, 62).

Le règlement n° 17 et les règlements comparables

8. En vertu de l'article 3 du règlement n° 17, la Commission a le pouvoir de procéder, sur demande ou d'office, par voie de décisions ordonnant qu'il soit mis fin aux infractions. Les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime sont déclarées habilitées à présenter une demande — en d'autres termes à déposer auprès de la Commission des plaintes visant une activité anticoncurrentielle de tiers. L'utilisation du terme « demande » (et non de celui de « plainte ») établit un lien entre l'acte émanant du plaignant et l'acte que la Commission a le pouvoir d'adopter en vertu de l'article 3. La demande est une invitation adressée à la Commission d'exercer son pouvoir. Mais que doit faire la Commission, si tant est qu'elle doive faire quelque chose?

9. Il est utile de comparer le règlement n° 17 au règlement (CEE) n° 1017/68, qui a été arrêté six ans plus tard en vue d'appliquer les règles de concurrence aux secteurs du transport par chemin de fer, par route et par voie navigable, et au règlement antidumping [règlement (CEE) n° 2423/88].

10. L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 dispose que:

« Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du traité, elle *peut* obliger par voie de décision les entreprises ... à mettre fin à l'infraction constatée. »

11. Les articles 10 et 11 du règlement n° 1017/68 parviennent au même résultat en deux étapes. L'article 10 dispose que:

« La Commission *engage les procédures* en vue de la cessation d'une infraction aux dispositions de l'article 2 ou de l'article 8, ainsi que la procédure en vue de l'application de l'article 4, paragraphe 2 (c'est-à-dire en vue de l'application des règles de concurrence telles qu'adaptées au secteur des transports par les dispositions précédentes du règlement) sur plainte ou d'office. »

L'article 11 poursuit en disposant que:

« Si la Commission constate une infraction ..., elle *peut obliger par voie de décision* les entreprises ... à mettre fin à l'infraction constatée. »

12. Ainsi, le règlement n° 1017/68 impose à la Commission une *obligation* d'agir à la suite d'une plainte, mais lui confère un *pouvoir d'appréciation* quant à l'adoption d'une décision. Le règlement n° 17 lui confère un pouvoir d'appréciation sans, à première vue, lui imposer une obligation. Lors de l'audience dans l'affaire Automec, l'agent de la Commission a expliqué cette différence en se référant au caractère intrinsèquement international du secteur des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable et à la gravité de toute infraction aux règles de concurrence dans ce secteur. Quelle que soit l'explication, le règlement n° 1017/68 montre qu'il n'existe aucune difficulté d'ordre technique à imposer à la Commission une obligation d'agir à la suite d'une plainte tout en lui conférant un pouvoir d'appréciation pour adopter ensuite une décision.

13. Le règlement antidumping impose également à la Commission une obligation d'agir à la suite de plaintes, mais uniquement lorsqu'elles contiennent des éléments de preuve suffisants quant à l'existence d'un dumping ou d'une subvention et quant au préjudice qui en résulte (article 5, paragraphe 2). L'existence d'« éléments de preuve suffisants » est, en tout état de cause, une condition préalable à l'obligation d'agir de la Commission (voir les articles 7, paragraphe 1, et 5, paragraphe 5).

14. Bien que, pour cette raison, le règlement antidumping ne soit pas directement pertinent en l'espèce, il est utile de rappeler qu'une obligation d'agir à la suite d'une plainte présuppose que la plainte ait révélé des éléments appelant une action. Il serait absurde d'imposer à une autorité publique une obligation de recourir à une quelconque procédure formelle en réponse à toute plainte, même fantaisiste, vexatoire ou manifestement mal fondée.

15. Enfin, en ce qui concerne le règlement n° 17, la Commission dispose d'une compétence exclusive, qu'elle ne partage pas avec les juridictions nationales, pour appliquer l'article 85, paragraphe 3. Il a été admis par la Commission, à l'audience dans l'affaire Automec (dans laquelle la requérante met en cause un règlement d'exemption par catégorie), que l'obligation de la Commission était différente lorsqu'elle a seule le pouvoir d'agir.

Les arrêts GEMA, Metro I, Demo-Studio Schmidt et CICCE

16. Dans l'arrêt GEMA, la Cour a confirmé que l'article 3, paragraphe 1, du règlement

n° 17 conférait à la Commission un pouvoir d'appréciation et ne lui imposait pas une obligation d'adopter une décision ordonnant qu'il soit mis fin à une infraction aux règles de concurrence [3]. Toutefois, dans l'arrêt Metro I, la Cour a reconnu le droit pour les plaignants, s'il n'est pas fait droit, en tout ou en partie, à leur demande, d'engager une procédure destinée à protéger leurs intérêts légitimes [4]. Ensuite, dans l'arrêt Demo-Studio Schmidt, la Cour a déclaré que

« la Commission, saisie de la plainte du requérant, avait à examiner les faits mis en avant par ce dernier pour apprécier si (le comportement incriminé) n'était pas de nature à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et à affecter le commerce entre États membres » [5].

17. La nature de l'obligation de la Commission a été définie de manière encore plus précise dans l'arrêt CICCE, dans lequel la Cour a déclaré que

« la Commission ... était tenue d'examiner (les éléments de fait et de droit qui ont été portés à sa connaissance à l'initiative de CICCE) pour apprécier si les règles de concurrence du traité étaient violées en l'espèce » [6].

18. En bref, ces arrêts ont pour effet d'obliger la Commission à prendre les plaintes au sérieux: son pouvoir d'appréciation quant aux mesures qu'elle prendra en réponse à une plainte n'est pas affranchi de toute contrainte.

19. La Commission a également admis lors des deux audiences qu'un plaignant était en droit d'obtenir une décision qu'il peut attaquer devant le Tribunal au titre de l'article 173. Cette concession pouvait difficilement être refusée, dans la mesure où elle découle de l'arrêt Metro I.

20. La « décision » que le plaignant est en droit d'obtenir peut être adressée à l'entreprise visée par la plainte (comme dans l'affaire Metro I) ou au plaignant. Toutefois, pour les raisons expliquées dans l'arrêt Automec I et, auparavant, dans l'arrêt IBM [7], une décision attaquable ne peut intervenir qu'à la fin de la procédure administrative, une fois les garanties procédurales prévues par le règlement n° 17 et le règlement n° 99/63/CEE (ci-après « règlement n° 99/63 ») respectées. Il en résulte que ni le plaignant ni l'entreprise visée par la plainte ne peut imposer à la Commission d'adopter une décision immédiatement, sauf, peut-être, à un stade où toutes les procédures envisageables ont été accomplies.

L'article 6 du règlement n° 99/63 et l'arrêt Automec I

21. L'article 6 du règlement n° 99/63 impose à la Commission, lorsqu'elle considère que les éléments qu'elle a recueillis ne

3 — Arrêt du 18 octobre 1979, GEMA/Commission, points 17 et 18 (125/78, Rec. p. 3173, 3189 et 3190).

4 — Arrêt du 25 octobre 1977, Metro/Commission, point 13 (26/76, Rec. p. 1875, 1902).

5 — Arrêt du 11 octobre 1983, Schmidt/Commission, point 19 (210/81, Rec. p. 3045, 3065).

6 — Arrêt du 28 mars 1985, CICCE/Commission, point 18 (298/83, Rec. p. 1105, 1122).

7 — Arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission (60/81, Rec. p. 2639).

justifient pas de donner suite à une plainte, d'en indiquer les motifs au plaignant et de lui impartir un délai pour présenter par écrit ses observations éventuelles. Dans l'arrêt Automec I, le Tribunal a estimé qu'une lettre au titre de l'article 6 du règlement n° 99/63 (ci-après « lettre au titre de l'article 6 ») ne constituait pas une décision susceptible de recours.

22. L'arrêt Automec I a été critiqué au motif qu'il prive le plaignant de toute protection juridictionnelle puisque le règlement n° 99/63 n'impose pas à la Commission, après avoir émis une lettre au titre de l'article 6, d'adopter une décision définitive, attaquable[8]. Cette critique semble résulter d'un malentendu. Le règlement n° 99/63 n'*impose* pas à la Commission d'adopter une décision attaquable après avoir émis une lettre au titre de l'article 6, puisque le plaignant peut être satisfait de l'explication fournie dans cette lettre ou peut tout simplement décider qu'il ne vaut pas la peine d'aller plus loin. Adresser une décision formelle à un plaignant qui n'en veut pas serait superflu.

23. Il n'en résulte pas que le plaignant ne puisse exiger une décision attaquable s'il en veut une ou que, après avoir reçu les observations du plaignant en réponse à la lettre au titre de l'article 6, la Commission puisse tout simplement demeurer inactive. C'est là qu'intervient l'article 175 du traité, dans la mesure où il constitue le seul moyen procédural permettant au plaignant de contraindre la Commission à prendre d'autres mesures.

8 — Voir la note de Stephen O. Spinks dans CMLRev *(Common Market Law Review)*, n° 28, 1991, p. 453, 459 à 462.

L'article 175

24. L'article 175 a donné lieu à d'amples discussions et à une bonne dose de malentendu. Une des raisons en est qu'il utilise, dans ses alinéas successifs, les notions d'« abstention de statuer » (premier alinéa), d'« abstention de prendre position » (deuxième alinéa) et d'« abstention d'adresser à une personne physique ou morale un acte autre qu'une recommandation ou un avis » (troisième alinéa). Une complication supplémentaire résulte pour les lecteurs de la version anglaise, du fait qu'elle utilise le même terme, « act », pour traduire des termes qui, dans d'autres versions linguistiques, sont différents: « fails to *act* » (pour « s'abstient de *statuer* ») au premier alinéa et « called upon to *act* » (pour « invitée à *agir* ») dans la première phrase du deuxième alinéa. Malgré ces complications, l'article 175 peut, à notre avis, être appliqué à la procédure en matière de concurrence d'une manière parfaitement cohérente.

25. Comme pour l'article 173, les rédacteurs de l'article 175 ont pensé essentiellement aux États membres et aux institutions. Le droit d'action qui leur est reconnu est ensuite adapté pour accorder aux parties privées une qualité pour agir limitée. Le premier alinéa définit la condition de fond préalable à cette action: l'institution défenderesse doit être liée par une obligation de « statuer »[9] et s'être abstenue de le faire. Le deuxième alinéa définit ensuite les conditions procédurales préalables à l'exercice de l'action: l'institution défenderesse doit avoir été invitée à agir et s'être abstenue, dans un

9 — Les versions originales allemande et néerlandaise semblent être plus explicites que les versions française et italienne, et certainement plus explicites que la version anglaise, lorsqu'elles visent la notion de « statuer » (... einen Beschluß zu fassen .../... een besluit te nemen...).

délai de deux mois, de prendre position. Le troisième alinéa définit la condition préalable de la qualité pour agir des parties privées: le requérant doit être le destinataire potentiel d'un « acte ».

26. Il convient de souligner que l'économie de l'article 175 vise à éviter que des recours ne soient exercés inutilement. Si un recours est susceptible d'être accueilli, l'envoi de la lettre de mise en demeure prévue par le deuxième alinéa devrait produire le résultat recherché sans qu'un recours doive être exercé. Si l'institution est susceptible d'avoir un moyen de défense fondé, sa « prise de position » devrait apporter les éclaircissements nécessaires.

27. Si on applique l'article 175 au présent contexte, il n'est pas contesté qu'une personne ayant saisi la Commission d'une plainte au titre du règlement n° 17 est en droit d'obtenir une décision, favorable ou défavorable. L'abstention, de la part de la Commission, d'adopter une telle décision est une « abstention de statuer » au sens du premier alinéa. Il résulte de l'arrêt Metro I qu'un plaignant est le destinataire potentiel d'un « acte autre qu'une recommandation ou un avis » et qu'il a, en conséquence, qualité pour agir au titre du troisième alinéa. A première vue, un plaignant confronté à une inaction de la part de la Commission doit pouvoir recourir à l'article 175. Le plaignant ne peut, toutefois, exercer un recours que si les conditions procédurales préalables prévues par le deuxième alinéa ont également été remplies. C'est là que le problème se pose. Il semble que deux approches soient possibles.

28. La première approche consiste à dire que les exigences procédurales du deuxième alinéa ne peuvent être remplies que lorsque le requérant se trouve dans une situation lui permettant d'inviter l'institution à prendre, *à ce stade et à ce moment,* une décision attaquable: en réponse à cette invitation, l'institution est tenue soit de prendre cette décision, soit d'expliquer pourquoi elle refuse de la prendre. Dès lors qu'une procédure préalable est nécessaire avant qu'une décision puisse être prise, la lettre de mise en demeure est prématurée et un recours subséquent irrecevable.

29. Cette approche aurait pour conséquence, en matière de concurrence, que l'article 175 ne pourrait pas, pour des raisons procédurales, être invoqué par un plaignant, puisqu'un plaignant ne peut imposer à la Commission de prendre une décision plutôt qu'une autre et ne peut, en particulier, lui imposer de prendre une décision à l'encontre de l'entreprise visée par la plainte (voir l'arrêt GEMA). Le même raisonnement s'appliquerait à l'entreprise visée par la plainte puisqu'elle ne peut pas non plus imposer à la Commission de prendre une décision en sa faveur. Effectivement, la Commission se trouverait alors à l'abri d'un recours au titre de l'article 175, sauf, peut-être, dans une situation dans laquelle l'ensemble de la procédure exigée par les règlements n°s 17 et 99/63 a été accompli sans qu'aucun autre acte ne soit nécessaire avant qu'une décision puisse être prise.

30. La seconde approche consiste à dire que le deuxième alinéa ne signifie rien d'autre que ce qu'il dit. Il fixe une condition préalable purement procédurale visant à éviter les recours inutiles. Cette condition procédurale préalable s'épuise dès lors qu'un recours recevable est exercé. Si elle n'a pas été remplie, le recours est irrecevable; si elle l'a été, le recours est recevable et le deuxième alinéa n'a plus aucune incidence.

31. Selon la seconde approche, l'article 175 constitue une voie de recours de caractère général permettant de pousser à agir une institution faisant preuve d'inertie. Avant d'exercer un recours, le requérant doit avoir invité l'institution « à agir » — à devenir active au lieu d'inactive [10] —, l'action à entreprendre dépendant des circonstances particulières de l'espèce. L'institution dispose ensuite d'un délai de deux mois pour prendre position sur cette invitation — c'est-à-dire pour indiquer ce qu'elle envisage de faire ou pour justifier son refus de faire quoi que ce soit. L'action que l'institution est invitée à entreprendre n'est pas nécessairement la même (bien qu'elle puisse l'être) que l'« acte » visé aux premier et troisième alinéas.

32. Si nous appliquons la seconde approche à la procédure en matière de concurrence, nous pouvons partir du principe que, comme l'expliquent les arrêts IBM et Automec I, la procédure conduisant à une décision en matière de concurrence implique une série d'actes préparatoires. Ceux-ci peuvent comprendre l'envoi d'une lettre au titre de l'article 6 adressée au plaignant (lettre qui ne mettra pas fin à l'affaire si le plaignant peut convaincre la Commission du caractère fragile de son raisonnement), l'envoi d'une demande de renseignements ou l'ouverture d'une enquête au titre des articles 11 et 14 du règlement n° 17, l'envoi d'une communication des griefs, l'organisation d'une audition, et ainsi de suite. A certains stades, de strictes formalités doivent être observées. La Commission ne peut adopter une décision formelle, attaquable, sans franchir les étapes procédurales. Or, à chaque stade, il peut exister une mesure que la Commission pourrait prendre, mais ne prend pas, sur la voie conduisant à une décision.

33. La seconde approche permettrait au plaignant — ou, en cette matière, à l'entreprise visée par la plainte — de pousser la Commission à agir. Lorsque la Commission est invitée à agir, l'action à entreprendre dépend du stade où se trouve l'affaire. De même, lorsque la Commission vient à prendre position, cette prise de position et les modalités qui l'entourent doivent dépendre des circonstances. Dans chaque cas, la question *juridique* sera celle de savoir si la demande du plaignant visant à une action et la réponse de la Commission étaient juridiquement justifiées.

34. Cette approche permet tant à la Commission qu'au Tribunal de traiter chaque affaire dans le cadre qui lui est propre, sans formalisme excessif et sans démunir la partie privée de protection juridictionnelle. Si la plainte est manifestement fantaisiste, vexatoire ou mal fondée en droit, la Commission peut répondre à une demande visant à une action par une brève lettre, et il est alors peu probable que le Tribunal déclare que cela constitue une « prise de position » insuffisante. En revanche, une plainte sérieuse étayée d'éléments solides prouvant une violation des règles de concurrence doit recevoir une réponse sérieuse, circonstanciée. C'est de cette façon que la Commission peut être contrainte de se conformer aux arrêts Demo-Studio Schmidt et CICCE.

35. Au regard de ce contexte, nous abordons maintenant les faits des deux affaires qui occupent le Tribunal.

10 — Cette idée semble ressortir de manière particulièrement nette de la version allemande: « Diese Klage ist nur zulässig, wenn das in Frage stehende Organ zuvor aufgefordert worden ist, *tätig zu werden.* »

Les faits de l'affaire Automec

36. La requérante, Automec Srl, est un distributeur automobile établi à Lancenigo di Villorba, au nord de l'Italie. Elle est dirigée par son principal actionnaire, M. Paolo Mattarollo, les autres actionnaires étant des membres de sa famille. En janvier 1964, une société antérieure, également appelée Automec, a obtenu une concession non exclusive pour la distribution de voitures BMW dans la ville et la province de Trévise. En fait, M. Mattarollo exploitait une concession depuis 1960. La distinction entre M. Mattarollo et ses différentes sociétés ne semble pas avoir d'importance pour le litige, et, dans la suite de nos observations, nous parlerons simplement d'« Automec ».

37. Dans le cadre de ses relations avec BMW, Automec a dû procéder à certaines adaptations pour se conformer aux exigences contractuelles de BMW; elle devait notamment assurer un service après-vente et une garantie à l'acheteur final, détenir un stock de voitures et de pièces de rechange et recruter un personnel qualifié. Automec déclare qu'elle a été incitée par BMW à acheter 12 000 m^2 de terrain et à construire un nouveau centre d'exposition et d'entretien de 4 000 m^2.

38. Par la suite, la filiale chargée du réseau de distribution de BMW en Italie, BMW Italia SpA, a informé Automec qu'elle ne renouvellerait pas le contrat de distribution au-delà du 31 décembre 1984. Depuis cette date, BMW n'a fourni à Automec ni automobiles ni pièces de rechange. BMW Italia a tenté en vain d'obtenir du Tribunale di Treviso une injonction interdisant à Automec de continuer à faire usage des marques de BMW.

39. La réaction d'Automec à son exclusion du réseau BMW a consisté à engager devant le Tribunale di Milano une procédure visant à obtenir une injonction ordonnant le maintien des relations contractuelles antérieures. Le Tribunale a rejeté cette demande. Il nous a été indiqué à l'audience que ce jugement avait été confirmé en appel et qu'il avait fait l'objet d'un pourvoi devant la Corte suprema di cassazione. Il nous a également été indiqué que le Tribunale di Milano avait, en première instance, interdit à Automec de faire usage d'une marque de BMW et que cette affaire était actuellement pendante devant la Corte d'appello.

40. Le 25 janvier 1988, la requérante a déposé une plainte auprès de la Commission en faisant état d'une violation par BMW de l'article 85. La plainte se référait explicitement à l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17 et visait à obtenir une décision ordonnant à BMW Italia SpA et à BMW AG (sa société mère allemande) de mettre fin à leur infraction à l'article 85.

41. Dans sa plainte, Automec soutenait que la durée et le succès — en termes de ventes — de ses relations antérieures avec BMW avaient démontré qu'elle répondait aux exigences objectives du réseau de distribution de BMW. BMW avait néanmoins refusé de l'admettre au sein de ce réseau et de l'approvisionner en voitures et en pièces de rechange. Ce refus, qui remonte au 31 décembre 1984, s'était poursuivi malgré les « demandes pressantes » d'Automec. BMW se trouvait, en conséquence, en infraction à l'article 85 et devait se voir ordonner d'exécuter, au prix et aux conditions en vigueur pour les autres revendeurs, les commandes de véhicules et de pièces de rechange transmises par Automec. Il y avait également lieu d'ordonner à BMW d'autoriser l'utilisation de ses marques par

Automec, selon les modalités en usage dans le secteur automobile.

42. Un échange de vues préliminaire a eu lieu entre Automec et la Commission. Une lettre faisant partie de cet échange de vues a fait, par la suite, l'objet de l'affaire Automec I. Le 26 juillet 1989, la Commission a adressé à Automec une lettre au titre de l'article 6, en réponse à laquelle Automec a présenté d'autres observations.

43. Ensuite, le 28 février 1990, le commissaire chargé de la concurrence, Sir Leon Brittan, a écrit la lettre notifiant la décision dont Automec sollicite à présent l'annulation par le Tribunal [11]. La lettre du commissaire indique deux raisons à l'appui de la décision de ne pas donner suite à la plainte d'Automec:

« 1. En premier lieu et par rapport à la première demande que vous avez formulée dans votre plainte (... enjoindre à BMW de livrer à Automec des voitures et des pièces de rechange et d'autoriser Automec à utiliser la marque BMW), la Commission considère que, en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du traité, elle ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction qui lui permettrait d'obliger un producteur à livrer ses produits dans les circonstances du cas d'espèce, et ce même si la Commission avait constaté l'incompatibilité du système de distribution de ce producteur, tel que BMW-Italie, avec l'article 85, paragraphe 1. Automec n'a d'ailleurs fourni aucune indication du fait que BMW-Italie jouirait d'une position dominante et qu'elle en aurait abusé, violant ainsi l'article 86 du traité: ce n'est que cet article du traité qui permettrait éventuellement à la Commission d'imposer à BMW-Italie de contracter avec Automec.

2. Par rapport à la deuxième demande d'Automec (... mettre fin à l'infraction qu'Automec reproche à BMW-Italie), la Commission constate qu'Automec a déjà saisi les juges italiens, aussi bien en première instance qu'en appel, du litige qui l'oppose à BMW-Italie, ayant pour objet la résiliation du contrat de concession qui a lié, dans le passé, les deux sociétés. Rien n'empêche Automec, aux yeux de la Commission, de soumettre au même juge national la question de la conformité avec l'article 85 de l'actuel système de distribution de BMW-Italie; cette saisine du juge national apparaît d'autant plus facile que celui-ci connaît déjà parfaitement les relations contractuelles que BMW-Italie instaure avec ses distributeurs.

La Commission se permet de vous rappeler à cet égard que le juge italien non seulement est aussi compétent qu'elle pour appliquer au cas d'espèce l'article 85 du traité et notamment son paragraphe 2, mais il dispose aussi d'un pouvoir que la Commission n'a pas, à savoir celui de condamner éventuellement BMW-Italie au paiement à Automec de dommages et intérêts, dans la mesure où Automec serait en mesure de prouver que le refus de vente dudit producteur lui a causé préjudice. L'article 6 du règlement n° 99/63/CEE confère à la Commission un pouvoir d'appréciation discrétionnaire des 'éléments qu'elle a recueillis' suite à l'examen d'une plainte, pouvoir qui lui permet d'accorder des différents grades de priorité dans la poursuite des affaires dont elle est saisie.

11 — Les détails concernant les événements antérieurs figurent dans l'arrêt Automec I, points 8 à 16 (Rec. 1990, p. II-367, II-373 à II-375).

Sur la base des considérations qui précèdent, exposées au point 2 de la présente lettre, la Commission est parvenue à la conclusion qu'en l'espèce il n'y a pas un intérêt communautaire suffisant à poursuivre l'examen de l'affaire. »

44. Comme nous l'avons indiqué, l'affaire Automec I a fait l'objet d'un arrêt d'irrecevabilité le 10 juillet 1990. Le présent recours vise à l'annulation de la décision notifiée par la lettre du commissaire que nous venons de citer ainsi qu'à une indemnité au titre de l'article 178 du traité. Nous reviendrons sur la recevabilité et le fond de ces demandes après avoir rappelé les faits de l'affaire Asia Motor France.

Les faits de l'affaire Asia Motor France

45. Les problèmes soulevés par cette affaire commencent par une confusion totale quant à l'identité des requérantes et à leurs relations avec les personnes ayant antérieurement déposé des plaintes auprès de la Commission. Les requérantes sont désignées dans la requête sous les noms d'Asia Motor France, M. Jean-Michel Cesbron exerçant son activité sous l'appellation JMC Automobile, Monin Automobiles et EAS. Asia Motor France et Monin Automobiles semblent être des sociétés françaises, bien qu'il soit dit qu'Asia Motor France a une adresse luxembourgeoise. EAS est une société luxembourgeoise. Il est dit qu'Asia Motor France et JMC Automobile ont été dotées d'un administrateur judiciaire. Asia Motor France, JMC Automobile et EAS font partie du « groupe Cesbron », contrôlé par M. Jean-Michel Cesbron et sa famille. Leurs éventuelles relations avec Monin Automobiles ne sont pas précisées.

46. Heureusement, il a été convenu à l'audience que le statut et l'identité exacts des requérantes n'avaient pas d'incidence sur le litige.

47. Les requérantes faisant partie du groupe Cesbron se livrent à l'importation, à la commercialisation et à la distribution de voitures japonaises en France. Les véhicules, essentiellement des modèles à quatre roues motrices fabriqués par Suzuki, Daihatsu, Isuzu et Subaru, sont importés d'autres États membres, en particulier de Belgique et du Luxembourg, où ils ont déjà été admis en libre pratique. Monin Automobiles s'est spécialisée dans l'importation parallèle de motocyclettes Suzuki.

48. Le 18 novembre 1985, les « Établissements Cesbron » ont déposé auprès de la Commission une plainte visant un accord entre le ministre des Transports français et les cinq grands importateurs de voitures japonaises en France — Sidat Toyota France, Richard Nissan SA, Mazda France Motors, Honda France et Mitsubishi Sonauto. La plainte affirmait que cet accord établissait un quota de voitures japonaises importées fixé à 3 % des ventes nationales. Le quota était partagé entre les cinq importateurs suivant une formule préétablie basée sur leurs importations respectives en 1975. En contrepartie de l'acceptation du quota, le gouvernement français consentait à ne pas accréditer de nouveaux fabricants automobiles japonais. La plainte concluait:

« En conséquence, les exposants portent plainte contre l'État français pour contravention aux articles 30 et 85 du traité de Rome, en vous priant de bien vouloir donner à leur plainte la suite qu'elle comporte. »

49. Trois ans plus tard, le 29 novembre 1988, les quatre requérantes ont déposé une nouvelle plainte auprès de la Commission contre les cinq grands importateurs. Cette lettre, adressée à la DG IV, visait une « entente illicite au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome ». La plainte affirmait que, en contrepartie de la limitation des cinq importateurs au quota de 3 %, le gouvernement français avait introduit plusieurs mesures discriminatoires ayant pour objet et pour effet d'empêcher les importateurs parallèles de véhicules japonais de pénétrer le marché français. La lettre énumérait ces mesures comme consistant à:

1) refuser d'accréditer les requérantes, les empêchant ainsi d'importer sans l'intervention de l'administration;

2) soumettre les véhicules d'importation parallèle à des procédures d'immatriculation particulières et plus longues, normalement appliquées aux voitures d'occasion;

3) donner des instructions à la Gendarmerie nationale de poursuivre les propriétaires de voitures japonaises qui circulent sous plaques étrangères passé le délai normal de deux mois;

4) imposer un taux de TVA discriminatoire de 28 % (ramené par la suite à 18,6 %) aux véhicules d'importation parallèle;

5) causer aux acheteurs, en compliquant les procédures d'immatriculation, des problèmes d'assurance et de revente.

Cette lettre concluait en demandant à la Commission de démanteler rapidement cette entente et de la sanctionner au titre de l'article 85, paragraphe 1.

50. Dans une série de lettres en date des 12 et 25 avril, 25 mai et 22 juin 1989, les requérantes ont fourni d'autres documents en vue de prouver l'existence de la prétendue entente et ont insisté auprès de la Commission afin qu'elle instruise leur plainte.

51. Le 9 juin 1989, la Commission a demandé aux cinq grands importateurs français de lui fournir des renseignements sur l'accord. Le 20 juillet 1989, le ministre de l'Industrie et de l'Aménagement du territoire français a donné des instructions aux cinq entreprises afin qu'elles ne répondent pas à la demande de la Commission, au motif que celle-ci touchait à la « politique menée par les pouvoirs publics français à l'égard des importations de véhicules japonais ».

52. Au cours du mois d'août 1989, la Commission a demandé au gouvernement français de lui fournir des renseignements sur l'accord. Dans l'hypothèse où la Commission aurait reçu une réponse à cette lettre, elle n'a pas été communiquée aux requérantes.

53. Le 25 août 1989, les requérantes ont écrit à nouveau à la DG IV en lui fournissant d'autres renseignements, notamment quant au partage annuel en pourcentage du « gâteau » de 3 % entre les cinq grands importateurs, ainsi que des éléments de preuve établissant que les marchés étaient partagés tant au niveau régional que national. Cette lettre conclut:

« L'absence de toute mesure d'investigation de la part de la Commission jusqu'à ce jour constitue une *carence* d'autant plus grave qu'elle encourage au maintien d'une situation anticoncurrentielle, susceptible d'être fatale aux entreprises plaignantes, et qu'elle permet aux membres de l'entente qui ont connaissance du dossier de faire le ménage et de dilapider les preuves.

...

Nous nous permettons, par conséquent, d'insister pour que la Commission, sans attendre la réponse des divers intéressés, notifie les griefs incontestablement établis et s'emploie en tout cas à récolter les preuves supplémentaires qu'elle estimerait utiles en recourant à des investigations à l'intérieur des entreprises ou de leur syndicat, et adopte des mesures provisoires pour rétablir dès maintenant la concurrence. »

54. La Commission a répondu à cette lettre, le 3 octobre 1989, dans les termes suivants:

« En ce qui concerne vos réactions sur le déroulement de l'instruction, je suis tout à fait en mesure de comprendre le sentiment d'impatience de vos clients devant les différentes étapes de l'instruction préliminaire qui est actuellement en cours et qui doit, comme vous le savez, prendre aussi en compte les intérêts de la défense. »

La Commission a annexé à cette lettre les lettres qu'elle avait reçues des grands importateurs en réponse à sa demande de renseignements (voir point 51 ci-dessus). La Commission a, par ailleurs, informé les requérantes qu'elle invitait le gouvernement français à lui faire part de ses observations. Dans une lettre aux requérantes du 16 octobre 1989, la Commission a expliqué que la lettre au gouvernement français visait à permettre à la Commission de « savoir si le comportement des entreprises mises en cause par la plainte a bien été adopté par celles-ci à la demande des pouvoirs publics français ».

55. Par lettre du 25 mai 1989, les requérantes ont informé la Commission de deux décisions de la cour d'appel d'Aix-en-Provence rendues dans des procédures engagées par des acheteurs de voitures d'importation parallèle qui n'avaient pu faire immatriculer leurs véhicules en raison des obstacles mis par l'administration française. Dans ces deux affaires, cette juridiction a sursis à statuer en attendant une décision de la Commission. La lettre concluait:

« Il ne vous échappera pas qu'il est urgent qu'intervienne la décision de la Commission pour permettre aux juridictions françaises de débloquer un contentieux entretenu par les organisateurs des pratiques dénoncées et qui, du fait du retard apporté, se perpétue allègrement. »

56. Le 5 juillet 1989, le tribunal de commerce d'Angers, dans une procédure engagée par le procureur de la République contre deux des requérantes, a critiqué l'État français pour sa participation à l'accord, mais a refusé de statuer définitivement avant que la Commission ne prît sa décision.

57. Le 21 novembre 1989, les requérantes ont écrit à nouveau à la Commission pour se plaindre des obstacles discriminatoires

dressés à leur encontre par l'administration française et pour souligner que l'accord était notoirement connu. En conclusion, cette lettre déclarait:

« La première plainte remontant à décembre 1985, les entreprises plaignantes sont bien fondées à demander à la Commission d'avoir à faire cesser les infractions au traité et en particulier aux articles 5, deuxième alinéa, 30 et 85.

...

La présente mise en demeure est délivrée conformément aux articles 3, sous c) et f), et 175 du traité.

...

La Commission ne peut continuer de couvrir la politique anticoncurrentielle d'un État membre au sens de l'article 30, relayée par une entente entre entreprises contraire aux dispositions de l'article 85, ce qui a pour conséquence de retarder la réparation du préjudice subi par les entreprises victimes, qui va en s'aggravant. »

58. Quatre mois plus tard, le 20 mars 1990, n'ayant pas reçu de réponse de la Commission, les requérantes ont introduit le présent recours devant la Cour de justice. Les requérantes concluent à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater, au titre de l'article 175 du traité, que la Commission a négligé de prendre une décision à l'égard des plaignantes, alors que ces dernières lui en avaient fait la demande préalable en temps utile;

— condamner, au titre des articles 178 et 215 du traité, la Communauté économique européenne à indemniser les plaignantes du préjudice causé par ces institutions.

La requête indique les sommes en écus réclamées par chacune des requérantes, mais ne contient aucune spécification quant aux calculs ayant abouti à ces sommes. Avec une lettre du 12 avril 1990, écrite en réponse à une lettre du greffier de la Cour demandant des copies lisibles de documents annexés à la requête, les requérantes ont produit une nouvelle « note explicative sur le calcul du préjudice », de huit pages, dans laquelle le préjudice est calculé en francs français.

59. Le recours a été porté devant la Cour de justice, car il était basé en partie sur la prétendue carence de la Commission à agir à l'encontre de la France au titre de l'article 30. Il a été déclaré irrecevable sur ce point, et, dans la mesure où il était basé sur les dispositions du traité en matière de concurrence, il a été renvoyé devant le Tribunal par ordonnance de la Cour en date du 23 mai 1990. Il en résulte que le Tribunal ne peut examiner si le gouvernement français a agi légalement en établissant un quota d'importation de voitures japonaises, en attribuant ce quota à cinq entreprises françaises qui devaient se le partager et (si tel a été le cas) en prenant des mesures visant à empêcher, ou du moins à rendre plus difficile, l'importation parallèle de voitures japonaises en provenance d'autres États membres.

60. Entre-temps, le 8 mai 1990, soit peu avant que la Cour ne rendît son ordonnance, le directeur général de la DG IV avait écrit une lettre à Asia Motor France. Cette lettre du directeur général vise expressément l'article 6 du règlement n° 99/63, une lettre du 3 avril 1990 de M. J.-M. Cesbron à Sir Leon Brittan l'informant du recours exercé au titre de l'article 175, la « plainte » du 18 novembre 1985 au titre de l'article 30 et la « plainte » du 29 novembre 1988 au titre de l'article 85 et de l'article 30. Cette lettre énonçait deux raisons pour lesquelles la Commission n'envisageait pas de donner suite aux plaintes et invitait l'intéressée à lui présenter ses observations dans un délai de deux mois.

61. Les raisons indiquées de ne pas donner suite à la plainte étaient:

« En premier lieu, les investigations qui ont été conduites par les services de la DG IV en vue d'une éventuelle application de l'article 85 ont établi que les cinq importateurs dont les comportements sont mis en cause ne disposent, eu égard au système de modération des importations japonaises en France, d'aucune marge opérationnelle dans cette affaire.

En second lieu, une application éventuelle de l'article 30 dans cette affaire doit être écartée pour défaut d'intérêt public communautaire, eu égard au processus de négociation actuellement en cours dans le cadre de la définition d'une politique commerciale commune, en particulier à l'égard du Japon, concernant les véhicules automobiles. »

62. Le 29 juin 1990, les requérantes ont présenté leurs observations en réponse à la lettre du directeur général.

63. Le 3 août 1990, la Commission a présenté une exception d'irrecevabilité aux motifs, premièrement, que la lettre des requérantes du 21 novembre 1989 n'était pas, pour différentes raisons, une lettre de mise en demeure valable au titre de l'article 175, deuxième alinéa; deuxièmement, que la lettre du directeur général du 8 mai 1990 constituait une « prise de position » mettant fin à la carence; troisièmement, en ce qui concerne la demande d'indemnité au titre de l'article 178, que les mémoires ne comportaient pas le degré minimal de spécification requis pour un pareil recours.

64. Le 26 septembre 1990, les requérantes ont présenté leurs observations sur l'exception d'irrecevabilité. Tout en contestant les arguments de la Commission, les requérantes ont demandé à titre subsidiaire que leur recours soit considéré comme un recours en annulation de la lettre au titre de l'article 6 du 8 mai 1990.

65. Le 7 novembre 1990, le Tribunal a joint l'exception au fond. Le 21 janvier 1991, la Commission a déposé un très bref mémoire en défense, reprenant pour l'essentiel ce qu'elle avait déclaré dans son exception d'irrecevabilité. Les requérantes n'ont pas déposé de mémoire en réplique et la procédure écrite a alors été close. La procédure orale a eu lieu le 23 octobre 1991.

66. Le 5 décembre 1991, Sir Leon Brittan a écrit aux avocats des requérantes une lettre reprenant, de façon quelque peu plus détaillée, les points contenus dans la lettre du directeur général du 8 mai 1990. En conclusion, il a déclaré que la Commission avait décidé de rejeter les plaintes. Le 4 février 1992, les requérantes ont formé devant la Cour de justice un recours en

annulation de la décision ainsi notifiée (affaire C-29/92).

67. Entre-temps, par lettre en date du 31 janvier 1992, la Commission a demandé au Tribunal de déclarer qu'il n'y avait pas lieu de statuer dans la présente affaire, sauf en ce qui concerne les dépens, le recours étant devenu sans objet.

68. Nous abordons maintenant l'examen de la recevabilité des deux recours.

La recevabilité du recours d'Automec au titre de l'article 173

69. La Commission admet que la décision notifiée à Automec par la lettre du commissaire du 28 février 1990 constitue une décision définitive, susceptible de recours. Dans la mesure où le recours d'Automec est basé sur l'article 173 du traité, la Commission ne soulève aucune question de recevabilité, et il n'existe aucun point dont le Tribunal devrait se saisir d'office.

La recevabilité des deux recours au titre de l'article 178

70. Automec et Asia Motor France réclament une indemnité au titre de l'article 178. La requête dans l'affaire Automec I, qui contenait un seul paragraphe à l'appui de cette demande d'indemnité, était annexée à la requête d'Automec dans la présente affaire, mais cette dernière requête ne comporte aucune argumentation à l'appui de ce chef de demande. Le mémoire en réplique d'Automec contient deux brefs paragraphes à l'appui de cette demande. La Commission n'a pas présenté d'exception formelle d'irrecevabilité, mais, dans son mémoire en duplique, elle soulève ce point à titre de question dont le Tribunal pourrait se saisir d'office.

71. Les mémoires dans l'affaire Asia Motor France contiennent un peu plus d'éléments que ceux dans l'affaire Automec. On y trouve une demande de sommes d'argent spécifiques, apparemment (mais non clairement) appuyée par un calcul déposé plus tard (voir point 58 ci-dessus). Mais on n'y trouve aucune argumentation détaillée, ni sur la nature de la faute génératrice de responsabilité ni sur le lien de causalité entre la faute et le préjudice allégué. Les requérantes se bornent à affirmer que l'inaction de la Commission, qui était à la base du recours formé au titre de l'article 175, constituait une « inertie fautive ». Ainsi que nous l'avons mentionné (point 63 ci-dessus), la Commission a spécifiquement soulevé l'irrecevabilité de cette demande.

72. Dans l'affaire Automec I, la demande d'indemnité a été déclarée irrecevable au motif que la requérante n'avait pas identifié le comportement invoqué à l'appui de cette demande, le préjudice prétendument subi et le lien de causalité entre ce comportement et ce préjudice [12]. On peut appliquer exactement le même raisonnement à l'affaire Automec II, et nous proposons au Tribunal de rejeter la demande formée par Automec au titre de l'article 178 comme irrecevable.

73. Le raisonnement auquel a donné lieu l'affaire Automec I s'applique également à la demande formée dans l'affaire Asia Motor

12 — Rec. 1990, p. II-390 et II-391, points 72 à 77.

France, dans la mesure où la seule différence significative entre les deux affaires réside dans le fait que la demande formée dans la seconde est appuyée par un document déposé tardivement et libellé dans une monnaie différente. Nous proposons, en conséquence, au Tribunal de rejeter également cette demande comme irrecevable.

74. Il serait souhaitable, pour le traitement futur des affaires soumises au Tribunal, de préciser que les requérants ne peuvent se contenter d'ajouter après coup des demandes imprécises d'indemnité à des recours en annulation. Le Tribunal doit être en mesure de traiter chaque affaire dont il est saisi sur la base d'une argumentation se suffisant à elle-même. L'article 178 soulève des questions juridiques complexes et demande une argumentation aussi précise et spécifique que toute autre forme de recours devant le Tribunal.

La possibilité pour Asia Motor France de transformer son recours en carence au titre de l'article 175 en recours en annulation au titre de l'article 173

75. Les requérantes dans l'affaire Asia Motor France demandent, à titre subsidiaire, que leur recours soit considéré comme un recours en annulation de la lettre au titre de l'article 6 qui leur a été adressée le 8 mai 1990. Un recours en annulation d'une lettre au titre de l'article 6 serait en tout état de cause irrecevable — ainsi qu'il ressort de l'arrêt Automec I —, mais il existe également une raison de principe interdisant que, du moins en matière de concurrence, un recours en carence puisse être transformé en recours en annulation.

76. Il est facile de soutenir, en se fondant sur des raisons d'économie de procédure, qu'un recours en carence doit pouvoir être transformé en recours en annulation d'un acte subséquent qui met fin à la carence. Un recours au titre de l'article 175 a pour objet de contraindre une institution à agir. Si l'institution agit alors, mais d'une manière que le requérant entend contester au titre de l'article 173, pourquoi devrait-il être nécessaire d'abandonner le recours existant et d'introduire un nouveau recours en annulation, en reprenant les mêmes arguments et en perdant des mois précieux, sans parler du coût en résultant pour les parties et pour le Tribunal? Dans notre propre pays, les juridictions ont des pouvoirs étendus, lorsque l'une des parties adopte une nouvelle position, pour permettre à l'autre partie de modifier son argumentation afin de se concentrer sur les questions qui se posent effectivement. Mais le contexte est alors différent.

77. Tant la Cour de justice que le Tribunal sont des juridictions ayant une compétence limitée dans des domaines limités. Nous ne pouvons pas toujours faire ce qui semble le plus juste, le plus souhaitable ou le plus économique, car nous sommes liés par le traité, par le statut de la Cour et par le règlement de procédure. Ainsi, par exemple, nous n'avons pas la liberté de proroger des délais fixés par le traité.

78. L'article 19, premier alinéa, du statut fixe en termes généraux et l'article 44, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal (article 38 du règlement de procédure de la Cour) fixe de manière plus détaillée les éléments que doit contenir un acte introductif d'instance. Il doit, en particulier, contenir l'indication de l'objet du litige, les conclusions du requérant, les moyens de droit invoqués par le requérant

et ses principaux arguments. Ces détails doivent être publiés au Journal officiel (article 24, paragraphe 6, du règlement du Tribunal; article 16, paragraphe 6, du règlement de la Cour). La raison en est, croyons-nous, évidente.

79. L'article 37 du statut reconnaît aux États membres, aux institutions communautaires et (lorsqu'elles peuvent justifier d'un intérêt) aux autres personnes le droit d'intervenir aux litiges soumis à la Cour ou au Tribunal. L'article 20 du statut prévoit que les demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 177 sont notifiées par les soins du greffier de la Cour aux parties, aux États membres, à la Commission et, dans certaines circonstances, au Conseil. Dans le cas des recours directs, il n'existe pas d'exigence correspondante de notification directe aux États membres et aux institutions (autres que l'institution défenderesse), et encore moins aux autres parties potentiellement intéressées. Ils doivent (à moins d'avoir accès au dossier par d'autres voies) décider d'intervenir ou non sur la base de la publication au Journal officiel. En tant que parties intervenantes, ils n'auront pas d'autre faculté que de soutenir les conclusions de l'une des parties (article 37, troisième alinéa, du statut).

80. Les interventions ne doivent pas être multipliées sans nécessité. Les intervenants potentiels doivent être en mesure d'apprécier d'intervenir ou non, en toute sécurité, sur la base de la publication au Journal officiel. S'ils ne le sont pas, ils seront encouragés à intervenir pour des raisons de sécurité. Cela constitue une bonne raison pour laquelle, dans le système communautaire, l'étendue d'un recours direct est, en principe, fixée dès le début et pour laquelle le droit des parties d'introduire de nouveaux moyens de droit en cours d'instance est sévèrement restreint (article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal; article 42, paragraphe 2, du règlement de la Cour).

81. Alors qu'il peut y avoir place pour une certaine souplesse dans les affaires de fonctionnaires, pour lesquelles la compétence du Tribunal est de nature différente, les faits de l'affaire Asia Motor France montrent que plus d'un État membre et un nombre non négligeable d'entreprises privées peuvent avoir un intérêt à la solution d'une affaire de concurrence. Ils peuvent préférer laisser à la Commission le soin de défendre à un recours en carence, mais nous ne pouvons présumer qu'ils préféreront tout autant rester sur la touche dans le cas d'un recours visant à l'annulation d'une décision positive de la Commission de ne pas agir.

82. Nous estimons en conséquence que le Tribunal devrait limiter l'étendue du présent litige au recours en carence tel que présenté à l'origine.

La recevabilité et la persistance de l'objet du recours d'Asia Motor France au titre de l'article 175

83. La Commission soutient que le recours d'Asia Motor France au titre de l'article 175 est irrecevable essentiellement pour trois motifs: premièrement, la lettre du 21 novembre 1989 n'est pas une lettre de mise en demeure valable; deuxièmement, il n'existait pas d'« acte » que la Commission était tenue d'adopter et, en conséquence, il n'existait pas de carence; et troisièmement, en tout état de cause, la lettre du directeur général du 8 mai 1990 constituait une « prise de position » qui a mis fin à la

carence et qui, dès lors, a privé le recours de son objet. Comme nous l'avons mentionné, la Commission déclare à présent, eu égard à la lettre du commissaire du 5 décembre 1991, qu'il n'y a plus lieu de statuer, sauf sur la question des dépens.

84. Le moyen selon lequel la lettre du 21 novembre 1989 n'était pas une lettre de mise en demeure valable est appuyé par deux arguments. Premièrement, la lettre ne précise pas la base juridique qui crée l'obligation de la Commission à agir, puisqu'elle se borne à mentionner les articles 3 et 175 du traité. Deuxièmement, cette lettre ne précise pas quelle mesure les requérantes souhaitaient de la part de la Commission.

85. A notre avis, l'un et l'autre de ces arguments sont dépourvus de fondement. Le directeur général de la concurrence, lorsqu'il a écrit sa lettre du 8 mai 1990, ne semble avoir eu aucune difficulté à identifier la lettre du 21 novembre 1989 comme une lettre de mise en demeure. Il n'apparaît pas non plus avoir eu de doute quant aux mesures que les requérantes attendaient de la Commission. Qui plus est, la propre exception d'irrecevabilité de la Commission, après deux pages de critiques quant à la régularité de la lettre de mise en demeure, poursuit en citant, dans une autre rubrique, le passage de la lettre des requérantes (précité au point 57) qui se réfère spécifiquement aux articles 5, 30 et 85 du traité. La Commission déclare ensuite:

« Il est constant que la Commission avait ouvert une enquête au moment où elle a reçu cette lettre de mise en demeure, et que celle-ci n'était pas encore terminée. »

Le fait d'avoir agi ainsi dès la réception de la lettre du 21 novembre 1989 ne cadre guère avec la prétendue perplexité de la Commission quant à la signification de cette lettre.

86. Il ne s'agit pas de savoir si la position des requérantes était fondée en droit ou si leur plainte était justifiée, mais si la lettre du 21 novembre 1989 était une lettre de mise en demeure valable. A notre avis, elle l'était.

87. Le deuxième moyen de la Commission revient à dire que, puisque la Commission ne peut jamais être contrainte d'adopter une décision à l'encontre de l'entreprise (ou des entreprises) visée(s) par la plainte, un plaignant ne peut exercer un recours au titre de l'article 175. Il s'agit là d'une version extrême de la première approche de l'interprétation de l'article 175, que nous avons évoquée précédemment. Si elle était admise, l'article 175 deviendrait effectivement lettre morte dans les litiges en matière de concurrence.

88. Pour les raisons de texte et les raisons pratiques exposées aux points 30 à 34 ci-dessus, nous préférons la deuxième approche. Nous proposons, en conséquence, au Tribunal de rejeter également ce moyen.

89. Si cette thèse est admise, le recours était recevable au moment où il a été formé, puisque les requérantes avaient valablement invité la Commission à agir et que la Commission, à leur connaissance, n'avait rien fait. Si tant est que la Commission ait ouvert une enquête à la réception de la lettre de mise en demeure, les requérantes n'en ont pas été informées, comme elles auraient dû l'être.

90. Le troisième moyen de la Commission mérite, à notre avis, que l'on s'y arrête davantage. Dans l'hypothèse où un recours au titre de l'article 175 est recevable au moment de son introduction, son objet s'épuise-t-il si l'institution défenderesse prend ultérieurement position — par exemple en envoyant une lettre au titre de l'article 6? Une lettre au titre de l'article 6 a été considérée par la Cour comme constituant une « prise de position » au sens de l'article 175, deuxième alinéa [13].

91. Ici encore, deux thèses semblent être possibles. La première consiste à dire qu'un recours au titre de l'article 175 ne perd son objet que lorsqu'il a été mis fin à l'« abstention de statuer » (au sens de l'article 175, premier alinéa). Cette approche peut trouver appui dans le principe posé par la Cour dans l'affaire « comitologie » [14], selon lequel

« un refus d'agir, si explicite soit-il, peut être déféré à la Cour sur la base de l'article 175, dès lors qu'il ne met pas fin à la carence ».

Selon l'autre thèse, un recours au titre de l'article 175 a pour objet d'aiguillonner une institution faisant preuve d'inertie afin qu'elle agisse, et son objet s'épuise lorsque l'institution défenderesse « prend position » (au sens de l'article 175, deuxième alinéa).

92. Quelle que soit la thèse sous l'angle de laquelle on se place, il ne s'agit pas d'une question de recevabilité. La recevabilité d'un recours s'apprécie au moment où il est exercé, et non par référence à quelque événement ultérieur. La véritable question est celle de savoir si le recours a perdu son objet, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu pour le Tribunal de statuer.

93. A notre avis, ce litige a bien perdu à présent son objet, puisque la Commission a définitivement rejeté la plainte des requérantes et que celles-ci ont exercé un recours en annulation de cette décision. Toutefois, la question venant d'être abordée conserve son importance en ce qui concerne les dépens, puisque des dépens substantiels ont certainement été exposés depuis que le directeur général de la concurrence a envoyé sa lettre au titre de l'article 6 le 8 mai 1990.

94. Nous avons suggéré qu'il existait deux thèses possibles. Selon la première, dès lors que le Tribunal est saisi d'un recours au titre de l'article 175 recevable, l'objet de celui-ci ne s'épuise que lorsque l'institution défenderesse a adopté un « acte » formel. Une lettre au titre de l'article 6 ne constituant pas un acte formel (voir l'arrêt Automec I), le présent recours a conservé son objet jusqu'à ce que la Commission ait pris sa décision définitive de rejeter la plainte des requérantes. Lorsque la lettre au titre de l'article 6 a été envoyée, le 8 mai 1990, la voie à suivre aurait consisté à suspendre le recours jusqu'à ce que la solution de la procédure de l'article 6 fût connue.

95. Le choix de cette solution aurait pour avantage que l'existence d'un recours toujours pendant, pouvant être réactivé à tout moment, serait un aiguillon incitant la Commission à demeurer active. Le désavantage serait qu'un recours potentiellement inutile resterait inscrit au rôle du Tribunal, le sort de ce recours étant entre les mains des parties et non du Tribunal.

13 — Voir arrêt GEMA, point 21, précité à la note 3.

14 — Arrêt du 27 septembre 1988, Parlement/Conseil, point 17 (302/87, Rec. p. 5615, 5641).

96. La seconde thèse est, à notre avis, théoriquement moins attrayante, dans la mesure où elle présuppose qu'il peut être mis fin à une abstention de statuer, dans le sens d'abstention d'adopter un acte attaquable, au moyen d'une mesure ne comportant pas d'acte attaquable. Si elle présente l'avantage de décharger rapidement le rôle du Tribunal, cette thèse présente le désavantage correspondant de contraindre un plaignant à exercer une série de recours en vue d'obtenir des résultats si la Commission continue à faire preuve d'inertie dans le traitement du dossier.

97. Nous laisserons à d'autres le choix entre ces deux thèses, car, à notre avis, il n'est pas nécessaire d'opérer ce choix en vue de statuer sur les dépens en l'espèce. Il a fallu un peu plus de six ans à partir de la date de la première plainte (qui mentionnait spécifiquement l'article 85) et un peu plus de trois ans à partir de la date de la seconde pour que les requérantes obtiennent de la part de la Commission la décision à laquelle nul ne conteste qu'elles avaient droit. Nous ne nous prononcerons pas sur le bien-fondé de cette décision, qui fait l'objet du nouveau recours en annulation. Mais elle n'ajoute rien de substantiel à ce que disait la lettre au titre de l'article 6 du directeur général écrite dix-neuf mois plus tôt.

98. Si les motifs donnés en mai 1990 et réitérés en décembre 1991 étaient suffisants pour statuer sur la plainte, ils auraient pu être indiqués des années auparavant, ce qui aurait évité le présent recours. Compte tenu de l'historique de l'affaire, les requérantes n'auraient sans doute pas obtenu, même maintenant, une décision de la part de la Commission si elles n'avaient pas exercé et maintenu le présent recours. En vertu de l'article 87, paragraphe 6, de notre règlement de procédure, les dépens relèvent de l'entière discrétion du Tribunal. La justice commande, à notre avis, que la Commission ait la charge des dépens d'un recours qui, même s'il est à présent sans objet, a au moins en partie atteint son objectif en aboutissant à une décision attaquable.

99. Nous proposons, en conséquence, au Tribunal de déclarer, dans l'affaire Asia Motor France, qu'il n'y a plus lieu de statuer, sauf sur les dépens, et de condamner la Commission aux dépens exposés par les requérantes.

100. Un avocat général doit normalement se prononcer sur le fond d'une affaire, même s'il est parvenu à la conclusion qu'elle doit être tranchée dans un cadre différent. En l'espèce, les questions de fond font l'objet d'un autre recours, qui s'y prête mieux. Nous n'ajouterons donc pas d'autres observations sur l'affaire Asia Motor France.

Le fond de l'affaire Automec

101. La lettre du commissaire à Automec du 28 février 1990 (citée au point 43 ci-dessus) donne deux motifs à l'appui du rejet de la plainte d'Automec: premièrement, la Commission n'a pas le pouvoir, en vertu de l'article 85, de prononcer une injonction positive obligeant BMW à reprendre ses livraisons à Automec; et, deuxièmement, la plainte d'Automec serait mieux dirigée si elle était portée devant les juridictions italiennes. En ce qui concerne le second motif, la lettre se réfère au pouvoir de la Commission d'accorder des différents grades de priorité dans la poursuite des affaires dont elle est saisie et à l'absence d'un intérêt communautaire suffisant à poursuivre l'instruction de la plainte d'Automec.

102. Le Tribunal étant saisi des motifs donnés, et non des motifs qui auraient pu être donnés, il est possible d'évacuer deux arguments développés devant nous. Selon le premier argument, avancé de manière hésitante et intermittente, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu quant à la suite qu'elle réserve aux plaintes en matière de concurrence et ce pouvoir n'est pas susceptible de contrôle juridictionnel. Les arrêts Demo-Studio Schmidt et CICCE (précités aux points 16 et 17) suffisent à évacuer cet argument.

103. Selon le second argument, quelle qu'ait pu être la situation dans le passé, la Commission n'a plus les moyens, notamment pour ce qui est du personnel de la DG IV, de poursuivre l'examen de chaque plainte en matière de concurrence. Il nous a été indiqué que la DG IV disposait maintenant de 28 postes de catégorie A au sein de la direction A responsable des problèmes généraux, de 90 postes (dont 4 à 5 % sont vacants) au sein des directions sectorielles B, C et D, de 44 postes au sein de la direction E responsable des aides d'État et de 28 postes au sein de la task-force responsable des concentrations. Le manque de personnel à la DG IV a déjà fait l'objet de commentaires il y a quelques années [15], alors même que, jusqu'à un passé très récent, la Commission diffusait encore une plaquette d'information destinée aux hommes d'affaires, qui indiquait:

« Lorsqu'une plainte est déposée par une partie qui a un intérêt légitime dans l'affaire, la Commission examinera s'il y a effectivement violation des règles de concurrence. Si la plainte est fondée, la Commission peut arrêter les mesures nécessaires pour faire cesser l'infraction » [16].

104. Il n'appartient pas au Tribunal de décider si la Commission souffre actuellement d'un manque de personnel. Le manque de personnel, même s'il est dû à des contraintes budgétaires dont la Commission n'est pas responsable, ne saurait justifier le refus d'exécuter une obligation juridique. Il peut, d'un autre côté, justifier la définition de certaines priorités, l'exécution de l'obligation pouvant être plus urgente dans certains cas que dans d'autres. C'est ce que la Commission dit avoir fait dans son *Dix-septième Rapport sur la politique de concurrence* (1988), quoique les critères qui y sont indiqués (au point 9) sont pour le moins rédigés en style télégraphique.

105. Un système de priorités complètement et clairement définies ne saurait, en lui-même, justifier le *rejet* d'une plainte qui comporte des éléments prouvant à première vue l'existence d'une violation des règles de concurrence. Cela ressort des arrêts Demo-Studio Schmidt et CICCE. De même, à notre avis, l'action de la Commission ne saurait être soustraite au contrôle juridictionnel par référence à une vague notion d'« intérêt communautaire » définie, au coup par coup, par la Commission elle-même. Mais la Commission est allée plus loin en l'espèce.

106. Alors même que la lettre du commissaire à Automec se réfère aux priorités de la Commission et à l'inexistence d'un « intérêt communautaire » suffisant, le fond des

15 — Voir, par exemple, le rapport du House of Lords Select Committee on the European Communities, *European Union, 14th Report of Session 1984/85*, point 51, p. xxi, et le témoignage de MM. Ehlermann et Glaesner, p. 106, QQ.165-166.

16 — *Règles de concurrence de la Communauté européenne — Guide pour les petites et moyennes entreprises*, novembre 1983, p. 46, réédité sous le titre *La politique de concurrence dans un marché unique*, mars 1989, p. 48.

motifs du rejet de la plainte serait le même en l'absence de ces références. Les motifs de fond donnés sont, comme nous l'avons indiqué, l'absence de pouvoir de la Commission de délivrer une injonction positive et la possibilité d'obtenir satisfaction devant les juridictions italiennes.

107. A notre avis, l'argument basé sur l'absence de pouvoir d'injonction n'est pas convaincant. En effet, la Commission dit à Automec: « Vous nous demandez de prononcer une injonction obligeant BMW à reprendre ses livraisons; nous ne pouvons prononcer une pareille injonction; en conséquence, nous rejetons votre plainte. » Or, la question qui se pose à la Commission n'est pas celle de savoir si elle a le pouvoir de délivrer l'injonction sollicitée. La première question à examiner est celle de savoir, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt CICCE, si les règles de concurrence du traité ont été violées. C'est si, et seulement si, la Commission estime que les règles de concurrence ont été violées que se pose la question de l'injonction devant être prononcée. Si la Commission, après avoir établi une infraction, ne peut prononcer l'injonction sollicitée par le plaignant, elle peut sans aucun doute prononcer une injonction ordonnant qu'il soit mis fin à l'infraction et infliger des amendes et des astreintes en vue de faire exécuter cette injonction. Une pareille injonction peut parfaitement avoir le même effet pratique qu'une injonction positive.

108. Nous sommes, en conséquence, d'avis que le premier motif du rejet de la plainte d'Automec est mal fondé et qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si la Commission a le pouvoir, en vertu de l'article 85, de prononcer une injonction positive.

109. En ce qui concerne le second motif de rejet, la Commission s'est amplement prononcée, dans cette affaire et ailleurs, sur la possibilité d'obtenir satisfaction devant les juridictions nationales. Or, il est important de rappeler, même si c'est évident, que les juridictions nationales sont des juridictions *nationales*. Le traité ne leur confère aucune compétence supranationale.

110. Si elle doit faire usage de voies de recours nationales, la victime d'un comportement anticoncurrentiel doit, tout d'abord, trouver une juridiction compétente et disposée à se déclarer compétente à l'égard du défendeur visé, en ce qui concerne le comportement en cause. Les conventions de Bruxelles ou de Lugano peuvent s'appliquer, mais on ne sait pas encore exactement comment des actions d'ordre privé, visant à faire respecter des droits directs découlant des articles 85 et 86, doivent être traitées dans le cadre de ces conventions. Il peut se faire que, dans une situation donnée, aucune juridiction d'un État de la Communauté ou de l'AELE ne soit disposée à se déclarer compétente. Les juridictions des pays extérieurs à la Communauté et à l'AELE, si elles appliquent leurs propres règles, pourraient ne pas être disposées à appliquer le droit communautaire de la concurrence.

111. A supposer que la partie lésée ait trouvé une juridiction disposée à statuer sur le fond du litige, cette juridiction pourra-t-elle ordonner des mesures provisoires en vue de sauvegarder ses intérêts avant qu'une décision définitive n'intervienne? Les dispositions nationales applicables peuvent ne pas prévoir de mesures provisoires exécutoires, et on ne sait pas encore exactement dans quelle mesure les conventions les ont

rendues exécutoires, au-delà des limites de la compétence nationale. Si la partie lésée est obligée d'engager des instances séparées dans chaque État dans lequel il lui est nécessaire d'obtenir des mesures provisoires efficaces, elle peut se trouver à court de temps, de moyens et d'argent.

112. Ensuite se pose le problème de l'obtention des preuves. Une juridiction ne peut normalement se livrer à des investigations sur le territoire d'un autre État. Tous les États membres ne sont pas signataires des conventions de La Haye de 1954 (relative à la procédure civile) et de 1970 (sur l'obtention des preuves à l'étranger), à supposer même que les affaires relevant des articles 85 et 86 entrent dans le champ d'application de ces conventions. Dans la mesure où ces conventions s'appliquent, elles font l'objet de réserves. Par exemple, l'article 23 de la convention de 1970 autorise un État à déclarer qu'il n'exécutera pas les commissions rogatoires visant à obtenir la divulgation de documents avant toute instance (procédure connue dans les États de Common Law sous le nom de « pre-trial discovery of documents »). Tous les États contractants, à l'exception des États-Unis, ont fait cette réserve sous une forme ou sous une autre. Ces réserves et l'incertitude quant à leur portée ont rendu très difficile l'obtention de documents dans certains pays.

113. L'exécution des demandes d'entraide judiciaire est également soumise aux dispositions nationales de l'État d'exécution. En Angleterre, une de ces dispositions prévoit qu'une personne n'est pas tenue de produire un document au cas où cette production l'exposerait à des poursuites pénales ou à l'exécution d'une sanction pécuniaire. En 1977, la House of Lords a jugé que le risque d'amendes infligées par la Commission pour violation des règles de concurrence de la CEE relevait de cette disposition [17]. Elle a, en conséquence, rejeté une demande d'entraide émanant d'une juridiction américaine appelée à statuer sur une action d'ordre privé ayant pour objet une prétendue violation du droit antitrust américain. L'application d'une pareille règle dans le contexte des actions fondées sur les articles 85 ou 86 est susceptible de rendre pratiquement impossible toute obtention de preuves.

114. Les mesures de contrainte permettant d'obtenir des témoignages ou la production de documents sont en tout état de cause soumises aux dispositions nationales, qui peuvent varier considérablement quant à leur portée et à leur effet. L'expérience montre que, dans les affaires de concurrence, des éléments de preuve essentiels sont susceptibles de se trouver sous le contrôle du défendeur potentiel, d'où les pouvoirs étendus conférés à la Commission dans le cadre du règlement n° 17. Sans contrainte — ou menace de contrainte —, une entreprise se trouvant en infraction aux articles 85 ou 86 ne pourrait guère être amenée à faire des révélations. Il ne se trouvera pas toujours une juridiction nationale qui ait à la fois la possibilité et la volonté d'appliquer des mesures de contrainte.

115. L'exécution d'une décision définitive à l'intérieur de la Communauté ne devrait pas se révéler trop difficile, à condition que la convention de Bruxelles s'applique. Toutefois, cela ne sera pas d'un grand réconfort à la victime réelle d'un comportement illégal si elle ne peut trouver une juridiction disposée à se déclarer compétente ou à ordonner les mesures provisoires néces-

17 — Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse Electric Corporation (AC — Appeal Cases — 1978, p. 547), qui fait application de l'article 14 du Civil Evidence Act 1968 (loi de 1968 sur la preuve en matière civile).

saires, ou si elle ne peut obtenir les éléments lui permettant d'apporter la preuve de ses dires.

116. La possibilité d'obtenir satisfaction devant les juridictions nationales n'est pas une affaire réglée d'avance. La Commission ne peut, en réponse à une plainte réelle, se contenter de reprendre une formule rituelle selon laquelle il est possible d'obtenir satisfaction devant les juridictions nationales. La Commission doit réfléchir soigneusement à la question de savoir s'il est effectivement possible d'obtenir ainsi satisfaction ou si elle est tenue de faire usage de ses propres pouvoirs.

117. En l'espèce, la Commission a réfléchi à la possibilité d'obtenir satisfaction devant les juridictions italiennes. En effet, elle a conclu que le litige était un litige italien dont les juridictions italiennes étaient déjà saisies et sur lequel elles étaient mieux à même de statuer que la Commission. Le conseil des requérantes n'a pu avancer que deux motifs de fond en sens contraire. Selon le premier, la société mère BMW en Allemagne (BMW AG) ne peut être poursuivie en Italie. Selon le second, l'action d'Automec implique l'application de règlements d'exemption par catégorie, à l'égard desquels la Commission a compétence exclusive.

118. Nous n'avons pas été convaincu d'une quelconque nécessité, pour Automec, d'engager une procédure à l'encontre de la société mère BMW en Allemagne en vue de voir effectivement aboutir son action. Nous n'avons pas non plus été en mesure de comprendre de quelle façon l'action d'Automec conduirait la juridiction nationale à empiéter sur la compétence exclusive de la Commission pour appliquer l'article 85, paragraphe 3.

119. Nous sommes, en conséquence, d'avis que la Commission était en droit de décider de ne pas poursuivre l'instruction de la plainte d'Automec pour les motifs exposés au point 2 de la lettre du commissaire du 28 février 1990. Nous proposons, en conséquence, au Tribunal de rejeter le recours.

Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, nous proposons au Tribunal de statuer dans ces affaires ainsi qu'il suit:

« Dans l'affaire T-24/90, Automec/Commission, il y a lieu de rejeter le recours et de condamner la requérante aux dépens.

Dans l'affaire T-28/90, Asia Motor France e.a./Commission, il y a lieu de rejeter le recours dans la mesure où il est basé sur l'article 178 du traité et, dans la mesure où il est basé sur l'article 175, de le déclarer comme devenu sans objet. Il y a lieu de condamner la Commission aux dépens. »