CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GEORGES COSMAS

présentées le 13 mai 1997 *

Dans la présente affaire, la Cour de justice est appelée à statuer sur les pourvois introduits par la Commission des Communautés européennes et par la République française au titre de l'article 49 du statut CE de la Cour contre l'arrêt prononcé le 18 septembre 1995 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes [1]. Cet arrêt a fait droit au recours introduit par la société anglaise Ladbroke Racing Ltd, au titre de l'article 173 du traité CE (ci-après le « traité »), en vue d'obtenir l'annulation de la décision de la Commission du 29 juillet 1993; par cette décision, la Commission avait rejeté la plainte (IV/33.374) déposée le 24 novembre 1989 par Ladbroke, relativement au mode d'organisation en France des paris hippiques du type pari mutuel [2] ainsi qu'aux droits exclusifs qui ont été accordés par la législation française au Pari mutuel urbain (ci-après le « PMU »), c'est-à-dire à un groupement d'entreprises national (français).

Tout d'abord il y a lieu de souligner que, dans son arrêt, le Tribunal de première instance a adopté une interprétation des articles 85 et 86 du traité aux prolongements particulièrement intéressants, dont la Cour de justice est appelée à apprécier la validité.

I — Les faits et la procédure

1. Les circonstances de fait de la présente affaire sont décrites en détail aux points 1 à 25 de l'arrêt attaqué, auxquels nous renvoyons. En l'occurrence, il suffira de relever les éléments suivants:

2. Le 24 novembre 1989, Ladbroke a saisi la Commission d'une plainte (IV/33.374) dirigée contre, premièrement, la République française, deuxièmement, les dix principales sociétés de courses en France [3] et, troisiè-

* Langue originale: le grec.

1 — Arrêt Ladbroke Racing/Commission (T-548/93, Rec. p. II-2565).

2 — Le système de pari mutuel, seul autorisé en France, est caractérisé par le fait que les enjeux constituent une masse commune qui, après différents prélèvements, est distribuée aux gagnants. Les parieurs jouent les uns contre les autres et le montant du gain dépend de celui des enjeux ainsi que du nombre des gagnants. L'organisateur du pari n'est pas rémunéré sur les mises perdues des joueurs, mais par des prélèvements opérés sur la masse des paris.

3 — Il s'agit des sociétés qui ont été autorisées à organiser des paris du type pari mutuel à la fois sur les champs de courses et hors hippodrome.

mement, le PMU [4]. Dans la mesure où sa plainte était dirigée contre le PMU et ses sociétés membres, Ladbroke a demandé à la Commission, sur la base de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962 [5] (ci-après le « règlement n° 17 »), de prendre les mesures ci-après:

En premier lieu, constater et ordonner qu'il soit mis fin à des infractions à l'article 85, paragraphe 1, du traité, résultant d'accords et de pratiques concertées appliqués par les sociétés de courses autorisées en France entre elles et avec le PMU. Ces accords ou pratiques concertées auraient pour objet, d'une part, d'octroyer au PMU des droits exclusifs pour la gestion et l'organisation du pari mutuel hors hippodrome sur les courses organisées ou contrôlées par lesdites sociétés, d'autre part, d'appuyer une demande en obtention d'une aide d'État en faveur du PMU et, enfin, de permettre au PMU d'étendre ses activités au-delà de la France.

En deuxième lieu, Ladbroke a demandé à la Commission de constater et d'ordonner qu'il soit mis fin à des infractions à l'article 86 du traité CEE résultant d'une part, de l'octroi au PMU de droits exclusifs pour la gestion et l'organisation de paris hors hippodrome et, d'autre part, de l'obtention par le PMU d'une aide d'État illégale. La requérante a également demandé à la Commission d'ordonner au PMU le remboursement de l'aide d'État illégale dont il avait ainsi bénéficié, avec les intérêts au taux du marché. En outre, Ladbroke a signalé à la Commission d'autres abus de position dominante de la part du PMU [6]. Enfin, elle a fait valoir une distorsion de la concurrence en raison des liens étroits qui unissent le PMU à ses principaux fournisseurs.

3. Dans la mesure où sa plainte est dirigée contre la République française, Ladbroke a demandé à la Commission d'adopter une décision sur la base de l'article 90, paragraphe 3, du traité CEE, afin de mettre fin à la violation par la République française des dispositions suivantes:

Premièrement, les dispositions des articles 3, sous f), 5, 52, 53, 85, 86 et 90, paragraphe 1, du traité, en raison de l'adoption et du maintien en vigueur de la législation française précitée, qui confère une base légale aux

4 — Le PMU est un groupement d'intérêt économique composé des principales sociétés de courses en France; il a été créé pour gérer les droits de ces sociétés à organiser des paris mutuels hors hippodrome. La gestion par le PMU des droits des sociétés de courses pour l'organisation de ces paris était assurée initialement sous forme de « service commun » (décret du 11 juillet 1930, relatif à l'extension du pari mutuel hors hippodrome). L'article 13 du décret n° 74-954, du 14 novembre 1974, relatif aux sociétés de courses de chevaux, a confié au PMU l'exclusivité de la gestion des droits des sociétés de courses sur les paris mutuels hors hippodrome. Cet article dispose: « Les sociétés de courses autorisées à organiser le pari mutuel hors des hippodromes ... en confient la gestion à un service commun dénommé Pari mutuel urbain ». Cette exclusivité du PMU est, en outre, protégée par l'interdiction faite à toute autre personne d'engager ou de prendre des paris sur les courses de chevaux (article 8 de l'arrêté interministériel du 13 septembre 1985, portant règlement du Pari mutuel urbain). Cette exclusivité s'applique aux paris pris à l'étranger sur les courses organisées en France, ainsi qu'aux paris pris en France sur des courses organisées à l'étranger, lesquels ne peuvent, eux aussi, être engagés que par les sociétés autorisées et/ou le PMU (article 15, paragraphe III, de la loi n° 64-1279, du 23 décembre 1964, portant loi de finances pour 1965).

5 — Il s'agit du premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204).

6 — Ladbroke soutient que les parieurs qui utilisent les services du PMU font l'objet d'une exploitation en raison de l'absence d'organisation de paris pour les courses courues sur les terrains n'appartenant pas aux principales sociétés de courses et en raison de l'ouverture incomplète des paris pour les courses courues sur les champs de courses appartenant à celles-ci. Ladbroke dénonce également la couverture limitée des courses étrangères par le PMU et ses agences ainsi que la mauvaise qualité des services qu'ils offrent.

accords des sociétés de courses entre elles, d'une part, et avec le PMU, d'autre part. Ladbroke reproche à cette législation d'octroyer au PMU des droits exclusifs en matière de prise de paris hors hippodrome en interdisant à quiconque d'engager ou de prendre, autrement que par l'intermédiaire du PMU, des paris hors hippodrome sur les courses de chevaux organisées en France.

Deuxièmement, les dispositions des articles 3, sous f), 52, 53, 59, 62, 85, 86 et 90, paragraphe 1, du traité, en raison de l'édiction et du maintien en vigueur de la législation susmentionnée, qui interdit d'engager librement en France des paris sur des courses organisées à l'étranger.

Troisièmement, les articles 90, paragraphe 1, 92 et 93 du traité, en raison d'aides illégales accordées au PMU.

4. Par lettre du 11 août 1992, Ladbroke a mis en demeure la Commission, conformément à l'article 175 du traité CEE, de prendre dans un délai de deux mois position sur sa plainte du 24 novembre 1989. Par lettre du 12 octobre 1992, la Commission a informé Ladbroke qu'elle continuait d'examiner la plainte, mais que cet examen exigerait un temps considérable. Le 21 décembre 1992, Ladbroke a introduit un recours en carence au titre de l'article 175 du traité en vue de faire constater que la Commission s'était abstenue, en violation du traité, d'adopter une décision sur les aspects de sa plainte relevant de l'article 90. Ce recours a été déclaré irrecevable par le Tribunal de première instance dans sa décision du 27 octobre 1994 [7].

5. En ce qui concerne les aspects de la plainte de Ladbroke ayant trait aux violations alléguées des articles 85 et 86 du traité par les sociétés de courses françaises et le PMU, la Commission a, par lettre du 9 février 1993, informé Ladbroke, au titre de l'article 6 du règlement n° 99/63/CEE (JO 1963, 127, p. 2268), qu'elle n'envisageait pas de leur réserver une suite favorable. Par sa décision du 29 juillet 1993, la Commission a rejeté la plainte de Ladbroke pour des motifs contenus à la fois dans cette décision et dans la lettre du 9 février 1993.

6. Contre cette décision de la Commission, Ladbroke a saisi le Tribunal de première instance le 19 octobre 1993 d'un recours, qui a également donné lieu à l'intervention du gouvernement français. Par arrêt prononcé le du 18 septembre 1995 dans l'affaire T-548/93 [8], le Tribunal de première instance a fait droit au recours et a annulé la décision prise par la Commission le 29 juillet 1993. Cet arrêt a donné lieu à deux pourvois séparés introduits le 22 novembre 1995 par la Commission (affaire C-359/95 P) et le 27 novembre 1995 par la République française (affaire C-379/95 P). Par ordonnance du 29 janvier 1996, le président de la

7 — Arrêt Ladbroke/Commission (T-32/93, Rec. p. II-1015).
8 — Voir la note 1 ci-dessus.

Cour a prononcé la jonction de ces affaires aux fins des procédures écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

7. La Commission demande l'annulation de l'arrêt attaqué dans la mesure où il invalide sa décision de rejet de la plainte et elle conclut au rejet au fond du recours introduit par Ladbroke devant le Tribunal de première instance ainsi qu'à la condamnation de Ladbroke à l'ensemble des dépens dans les deux procédures.

La République française conclut à ce qu'il plaise à la Cour annuler l'arrêt en tant qu'il annule la décision et faire droit aux conclusions présentées par la Commission devant le Tribunal.

Ladbroke conclut au rejet des pourvois et à la condamnation de la Commission et de la République française aux dépens; subsidiairement, et pour le cas où la Cour ferait droit aux pourvois, Ladbroke lui demande d'examiner l'affaire et de statuer sur les points non résolus du recours introduit dans l'affaire T-548/93 ou de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il statue sur ces points.

II — L'arrêt attaqué

8. Les considérations qui fondent en substance le dispositif de l'arrêt du Tribunal de première instance font l'objet des points 43 et 46 à 51 de cet arrêt; elles se lisent comme suit:

« Le Tribunal estime qu'il convient, en l'espèce, d'examiner tout d'abord le grief relatif au traitement des deux aspects de la plainte, concernant, respectivement, les violations alléguées aux articles 85 et 86 et à l'article 90, du traité, dans la mesure où cette question met en cause la façon générale dont la Commission a procédé à l'examen de la plainte. Il convient d'examiner en particulier la question de savoir si la Commission était tenue de porter son appréciation sur la compatibilité de la législation nationale française avec le traité avant d'adopter la décision attaquée au titre des articles 85 et 86 du traité [point 43].

Le Tribunal constate que, en l'espèce, la Commission a procédé à l'ouverture de la procédure d'examen de la plainte de la requérante au titre de l'article 90 du traité, afin d'évaluer la compatibilité de la législation nationale française avec les autres dispositions du traité et que cette procédure est encore pendante. Il convient par conséquent d'examiner si la Commission pouvait rejeter définitivement la plainte de la requérante au titre des articles 85 et 86 du traité et du règlement n° 17 sans avoir auparavant,

conclu l'examen de la plainte au titre de l'article 90 du traité [point 46].

A cet égard, le Tribunal relève que la Commission a soutenu, dans le cadre de la procédure écrite et lors de la procédure orale, que le problème de concurrence soulevé par la plainte de la requérante ne pourrait être résolu que par l'examen de la compatibilité de la législation nationale française concernant le monopole légal du PMU avec les règles du traité et par une éventuelle intervention au titre de l'article 90 du traité et que, dès lors, cet examen revêtait un caractère prioritaire, ses résultats étant valables pour tous accords préalables ou futurs entre les sociétés de courses (mémoire en défense, point 46). Par conséquent, le Tribunal estime que l'appréciation, au regard des articles 85 et 86 du traité, des comportements des sociétés de courses et du PMU, dénoncés par Ladbroke dans sa plainte, n'a pas pu être pleinement effectuée, sans une évaluation préalable de la législation nationale à l'égard des dispositions du traité [point 47].

En effet, au cas où la Commission constaterait la conformité de la législation nationale concernée avec les dispositions du traité, la conformité des comportements des sociétés de courses et du PMU à cette législation nationale ferait que ceux-ci devraient être, également, considérés comme étant conformes aux dispositions des articles 85 et 86 du traité, tandis que la non-conformité des comportements en question à la législation nationale pourrait conduire à la constatation qu'ils constituent eux-mêmes des infractions à ces dispositions du traité [point 48].

En revanche, au cas où la Commission constaterait que la législation nationale n'est pas conforme aux dispositions du traité, elle aurait à examiner, par la suite, si le fait pour les sociétés et le PMU de se conformer aux dispositions d'une législation nationale contraire aux dispositions du traité pouvait ou non donner lieu à l'adoption de mesures à leur encontre visant à mettre fin à des infractions aux dispositions des articles 85 et 86 du traité [point 49].

Dès lors, en adoptant la décision de rejeter définitivement la plainte de la requérante, au titre des articles 85 et 86 du traité, sans avoir au préalable conclu son examen de la compatibilité de la législation nationale française avec les dispositions du traité, la Commission ne peut pas être regardée comme ayant répondu à son obligation d'examiner attentivement les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par les plaignants (voir arrêt Automec/Commission, précité, point 79) afin de pouvoir satisfaire à l'exigence de certitude qui doit caractériser une décision finale portant sur l'existence ou non d'une infraction (voir arrêt du Tribunal du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission, T-44/90, Rec. p. II-1, point 61). Elle n'était donc pas en droit de conclure, à ce stade, à l'inapplicabilité des dispositions précitées du traité aux comportements des principales sociétés de courses françaises et du PMU mis en cause par la requérante et, consécutivement, à l'absence d'intérêt communautaire pour constater les infractions alléguées par la

requérante au motif qu'il s'agissait d'anciennes infractions aux règles de concurrence [point 50].

Il résulte de ce qui précède que, en ayant rejeté définitivement la plainte de la requérante en invoquant l'inapplicabilité des articles 85 et 86 du traité et l'absence d'intérêt communautaire avant de conclure son examen du point de vue de la compatibilité de la législation nationale française, mise en cause par cette plainte, avec les règles de la concurrence du traité, la Commission a fondé son raisonnement sur une interprétation erronée en droit des conditions dans lesquelles une appréciation définitive peut être portée sur l'existence ou non des infractions alléguées [point 51]. »

III — Les moyens du pourvoi

A — *Dans l'affaire C-359/95 P*

La Commission a invoqué trois moyens à l'appui de son pourvoi:

1. *Le premier moyen*

9. La Commission soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que, lorsqu'à la fois l'article 90 et les articles 85 et 86 du traité peuvent être pertinents pour la solution d'une même affaire, la Commission doit conclure son examen au regard de l'article 90 avant de se prononcer sur l'applicabilité des articles 85 et 86 ou de rejeter la plainte pour absence d'intérêt communautaire.

a) La première branche du premier moyen

La première branche du premier moyen porte sur le point 47, précité, de l'arrêt attaqué.

10. La Commission affirme qu'elle n'a jamais prétendu que le seul moyen d'examiner les plaintes pour violation des articles 85 et 86 du traité était de déterminer tout d'abord la compatibilité de la législation française pertinente avec le traité. Dans le mémoire en défense qu'elle a déposé devant le Tribunal, elle s'est bornée à expliquer qu'elle avait donné priorité à l'examen de la législation française au regard de l'article 90, car elle considérait cette législation comme constituant l'obstacle le plus immédiat à la concurrence. Elle a estimé en outre qu'il n'y avait pas d'intérêt communautaire à examiner le comportement des sociétés de courses avant 1974.

b) La deuxième branche du premier moyen

11. La requérante au pourvoi estime qu'en considérant que la Commission devait conclure son examen au titre de l'article 90

avant de rejeter les demandes au titre des articles 85 et 86, formées dans la plainte, le Tribunal a établi un ordre de priorité entre la procédure prévue par le règlement n° 17 et celle dirigée contre un État membre pour cause de manquement à ses obligations. Or, selon la Commission, cet ordre de priorité n'a pas été dûment motivé dans l'arrêt attaqué et il n'est pas compatible avec le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose en droit communautaire pour décider quel aspect d'une plainte doit être traité en premier lieu [9].

12. La partie défenderesse au pourvoi estime que l'argument tiré par la requérante de l'arrêt Rendo e. a./Commission est dénué de pertinence puisque la Commission n'a pas en fait donné priorité à la partie de la plainte qui est fondée sur l'article 90, mais qu'elle l'a au contraire ignorée jusqu'au moment où Ladbroke a menacé de recourir à la procédure de l'article 175. Selon la partie défenderesse, la seule priorité que la Commission s'est fixée dans la présente affaire est celle d'éviter de devoir se prononcer sur la question de savoir si les dispositions législatives françaises enfreignaient le traité, alors qu'une telle décision était pourtant nécessaire pour traiter comme il convenait la plainte de Ladbroke. Selon la partie défenderesse, les intentions de la Commission sont révélées par le fait qu'à ce jour elle n'a encore pris aucune décision sur la compatibilité de la législation française avec le droit communautaire.

9 — Arrêt du 19 octobre 1995, Rendo e. a./Commission (C-19/93 P, Rec. p. I-3319).

2. *Le deuxième moyen du pourvoi*

13. D'après ce moyen, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en méconnaissant la constatation faite par la Commission selon laquelle il n'y avait pas de violation des articles 85 et 86, peu importe que la législation française soit ou non compatible avec le traité. La Commission soutient que sa constatation de l'absence de certaines conditions préalables requises pour l'application de ces dispositions constituait une motivation suffisante pour justifier le rejet de la plainte au regard de ces dispositions sans qu'il fût nécessaire de procéder à l'analyse préalable de la compatibilité de la législation française avec le traité.

a) La première branche du deuxième moyen

14. La Commission renvoie aux points 6 à 10 ainsi que 13 et 14 de sa décision, où elle explique pourquoi la plainte de Ladbroke doit être rejetée en faisant observer ce qui suit: premièrement, il n'y avait pas d'accord ni de preuve d'une quelconque pratique concertée en vertu de laquelle les principales sociétés de courses auraient accordé des droits exclusifs au PMU avant la législation de 1974. Deuxièmement, aucune preuve n'a été fournie au soutien des allégations de Ladbroke selon lesquelles ces sociétés auraient effectué des démarches auprès des autorités françaises pour obtenir l'octroi d'une aide d'État en faveur du PMU; même si elles avaient été démontrées, de telles actions ne

constitueraient pas une pratique concertée relevant des règles de concurrence du droit communautaire. Troisièmement, il n'y a pas de preuve relative à l'extension des activités du PMU en dehors de France. Quatrièmement, en toute hypothèse, le commerce intracommunautaire n'est pas affecté, puisque la législation française avait complètement isolé le marché français.

b) La deuxième branche du deuxième moyen

15. La Commission relève que, aux points 11 et 12 de sa décision, elle avait conclu à l'absence de violation de l'article 86. Premièrement, le fait de confier au PMU la coordination et le regroupement des paris des sociétés de courses n'est pas un abus. Deuxièmement, en raison de l'isolement précité du marché français par la législation française, les échanges entre États membres ne pouvaient être affectés par l'attribution de droits exclusifs au PMU. Troisièmement, les prétendues démarches effectuées afin d'obtenir une aide d'État ne constituent pas un comportement abusif. Quatrièmement, la prétendue exploitation des parieurs du PMU appelle, selon la partie requérante, les observations suivantes: cette « exploitation » n'a pas fait l'objet d'une demande formelle de constatation d'infraction; elle était d'ailleurs le résultat des choix opérés par le législateur français en vue de limiter l'étendue des paris. En toute hypothèse, elle n'est pas démontrée et, enfin, elle ne serait pas de nature à affecter le commerce entre États membres.

c) La troisième branche du deuxième moyen

16. La Commission soutient qu'elle a pu examiner de façon suffisamment détaillée la plainte et qu'elle est ainsi parvenue à la conclusion qu'il n'y avait aucun intérêt communautaire à constater une éventuelle infraction aux articles 85 et 86 du traité, indépendamment des résultats de l'examen relatif à la constatation d'une éventuelle infraction à l'article 90.

17. A ces allégations, Ladbroke oppose que la Commission ne peut se fonder sur la législation française pour conclure que certaines des conditions d'application de l'article 85 font défaut sans apprécier d'abord dans quelle mesure cette législation est conforme au droit communautaire. Selon elle, si cette législation enfreint les dispositions du traité, sans mener à des résultats légitimes, les comportements des entreprises qui relèveraient directement du champ d'application des articles 85 et 86 du traité en l'absence de cette législation ne devraient pas être couverts par celle-ci [10].

10 — La partie défenderesse renvoie aux arrêts de la Cour du 3 décembre 1987, BNIC (136/86, Rec. p. 4789); du 30 janvier 1985, BNIC (123/83, Rec. p. 391), et du 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803).

3. *Le troisième moyen du pourvoi*

18. La Commission soutient que l'arrêt attaqué n'est pas suffisamment motivé. Premièrement, il n'explique pas pourquoi la Commission aurait dû examiner la législation française au regard de l'article 90 avant de rejeter les demandes au titre des articles 85 et 86 formées dans la plainte. Deuxièmement, il n'indique pas pourquoi la Commission ne pouvait pas tenir compte de l'intérêt communautaire pour déterminer la priorité à accorder aux différents aspects de la plainte; enfin, il n'indique pas en quoi la Commission aurait porté une appréciation manifestement erronée en ce qui concerne l'absence d'intérêt communautaire dans la présente affaire.

19. La partie défenderesse rétorque que les aspects visés ci-dessus sont suffisamment expliqués aux points 42 à 47 de l'arrêt attaqué.

B — *Dans l'affaire C-379/95 P*

Le gouvernement français invoque trois moyens à l'appui de son pourvoi.

1. *Le premier moyen*

20. La partie requérante au pourvoi estime que le Tribunal a commis une erreur dans la mesure où il n'a pas tenu compte de la jurisprudence de la Cour relative à l'applicabilité des articles 85 et 86 du traité dans les cas où le comportement des entreprises intéressées résulte d'une législation nationale qui les prive de toute liberté d'action.

Le gouvernement français soutient en particulier que, lorsque les entreprises conservent une liberté d'action, les articles 85 et 86 peuvent s'appliquer indépendamment du contenu des mesures nationales [11]. Toutefois, lorsque les mesures étatiques ne laissent pas de liberté d'action aux entreprises, les articles 85 et 86 ne peuvent pas être appliqués aussi longtemps que ces mesures restent en vigueur [12]. Dans cette dernière situation, la requérante estime qu'un examen de la compatibilité de la législation nationale avec le traité ne serait utile que si la Commission pouvait imposer aux entreprises, sur le fondement des articles 85 et 86 du traité, de se soustraire à des mesures étatiques considérées comme contraires au droit communautaire. Or, ni la Cour ni le Tribunal n'ont à ce jour jugé que des entreprises devaient ne pas obéir à la législation nationale leur imposant des obligations contraires au droit communautaire. Le gouvernement français renvoie à cet égard à la jurisprudence dans laquelle la Cour a refusé d'admettre l'effet direct horizontal des directives [13].

11 — Voir les arrêts du 3 décembre 1982 et du 30 janvier 1985, BNIC, précités à la note 10.

12 — La partie requérante renvoie aux arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie e. a./Commission (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663); du 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e. a./Commission (240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, Rec. p. 3831), et du Tribunal du 29 juin 1993, Asia Motor France e. a./Commission (T-7/92, Rec. p. II-669).

13 — Arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325).

En conséquence, puisque la législation française applicable à compter de 1974 ne laissait aucune liberté d'action aux sociétés de courses françaises, la Commission pouvait rejeter la partie de la plainte qui se fondait sur les articles 85 et 86 du traité, sans examen préalable de la législation française au regard de l'article 90.

Toutefois, en l'espèce, la Commission se rallie à la position défendue par le gouvernement français, car il considère que la législation française de 1974 n'impose pas la conclusion d'un accord entre les sociétés de courses, mais confie directement au PMU l'exclusivité de l'organisation du pari mutuel hors hippodrome. En conséquence, d'après le raisonnement précité de la Commission, l'effet restrictif de la concurrence découle directement de la législation nationale [15].

21. Dans son mémoire en réponse, la Commission soutient que, en droit communautaire, il faut distinguer entre les mesures étatiques imposant aux entreprises un comportement contraire aux articles 85 et 86 du traité et celles qui, sans imposer un comportement contraire aux dispositions précitées, créent un cadre juridique qui lui-même restreint la concurrence. Dans le deuxième cas, l'article 85 peut, dans certains cas, ne pas être applicable aux accords intervenus entre entreprises lorsqu'ils n'ont donné lieu à aucun effet sensible sur la concurrence et sur les échanges entre États membres. En revanche, dans le premier cas, la Commission précise que cet article est applicable même si le comportement des entreprises est complètement dicté par la législation nationale et indépendamment du traitement qui sera appliqué à ces dispositions nationales en vertu du droit communautaire [14]. Selon la Commission, une entreprise non seulement peut, mais doit, en vertu de la primauté du droit communautaire et de l'effet direct des dispositions des articles 85, paragraphe 1, et 86, du traité, refuser de se plier à une mesure étatique lui imposant un comportement contraire aux règles communautaires de la concurrence.

22. De son côté, la partie défenderesse n'admet pas que les articles 85 et 86 ne puissent être appliqués au comportement d'une entreprise lorsqu'il est imposé par une mesure étatique et tant que celle-ci reste en vigueur. Elle conteste également qu'une distinction puisse être établie entre des accords préexistants que la loi nationale rend ultérieurement obligatoires et des accords qui sont obligatoires dès leur adoption. En toute hypothèse, compte tenu de l'interprétation des dispositions communautaires pertinentes qui est suivie par le gouvernement français, force serait de reconnaître, selon Ladbroke, qu'il existait dans la présente affaire une marge d'autonomie dans le cadre de laquelle les sociétés hippiques intéressées ont pu conclure les accords antérieurs à 1974. L'autonomie tant des sociétés membres du PMU que du PMU lui-même n'aurait été complètement supprimée, selon Ladbroke, qu'à partir de l'adoption du décret de 1974.

Enfin, la partie défenderesse soutient que les dispositions nationales qui violent le traité ne

14 — Il est fait référence à l'arrêt de la Cour du 16 novembre 1977, GB-Inno-BM (13/77, Rec. p. 2115).

15 — Il est fait référence à l'arrêt de la Cour du 17 novembre 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751).

peuvent être invoquées pour nier l'existence d'un effet négatif sur les échanges entre États membres. Selon Ladbroke, le fait que l'on ne saurait reprocher aux entreprises de s'être conformées à leurs législations nationales n'empêche pas de constater qu'elles ont commis une infraction au droit communautaire.

2. *Le deuxième moyen*

a) La première branche du deuxième moyen

23. Selon le gouvernement français, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de la jurisprudence constante selon laquelle une personne présentant une plainte au titre du règlement n° 17 n'a pas le droit d'exiger de la Commission l'adoption d'une décision définitive quant à l'existence ou non d'une infraction alléguée aux articles 85 et 86 du traité [16].

b) La deuxième branche du deuxième moyen

24. Selon le gouvernement français, la Commission peut parfaitement rejeter une plainte dirigée contre le comportement d'une entreprise qui viole les règles de la concurrence, mais qui est imposé par la législation nationale, sans qu'il y ait lieu de statuer sur la compatibilité de cette législation avec le traité. Selon la requérante, il vaut la peine d'observer que la motivation subsidiaire du rejet de la plainte, fondée sur l'absence d'intérêt communautaire, peut s'appuyer sur un fait indubitable: depuis 1974, l'absence de concurrence sur le marché français de la prise de paris sur les courses de chevaux résulte directement de la législation nationale. En conséquence, la constatation éventuelle d'infractions aux articles 85 et 86 du traité commises par les sociétés de courses n'aurait aucun effet utile sur les conditions de concurrence régissant le marché français des paris hippiques depuis cette date.

25. Selon Ladbroke, le Tribunal n'a pas déclaré que la Commission ne pouvait rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire. En fait, la décision de la Commission aurait été annulée parce que le rejet de la plainte de Ladbroke avait été motivé par les conséquences de la législation française sur le marché français des paris, sans cependant qu'ait été examinée la conformité de cette législation aux règles communautaires de la concurrence.

3. *Le troisième moyen*

26. Le gouvernement français affirme que, dans son arrêt, le Tribunal met de facto en cause le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission d'agir contre un État membre qui maintient en vigueur une législation nationale contraire au traité. A cette fin, il

16 — A l'appui de ses allégations, la partie requérante invoque les arrêts de la Cour du 18 octobre 1979 GEMA/Commission (125/78, Rec. p. 3173), et du Tribunal du 18 septembre 1992, Automec/Commission (T-24/90, Rec. p. II-2223).

observe que, selon une jurisprudence constante, la Commission dispose d'un large pouvoir discrétionnaire sur le point de savoir si et quand il y a lieu d'engager la procédure des articles 169 et 90, paragraphe 3, du traité. Même si l'arrêt attaqué ne dit pas expressément que la Commission est tenue de recourir aux procédures précitées, le gouvernement français se demande quelle serait la portée pratique de l'examen de la législation française à la lumière des dispositions communautaires relatives à la concurrence si, dans l'éventualité où cette législation ne serait pas conforme aux règles communautaires, la Commission ne tirait aucune conséquence légale de cette constatation c'est-à-dire n'ouvrait pas la procédure prévue à l'article 169 ou n'adoptait pas de décision au titre de l'article 90, paragraphe 3.

Enfin, le gouvernement français critique le point 46 de l'arrêt dans lequel, selon lui, le Tribunal suggère que, si la Commission n'avait pas ouvert la procédure de l'article 90, elle aurait pu rejeter la partie de la plainte fondée sur les articles 85 et 86 sans examiner la législation française. Cette interprétation pourrait conduire la Commission à annoncer dès le dépôt d'une plainte qu'elle n'a pas l'intention d'examiner la législation nationale au regard de l'article 90, afin de préserver le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose.

27. La partie défenderesse estime que le raisonnement du gouvernement français priverait le plaignant du droit qui lui est conféré par le règlement n° 17 d'obtenir une décision de la Commission sur le fond de sa plainte. La Commission n'est pas obligée d'agir aux termes de l'article 90 [17]; en conséquence, les plaintes fondées sur les articles 85 et 86 du traité peuvent être rejetées systématiquement au motif que le comportement en cause était imposé par des mesures nationales, que la Commission ne serait pas tenue d'examiner. Ladbroke admet que, dans certaines circonstances, la Commission peut être en droit de rejeter une plainte se référant à des violations des articles 85 et 86 sans qu'elle doive examiner au préalable les dispositions nationales pertinentes. Cependant, l'examen des mesures étatiques était nécessaire en l'espèce, selon la partie défenderesse, afin de constater la validité du raisonnement suivi par la Commission pour rejeter les arguments de la plainte que Ladbroke avait fondés sur les articles 85 et 86. Si la Commission avait constaté une contradiction entre ces mesures nationales et les règles communautaires, elle aurait dû, en vertu de l'article 155 du traité, prendre les mesures indispensables au rétablissement de la situation, indépendamment du point de savoir si une plainte avait ou non été déposée au titre du règlement n° 17.

IV — Examen des moyens d'annulation

Les griefs soulevés par la Commission et par la République française contre l'arrêt attaqué touchent aux questions suivantes:

A — *En ce qui concerne le fait que le Tribunal aurait omis d'examiner les autres éléments de la motivation de la décision attaquée*

28. 1) Dans les deux premières branches de son deuxième moyen, la Commission fait

17 — Voir l'arrêt du Tribunal, Ladbroke/Commission, précité à la note 7.

valoir que l'arrêt attaqué doit être annulé parce que le Tribunal a négligé d'examiner l'ensemble des motifs sur lesquels s'appuie le rejet de la plainte. Selon la Commission, il résulte de ces motifs qu'il n'y a pas eu d'atteinte aux articles 85 et 86 du traité, peu importe que la législation française soit ou non conforme aux règles communautaires. Elle soutient encore que le Tribunal de première instance a interprété de façon erronée l'acte attaqué dans la mesure où le rejet de la plainte ne se fondait pas sur l'existence d'une législation nationale française excluant la concurrence et les échanges entre États, mais sur le fait que la Commission n'a pas constaté chez les sociétés visées par la plainte de comportement qui relèverait du champ d'application des articles 85 et 86 du traité.

29. En dehors de la référence au fait que la législation française avait supprimé toute concurrence sur le marché des paris, la décision de la Commission, telle qu'elle est décrite aux points 14 à 18 de l'arrêt attaqué, se fonde également sur des motifs subsidiaires parfaitement compatibles avec l'absence d'infraction aux articles 85 et 86. Cependant, pour que cette interprétation du Tribunal puisse être annulée, il faut que ces moyens et arguments subsidiaires aient appuyé la décision de rejet dans son ensemble, c'est-à-dire qu'ils puissent, s'ils sont fondés, appuyer le rejet de la totalité, et non pas seulement d'une partie, du chapitre de la plainte qui se réfère au comportement des sociétés de courses et du PMU. En revanche, si ces motifs ne se réfèrent qu'à certains des griefs soulevés dans la plainte, ils ne peuvent, même s'ils sont fondés, justifier en eux-mêmes le rejet définitif de la plainte au titre des articles 85 et 86 du traité. Dans cette hypothèse, le rejet définitif de la plainte s'appuie toujours, au moins en partie, sur le motif que, en raison de l'existence de la législation française en vigueur, la question de la violation des articles 85 et 86 du traité ne peut pas se poser, vu qu'il n'y a pas de concurrence ni de commerce intracommunautaire sur le marché français des paris sur les courses hippiques; en conséquence, dans la mesure où le Tribunal a estimé que cette motivation était juridiquement erronée, il pouvait renoncer à examiner le surplus des motifs et annuler le rejet de la plainte comme étant fondé sur une motivation erronée en droit.

30. En conséquence, il s'impose d'examiner la portée des motifs, autres que celui qui a été jugé illégal, sur lesquels s'appuie la décision attaquée de la Commission. Cette dernière invoque les points 6 à 14 de sa décision qui, selon elle, établissent à suffisance l'absence de violation des articles 85 et 86, sans qu'il soit nécessaire de se référer à la législation française pertinente.

31. Il découle de l'acte litigieux, tel qu'il se trouve décrit aux points 14 à 18 de l'arrêt attaqué, que ces arguments subsidiaires concernent l'ensemble des griefs relatifs à la violation de l'article 86 formulés par Ladbroke dans sa plainte ainsi qu'une grande partie des griefs déduits de la violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Ils ne concernent cependant pas, dans leur ensemble, les violations de l'article 85, paragraphe 1, invoquées par Ladbroke sur la base de l'exclusivité accordée au PMU pour la gestion des paris du type pari mutuel en France, exclusivité qui est, selon la plaignante, le résultat d'accords et de pratiques concertées entre les principales sociétés de

courses hippiques. Les arguments par lesquels la Commission réfute et rejette ces griefs (points 6 à 8 de la décision attaquée, tels qu'ils sont développés au point 14 de l'arrêt attaqué) s'appuient principalement sur le raisonnement que les dispositions de l'article 85 sont inapplicables parce que la législation française a supprimé toute concurrence et a complètement isolé le marché français des paris hippiques; aucune autre motivation subsidiaire pleinement étayée n'a été invoquée à l'appui de la décision de rejet prononcée par la Commission sur cet aspect de la plainte de Ladbroke.

32. Il convient de souligner ici que, contrairement à ce que la Commission a soutenu, tant par écrit qu'oralement, devant la Cour, le Tribunal n'a pas mal interprété les passages correspondants de la décision attaquée et ne saurait donc encourir le reproche d'avoir déformé (altéré) des éléments de preuve. En ce qui concerne l'aspect de la plainte qui concerne les droits exclusifs octroyés au PMU par les sociétés de courses françaises, la Commission reconnaît qu'il y a eu concertation entre ces sociétés, mais elle ajoute que cette concertation avait été imposée par le décret du 11 mars 1930. Elle considère également que l'on ne saurait parler de régularisation législative a posteriori par le décret de 1974 d'une entente ou d'une pratique concertée interdite par l'article 85 du traité « puisque cette concertation, et les accords entre les sociétés de courses qui en ont découlé ... étaient une des conditions mises en 1930, c. à. d. bien avant la signature du traité de Rome, par le gouvernement français à la pratique du pari mutuel hors hippodrome » [18]. En outre, la Commission observe dans sa décision que, « en réalité, les sociétés de courses n'étaient pas autorisées à prendre individuellement des paris hors hippodrome ... et aucune concurrence ne pouvait donc exister entre elles au sujet du choix de l'opérateur auquel elles confiaient l'organisation de leurs paris » [19].

33. Ce raisonnement est révélateur à deux titres. Premièrement, il y a eu effectivement une concertation entre les sociétés de courses, mais cette concertation, toujours selon la Commission, ne peut faire l'objet d'un examen au regard de l'article 85 parce qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une législation nationale qui a imposé ce comportement et qui a supprimé toute concurrence sur le marché français des paris. Deuxièmement, l'analyse de la Commission ne se focalise pas sur l'examen détaillé du comportement des sociétés ayant fait l'objet de la plainte — à cet égard, elle se borne à mentionner succinctement et sans autre explication l'absence de contrat d'exclusivité —, mais se réfère au régime légal et réglementaire français comme motif d'inapplicabilité en l'espèce de l'article 85 du traité.

34. En conséquence, dans la mesure où il a estimé que cette approche de l'article 85 n'était pas juridiquement la plus pertinente, le Tribunal pouvait appuyer son appréciation sur le caractère illégal de cette motivation et

18 — Point 6 de la décision de la Commission, que le Tribunal a correctement pris en considération et qui est mentionné au point 14 de l'arrêt attaqué.

19 — Troisième alinéa du point 6 de la décision de la Commission.

considérer que le rejet définitif de la plainte présentée par Ladbroke sur la base des articles 85 et 86 du traité était illégal et devait être annulé. Les arguments de la Commission et du gouvernement français qui se réfèrent à l'absence d'examen par le Tribunal des autres arguments de la décision attaquée doivent être rejetés comme dépourvus de fondement, car ils ne pouvaient justifier la réponse négative dans son intégralité [20].

35. 2) La troisième branche du deuxième moyen d'annulation de la Commission et la deuxième branche du deuxième moyen du pourvoi du gouvernement français portent sur l'absence d'examen par le Tribunal du bien-fondé de la motivation subsidiaire contenue dans la décision de rejet de la Commission, telle qu'elle est décrite au point 19 de l'arrêt attaqué. Il résulte de cette motivation que, même si certains des comportements examinés relevaient du champ d'application des articles 85 et 86 du traité, il n'y aurait aucun intérêt communautaire à la constatation de l'infraction éventuelle. Ces infractions, si elles sont constatées, concernent seulement la période de 1962, année d'adoption du règlement n° 17, à 1974, année d'adoption des textes législatifs qui ont consacré les droits exclusifs du PMU en France. Cette constatation n'apporterait aucun changement positif aux conditions de concurrence pour la période postérieure à 1974. Les parties requérantes au pourvoi soutiennent que le Tribunal a commis l'erreur de ne pas prendre en considération cette motivation, selon elles fondée.

36. Il faut rappeler tout d'abord que le Tribunal n'a pas nié, comme le montrent les points 44 et 45 de l'arrêt attaqué, le droit de la Commission de rejeter une plainte pour absence d'intérêt communautaire. En l'espèce cependant, la position de la Commission consistant à affirmer l'absence d'intérêt communautaire à examiner la plainte de Ladbroke se fonde sur l'étape antérieure de son raisonnement, où elle a constaté l'absence de concurrence et d'échanges interétatiques dans le secteur des paris hippiques en France après l'entrée en vigueur du décret du 14 novembre 1974.

37. Plus particulièrement, la Commission considère comme établi que l'activité des sociétés de courses françaises et du PMU ne pouvait avoir aucune influence sur le marché français après 1974 puisque la loi française du 14 novembre 1974 a complètement isolé ce marché et a imposé aux sociétés en cause de fonctionner en dehors des règles de la concurrence. En conséquence, pour conclure à l'absence d'intérêt communautaire à constater une violation éventuelle, la Commission n'a pas examiné de façon approfondie l'activité des sociétés faisant l'objet de la plainte, mais elle s'est fondée, sur ce point aussi, sur sa thèse selon laquelle il n'y a pas de violation des dispositions des articles 85 et 86 lorsque les répercussions sur la concurrence et sur les échanges entre États membres sont imposées exclusivement par la législation nationale applicable. Partant, dans la mesure où le Tribunal a estimé que cette

20 — Cependant, il découle de nos observations précédentes que le rejet de la plainte par la Commission ne peut être annulé aussi simplement dans sa totalité. L'erreur commise par la Commission (selon ce que le Tribunal a reconnu dans son interprétation de l'article 85) se situe dans la manière dont elle a rejeté le premier point de la plainte de Ladbroke, c'est-à-dire celui qui se réfère aux accords et pratiques concertées par lesquels les sociétés de courses ont accordé au PMU le bénéfice de l'exclusivité de la gestion des paris du type pari mutuel en France. Cette distinction est selon nous nécessaire pour mieux appréhender le contenu de l'arrêt attaqué.

interprétation des articles 85 et 86 n'est pas conforme au traité, c'est à juste titre qu'il n'a pas pris en considération l'argument relatif à l'absence d'intérêt communautaire; toutefois, cela ne vaut qu'à condition que l'interprétation des dispositions en question retenue par le Tribunal soit conforme au droit communautaire, ce que nous allons examiner.

B — *En ce qui concerne la limitation du pouvoir discrétionnaire de la Commission qui découle de la combinaison entre, d'une part, les articles 85 et 86 et, d'autre part, l'article 90 du traité*

38. 1) Tout d'abord, nous croyons qu'il y a lieu de rejeter l'allégation contenue dans la première branche du deuxième moyen invoqué par le gouvernement français, selon laquelle le Tribunal aurait commis une erreur en ne se conformant pas à la jurisprudence constante d'après laquelle les particuliers qui présentent une plainte n'ont pas le droit d'exiger l'adoption par la Commission d'une décision définitive. Cette allégation est fondée sur un postulat erroné. Le Tribunal de première instance ne met pas en doute le pouvoir discrétionnaire qu'a la Commission de statuer ou non sur une plainte et il ne reconnaît pas non plus aux plaignants le droit d'exiger l'adoption d'une décision [21]. Il interdit cependant à la Commission de rejeter définitivement une plainte fondée sur les articles 85 et 86 avant d'avoir mené à son terme l'examen nécessaire à une bonne application de ces dispositions.

21 — Un tel droit n'existe d'ailleurs pas. Voir l'arrêt GEMA/Commission, précité à la note 16.

Partant, l'allégation relevée ci-dessus est dépourvue de fondement.

39. 2) La Commission et le gouvernement français soutiennent que, avec l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait porté atteinte au pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission de fixer l'ordre dans lequel elle examine les fondements juridiques d'une plainte. Selon les parties requérantes, le Tribunal a établi un ordre de priorité de jure ou de facto entre la procédure des articles 85 et 86, telle qu'elle a été organisée par le règlement n° 17, et celle de l'article 90.

40. Nous estimons qu'il se pose à ce stade un problème d'interprétation des passages pertinents (points 46 à 51) de l'arrêt attaqué. Il résulte à première vue des termes du point 46 de cet arrêt que, après avoir constaté qu'une procédure d'examen de la plainte de Ladbroke au titre de l'article 90 avait été ouverte et était en cours, le Tribunal a estimé utile de répondre à la question de savoir s'il y avait lieu de mener à terme cette procédure avant de donner une réponse définitive à la partie de la plainte qui se réfère à des infractions aux articles 85 et 86. A première vue il semblerait que le Tribunal ait réalisé une interprétation combinée des dispositions ci-dessus pour conclure que, dans le cadre de la plainte, la Commission aurait dû achever son examen sur la base de l'article 90 avant de statuer définitivement sur la base des articles 85 et 86. Autrement dit, la procédure de l'article 90 semble devoir précéder, dans certains cas de figure, celle des articles 85 et 86.

41. Voilà l'interprétation que les parties requérantes font de l'arrêt attaqué; mais ce n'est pas celle qui nous semble la plus juste [22].

42. Tout d'abord, il est douteux que l'examen fait par la Commission sur la base de l'article 90 puisse effectivement se substituer à une réponse à l'ensemble des griefs invoqués par Ladbroke au titre des articles 85 et 86 ou du moins compenser l'absence d'une telle réponse. Comme indiqué ci-dessus [23], l'un des aspects les plus intéressants pour l'examen du présent moyen d'annulation réside dans la première partie de la plainte déposée par Ladbroke, où il est fait référence aux accords et pratiques concertées que les sociétés de courses agréées en France ont conclus entre elles et avec le PMU. Pour ce qui est de l'appréciation du comportement des sociétés de courses hippiques françaises au regard du droit communautaire, il n'est pas certain que l'examen effectué sur la base de l'article 90 réponde aux questions juridiques pertinentes, dans la mesure où cet article ne se rapporte pas au contrôle de la conformité de la législation nationale en général avec le droit communautaire, mais uniquement à la partie de cette législation qui se réfère à des entreprises auxquelles ont été accordés des droits spéciaux ou exclusifs. En conséquence, sur certains points au moins de la plainte, qui se réfèrent à des comportements d'entreprises relevant du champ d'application de l'article 85, il ne semble pas que l'achèvement préalable de la procédure de l'article 90 présente une utilité directe. Autrement dit, le point crucial dans la plainte ne peut pas être l'achèvement de la procédure de l'article 90, mais, éventuellement, le fait de mener à terme l'examen de la compatibilité de la législation française avec le droit communautaire de la concurrence en général.

43. Pour compléter cette dernière idée, nous estimons que la présentation que les parties requérantes donnent de l'arrêt attaqué ne rend pas compte de son véritable sens. En l'espèce, le Tribunal ne cherche pas à comparer entre elles les dispositions des articles 85, 86 et 90 du traité pour établir un rang de priorité entre, d'une part, les procédures de l'article 90 et, d'autre part, celles des articles 85 et 86 [24]; enfin, il ne cherche pas non plus à limiter le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans le choix de la façon dont elle agira, puisque ce pouvoir discrétionnaire est expressément reconnu au point 44, précité, de l'arrêt attaqué. Son objectif premier n'est pas d'imposer à la Commission l'examen des griefs qui sont relatifs à la violation de l'article 90 avant de statuer définitivement sur ceux qui sont relatifs aux articles 85 et 86. Comme le montrent les termes du point 50 de l'arrêt attaqué, le Tribunal examine dans quelle mesure, en donnant une réponse définitive à

22 — Si cette approche était juste, alors l'arrêt du Tribunal devrait, selon nous, être annulé. Les deux procédures engagées par la Commission au titre des articles 90 et 85 ou 86, respectivement sont absolument indépendantes l'une de l'autre. Il ne résulte d'ailleurs nullement de l'interprétation conjointe de ces articles que l'examen au titre de l'article 90 doit être achevé avant celui que requiert l'application des articles 85 et 86. Partant, dans la mesure où le traité laisse à la discrétion de la Commission le choix du moment et de la façon d'agir, la limitation de ce pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le choix de la procédure appropriée ne peut trouver de fondement légal dans la comparaison de ces procédures. Cette limitation ne peut d'ailleurs guère avoir de signification pratique. Ainsi que le gouvernement français l'observe à juste titre, la Commission peut désormais ne pas entamer la procédure au titre de l'article 90 avant d'avoir rejeté définitivement la plainte au titre des articles 85 et 86, précisément pour échapper aux obligations que lui impose le Tribunal.

23 — Voir le point 31 ci-dessus.

24 — Il paraît utile à ce stade de renvoyer à l'arrêt Rendo e. a./Commission (précité à la note 9, points 21 à 23), dans lequel la Cour était invitée à statuer sur une question analogue dans le cadre d'un pourvoi.

la plainte de Ladbroke, la Commission s'est conformée aux exigences qui lui sont imposées par le droit communautaire; il constate qu'elle n'a pas respecté son obligation d'examiner avec prudence et dans tous les détails les éléments de fait et de droit de la plainte, de sorte que le rejet définitif de cette dernière ne crée pas de doutes en ce qui concerne sa régularité.

En conséquence, le point de vue du Tribunal de première instance, tel qu'il est attaqué par les parties requérantes, s'appuie sur l'interprétation des *seuls* articles 85 et 86 et non pas sur la combinaison de ces dispositions avec l'article 90.

44. Cette interprétation découle des termes de l'arrêt attaqué, en particulier des points 48, 49 et 51, précités [25]. D'après ce raisonnement du Tribunal de première instance, il y a des cas où, pour dire si le comportement d'une ou de plusieurs entreprises viole les articles 85 et 86, il est indispensable d'examiner la législation nationale dans le cadre de laquelle l'activité en cause s'est développée [26]. En effet, si les mesures étatiques sont contraires au droit communautaire, la Commission devra le cas échéant examiner si le fait pour les sociétés « ... de se conformer aux dispositions d'une législation nationale contraire aux dispositions du traité pouvait ou non donner lieu à l'adoption de mesures à leur encontre visant à mettre fin à des infractions aux dispositions des articles 85 et 86 du traité » [27]. L'examen de la conformité de la législation nationale est à cet égard nécessaire, peu importe que l'on ait recours pour cela à la procédure de l'article 90, paragraphe 3, ou que la Commission ait été saisie d'une plainte à l'encontre de cette législation.

45. En d'autres termes, la pierre angulaire du raisonnement du Tribunal de première instance réside dans l'interprétation des articles 85 et 86 du traité, qui peut être résumée comme suit: *en présence d'une législation nationale qui fait obstacle à la libre concurrence ou aux échanges intracommunautaires et qui impose aux entreprises des*

25 — Le lecteur de l'arrêt attaqué ne doit pas se laisser troubler par le fait que la dernière phrase du point 46 se réfère à l'article 90. Tout d'abord, dans ce passage, le Tribunal ne prend pas position, mais pose simplement le problème en observant qu'en l'espèce une plainte a été déposée sur la base de l'article 90 et que cette plainte est encore à l'examen devant la Commission. Autrement dit, l'obligation de la Commission d'examiner la législation française avant de statuer sur le rejet définitif des parties de la plainte qui se fondent sur les articles 85 et 86 ne découle pas du fait qu'elle est également saisie d'une plainte pour violation de l'article 90. Cette obligation découle directement des articles 85 et 86, comme le montrent clairement, selon nous, les termes des points 50 et 51 de l'arrêt attaqué; il se trouve simplement qu'en l'espèce on avait déjà entamé la procédure de l'article 90, qui a été directement établie par le traité pour l'appréciation par la Commission de la conformité d'une législation nationale avec l'ordre juridique communautaire (voir, ci-dessous, les points 68 et suiv. de nos conclusions).

26 — Il s'agit des cas où, comme en l'espèce, une activité des particuliers qui pourrait en soi susciter des réserves quant à sa compatibilité avec les règles communautaires de la concurrence a été dictée par des mesures nationales qui régissent cette activité et qui ont exclu le marché national du régime de concurrence ainsi que des échanges intracommunautaires. Même dans ces cas, il n'est certes pas a priori nécessaire d'examiner les règles étatiques pour prendre une décision définitive sur les articles 85 et 86. La Commission peut, par exemple, statuer que le seul examen de l'activité des entreprises intéressées montre que celles-ci ne se sont rendues coupables d'aucun accord ou pratique concertée ou encore abus de position dominante. La Commission peut cependant, comme en l'espèce, appuyer son analyse non pas sur le comportement de ces entreprises, mais sur le fait que ce comportement ne pouvait, *en aucun cas*, affecter les règles de la concurrence ou les échanges intracommunautaires en raison de l'existence d'une législation nationale qui a absolument et nécessairement eu ce résultat. Alors l'interprétation et l'application correctes, selon le Tribunal, des articles 85 et 86 du traité passent nécessairement par l'évaluation de la conformité de cette législation nationale avec le droit communautaire.

27 — Point 49 de l'arrêt attaqué.

comportements qui relèveraient sinon du champ d'application des articles 85 et 86, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer ces dispositions de façon à ne pas donner de réponse définitive à la question de savoir s'il y a violation des articles 85 et 86 avant d'avoir déterminé si cette législation nationale est conforme au droit communautaire puisque, en cas de réponse négative, il y aurait lieu de considérer que les sociétés qui se sont conformées à cette législation nationale ont violé les dispositions des articles précités.

46. Ayant adopté cette position, le Tribunal a considéré ce qui suit:

Premièrement, le rejet définitif par la Commission de la plainte fondée sur les articles 85 et 86 s'appuie [28] sur l'existence d'une législation nationale qui fait obstacle à la concurrence et ne laisse aucune liberté d'action aux entreprises.

Deuxièmement, en ce qui concerne la détermination de la conformité de la législation française avec le droit communautaire, la Commission a entamé l'examen de la plainte dont elle a été saisie par Ladbroke au titre de l'article 90, et cet examen est toujours en cours.

Troisièmement, la Commission elle-même reconnaît que la question de la détermination de la compatibilité de la législation française avec le droit communautaire est essentielle pour répondre aux questions relatives au régime de concurrence qui régit ou doit régir le marché français des paris sur les courses de chevaux [29].

47. Partant notamment de ce qui précède, le Tribunal de première instance a conclu que la réponse définitive de la Commission à la plainte de Ladbroke *ne répondait pas aux exigences de certitude et d'exhaustivité*, parce que la Commission ne pouvait « ... être regardée comme ayant répondu à son obligation d'examiner attentivement les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par les plaignants... » [30]. En conséquence, dans le cadre de la plainte, l'élément décisif

28 — Comme indiqué ci-dessus (au point 34), les autres arguments de la Commission ne justifiaient pas à eux seuls le rejet définitif de la plainte, en tant qu'elle se fondait sur les articles 85 et 86 du traité.

29 — Voir le point 47, précité, de l'arrêt attaqué. Dans la première branche du premier moyen de son pourvoi, la Commission conteste ce passage en estimant qu'il s'appuie sur une interprétation erronée du mémoire en défense qu'elle avait déposé dans la procédure devant le Tribunal. En réalité, cependant, la Commission n'a pas saisi le véritable sens du point 47. Le Tribunal n'affirme pas que la Commission aurait jugé nécessaire de mener d'abord à son terme la procédure fondée sur l'article 90 avant de donner une réponse définitive sur la base des articles 85 et 86 du traité; il considère cependant que, même du point de vue de la Commission, le problème de droit de la concurrence que pose en général la plainte de Ladbroke ne peut être résolu de façon satisfaisante qu'en répondant à la question de savoir dans quelle mesure la législation française sur le monopole du PMU est conforme aux dispositions du traité.

30 — Point 50 de l'arrêt attaqué.

pour donner une réponse définitive à la question de savoir s'il y a ou non violation des articles 85 et 86 n'est pas l'achèvement de la procédure entamée au titre de l'article 90, mais la réponse à la question de savoir dans quelle mesure la législation française est conforme aux règles communautaires de la concurrence. C'est là ce qu'impose le Tribunal et nullement la limitation du pouvoir discrétionnaire de la Commission [31] ou l'établissement d'un ordre de priorité entre la procédure de l'article 90 et celle des articles 85 et 86.

48. Certes, même avec cette approche, la solution du Tribunal aboutit à limiter de facto la faculté que la Commission a de déterminer quand et comment elle engagera, toujours dans le cadre d'une plainte, la procédure de l'article 90 pour examiner la conformité de la législation française avec le droit communautaire. Cependant, quant à dire si cette conséquence pratique s'appuie sur une application correcte du droit communautaire, c'est une question qui se situe dans la problématique plus générale de savoir dans quelle mesure l'interprétation donnée ci-dessus des articles 85 et 86, qui a été suivie en l'espèce, est conforme au droit communautaire; c'est cette problématique que nous allons examiner maintenant.

31 — Selon le raisonnement du Tribunal, la Commission est directement tenue, en vertu des articles 85 et 86 et des prescriptions de l'article 155 du traité, d'examiner la conformité de la législation nationale avec les règles communautaires de concurrence. Contrairement donc à ce que le gouvernement français soutient dans le troisième moyen invoqué à l'appui de son pourvoi, la Commission ne peut échapper à cette obligation en annonçant simplement, dès le moment où le plaignant a déposé sa plainte, que, pour préserver son pouvoir discrétionnaire, elle n'a pas l'intention d'examiner la législation nationale au regard de l'article 90.

C — *L'interprétation correcte des articles 85 et 86 du traité*

1. *Les articles 85 et 86 du traité considérés à la lumière du point 49 de l'arrêt attaqué*

49. Dans le premier moyen de son pourvoi, le gouvernement français allègue que la solution donnée par le Tribunal dans son arrêt est contraire à celle découlant d'une jurisprudence constante relative à la question de savoir s'il est possible d'appliquer les articles 85 et 86 du traité lorsque le comportement litigieux des entreprises concernées leur est imposé par la législation nationale. Il observe encore que, jusqu'à ce jour, nul n'a dit que les entreprises nationales seraient tenues de ne pas obéir à une mesure nationale qui leur impose des obligations contraires au droit communautaire.

50. Le point de vue de la Commission diffère de celui du gouvernement français dans la mesure où elle distingue entre le cas où la législation nationale impose aux entreprises des obligations contraires aux articles 85 et 86 et celui où les mesures étatiques créent à elles seules un cadre réglementaire qui limite la concurrence, de sorte qu'il n'y a pas de comportement des entreprises (au sens des articles 85 et 86) ayant une incidence sur la concurrence et sur les échanges intracommunautaires. Selon la Commission, ce n'est que dans cette dernière hypothèse qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les articles 85 et 86.

a) L'interprétation des articles 85 et 86 par le Tribunal et par la jurisprudence

51. De fait, la thèse soutenue par le Tribunal [32] dans l'arrêt attaqué ne semble pas pouvoir s'harmoniser avec la jurisprudence au moins sur deux points importants: d'une part, l'existence ou non d'une violation des articles 85 et 86 de la part des entreprises dont le comportement contraire aux règles communautaires de la concurrence leur a été entièrement imposé par des mesures nationales obligatoires; d'autre part — et c'est là le point le plus important, selon nous — l'arrêt attaqué s'écarte des principes généralement admis par la jurisprudence en ce qui concerne les conditions auxquelles une législation nationale d'ordre économique peut faire l'objet d'un examen au regard des articles 5 et 85 du traité.

52. i) Ainsi qu'il résulte du point 49 de l'arrêt attaqué, le Tribunal ne se rallie pas à la solution qui avait été à l'origine établie dans l'arrêt Suiker Unie e. a./Commission et qui n'a jamais été directement rapportée jusqu'à ce jour [33]. D'après l'interprétation prédominante qui en est faite, la Cour a jugé dans cette décision qu'il n'y a pas de violation de l'article 85 du traité lorsque, tout en relevant en principe du champ d'application des interdictions prévues par cet article, l'action des entreprises leur a été imposée par des règles étatiques qui n'ont laissé à ces entreprises aucune marge d'appréciation.

53. Il est vrai que, dans les arrêts qui ont suivi, la Cour a tenté d'infléchir les conséquences de cette jurisprudence [34]. Pour être

32 — Il s'agit de la thèse relative à l'obligation de la Commission de procéder, dans certains cas, d'abord à une appréciation de la compatibilité de la législation nationale avec le droit communautaire de la concurrence avant de répondre définitivement à une plainte déposée au titre des articles 85 et 86.

33 — Dans cet arrêt (précité à la note 12 ci-dessus) à propos d'entreprises commercialisant du sucre, la Cour a énoncé le raisonnement suivant (points 65 à 72):
« ... la réglementation italienne et son exécution ont eu une incidence décisive sur des éléments essentiels du comportement incriminé des entreprises concernées, de sorte qu'il apparaît qu'à défaut de cette réglementation et de son exécution, la coopération litigieuse, ou bien n'aurait pas eu lieu, ou bien aurait eu lieu sous une forme différente de celle retenue par la Commission ...
... en outre ... la réglementation italienne et son exécution avaient pour objet et pour effet d'adapter strictement la quantité de l'offre à celle de la demande et, par là, d'écarter un élément essentiel du jeu normal de la concurrence;
... ensuite, le régime ci-dessus décrit a réduit de manière substantielle la possibilité pour les intéressés de négocier un prix qui aurait résulté du jeu libre de l'offre et de la demande;
... au surplus, la réglementation italienne a fait obstacle, indirectement mais de manière fondamentale, au libre choix du fournisseur par l'acheteur et inversement ...
... comme il a été constaté plus haut que si, notamment, le système des quotas nationaux, en tendant à cloisonner les marchés nationaux, ne laisse déjà aux règles de la concurrence qu'un domaine résiduel, celui-ci se trouve à son tour en grande partie restreint de manière fondamentale par l'organisation spéciale du marché italien;
... il ressort de ces considérations que le comportement incriminé n'a pu entraver le jeu de la concurrence de manière sensible et, dès lors, ne relève pas de l'interdiction de l'article 85 du traité ».

34 — Il nous semble important de signaler que, dans l'arrêt Suiker Unie e. a./Commission, la Cour a reconnu que la législation italienne relative au commerce du sucre n'était pas manifestement contraire à l'ordre juridique communautaire. Les institutions communautaires n'avaient d'ailleurs pas réussi à créer pour le sucre un régime de totale liberté de concurrence. L'organisation commune du marché pour ce produit prévoyait pour le marché italien d'importantes dérogations, qui permettaient au bout du compte au législateur italien de réduire la liberté de concurrence à un niveau minimal. Même s'il n'est pas fait directement allusion à la conformité de la législation italienne au droit communautaire dans le texte de l'arrêt, nous croyons que la Cour en a parfaitement tenu compte, de façon tacite, avant de statuer sur l'inapplicabilité des articles 85 et 86 du traité aux entreprises opérant sur le marché italien. Il n'est, à notre avis, pas certain du tout que la décision finale aurait eu le même contenu si la législation nationale faisant obstacle à l'application des articles 85 et 86 avait été directement contraire aux règles communautaires.

plus précis, même sans avoir été abandonnée expressément, l'exception formulée pour la première fois dans l'arrêt Suiker Unie e. a./ Commission peut difficilement trouver application dans la pratique, dans la mesure où la Cour est particulièrement stricte lorsqu'elle est invitée à constater l'existence d'une législation nationale privant les entreprises de toute possibilité de développer librement leurs activités et leur imposant un comportement contraire aux règles communautaires de la concurrence [35]. Du reste, la responsabilité des entreprises n'est pas mise en doute lorsque le comportement contraire aux articles 85 et 86 a été favorisé ou encouragé par les autorités nationales [36].

54. ii) Si la jurisprudence précitée intéresse avant tout les entreprises, celle que nous allons présenter maintenant se rapporte aux intérêts des États membres et concerne la validité des règles nationales qui limitent ou abolissent la libre concurrence. Dans ses conclusions sous l'arrêt Meng [37], l'avocat général M. Tesauro observe que la position de la Cour sur cette question peut se résumer comme suit:

« ... La Cour a, d'une part, toujours affirmé que les réglementations nationales qui régissent l'exercice de l'activité économique des entreprises se situent en dehors du champ d'application matériel des articles 85 et 86. En effet, ces derniers (*ratione personae*) s'adressent non pas aux États membres mais aux entreprises et (*ratione materiae*) visent à protéger la libre concurrence et non à limiter les prérogatives des États membres en matière de politique économique, prérogatives qui relèvent, le cas échéant, d'autres dispositions du traité.

D'autre part, la Cour a itérativement affirmé que 'les articles 85 et 86, lus en combinaison avec l'article 5 du traité, imposent aux États membres de ne pas prendre ou maintenir des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises' [38].

Les deux affirmations sont parfaitement cohérentes entre elles. En effet, s'il est vrai que les articles 85 et 86 concernent les comportements anticoncurrentiels des entreprises, il n'en est pas moins vrai que les États membres ne doivent pas permettre à ces entreprises d'éluder les interdictions prévues par ces articles en leur offrant le bouclier d'une réglementation étatique. Dans le cas contraire, les articles 85 et 86 seraient vidés de leur substance: « *il est donc fait obligation aux États membres de ne pas compromettre l'effet utile des règles sur la concurrence adressées aux entreprises...* »

35 — Un exemple caractéristique en est l'arrêt Stichting Sigarettenindustrie e. a./Commission (précité à la note 12).

36 — Voir les arrêts du 10 janvier 1985, Leclerc e. a. (229/83, Rec. p. 1), et du 29 janvier 1985, Cullet et CSNCRA (231/83, Rec. p. 305).

37 — Arrêt précité à la note 15.

38 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 28 février 1991, Marchandise e. a. (C-332/89, Rec. p. I-1027, point 22).

55. Dans ces conditions, ce n'est qu'à certaines conditions et à titre exceptionnel que la Cour peut examiner la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire à la lumière des articles 85 et 86, lorsque ces mesures mettent en danger l'effet utile de ces articles [39]. Les conclusions de cette jurisprudence sont, en particulier en ce qui concerne l'article 85 qui nous intéresse dans la présente affaire, résumées au point 14 de l'arrêt Meng:

« ... Il résulte cependant d'une jurisprudence constante que l'article 85, lu en combinaison avec l'article 5 du traité, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas, en vertu de cette même jurisprudence, lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique. »

A contrario, lorsque la législation nationale ne se rapporte pas aux accords ou pratiques concertées des entreprises mais qu'elle établit elle-même les règles qui régissent le marché, l'atteinte à la concurrence résulte exclusivement d'un acte étatique, qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 85 [40].

56. La position adoptée par le Tribunal de première instance dans son arrêt ne s'harmonise pas avec ce que nous venons d'exposer. Plus particulièrement, elle ne respecte pas la distinction entre les mesures nationales qui portent atteinte à l'effet utile des articles 85 et 86 et celles qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition. Au contraire, avec les termes généraux qu'il emploie pour formuler le point 49 de l'arrêt attaqué, le Tribunal invite la Commission à soumettre les mesures nationales en général à un contrôle sur la base des dispositions communautaires de la concurrence et à employer les résultats de ce contrôle pour évaluer, sur la base des mêmes dispositions, le comportement des entreprises qui se sont conformées à ces mesures. Sans le dire expressément, le Tribunal s'éloigne de la jurisprudence, toujours en vigueur, relative aux conditions à réunir pour examiner une règle nationale à la lumière des articles 85 et 86 du traité.

39 — Voir les arrêts, précités, de la Cour GB-Inno-BM, du 3 décembre 1982, BNIC, et du 30 janvier 1985, BNIC, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, Meng; ainsi que les arrêts du 30 avril 1986, Asjes e. a. (209/84, 210/84, 211/84, 212/84 et 213/83, Rec. p. 1425); du 1er octobre 1987, VVR (311/85, Rec. p. 3801); Leclerc e. a., précité à la note 36, et du 21 septembre 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769).

40 — Dans l'affaire Meng, la Cour avait été invitée à porter une appréciation sur la législation allemande des assurances qui interdit de céder une partie de la commission aux clients. La position qu'elle a finalement adoptée sur cette question s'est fondée sur les considérations suivantes: « ... il convient de relever que la réglementation formule elle-même l'interdiction d'accorder des avantages aux preneurs d'assurances et ne délègue pas à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique. Des considérations qui précèdent il résulte qu'une réglementation comme celle en cause dans le litige au principal n'entre pas dans les catégories de réglementations étatiques qui, selon la jurisprudence de la Cour, portent atteinte à l'effet utile des articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85 du traité. Dès lors, il y a lieu de répondre à la question posée par la juridiction nationale que les articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85 du traité ne font pas obstacle à ce que, *en l'absence de tout lien avec un comportement d'entreprises visé par l'article 85, paragraphe 1, du traité*, une réglementation étatique interdise aux intermédiaires en assurance de céder à leurs clients tout ou partie des commissions versées par les compagnies d'assurance » (points 20 à 22).

Il se pose dès lors la question de savoir si ce raisonnement du Tribunal sera ou non confirmé après que la Cour aura exercé son contrôle.

b) Les prolongements de l'interprétation des articles 85 et 86 adoptée par le Tribunal dans son arrêt

57. i) Avant de poursuivre, nous croyons particulièrement important de rappeler que les articles 85 et 86 du traité ont établi des règles de droit qui se suffisent à elles-mêmes et dont les effets (horizontaux et verticaux) s'exercent directement dans leur plénitude [41]. En outre, en tant que dispositions du traité, elles ont une valeur formelle supérieure à celle des règles nationales. Partant, dans la mesure où les dispositions précitées occupent un rang supérieur à celui des dispositions nationales dans la hiérarchie des normes du droit, il est en principe inconcevable que leur application soit entravée par ces dernières. C'est d'ailleurs un lieu commun dans tous les systèmes de droit que de dire que les sujets de droit sont obligés de se conformer à la règle ayant le rang formel le plus élevé, même en présence d'une règle de droit inférieure de contenu contraire. Il faut donc, en toute logique, que cette obligation s'étende également aux sujets du droit communautaire, même si elle leur impose en fin de compte de ne pas se conformer à la législation nationale contraire. Retenir l'hypothèse inverse reviendrait à mettre en cause non pas seulement le rang formel supérieur, mais également l'effet direct des dispositions contenues dans les articles 85 et 86 du traité.

58. Mais, aussi évidents qu'ils paraissent être dans les systèmes nationaux, les principes capitaux exposés ci-dessus ne sont à ce jour pas encore pleinement appliqués en droit communautaire et ne garantissent pas totalement la primauté de l'ordre juridique communautaire sur l'ordre juridique national correspondant. Les règles communautaires ne produisent pas la totalité des conséquences juridiques qui découlent de leur rang formel supérieur, du moins si l'on en croit la jurisprudence applicable.

59. ii) Il vaut la peine à ce stade de souligner les conséquences que comporterait un renversement de la jurisprudence actuelle. Nous estimons qu'il y a lieu de faire une distinction entre les prolongements que la confirmation éventuelle de l'interprétation des articles 85 et 86 adoptée dans l'arrêt attaqué pourrait avoir pour le traitement juridique des entreprises, d'une part, et les conséquences d'une telle confirmation pour la législation économique des États membres, d'autre part.

60. aa) En ce qui concerne les entreprises, il faudra en outre admettre que, chaque fois que sera constaté un comportement tombant sous le coup des interdictions des articles 85

41 — Il suffira de rappeler l'évolution de la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt du 6 avril 1962, Bosch (13/61, Rec. p. 89) jusqu'à l'arrêt du 30 janvier 1974, BRT (127/73, Rec. p. 51), puis à l'arrêt du 10 juillet 1980, Marty (37/79, Rec. p. 2481).

et 86, les entreprises développant ce comportement subiront les conséquences prévues par les articles précités du traité sans qu'elles puissent excuser le caractère illégal de leur comportement par l'existence d'une législation nationale obligatoire d'un contenu contraire à ces articles du traité. En revanche, pour ne pas subir les sanctions prévues aux articles 85 et 86, elles devront refuser de se conformer aux mesures étatiques qui les concernent.

61. Nous ne sommes pas forcément opposé au principe d'une telle modification de la jurisprudence. Cependant, deux questions importantes peuvent se poser. Premièrement, il semble excessivement sévère de faire subir aux entreprises concernées les conséquences négatives d'une violation du droit communautaire dont la responsabilité incombe en réalité aux États membres. Deuxièmement, il est possible d'opposer à l'interprétation ci-dessus des articles 85 et 86 qu'elle pourvoit à la protection de l'ordre juridique communautaire aux dépens des intérêts des particuliers, dont elle exige qu'ils supportent les conséquences de leur conflit avec la législation nationale en leur imposant de devenir en quelque sorte les « martyrs » de la défense du droit communautaire.

62. A notre avis, ces griefs peuvent recevoir une réponse satisfaisante.

63. Premièrement, il est vrai que la formulation d'un principe général, selon lequel les particuliers obéissant aux règles de droit national peuvent être considérés comme responsables à ce titre vis-à-vis du droit communautaire, peut paraître surprenante. Mais il s'agit pourtant d'une conséquence du principe du rang formel supérieur de la règle de droit communautaire par rapport à la règle de droit national. Par ailleurs, il importe tout particulièrement de faire la distinction entre la reconnaissance de l'existence d'une violation du droit communautaire et le fait d'en imputer la responsabilité à celui qui a commis cette infraction. Le fait pour une entreprise de se conformer à une règle nationale contraignante, en violation des articles 85 et 86, ne change rien à l'illégalité de son comportement du point de vue du droit communautaire, mais peut être considéré comme une cause extinctive ou atténuante de responsabilité [42]. Conformément à cette approche, la Commission considérera d'abord que la règle nationale qui a imposé ou ordonné un comportement déterminé aux entreprises concernées n'est pas conforme au droit communautaire, avant de constater que les entreprises en question ont violé les dispositions des articles 85 et 86 et d'interdire la poursuite de ce comportement illégal, mais sans imposer toutefois d'amendes ou en imposant une amende d'un montant limité [43]. De ce point de vue, nous

42 — Nous pourrions nous référer à ce stade au problème plus général qui se pose dans les ordres juridiques nationaux, en droit pénal comme en droit disciplinaire, quant au point de savoir dans quelle mesure l'ordre donné par un supérieur hiérarchique ou l'ignorance de la loi affecte le caractère répréhensible de l'acte ou limite voire exclut tout simplement la responsabilité.

43 — A titre d'exemple, si ces entreprises démontrent qu'elles se sont conformées aux règles nationales parce qu'elles pouvaient à juste raison les considérer comme conformes aux règles communautaires correspondantes ou à cause de la gravité des sanctions qu'aurait entraînées le non-respect de ces règles. En revanche, si la législation nationale est manifestement contraire au droit communautaire, et que l'entreprise en a connaissance, nous ne voyons pas pourquoi cette dernière pourrait s'abriter derrière la mesure nationale pour échapper aux sanctions de l'article 85.
En tout état de cause, nous croyons que la distinction en question est indispensable; au cas contraire, il se produirait la situation excessivement rigoureuse qu'une entreprise qui a été poussée par la législation nationale à des comportements contraires aux articles 85 et 86 doive automatiquement subir les sanctions prévues par ces dispositions. Sur cette question, nous renvoyons aux conclusions que l'avocat général M. Jacobs a présentées le 27 février 1997 sous les arrêts du 17 juillet 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. p. I-4085), Texaco et Olieselskabet Danmark (C-114/95 et C-115/95, Rec. p. I-4263) et GT-Link (C-242/95, Rec. p. I-4449).

ne croyons pas que la modification proposée de l'interprétation des articles 85 et 86 serait excessivement défavorable, voire injuste pour les entreprises.

64. En ce qui concerne l'argument selon lequel les entreprises seraient invitées à ne pas tenir compte de la législation nationale et à supporter les conséquences prévisibles de ce comportement, il y a lieu d'observer ce qui suit: l'ordre juridique communautaire a déjà mis à la disposition des particuliers les moyens juridiques appropriés à la protection des droits qu'il leur reconnaît lorsque ceux-ci sont mis en cause ou attaqués par une mesure nationale. Sur cette question, l'apport de la Cour de justice revêt, comme on sait, une importance particulière, notamment par les réponses qu'elle donne aux questions préjudicielles dont elle est saisie. Il suffira de rappeler à ce propos la position qu'elle a adoptée dans l'affaire Factortame I [44] pour admettre que le droit communautaire accorde aux particuliers une protection suffisante, même dans le cadre des systèmes de droit nationaux, contre les mesures étatiques portant atteinte aux droits qui leur sont reconnus par l'ordre juridique communautaire. En l'espèce, l'entreprise ayant subi des sanctions pour ne pas s'être conformée à une législation nationale contraire au droit communautaire de la concurrence a la possibilité de s'adresser aux juridictions nationales, qui non seulement doivent écarter l'application de cette législation, mais sont également tenues de fournir une protection juridictionnelle provisoire suffisante. En conséquence, faire droit à l'objection indiquée ci-dessus reviendrait à reconnaître indirectement l'insuffisance de la protection juridique apportée aux particuliers par l'ordre juridique communautaire, ce qui correspond selon nous à une hypothèse totalement fausse.

65. L'ensemble de ces considérations nous amène à conclure que l'interprétation adoptée par le Tribunal dans l'arrêt attaqué, qui s'écarte indirectement de la voie tracée par l'arrêt Suiker Unie e. a./Commission, est parfaitement défendable et s'harmonise mieux avec le principe fondamental du rang formel supérieur des dispositions de droit communautaire.

66. bb) Cependant, comme nous l'avons observé précédemment, cette position implique une modification de la jurisprudence sur un autre point capital encore, à savoir celui de la possibilité d'invoquer les articles 85 et 86, en combinaison avec l'article 5 du traité, en vue de contrôler la conformité de la réglementation nationale avec ces dispositions. Conformément à ce que nous avons exposé ci-dessus [45], c'est là que se situe le coeur du problème de la régularité de l'arrêt attaqué, et non pas dans les arguments invoqués par les parties requérantes à propos de la limitation de facto du pouvoir discrétionnaire de la Commission quant au point de savoir si une plainte doit être examinée d'abord au regard de l'article 90 ou du point de vue des articles 85 et 86. La restriction concrète du pouvoir discrétionnaire de la Commission n'est qu'un aspect — et peut-être pas le plus important — des conséquences juridiques que com-

44 — Arrêt du 19 juin 1990, Factortame c. a. (C-213/89, Rec. p. I-2433).

45 — Voir les points 56 et suiv. des présentes conclusions.

porte le raisonnement suivi par le Tribunal au point 49 de l'arrêt attaqué.

67. En particulier, si l'interprétation des articles 85 et 86 proposée par le Tribunal est retenue, il faudra examiner la conformité des mesures nationales avec l'ordre juridique communautaire, chaque fois que le comportement des entreprises contrôlées est contraire aux règles communautaires de la concurrence, mais a été imposé par des mesures nationales contraignantes qui fixent le cadre de l'exercice d'une activité économique donnée [46]. Ainsi se trouve consacrée dans ces hypothèses une obligation de contrôle des règles nationales du point de vue du droit communautaire, même dans le cadre de l'application des seuls articles 85 et 86 du traité. Cette obligation s'impose principalement à la Commission dans l'exercice de ses compétences de gardienne du traité, en particulier pour veiller à ce que les dispositions des articles 85 et 86 soient respectées par les assujettis au droit communautaire.

68. Il est de jurisprudence constante que, exception faite des aides étatiques, une législation nationale qui restreint la concurrence peut, premièrement, relever du champ d'application de l'article 90 (lorsqu'elle se rapporte à des entreprises publiques ou à des entreprises auxquelles ont été reconnus des droits spéciaux ou exclusifs) ou, deuxièmement, entrer dans le champ d'application des articles 85 et 86, lus en combinaison avec l'article 5 (lorsqu'elle porte atteinte à l'effet utile de ces dispositions [47]), ou encore, troisièmement, échapper à l'application des règles communautaires en matière de concurrence qui se trouvent contenues dans les articles 85 à 94 du traité. La classification ci-dessus perd toute validité si l'on admet le point de vue défendu par le Tribunal dans l'arrêt attaqué. Des règles nationales qui portent atteinte à ou limitent la concurrence peuvent, dans certaines conditions, être examinées dans leur ensemble quant à leur conformité avec les articles 85 et 86; cet examen est une condition préalable à l'adoption par les organes communautaires compétents d'une décision sur le comportement des entreprises qui ont appliqué ces règles.

69. Dans le cadre de l'interprétation ci-dessus des articles 85 et 86, il est indispensable de faire une distinction entre les règles nationales qui tombent également dans le champ d'application de l'article 90 et celles qui ne sont pas affectées par cette dernière disposition. Dans le premier cas, la Commission a théoriquement trois possibilités. Premièrement, elle peut donner suite à une plainte dont elle a été saisie au titre de l'article 90 à propos de la conformité de la législation nationale concernée avec les règles communautaires (c'est le cas le plus proche des circonstances de fait de la présente espèce). Deuxièmement, elle peut ouvrir la procédure des articles 169 et suivants ou engager d'office un contrôle de la législation nationale au titre de l'article 90, en entamant

46 — A la condition bien entendu que la Commission constate, à l'occasion de son contrôle, que les entreprises ont eu un comportement qui relève du champ d'application des articles 85 et 86.

47 — Voir l'arrêt Meng, précité à la note 15.

la procédure correspondante [48]. Troisièmement, elle peut exercer un contrôle incident de la législation nationale dans le cadre des articles 5, 85 et 86.

70. Si la mesure nationale ne fait pas partie de celles qui sont régies par l'article 90, la Commission peut en théorie soit poursuivre la constatation de l'illégalité de cette mesure du point de vue du droit national en vertu de la procédure des articles 169 et suivants soit engager un contrôle de la législation nationale dans le cadre de l'application des articles 5, 85 et 86.

71. Si la méthode du contrôle incident a l'avantage d'être plus simple, elle soulève également le plus grand nombre de questions du point de vue du droit communautaire institutionnel. Il s'agit en effet de savoir dans quelle mesure l'octroi de cette possibilité est conforme à l'économie du traité. D'après la jurisprudence, lorsque la Commission constate qu'une législation nationale n'est pas conforme à l'ordre juridique communautaire, elle se retourne contre l'État membre qui l'a adoptée. C'est à cette fin qu'a été créée la procédure générale des articles 169 et suivants, qui vise à faire trancher par la voie juridictionnelle les situations où un État membre ne se conforme pas à la position de la Commission; cependant, avant la décision définitive de la Cour, il n'y a pas d'illégalité constatée de la part de l'État membre — et par extension de la mesure nationale concernée — car le traité n'a pas donné compétence à la Commission pour se prononcer sur cette question autrement qu'au moyen d'actes revêtant un caractère purement consultatif [49]. Par exception, en particulier dans les cas qui peuvent donner lieu à l'application de l'article 90, la Commission peut choisir entre la procédure générale, précitée, des articles 169 et suivants et la procédure spéciale de l'article 90, paragraphe 3; en vertu de cette dernière disposition, la Commission statue elle-même sur la conformité des réglementations étatiques avec le droit communautaire [50]. En toute hypothèse cependant, il serait contraire à la logique communément admise jusqu'ici du droit communautaire originaire que la Commission puisse attaquer les mesures nationales sans prendre directement position, c'est-à-dire sans adresser « en tant que de besoin, les directives ou décisions appro-

48 — La jurisprudence de la Cour relative à l'application à la législation nationale de l'article 90, d'une part, et des dispositions des articles 85 et 86 en combinaison avec l'article 5, d'autre part, révèle que ces dispositions juridiques ne peuvent être invoquées cumulativement. Plus particulièrement, le critère fondamental pour considérer que, par dérogation, une législation nationale relève du champ d'application des articles 85 et 86 réside dans la constatation que cette législation a perdu son caractère « étatique » précisément parce qu'elle impose, facilite ou encourage des comportements privés qui sont contraires à la concurrence ou encore parce qu'elle habilite les particuliers à intervenir de façon appropriée dans l'économie (voir l'arrêt Meng, précité à la note 15). En revanche, pour que l'article 90 soit applicable, il faut que l'atteinte portée à la concurrence trouve sa source dans une mesure purement étatique. (Voir, à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour du 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, Rec. p. I-1223, qui a annulé une décision de la Commission dans la mesure où elle imposait aux États membres l'adoption de mesures pour mettre fin aux contrats de location de terminaux conclus par les entreprises publiques de télécommunications avec les utilisateurs; ces contrats ne relevaient pas de l'article 90, car ils n'avaient pas été imposés par les États membres.)
Certes, lorsque la législation nationale s'applique tant aux entreprises de l'article 90 qu'à des sociétés qui n'entrent pas dans cette catégorie, sa compatibilité avec le droit communautaire sera examinée en partie au regard de l'article 90 et en partie au regard des articles 5, 85 et 86. Voir l'arrêt Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, précité à la note 10. L'analyse attentive de la législation française sur les paris hippiques montrera sans doute que celle-ci relève des deux groupes de dispositions à la fois.

49 — Voir l'arrêt de la Cour du 27 mai 1981, Essevi et Salengo (142/80 et 143/80, Rec. p. 1413).

50 — Relevons que, lorsqu'il se pose une question de compatibilité avec le droit communautaire de mesures nationales accordant à des entreprises des droits exclusifs ou spéciaux, l'article 90 constitue la lex specialis, qui doit s'appliquer par priorité. (En ce qui concerne la spécificité de l'article 90, voir les conclusions de l'avocat général M. Reischl sous l'arrêt du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni/Commission, 188/80, 189/80 et 190/80, Rec. p. 2545.)

priées aux États membres » au sens de l'article 90 [51] et sans présenter des observations et un avis motivé dans le cadre de la procédure de l'article 169 [52] [53]; en dépit de tout cela, la solution du contrôle incident nous semble être celle qui offre le plus de perspectives d'avenir.

72. Cependant, si l'on exclut la solution du contrôle incident de la législation nationale au titre des articles 85 et 86, alors l'application de ces articles, conformément toujours à l'interprétation suivie par le Tribunal, finit par dépendre dans certains cas du point de savoir si la Commission est disposée à engager les procédures de l'article 90 et des articles 169 et suivants. Jusqu'à ce jour, la Cour reconnaît un large pouvoir discrétionnaire à la Commission en ce qui concerne l'ouverture et la poursuite de ses procédures ainsi qu'en général pour les démarches qui peuvent la conduire à une confrontation avec un État membre [54]. Autrement dit, on ne saurait déduire des articles 85 et 86 aucune obligation directe ou indirecte de la Commission d'agir contre une législation nationale au titre des articles 90 et 169 et suivants.

73. Il reste donc le cas particulier d'une plainte déposée au titre de l'article 90 dont la Commission a déjà entamé l'examen. C'est d'ailleurs la situation qui se présente en l'espèce. Nous croyons tout d'abord qu'il serait contraire à la cohérence logique qui doit régir l'ordre juridique communautaire, en tant que système de droit, que la solution d'une catégorie aussi importante de litiges dépende de la circonstance fortuite qu'une plainte au titre de l'article 90 se trouve ou non en cours d'examen. De surcroît, le problème institutionnel que nous avons mentionné précédemment n'est pas totalement résolu. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans l'exercice de certaines

51 — Il faut garder à l'esprit que la procédure des articles 85 et 86, en combinaison avec l'article 5 du traité, ne peut conduire à l'adoption d'une décision de la Commission s'adressant aux États membres et non aux entreprises. Voir l'ordonnance du 30 septembre 1987, Brother Industries e. a./Commission (229/86, Rec. p. 3757), et, en particulier, l'arrêt du 13 décembre 1990, Nefarma/Commission (T-113/89, Rec. p. II-797).

52 — Il n'est d'ailleurs pas certain qu'une telle perspective ne porte pas en plus atteinte aux droits de la défense de l'État membre. Comme la procédure du règlement n° 17 est dirigée contre les entreprises, l'État membre ne sera pas présent au moment où se posera la question de savoir si les dispositions nationales pertinentes sont conformes au droit communautaire. Certes, il est possible de l'inviter à présenter ses observations, même si aucune disposition écrite ne le prévoit (voir le point de vue de la Cour dans ses arrêts du 14 février 1990, France/Commission, C-301/87, Rec. p. I-307, et du 12 février 1992, Pays-Bas e. a./Commission, C-48/90 et C-66/90, Rec. p. I-565). Il peut également introduire un recours au titre de l'article 173 contre la décision qui sera adoptée par la Commission à l'issue de la procédure du règlement n° 17.

53 — Du reste, comme la Commission l'avait observé au cours de la procédure dans l'affaire Meng, une telle éventualité serait susceptible de porter atteinte à l'uniformité du droit communautaire: la Commission pourra assurer le respect des règles du droit communautaire de la concurrence en disposant d'une arme juridique qui vient s'ajouter à celles qu'elle emploie normalement pour imposer la suppression de mesures nationales contraires à l'application de règles communautaires. Il est vrai que ce dernier argument peut être écarté, compte tenu de la spécificité des règles contenues aux articles 85 et 86, mais également de la vocation — du moins au départ — économique des Communautés. Nous pouvons ajouter que l'élargissement des pouvoirs de la Commission pour un seul des objets de l'ordre juridique communautaire n'est pas une raison pour écarter cette approche; il est démontré dans la pratique que l'intégration européenne ne peut progresser au même rythme sur toutes les questions.

54 — Pour la procédure de l'article 169, voir l'arrêt du 1er mars 1966, Lütticke/Commission (48/65, Rec. p. 27). Pour la procédure de l'article 90, voir l'arrêt Ladbroke/Commission, précité à la note 7. On ne saurait cependant exclure la possibilité d'une évolution de la jurisprudence vers une conception beaucoup plus restrictive du pouvoir discrétionnaire de la Commission. C'est dans ce sens que vont les conclusions du 11 juillet 1996 prononcées par l'avocat général M. La Pergola sous l'arrêt du 20 février 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission (C-107/95 P, Rec. p. I-947), qui, même si elles n'ont pas été suivies par la Cour, montrent cependant que cette question juridique ne peut être considérée comme définitivement résolue.

compétences qui peuvent éventuellement la faire entrer en conflit avec les États membres est mis en cause, au moins indirectement; la Commission ne dispose plus d'une liberté de choix absolue en ce qui concerne l'ordre dans lequel elle devra examiner deux plaintes s'appuyant l'une sur l'article 90 et l'autre sur les articles 85 et 86 du traité.

74. Comme nous l'avons déjà observé [55], la restriction précitée ne constitue pas le coeur du problème, mais l'une de ses manifestations. La question juridique soulevée par l'arrêt attaqué, en particulier par le point 49 de ses considérations, doit être située en dehors du cadre particulier des circonstances spécifiques à la présente affaire et du « faux dilemme » du choix entre la procédure de l'article 90 et celle des articles 85 et 86. La question à laquelle la Cour doit répondre au présent stade n'est nulle autre que celle qui a déjà été exposée au début du présent chapitre: l'interprétation des articles 85 et 86 découlant du point 49 de l'arrêt attaqué, selon laquelle il serait, dans certaines conditions, nécessaire d'apprécier la compatibilité de la législation nationale avec les règles communautaires de la concurrence avant de donner une réponse définitive à la question de savoir si certaines entreprises ont violé les dispositions des articles 85 et 86, est-elle ou non conforme à la lettre et à l'esprit du droit communautaire?

75. iii) L'analyse antérieure impose de conclure que, sans être directement contraire aux dispositions du traité, cette position aboutit à écarter l'interprétation actuelle d'une série de règles et de principes fondamentaux du droit communautaire et qu'elle revient à abandonner certaines des plus importantes solutions jurisprudentielles établies par la Cour. En dépit des efforts mis dans la description des changements éventuels que comporterait pour l'ordre juridique communautaire le point de vue du Tribunal de première instance, tel qu'il se trouve développé au point 49 de l'arrêt attaqué, il est certain que ces modifications ne sont pas toutes prévisibles ni toutes souhaitables. En tout état de cause, nous estimons cependant que cette interprétation des articles 85 et 86 garantit la protection juridique la plus complète possible des droits que ces articles reconnaissent aux particuliers et plus précisément aux entreprises qui subissent les conséquences des concentrations et de l'abus de position dominante de leurs concurrents. Nous croyons utile de renvoyer, à des fins de comparaison, aux considérations développées dans l'arrêt Factortame III [56] à propos de la question de la protection des droits que le droit communautaire reconnaît aux particuliers qui ont subi un préjudice du fait des États membres:

« En outre, subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à un État membre serait contraire au principe d'effectivité du droit communautaire, dès lors qu'elle exclurait tout droit à réparation tant que le manquement présumé n'a pas fait

55 — Voir, ci-dessus, les points 48 et 66.

56 — Arrêt de la Cour du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029), à propos de la question des conditions de la responsabilité encourue par un État membre pour les préjudices causés à des particuliers par les infractions au droit communautaire qui lui sont imputables.

l'objet d'un recours introduit par la Commission en vertu de l'article 169 du traité et d'une condamnation par la Cour. Or, les droits au profit de particuliers, découlant des dispositions communautaires ayant un effet direct dans l'ordre interne des États membres, ne sauraient dépendre de l'appréciation par la Commission de l'opportunité d'agir au titre de l'article 169 du traité à l'encontre d'un État membre ni du prononcé par la Cour d'un éventuel arrêt de manquement. »

76. Sous cet angle, la position adoptée par le Tribunal au point 49 de l'arrêt attaqué est certes en parfaite conformité avec le principe de l'effet utile du droit communautaire, mais elle n'en pose pas moins certaines questions en ce qui concerne les conséquences qu'elle entraîne pour la Commission par rapport au contrôle que le traité a chargé celle-ci d'exercer sur la conformité des mesures nationales avec le droit communautaire.

2. *Pour le cas où l'interprétation faite au point 49 de l'arrêt attaqué serait rejetée*

77. Pour donner une réponse complète, nous croyons utile d'examiner l'arrêt attaqué une nouvelle fois, mais en partant de l'hypothèse que l'interprétation décrite ci-dessus des articles 85 et 86 ne serait pas retenue. Nous croyons que les conclusions contenues dans son dispositif sont justes, même si elles doivent être basées sur un raisonnement différent, moins ambitieux, dont serait absent le principe général d'interprétation contenu au point 49 ainsi que les références à la procédure de l'article 90, qui était pendante devant la Commission.

78. Le point de départ pour la solution du litige reste bien entendu l'examen du contenu de la décision initiale de la Commission, qui a rejeté définitivement la plainte de Ladbroke en ce qui concerne les griefs se référant à des infractions aux articles 85 et 86 du traité commises par le PMU français et par un groupe de sociétés de courses hippiques. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la motivation de la décision attaquée s'appuie au moins en partie, en tout cas en ce qui concerne le grief de Ladbroke relatif aux ententes illicites que les dix plus importantes sociétés de courses en France ont conclues entre elles et avec le PMU, sur des références au cadre réglementaire qui régit le marché des paris hippiques en France. La Commission invoque les conséquences de la législation interne française sur le marché des paris et en tire argument pour conclure à l'absence d'intérêt communautaire à la constatation d'une éventuelle infraction de la part des sociétés hippiques, dans la mesure où en tout état de cause la liberté de concurrence est entravée non pas par les comportements de ces entreprises, mais par les réglementations étatiques applicables.

79. Relevons ici que cette législation française peut théoriquement tomber sous le

coup du droit communautaire de la concurrence à deux égards. D'une part, en tant qu'elle concerne les entreprises auxquelles elle confère des droits spéciaux et exclusifs, elle sera régie par les dispositions de l'article 90 du traité. D'autre part, dans la mesure où elle s'applique à d'autres entreprises que celles de l'article 90, elle entre dans le champ d'application des articles 85 et 86 si elle aboutit à priver ces dispositions de leur efficacité pratique, conformément à l'arrêt Meng, précité [57].

80. En toute hypothèse, il découle de la décision attaquée prise par la Commission que l'appréciation de cette législation nationale est d'une importance capitale pour appréhender le problème de concurrence posé par la plainte. En outre, si l'on constate finalement que les réglementations étatiques privent les articles 85 et 86 de tout effet utile, de sorte que, conformément à la jurisprudence Meng [58], elles entrent dans le champ d'application de ces articles, il faudra éventuellement examiner dans quelle mesure cette constatation a une incidence sur le traitement appliqué au titre des articles 85 et 86 du traité aux entreprises qui se sont conformées à la législation française litigieuse. La Commission reconnaît expressément cette nécessité dans les observations qu'elle a déposées sur le premier moyen du pourvoi introduit par le gouvernement français [59].

81. Cependant, comme le Tribunal de première instance l'a relevé à juste titre, la décision de la Commission comporte sur ce point une analyse défectueuse. Elle se réfère simplement au rôle joué par le législateur national sur le marché des paris hippiques sans expliquer suffisamment le lien entre cette législation et le comportement incriminé des entreprises; de surcroît, elle n'examine pas la législation en question à la lumière des articles 85 et 86, en combinaison avec l'article 5 du traité, et elle ne dit pas clairement si cette législation relève ou non de la catégorie de celles qui privent ces dispositions de tout effet utile [60]. C'est une inconséquence logique pour la Commission de s'abriter derrière la difficulté particulière que présente l'appréciation de cette législation pour expliquer qu'elle a été pendant tant d'années dans l'impossibilité de statuer, sur la base de l'article 90, à propos de la conformité de ces mesures étatiques avec le droit communautaire de la concurrence, tout en affirmant par ailleurs qu'elle serait en mesure d'évaluer suffisamment la même législation, au regard des articles 85 et 86, dans les termes très succincts de la décision attaquée [61]. En conséquence, les motifs sur la base desquels la Commission a définitivement rejeté la plainte de Ladbroke en ce qui concerne les prétendues violations des

57 — Voir la note 15 ci-dessus.

58 — Voir la note 15 ci-dessus.

59 — Voir le point 21 ci-dessus.

60 — En fait d'analyse de la législation française (point 6 de la décision attaquée), la Commission se limite à dire que le décret de 1974 ne peut être considéré comme une simple régularisation par le législateur d'ententes ou de pratiques concertées préexistantes et qui sont le fait des entreprises de courses hippiques, car ces ententes et pratiques concertées avaient déjà été imposées par le décret français de 1930.

61 — Il n'appartient d'ailleurs pas à la Cour ou au Tribunal de compléter la motivation de la décision attaquée ou de lui substituer la leur. En conséquence, c'est en pure perte que les agents de la Commission ont fait valoir au cours de la procédure écrite et de la procédure orale que la législation française ne relèverait pas de la catégorie de celles qui enlèvent tout effet utile aux articles 85 et 86. Cette constatation aurait dû découler clairement et de façon motivée de la décision attaquée, moyennant une analyse spécifique du cadre réglementaire interne à la lumière des articles 85 et 86. Autrement dit, la décision attaquée n'aborde pas avec le sérieux requis cette question juridique, dont elle reconnaît pourtant expressément l'importance et la difficulté au moment où elle est amenée à considérer la même législation au regard de l'article 90.

articles 85 et 86 sont insuffisants et c'est à juste titre que cette décision a été annulée. Comme le Tribunal l'a souligné expressément, la Commission n'a pas répondu à son obligation d'examiner avec toute l'attention requise les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par la plaignante [62], de sorte que sa décision ne remplit pas les exigences de certitude et d'exhaustivité imposées par la jurisprudence [63].

82. Certes, il est vrai que, avec ce raisonnement, la solution retenue dans l'arrêt attaqué n'est pas entièrement conforme à la jurisprudence ou, du moins, à son interprétation habituelle. D'une part, elle jette indirectement un doute sur la règle d'interprétation qui remonte à l'arrêt Suiker Unie e. a./Commission, selon laquelle il n'y a pas, de la part des entreprises, de violation des articles 85 et 86 du traité lorsque leur comportement leur a été entièrement imposé par des mesures nationales présentant un caractère obligatoire [64]. D'autre part — et c'est là le point le plus important selon nous — les critères de la jurisprudence concernant les conditions auxquelles les réglementations nationales privent de tout effet utile les articles 85 et 86 et, par conséquent, relèvent du champ d'application de ces articles lient désormais la Commission dans le contrôle qu'elle exerce au titre des articles 85 et 86 sur le comportement des entreprises [65].

83. En dernière analyse, nous croyons que cette solution est la plus indiquée, parce qu'elle rend aux dispositions des articles 85 et 86 leur caractère contraignant [66] et parce qu'elle répond également au principe fondamental de l'effectivité du droit communautaire. En conséquence, même si sa motivation doit être modifiée et complétée comme indiqué ci-dessus, il reste que l'arrêt attaqué était parvenu à la solution qui s'imposait, de sorte que les moyens du pourvoi doivent être rejetés.

62 — Voir l'arrêt Automec/Commission, précité à la note 16, ainsi que l'arrêt du 24 janvier 1995, BEMIM/Commission (T-114/92, Rec. p. II-147, points 47 à 57).

63 — Voir le point 50 de l'arrêt attaqué, qui contient d'autres références à la jurisprudence.

64 — Quelle serait d'ailleurs l'utilité d'un examen de la compatibilité de la législation française sur les paris hippiques avec le droit communautaire s'il suffisait simplement de constater que cette législation s'impose au comportement des entreprises pour exonérer celles-ci de l'application des articles 85 et 86?

65 — Observons que ces critères de la jurisprudence, tels qu'ils sont réitérés dans l'arrêt Meng précité, ont été formulés par la Cour dans le cadre de réponses à des questions préjudicielles; il s'agissait donc de cas où le contrôle de la législation nationale sur la base des articles 85 et 86 serait exercé par un tribunal national et non par la Commission. Lorsqu'elle examine un comportement d'entreprises au titre de ces articles, cette dernière focalise son contrôle sur ce comportement. De même, lorsqu'elle est appelée à contrôler les décisions prises par la Commission au titre du règlement n° 17, la Cour se limite à ce qui se rapporte à l'action des entreprises et ne prend en compte la législation nationale que pour déterminer dans quelle mesure elle imposait ces comportements et non pas pour dire si elle est ou non conforme au droit communautaire.
Avec le raisonnement que nous développons ci-dessus, la Commission est invitée à dire dans quelle mesure la législation française concernée prive de tout effet utile les articles 85 et 86, et ce dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur le comportement des entreprises. Autrement dit, nous demandons à la Commission d'exercer un contrôle incident sur la conformité de la législation nationale au droit communautaire; partant, ce que nous avons dit aux points 71 et suiv. des présentes conclusions vaut également dans le cas présent. La seule différence est que ce contrôle incident ne couvre pas l'ensemble des mesures étatiques qui limitent le cas échéant la concurrence (comme le sous-entend la formulation générale du point 49 de l'arrêt attaqué), mais seulement les dispositions nationales qui privent d'effet utile les articles 85 et 86, conformément à la jurisprudence de la Cour dans les affaires GB-Inno-BM et Meng. En d'autres termes, l'approche proposée ici se borne à confirmer et à étendre, à juste titre selon nous, l'application de cette jurisprudence.

66 — La balance penche plutôt en faveur d'une application plus stricte des articles 85 et 86 du traité au détriment des législations nationales. Voir l'arrêt du 11 juillet 1996, Metropole télévision e. a./Commission (T-528/93, T-542/93, T-543/93 et T-546/93, Rec. p. II-649), qui est relatif aux conditions auxquelles une activité peut être exemptée au titre de l'article 85, au motif qu'elle remplit une « mission particulière d'intérêt public ». En outre, comme indiqué ci-dessus (voir la note 54), il se pose un sérieux problème en ce qui concerne la nécessité de limiter le pouvoir d'appréciation de la Commission par rapport aux compétences qui lui ont été conférées par le droit communautaire de la concurrence, même lorsque l'exercice de ces compétences peut la faire entrer en conflit avec un État membre.

V — Conclusion

84. Par ces motifs, nous proposons à la Cour de statuer comme suit:

« 1) Les pourvois introduits respectivement par la Commission et par la République française sont rejetés.

2) Les parties requérantes sont condamnées aux dépens. »