



UN NOUVEL ANTITRUST EUROPEEN ESPOIRS ET CRAINTES

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 22 OCTOBRE 2001

PAR JEAN-CLAUDE FOURGOUX*

1 Un projet révolutionnaire

En arrivant à la présidence de la Commission des Communautés Européennes, Romano Prodi avait promis qu'il prendrait des mesures révolutionnaires : il fallait s'attendre à des « big bang » tous azimuts.

En matière de concurrence, c'est bien de cela qu'il s'agit.

Tout est parti du livre blanc publié le 28 avril 1999. Il annonçait la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité, (aujourd'hui 81 et 82) autrement dit de l'antitrust européen. « Modernisation », tournée vers le futur, a été évidemment préférée à « réforme » qui se rattache au passé.

Conçu par le chantre de la culture de la concurrence Karel Van Miert, légué à son successeur qui l'a fait sien, le projet a été immédiatement perçu comme une « révolution juridique et culturelle »².

Le projet a suivi le parcours législatif habituel.

Après une première consultation du Comité Économique et Social et du Parlement, une proposition de règlement est publiée le 27 septembre 2000.

Le 29 mars 2001, le Comité Économique et Social donne son avis comme il l'avait fait sur le livre blanc.

Le 21 juin 2001, le rapport du député Jonathan Evans pour la Commission Économique et Monétaire est remis au Parlement. Amendant le projet sur plusieurs points essentiels, il est sans concession même si le rapporteur salue le courage de Supermario. Venu en discussion le 5 septembre (assorti des avis de deux autres commissions parlementaires, celle de l'Industrie, du Commerce

*Jean-Claude FOURGOUX est Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles

1. D'après la conférence pour Droit et Commerce tenue au Tribunal de commerce de Paris le 22 octobre 2001.

2. Titre d'un article de Claude Dieter Eltherman (Rev. Droit Union Européenne, 2000.13) qui s'y connaît pour avoir servi de longues années comme directeur général du service juridique et de la DG IV sous le règne des prédécesseurs de Mario Monti.

extérieur, de la Recherche et de l'Énergie, et la Commission Juridique et du Marché intérieur) il est adopté le 6 débouchant sur une résolution législative intégrant les amendements proposés.

Nous entrons dans la seconde phase qui va voir un réexamen par la Commission, puis le passage au Conseil. Inévitablement la Commission doit revoir sa copie bien que le Conseil ne soit pas lié par l'avis du Parlement, ni tenu de l'interroger sur le nouveau texte.

Cependant les députés ont demandé à être reconsultés si le projet était modifié, profitant d'ailleurs de l'occasion pour insister sur leur revendication de se voir attribuer un pouvoir de « codécision totale » en matière de concurrence et sur leur volonté ne pas accorder à la Commission un pouvoir sans contrôle.

« Nous voulons », a martelé le rapporteur au cours des débats, « que la Cour de justice ait un droit de regard complet sur les actions de la Commission ».

Quel est le cœur de la réforme destinée à servir de socle à la politique de la concurrence comme à la police de la concurrence et à sa justice dans les années à venir ?

Le projet répond à deux objectifs : simplifier d'abord, décentraliser le contrôle ensuite.

- Le premier volet tend à l'adoption d'un système dit d'exception légale.

Le règlement 17 obligeait les entreprises à notifier tous leurs accords lorsqu'ils avaient un effet communautaire.

La Commission fait valoir que 37 450 dossiers s'étaient accumulés dans les quatre premières années d'application. Le rythme s'était sans doute réduit par la suite puisqu'elle ne faisait plus état que de 150 à 200 lettres administratives de classement dites « de confort » par an et de 90 % de clôtures informelles de dossiers de notification³.

Mais qu'allait-il arriver avec l'élargissement plus ou moins imminent à des États dont les entreprises, pas plus que les administrations, n'étaient rompues à la concurrence ?

Pour alléger la charge des entreprises, mais aussi la sienne, la Commission proposait de remplacer le contrôle préventif par un contrôle a posteriori, dans le cadre du système d'exception légale présumant licites les accords d'entreprises désormais suffisamment imprégnées de la culture de la concurrence pour ne pas prendre de risque (l'obligation de notifier et le contrôle préventif ne subsisteraient qu'en matière d'aides et de concentrations).

Simplification, pour laquelle le Conseil a expressément compétence, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement (article 83) qui aurait dû satisfaire les organisations patronales mais qui va les amener à faire part de leurs réticences notamment en ce qui concerne la sécurité juridique.

Il est à noter que la Commission laisse pointer le bout de l'oreille dans la mesure où elle se plaint de l'insuffisance de ses moyens tant financiers qu'en personnel, pour traiter les dossiers de notification, même si elle a pu et pouvait continuer à se contenter d'adresser des lettres de confort après un examen rapide.

3. Livre Blanc, points 25 et 34

Comme quoi il est plus facile de transférer subrepticement des charges de la Communauté aux États membres que de les convaincre d'adopter une augmentation du budget communautaire.

- Le second volet de la réforme consiste à organiser un réseau d'autorités nationales avec lesquelles la Commission accepterait, sous son égide et sous son contrôle, de partager la compétence en matière d'application de l'article 81.3, c'est-à-dire d'appréciation des avantages économiques susceptibles de « purifier » un accord ou une pratique anti-concurrentielle.

Comme les juridictions nationales sont incitées à se prononcer sur les mêmes sujets, les services de la Commission vont aborder « la problématique de la cohérence »⁴ qui va rapidement tourner à l'obsession de la cohérence, à l'origine d'initiatives imprudentes et de la tentative non dissimulée de mise en tutelle des autorités et des juridictions nationales.

On s'aperçoit qu'il n'est pas si simple de simplifier et qu'une décentralisation peut masquer une arrière-pensée centralisatrice.

D'où les appréhensions, les inquiétudes, les réticences, les craintes exprimées par tous ceux qui ont été consultés et qui demeurent aussi fortes au moment de passer à la phase suivante.

Des interrogations magistrales

A. Le projet incomplet ne permet pas de recueillir des avis éclairés

En présentant sa proposition, la Commission reconnaissait que le texte était incomplet, mais elle faisait valoir qu'elle se réservait d'adopter un certain nombre de mesures ou de concevoir des mécanismes supplémentaires (en multipliant les communications et les lignes directrices) qui garantiraient l'application uniforme du droit communautaire par toutes les instances concernées, définiraient les règles de fonctionnement du réseau (qui fait quoi, qui ne doit pas agir ?) et les conditions dans lesquelles elle pourrait émettre des avis motivés dans certains dossiers hors procédure.

Trop de zones d'ombre. On peut même se poser la question de savoir si les organes qui ont été consultés étaient en mesure de répondre à ce stade et si par conséquent les consultations indispensables ont été valablement obtenues, puisqu'un pan important du projet n'est pas révélé, laissé à l'initiative ultérieure de la Commission sans consultation.

Le Comité Économique et Social a considéré d'emblée que le texte ne permet pas « une évaluation globale qui soit adéquate et efficace », puisqu'il fait référence (exposé des motifs et articles) à « différents actes de la Commission (règlements, communications, orientations, lignes directrices) sur des aspects de première importance dont les contenus, les critères, les limites et les délais sont évoqués de façon trop générale ».

4. G. Rocca et C. Gauer « Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité », *Competition Policy Newsletter*, Octobre 1999, p. 1

Si le projet est tellement incomplet, à quoi bon en parler dès maintenant ? Parce qu'il comporte des menaces sérieuses pour les droits fondamentaux et la démocratie et qu'il est encore temps d'en faire prendre conscience aux institutions communautaires et à tous ceux qui peuvent encore s'employer à les convaincre.

La précipitation de la Commission pouvait apparaître comme destinée à détourner à son profit les règles du pouvoir normatif tout en empêchant que les objections, qui naîtraient d'une consultation sur le texte complété, puissent être formulées à temps.

Dans le livre blanc, la Commission avait émis la prétention de qualifier les communications et les lignes directrices – destinées à proliférer – de textes généraux, assimilés aux « textes législatifs sous toutes leurs formes »⁵ au même titre que les règlements, qui font partie « des règles originaires qui doivent être appliquées par les instances nationales »⁶, instances englobant les juridictions comme les autorités.

Tout en admettant que la Commission pourrait effectivement recourir à la publication « d'orientations d'application » en matière de règlements d'exemption, le Parlement, tant attaché à ce que soit reconnue sa part de codécision dans le domaine de la concurrence, a pris soin de préciser à trois reprises, que dans ce cas les orientations (qui comprennent évidemment les communications et les lignes directrices) devraient être établies « sur la base des mêmes consultations prévues pour les règlements »⁷.

Autrement dit la consigne donnée à la Commission est claire : à chaque étape vous nous consulterez.

L'avertissement est sans appel : il n'est pas question d'inclure les orientations dans les normes législatives si le processus prévu pour leur élaboration n'est pas respecté.

Pas de blanc seing à la Commission pour se passer de la consultation du Parlement qui compte sur la réforme lui donnant la codécision pour équilibrer les pouvoirs.

Mais les amendements contrebalancent-ils suffisamment l'article 34 de la proposition de règlement qui autorise tel quel la Commission de façon générale à arrêter toute disposition utile pour l'application du règlement, notamment en ce qui concerne l'enregistrement et la procédure applicable aux plaintes et à leur rejet, habilitation qui la dispenserait des consultations ?

B. Des questions sans réponse au centre du dispositif

1. Faut-il écarter l'application des droits nationaux de la concurrence et appliquer exclusivement le droit communautaire dans les dossiers à dimension communautaire ?

Pour éviter les contradictions de la jurisprudence et le forum shopping, l'article 3 du projet de règlement écarte l'application des droits nationaux de la

5. Livre blanc, point 84.

6. Livre blanc, point 86.

7. Amendements 20, 21, 22 aux articles 28-3 bis, 4 et 5

concurrence dans les dossiers à dimension communautaire. Cette disposition est présentée comme essentielle par le Parlement qui se fait impératif dans le cas où, sous l'influence de certains gouvernements siégeant au Conseil, il y aurait une tentative pour l'éliminer.

Le Parlement exige que, si cette manœuvre réussissait, tout soit repris à zéro et il incite même la Commission à renoncer alors à son projet.

On peut s'interroger sur la véritable importance de cette disposition. Elle ne fait que renforcer le principe incontesté de la primauté du droit communautaire, qui oblige le juge national à appliquer intégralement le droit communautaire « en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale »⁸ et la règle de la double barrière de l'arrêt *Waltwilhem*⁹.

La Cour de justice a rappelé sa jurisprudence à l'occasion de l'arrêt dit des banques espagnoles du 16 janvier 1992 selon laquelle « une application parallèle du droit national de la concurrence ne saurait être admise que pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme du droit communautaire »¹⁰. Mais à quoi servirait d'ouvrir une procédure en droit interne si les éléments de preuve recueillis par la Commission ne sont pas exploitables ?¹¹.

Inutilité du droit interne de la concurrence ?

Nous nous posons la question après la réforme du droit français de 1986¹².

Une réponse positive réduirait en tout cas sensiblement l'intérêt de l'intense travail législatif en France des NRE¹³.

2. Comment constituer et faire fonctionner un réseau d'autorités nationales ?

Création originale, outil principal de la décentralisation annoncée grâce au partage des compétences, y compris sur l'application de l'article 81.3, le système doit décharger la Commission en permettant de faire traiter par telle autorité nationale un dossier, à moins qu'elle-même ne soit mieux placée pour le faire en application du principe de subsidiarité.

Rien n'est prévu pour déterminer concrètement quelle autorité nationale doit intervenir, mais est-ce nécessaire puisque la Commission sera la tête du réseau qui va se trouver ainsi constitué d'autorités indépendantes et d'une institution politique, administration communautaire, « autorité centrale du dispositif » ayant « un rôle particulier à jouer »¹⁴, assumant non seulement la définition de la politique mais également la direction du réseau chargé de l'appliquer (l'inverse de la subsidiarité).

8. CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, Rec. p. 629.

9. CJCE, 3 février 1969, Aff. 14/68, Rec. p. 1. ; A. Pappalardo : *Les relations entre le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence*, RID Eco 1995, p. 123.

10. DG de défense de la competencia c/ AEB, Aff. C. 67/91, Rec. I. 4785, point 12.

11. Ci-après.

12. Titre de la conférence Droit et Commerce, Février 1988, Jur. Com. 1988.45

13. Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

14. Proposition de règlement, exposé des motifs, p. 22.

Pour tenter d'occulter la différence de nature des composantes du réseau (la carpe et les lapins), la proposition de règlement va le définir comme un « réseau d'autorités publiques ».

Sens des mots détourné, définition inexacte : les autorités nationales sont toutes des autorités indépendantes qui ne relèvent pas de l'exécutif alors que le projet tente de les subordonner et de leur retirer liberté et autonomie. Dans certains États membres, attachés plus que d'autres à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, elles sont dédoublées pour mieux assurer leur indépendance. Une autorité est chargée de l'enquête, l'autre du règlement des affaires. La séparation des fonctions est rigoureuse.

Dans son projet, la Commission affirme son autorité sur les autorités nationales

– les autorités de concurrence sont tenues d'informer la Commission au début de toute procédure relative à l'application des articles 81 et 82 et l'ouverture d'une procédure par la Commission « prive (sic) les autorités de la concurrence des États membres de leur compétence »¹⁵,

– les autorités nationales appelées à prendre une décision sont tenues de consulter préalablement la Commission et de lui communiquer au plus tard un mois avant l'adoption un exposé de l'affaire et la copie des pièces les plus importantes du dossier (après amendement mal agencé, il s'agirait de « tous les documents nécessaires ») et même d'autres pièces que la Commission demanderait¹⁶.

Si la Commission n'ose plus dire qu'elle peut « soustraire » (mot tellement malheureux du livre blanc) un dossier à l'autorité nationale, ce pouvoir redoutable est consacré par le procédé prévu : il suffit que la Commission ouvre une procédure pour que l'autorité en charge soit automatiquement dessaisie.

Le dessaisissement pourra intervenir « en cas de désaccord substantiel au sein du réseau »¹⁷ quand la Commission considère que l'orientation donnée à une affaire par l'autorité nationale « s'écarte de sa propre politique ... »¹⁸.

La fiche d'évaluation d'impact qui accompagne le projet de règlement ne dissimule pas la portée de cette disposition : le dessaisissement peut intervenir à tout moment jusqu'à la prise de décision et l'autorité nationale devra vérifier à ne pas faire preuve d'autonomie ou d'originalité au risque de voir la Commission kidnapper le dossier.

Pour se rendre compte de la docilité (ou de l'orthodoxie) de l'autorité nationale, la Commission est vouée à se livrer à des actes d'ingérence dans les procédures des autorités nationales avant de tenter d'étendre son immixtion aux procédures judiciaires.

On est loin du slogan « Moins de Bruxelles pour plus d'Europe » en vogue du temps de Maastricht chez les europhiles contestataires comme chez les Anglais réticents à approuver le nouveau traité.

15. Proposition de règlement art. 11-3 et 11-6

16. Proposition de règlement art. 11-4 et amendement 8

17. Exposé des motifs, p. 11.

18. Fiche d'évaluation, p. 62.

Pourquoi le système n'est-il pas satisfaisant ? En raison simplement de la différence de nature entre les autorités nationales indépendantes et la Commission. Pour résoudre la difficulté il faudrait en finir et créer une autorité européenne indépendante de la concurrence, appelée à statuer et sanctionner tandis que la Commission conserverait son pouvoir d'enquête et d'instruction.

Il faudra bien qu'un jour la Commission soit déchargée de son rôle sanctionnateur dès lors que la Cour de justice a jugé que « le principe général du droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable qui s'inspire de l'article 6 de la CEDH... comporte le droit à un tribunal indépendant notamment du pouvoir exécutif »¹⁹.

Pour écarter l'idée dont elle ne veut pas, la Commission se satisfait d'un arrêt *Enso Española* du 14 mai 1998²⁰ du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes et non de la cour elle-même, qui a considéré au hasard de sa motivation que rien ne s'opposerait au cumul des fonctions d'accusation et de jugement parce que la Commission n'est pas une juridiction et que ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel devant le Tribunal de Première Instance (comparer par exemple avec le Conseil français de la Concurrence, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours judiciaire, mais qui n'en est pas moins soumis aux exigences de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme).

En ce qui concerne l'adoption d'une règle formelle d'attribution des affaires, la question s'était posée à propos de l'application du principe de subsidiarité. Diverses solutions avaient été proposées pour apporter plus de sécurité juridique aux citoyens²¹.

Aucune n'emporta l'adhésion du Conseil.

Pour l'instant, ce qui est sûr c'est que la Cour de justice compartimente les secrets des autorités nationales et la Commission refuse de fusionner les confidentialités ainsi qu'en témoigne la jurisprudence des banques espagnoles²².

Les éléments de fait et de droit recueillis par la Commission ne sont pas destinés à être utilisés dans les procédures régies par le droit national et, même s'ils sont communiqués à une autorité nationale, ils ne pourraient être produits comme moyens de preuve dans une procédure nationale et permettraient seulement d'apprécier l'opportunité d'ouvrir une telle procédure.

Ainsi privée du droit de se servir des pièces et du dossier de la Commission, l'autorité nationale qui voudrait poursuivre en vertu de sa légitimité nationale devrait notamment adresser pour son compte une demande de renseignements à l'entreprise incriminée sur les mêmes faits²³.

19. CJCE 11 janvier 2000, *Royaume des Pays-Bas et Van Der Wal c/ Commission*, Aff. C 305/95 et suiv. Rec. II 1277

20. Aff. T. 348/99, Rec. II. 1890.

21. Notre étude « *La subsidiarité, mythe politique ou principe juridique d'application pratique* », *Jur. Com.* 1994 222. Spécialement sur les solutions imaginées : p. 230.

22. Arrêt du 16 juillet 1992 précité.

23. TPICE 20 février 2001, *Mannesmann c/ Commission*, Aff. T. 112/98, Rec. II. 729 et notre étude *Gaz. Pal.*, 24 avril 2001

3. Les juridictions nationales vont-elles avoir un rôle étendu ou rétréci ?

La Commission fait savoir qu'il y aura un certain nombre de mesures à prendre pour arriver à « une application uniforme des articles 81 et 82 par les différentes instances décisionnelles concernées »²⁴ c'est-à-dire aussi bien les juridictions que les autorités nationales.

Elle prévoit de recourir à plusieurs mécanismes supplémentaires (non décrits) qui seront introduits, toujours en vue de garantir une application uniforme des articles 81 et 82, destinés à contraindre les juridictions nationales à bien juger, après avoir constaté que jusqu'à présent la coopération n'a pas bien fonctionné.

Le rôle des juridictions nationales est présenté comme « le complément nécessaire à l'action des autorités publiques », c'est-à-dire des autorités indépendantes. La Commission triche ainsi une fois de plus avec les mots.

Et elle pratique un double langage : les juridictions sont encouragées à juger sur 81 et 82 mais, au nom du principe de cohérence, dans un régime de liberté surveillée car « une application divergente des règles de concurrence par les juridictions nationales menacerait le bon fonctionnement du marché intérieur et l'uniformité du système »²⁵, et l'indépendance de la justice risque d'entraîner une pagaille née de la multiplication et de la régionalisation de leurs interventions (ce que Jonathan Evans au Parlement appelait « le morcellement du droit »).

Les juges doivent donc s'efforcer de ne pas contredire ce qu'a décidé la Commission, qui peut être consultée par eux, et il faudra « faciliter la surveillance (sic) de l'application des articles 81 et 82 par les juridictions nationales²⁶... tenue de respecter la pratique administrative de la Commission »²⁷.

C'est là que ça coince et que la confusion gagne du terrain. La poursuite de l'objectif de cohérence²⁸ fait place au rêve d'une emprise administrative sur ces autorités judiciaires non formées à l'économie, indisciplinées et brouillonnes, qui menacent la cohérence d'un droit communautaire en lui-même marécageux.

Il est vrai que la Cour de justice a été appelée à dire à l'occasion de l'arrêt *Masterfoods* du 14 décembre 2000²⁹, certes dans des motifs et non dans les réponses elles-mêmes aux questions préjudicielles, que c'est la juridiction nationale qui viole le principe de la sécurité juridique si elle se prononce sur des pratiques ou des accords qui ont fait l'objet d'une décision de la Commission (lesquelles sont toujours susceptibles d'être annulées par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes puis par la Cour de justice en cas de pourvoi³⁰) ou qui peuvent encore faire l'objet d'une décision de la Commission.

24. Proposition de règlement, exposé des motifs, p. 8.

25. Exposé des motifs, p. 14.

26. Exposé des motifs, p. 25.

27. Exposé des motifs, p. 9.

28. « Il convient d'obliger les juridictions nationales à fournir sur demande des informations se rapportant aux affaires dont elles ont été saisies » (proposition de règlement, exposé des motifs, p. 14).

29. Ci-après note 31.

30. Dans ses conclusions dans l'affaire *Ufex* (citées ci-après note 38), l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer soulignait la possibilité d'une évolution de la jurisprudence de la Cour qui ne devait pas être « pétrifiée » (point 59).

Il en est de même si elle juge à l'encontre d'une décision simplement « envisagée », de sorte que la juridiction d'appel est tenue de s'aligner surtout si la juridiction de première instance a jugé en sens contraire de la Commission. La jurisprudence nationale est en somme considérée comme une des mesures que les États membres doivent prendre pour ne pas commettre un manquement et engager leur responsabilité ³¹.

Analyse imprudente. La Commission le sait qui enjoint aux juges nationaux de s'efforcer d'éviter toute décision contradictoire avec la pratique administrative de la Commission ³². Toujours la même volonté de mêler des pouvoirs destinés à être séparés. Tant pis pour l'indépendance de la justice qui ne peut pourtant pas s'accommoder d'une organisation de l'économie si elle se fait à ses dépens.

Le petit juge d'un tribunal d'instance français n'avait sans doute pas tort quand il y a plus de 20 ans il posait avec impertinence à la Cour de justice la question de savoir « quelle protection apporte le Traité au principe fondamental de l'indépendance des juges ? » ³³.

Un considérant de l'exposé des motifs du projet de règlement prévoit l'ingérence de la Commission dans les procédures judiciaires où elle pourrait, ainsi que les autorités nationales, présenter des observations écrites et orales, ce qui imposerait qu'elle puisse disposer d'informations suffisantes tirées des dossiers traités par le juge tenu de les lui communiquer.

L'idée est reprise pratiquement dans l'amendement de l'article 15 intitulé « coopération avec les juridictions nationales » où le Parlement, tout en supprimant dans le débat judiciaire l'intervention d'office de la Commission, ou la présentation d'observations par les autorités nationales de leur propre initiative accepte la proposition de la Commission, mais prévient qu'il y a « risque d'empiéter de façon intempestive et incontrôlée sur les procédures engagées devant les juridictions judiciaires » ³⁴.

Certes le problème de la cohérence s'est posé depuis longtemps, qu'il s'agisse du renvoi en interprétation ou de la règle arrêtée par la Cour de justice selon laquelle l'interprétation uniforme et autonome du droit communautaire doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition à interpréter et de l'objectif poursuivi par cette disposition.

Mais ce n'est pas à la Commission d'imposer son interprétation. L'arrêt *Masterfoods*, dont elle se félicite, consacre l'interdiction pour les juridictions de statuer au fond à l'encontre de la Commission, même si une décision de la Commission fait l'objet d'un recours en annulation : les juridictions nationales doivent choisir soit d'attendre la décision des juridictions communautaires saisies (Tribunal de Première instance puis Cour de justice), soit aller en interpré-

31. Notre étude « Concurrence . les conflits de compétence entre la Commission et les juridictions nationales, source d'insécurité juridique » sous CJCE 14 décembre 2000, *Masterfoods c/ HB Ice Cream*, Aff. C. 344/98, D.2001.1863.

32. Exposé des motifs, p 9 précitée.

33. Trib. Inst. Hayange, 10 juin 1979, incongruité dont la Cour s'est débarrassée par une ordonnance d'incompétence rendue au galop dès le 27 juin 1979, Aff. 105/79, Rec. 2257.

34. Amendement 12, art. 15§3. Justification.

tation. Coût : des années de procédures supplémentaires, un obstacle au droit de juger pour les juridictions nationales, une source de confusion, de désordre, de retard et de mécontentement, au nom de la coopération entre la Commission et les juridictions nationales.

III Des vraies ou fausses innovations plus ou moins bien accueillies

Le nouveau règlement se veut novateur dans plusieurs de ces modalités.

A. L'enregistrement des accords

La Commission pourrait imposer aux entreprises l'obligation d'enregistrer leur accord (ou leur pratique concertée !) par voie de règlement dans des conditions qui ne sont toujours pas définies ? Cet enregistrement rendrait public, semble-t-il, le texte de l'accord mais sans contrepartie : il ne conférerait aucun droit aux entreprises et n'exclurait pas des poursuites.

Cette disposition, à laquelle les Allemands semblent beaucoup tenir, a été vivement critiquée à tous les échelons de la consultation en considérant qu'il était contradictoire d'un côté de supprimer les notifications et d'un autre côté d'ouvrir la voie à un enregistrement qui, au surplus, ne donne aucune garantie aux entreprises.

Le Parlement ne veut pas en entendre parler. La Commission cherche une voie de compromis.

B. L'engagement de l'entreprise mise en cause et ses effets

L'article 9 dépasse les prévisions de l'actuel règlement 17 qui permet à la Commission d'adresser aux entreprises des recommandations (article 3.3), destinées à faire cesser l'infraction, avant d'adopter une décision la constatant.

La Commission pourrait prendre acte de l'engagement de l'entreprise mise en cause et le rendre obligatoire par une décision de cessation d'infraction qui mettrait fin à la procédure « sans préjuger de la question de savoir s'il y a eu ou s'il continue d'y avoir infraction »³⁵.

Les autorités nationales auraient la même possibilité d'accepter de tels engagements ce qui serait facilité par l'article 3 excluant le recours à la réglementation nationale, aucune réglementation nationale ne prévoyant de prendre en compte de tels engagements.

Cette disposition n'est pas respectueuse du droit des plaignants que les traités doivent protéger puisqu'en échange de l'engagement la Commission s'abstiendrait de constater l'infraction à propos de laquelle elle prendrait quand même une décision de cessation dans un acte inutilisable par le plaignant : une instruction pour rien ! Ne pas préjuger de la question de savoir s'il y a infrac-

35. Article 9-2.

tion et décider tout de même sa cessation, c'est le grand écart, alors qu'au contraire constater une infraction sans la sanctionner en raison des engagements pris serait compatible avec les intérêts de la victime (la dispense de peine du droit pénal français en quelque sorte).

La rédaction proposée pour l'article 7 pose déjà la question des droits du plaignant puisqu'il permettrait toujours le classement arbitraire d'une plainte autant que l'article 3 du règlement 17. Si la Commission est tenue de constater l'infraction, elle peut et non doit obliger les entreprises à y mettre fin, ce qui lui permet de ne pas le faire et de ne pas respecter son obligation de vigilance et son devoir de faire cesser les infractions tel qu'il est inscrit dans l'article 84 du Traité CE.

Les recours en carence ou en annulation ne sont qu'un faible secours pour les entreprises plaignantes victimes des pratiques anticoncurrentielles. La Commission les encourage à déposer plainte, considère les plaintes « très précieuses », prédit qu'elles « vont requérir une importance encore plus grande », pour les décourager aussitôt en s'abstenant d'instruire les dossiers³⁶.

Dans une affaire *Ufex*³⁷, l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer rappelait que les entreprises qui dénoncent les pratiques anticoncurrentielles exercent « une fonction activatrice de catalyseur, en quelque sorte, qui déclenche l'intervention de la Commission ». Si elles poursuivent l'intérêt propre qu'elles ont à mettre leur patrimoine à l'abri des comportements illicites de leurs concurrentes, il soulignait que leur action répond à « l'intérêt général qu'a le marché à ce que les règles de concurrence soient respectées, intérêt général que le droit communautaire garantit et dont la Commission doit assurer la protection »³⁸.

La Commission de l'Industrie du Parlement, à l'occasion de l'examen de l'article 8 (« mesures provisoires »), est allée jusqu'à suggérer de ne plus parler d'atteinte à la concurrence en général mais de « mentionner plus précisément les destinataires du possible préjudice »³⁹, c'est-à-dire tenir compte par priorité des intérêts concrets des victimes, entreprises ou consommateurs.

C. Les avis motivés

La Commission se réserve de prendre l'initiative d'examiner certains dossiers avec les entreprises. Elle pourrait leur donner des indications concrètes. Dans une communication elle exposerait les conditions dans lesquelles elle émettrait ces avis motivés que les entreprises n'auraient pas le droit de solliciter et qui reviendraient à une sorte d'analyse d'une simili notification⁴⁰.

Mais le Comité Économique et Social favorable au système s'est plaint de ne pas connaître le mécanisme détaillé et qu'il ne soit pas explicité dans le projet de règlement.

36 Livre blanc, points 117 et 118

37. CJCE 4 mars 1999, *Ufex c/ Commission*, Aff. C 19/97 P, Rec. I.1341 ; D. 1999, Jur. 611 et notre note.

38. Conclusions Ruiz Jarabo Colomer, Rec. 1999, I.1344 (point 74 et suiv.) pour qui les prétextes invoqués dans l'affaire par la Commission, pour justifier son inertie sont inadmissibles » (sic) et le tribunal s'est trompé sur l'étendue du devoir que l'article 89 du Traité (aujourd'hui 85) impose à cette institution

39 Amendement 8 de la Commission de l'industrie.

40 Exposé des motifs, p. 12.

D. Les règlements d'exemption par catégorie ou d'application

Dans le cadre de ses compétences la Commission pourrait notamment adopter des règlements de ce type pour créer des « sphères de sécurité ».

Mais, toujours après consultation.

Ce n'est pas une véritable innovation, la Commission a devancé le nouveau droit antitrust en adoptant le règlement sur les accords verticaux le 22 décembre 1999 (trop jeune pour en apprécier tous les mérites) et ceux sur les accords horizontaux de spécialisation ou de recherche et de développement.

On ne se débarrasse pas facilement des habitudes comme celle d'administrer l'économie, même en invoquant la libéralisation.

E. Le rôle dévoilé du Comité consultatif en matière d'entente et de position dominante

Lavis du comité consultatif doit être recueilli préalablement à toute décision. Son poids n'est pas allégé, il continuera à constituer « un forum où seront débattues les affaires soumises aux autorités ou aux juridictions nationales... une enceinte de discussion pour toutes les affaires pouvant être d'intérêt commun » permettant l'examen d'un cas qu'une autorité nationale est en train de traiter ⁴¹.

Autrement dit, il intervient en double file.

Si l'opinion du Parlement est suivie par le Conseil, l'avis du comité consultatif sera systématiquement et non facultativement publié pour plus de transparence et afin que le comité ne passe pas pour un cabinet noir. Mais la publication devra tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ce qui peut rendre l'avis incompréhensible ou impubliable.

La composition du comité consultatif, sous l'apparence d'une rédaction différente, ne change pas par rapport au règlement 17. Aux termes de l'article 14 du projet de règlement, il est prévu qu'il est composé de représentants des autorités de concurrence désignés par les États membres. C'est donc toujours de chaque État membre, c'est-à-dire de l'administration que relève ce représentant et non pas de l'autorité indépendante de la concurrence de cet État.

F. L'aggravation des pouvoirs d'enquête

La Commission entend pouvoir recueillir des déclarations de toute personne physique ou morale susceptible de disposer d'informations utiles (art. 19). De même ses pouvoirs de vérification (perquisition) sont étendus aux domiciles privés s'il est suspecté que des documents peuvent y être conservés.

Cette extension est soumise à l'autorisation de la juridiction nationale dont le pouvoir serait limité : elle ne pourrait que se prononcer sur l'authenticité de la décision de la Commission d'enquêter et sur le caractère non arbitraire ou

41. *Exposé des motifs*, p. 24.

excessif de la mesure à condition seulement que la décision de la Commission soit suffisamment motivée ⁴².

En ce qui concerne les sanctions pécuniaires, le projet institue une solidarité pour tous les membres d'une association insolvable au lieu de ne la faire porter que sur ceux qui ont engagé leur responsabilité.

Plus ou moins de sécurité juridique

Les inquiétudes quant à la diminution de la sécurité ou de la certitude juridique sont exprimées de divers côtés. Les amendements du Parlement insistent sur l'objectif d'homogénéité du droit de la concurrence mais aussi sur le risque pour les différents sujets de droit de ne pas jouir d'une sécurité juridique suffisante qui exige par exemple que l'intérêt public communautaire soit mieux défini ⁴³.

Le souci de garantir et de renforcer la sécurité juridique dont doivent bénéficier les acteurs du marché se retrouve exprimé dans les amendements du Parlement directement ⁴⁴ ou indirectement (exigence d'une définition plus précise de l'intérêt public communautaire) ⁴⁵.

Il n'est pas contesté que dans le nouveau système l'entreprise sera obligée d'engager davantage sa responsabilité, donc de consulter davantage soit son service juridique, soit un conseil extérieur.

Si, aux termes d'un article 2 de la proposition de règlement, c'est à la Commission d'établir que l'accord tombe sous le coup de l'article 81.1, c'est aux entreprises de démontrer que les conditions pour bénéficier de l'exception de 81.3 sont remplies (analogie avec les dispositions relatives au contrôle des concentrations).

On peut considérer que dans bien des domaines l'entreprise est déjà obligée d'apprécier la licéité de ses choix, mais la gravité des sanctions dans le cas présent explique les réticences du MEDEF.

Un amendement 10 a été repoussé par les députés (404 voix contre 59) qui tendait à protéger par la confidentialité les communications entre le *in house lawyer* – service juridique – et le « client » (sic), c'est-à-dire l'entreprise, après que Mario Monti ait déclaré que si le droit au secret professionnel était étendu il pourrait créer « un potentiel important de recel de documents probants », de sorte que, pour rassurer, il s'est contenté de prendre au nom de la Commission l'engagement de renoncer à considérer les preuves contenues dans ces documents comme circonstances aggravantes dans la détermination des sanctions pécuniaires (formule équivoque).

42. La réponse de la Cour de justice aux questions posées par la Cour de cassation le 7 mars 2000 dans une affaire *Roquette/DGCCRF*, Aff. C. 94/00, sera déterminante en matière d'étendue des pouvoirs du juge national chargé du contrôle (voir conclusions de l'avocat général J. Mischo du 20 septembre 2001)

43. Amendement 7 - justification. Plus exigeant que le TPICE dans *Automec II* du 18 septembre 1992 souvent cité (T 24/90, Rec. II. 2223).

44. Amendements 1 et 2.

45. Amendement 7.

Culture de la concurrence et culture des droits de l'homme

Reste l'exigence du respect des droits de l'homme dont le développement de la culture décapante a rattrapé ces dernières années la culture de la concurrence.

Le problème a été soulevé par la Commission juridique et du Marché intérieur du Parlement. Elle a présenté un amendement à la proposition de résolution législative, demandant aux institutions et aux États membres de conférer au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes un pouvoir accru de contrôle juridictionnel sur les décisions de la Commission en matière de concurrence, à un niveau suffisant pour satisfaire aux exigences imposées par l'article 6 de la CEDH, et de demander à la Commission « de tout mettre en œuvre en collaboration avec les autorités nationales, pour veiller à ce que l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités de concurrence nationales soit à tous égards et sans conteste conforme aux dispositions de l'article 6 de ladite Convention »⁴⁶.

Même si ces demandes n'ont pas été prises en considération, même si la Commission traîne les pieds et malgré les tergiversations du tribunal dont témoigne l'arrêt Mannesmann⁴⁷, tout concorde pour imposer dans le domaine de la concurrence le respect des droits fondamentaux qui sont garantis par la CEDH.

Après Maastricht, qui obligeait dans l'article F2 au respect des droits fondamentaux garantis par la Convention et qui doivent être placés « hors d'atteinte des autorités administratives et législatives communautaires »⁴⁸ le traité d'Amsterdam a complété cette obligation pour les membres de l'Union et pour les institutions parce que l'Union est fondée sur « les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux États membres »⁴⁹.

Là-dessus a été proclamée le 7 décembre 2000 la Charte des droits fondamentaux, un des rares succès de la CIG de Nice. Même si elle n'est pas contraignante, elle rend difficile pour les institutions d'échapper au rappel de leurs obligations.

On voit, d'après le développement des droits nationaux notamment à propos des autorités indépendantes de tous ordres, y compris des autorités de la concurrence, qu'une des exigences modernes consiste à refuser d'admettre la confusion entre la fonction d'enquête et la fonction de jugement, lorsque l'autorité ou l'institution prononce des sanctions lourdes à caractère pénal ou quasi-pénal. Le mouvement est irréversible.

La Commission s'entête et ne veut rien savoir en ce qui la concerne. Prenant prétexte de l'arrêt Enso Española, parce qu'il a dit que la Commission n'était pas un tribunal et que ses décisions sont susceptibles d'un recours devant la juridiction communautaire, elle soutient que les conditions de la CEDH seraient remplies.

46. Amendement 43.

47. Précité note 23.

48. J.-F. Akandji-Kombe : « Le développement des droits fondamentaux dans les traités », in « L'Union européenne et les droits fondamentaux » 1999, p. 31.

49. Traité CE, art. 6.2.

Il ne faut pas perdre de vue que, selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme sont recevables les actions menées contre des États membres dont la législation comporte un ferment d'atteinte à ces droits mais également que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »⁵⁰.

Dans sa résistance à toute séparation de ses fonctions d'enquête et de jugement et à la création d'une autorité indépendante européenne de la concurrence, la Commission risque d'aller au devant d'une condamnation, sinon elle-même, du moins les États membres, tous signataires de la CEDH, ce qui ferait désordre et la conduirait sous la contrainte à chercher précipitamment une solution.

La situation est en effet alourdie en considération de deux facteurs

– d'une part, si le règlement était adopté tel qu'il est proposé, la direction du réseau assumée par la Commission et sa suprématie sur les autorités nationales membres du réseau, dépouillées de leur indépendance, ainsi que le poids pesant sur la justice statuant en matière de concurrence seraient retenues contre elle,

– d'autre part, ce qui n'arrange rien, les dispositions relatives à ce qui est appelé la « clémence »⁵¹ aggraverait son cas. On joue une fois de plus sur et avec les mots : la mesure qui encourage la délation, à la façon de la loi italienne sur les repentis pour obtenir les preuves contre la Mafia, souligne le rôle policier de la Commission, la disqualifiant encore davantage comme juge. Une confusion de plus !

La Commission se prépare des lendemains qui déchantent.

La culture de la concurrence ne peut pas se développer sans respecter la culture des droits de l'homme.

Les choses devront changer. On ne peut pas imaginer qu'une institution politique comme la Commission puisse continuer longtemps à être à la fois l'administration, participant à l'exécutif et au législatif, qui enquête (ou refuse d'instruire une plainte), qui poursuit à sa convenance et qui à la fin juge et sanctionne.

Une telle confusion des fonctions est choquante. Elle n'est plus supportable. Elle est déjà condamnée sur le plan national dans bien des États. Il ne sert à rien de vouloir faire passer les autorités nationales de la concurrence pour des autorités publiques quand, jusqu'à preuve du contraire, ce sont des autorités indépendantes.

Il est encore temps pour les magistrats, les entreprises, les avocats et les citoyens en général de tenter d'influer sur le cours des choses et, avant qu'il ne soit trop tard, de convaincre la Commission qu'elle se fourvoie.

C'est un devoir pour l'Europe et pour la démocratie.

Sinon ce serait se résigner à subir la dictature ténébreuse et envahissante des bureaux.

Méfions-nous des grands oiseaux dont Baudelaire disait que leurs ailes de géant les empêchent de marcher.

50. CEDH 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse* repris dans *Kress c/ France* 7 juin 2001, qui condamne la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat malgré l'ancienneté de l'institution et de la pratique.

51. *Projet de communication concernant l'immunité d'amende et la réduction de leur montant*, JOCE n° C. 205, 21 juillet 2001, p. 18