

Creda

CENTRE DE RECHERCHE
SUR LE DROIT DES AFFAIRES

un institut de prospective de la  Chambre de commerce
et d'industrie de Paris

POUR UNE JUSTICE ÉCONOMIQUE EFFICIENTE EN EUROPE

Enjeux et perspectives d'une harmonisation

Colloque sous le patronage de
Franco FRATTINI
Vice-Président de la Commission européenne

sous la présidence de
Guy CANIVET
Membre du Conseil constitutionnel
Premier Président honoraire de la Cour de cassation

Conclusion par
Robert BADINTER
Professeur émérite de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Ancien Président du Conseil constitutionnel
Ancien Garde des Sceaux

en partenariat avec

LE FORUM DES JUGES
COMMERCIAUX EUROPÉENS

L'ASSOCIATION DES JUGES EUROPÉENS
DU DROIT DE LA CONCURRENCE



Union des Avocats Européens



Mardi 4 décembre 2007

sommaire

	Pages
Ouverture	
Didier KLING, <i>Président du Comité technique du CREDA, Membre de la CCIP</i>	4
Propos introductifs	
Franco FRATTINI, <i>Vice-Président de la Commission européenne</i>	7
Réflexions préliminaires	
Guy CANIVET, <i>Membre du Conseil constitutionnel, Premier Président honoraire de la Cour de cassation</i>	10
Introduction générale	
Loïc CADJET, <i>Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Membre de l'Institut universitaire de France</i>	15
QUELS PROCESSUS D'HARMONISATION ?	
L'HARMONISATION PAR LES JUGES	
<i>L'action des instances juridictionnelles – nationales et communautaires – et des réseaux informels</i>	31
Rapporteur :	
Daniel TRICOT, <i>Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation</i>	
Discutants :	
Jean-Pierre PUISSOCHET, <i>Conseiller d'État honoraire, ancien Juge à la Cour de justice des Communautés européennes</i>	
Luigi ROVELLI, <i>Procureur général à la Cour d'appel de Gênes</i>	
Giuseppe TESAURO, <i>Juge à la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, ancien Avocat général à la CJCE, ancien Président de l'Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato</i>	
Melchior WATHELET, <i>ancien Juge à la CJCE, ancien Vice-Premier Ministre, Ministre de la Justice et des Affaires Économiques de Belgique</i>	
L'HARMONISATION PAR LA PROCÉDURE : VERS UN « PROCÈS EUROPÉEN »...	
<i>Du prononcé à l'exécution des décisions</i>	46
Rapporteur :	
Georges de LEVAL, <i>Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège</i>	
Discutants :	
Isabelle BAMBUST, <i>Chambre nationale des Huissiers de Justice de Belgique</i>	
Jonathan GOLDSMITH, <i>Secrétaire général du Conseil des Barreaux européens</i>	
Christian ROTH, <i>Avocat au Barreau de Paris, Président d'honneur de l'Union des Avocats Européens, PDGB Avocats, Paris</i>	
Débat	73
LE CONTENTIEUX DE LA CONCURRENCE, ARCHÉTYPE DU PROCESSUS D'HARMONISATION ?	
L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ANTITRUST PAR LE JUGE NATIONAL	
<i>Structures et procédures : contrastes et convergences</i>	76
Rapporteur :	
Jacqueline RIFFAULT-SILK, <i>Conseiller à la Cour de cassation (Chambre commerciale), Association des juges européens du droit de la concurrence</i>	

Discutants :

Sir Christopher BELLAMY QC, Senior Consultant, Linklaters LLP, Londres, Ancien Président du Competition Appeal Tribunal du Royaume-Uni

Enrico Adriano RAFFAELLI, Avocat au Barreau de Milan, Président d'honneur de l'UAE, Président de la Commission « Concurrence et Antidumping » de l'UAE, RUCCELLAI & RAFFAELLI, Milan

LE DÉVELOPPEMENT EN EUROPE DES SOLUTIONS NÉGOCIÉES : ENGAGEMENTS, CLÉMENCE, NON-CONTESTATION DES GRIEFS

Que va-t-il rester aux juges ? 113

Rapporteur :

Denis WAELBROECK, Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur au Collège d'Europe (Bruges), Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Discutants :

Hubert LEGAL, Conseiller d'État, ancien Juge au Tribunal de Première Instance des CE

Claude LAZARUS, Avocat à la Cour, Membre du Conseil de l'Ordre, Clifford Chance, Paris

Débat 170

DES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EFFICIENTES EN CONCURRENCE

LA MISE EN COMPÉTITION DES ORDRES JURIDICTIONNELS NATIONAUX

Handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ? 174

Rapporteur :

Filip DE LY, Professeur à l'Université Erasmus de Rotterdam

Discutants :

Philippe MARCHANDISE, Direction juridique TOTAL, Maître de conférences à l'Université de Liège, ancien Président de l'Association européenne des juristes d'entreprise

Diego CORAPI, Avocat au Barreau de Rome, Professeur à l'Université La Sapienza

PEUT-ON ÉVALUER LES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EUROPÉENNES ? 184

Rapporteur :

Jean-Paul JEAN, Avocat général près la Cour d'appel de Paris, Président du Groupe des experts de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Professeur associé à l'Université de Poitiers

Discutants :

André POTOCKI, Conseiller à la Cour de cassation (Chambre commerciale)

Carol XUEREF, Directeur juridique d'ESSILOR International, Président d'honneur du Cercle Montesquieu

Débat 198

Réflexions conclusives

Robert BADINTER, Professeur émérite de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), ancien Président du Conseil constitutionnel, ancien Garde des Sceaux 202

Ouverture

Didier KLING

Président du Comité technique du CREDA, Membre de la CCIP

Avant de vous dire l'honneur et le plaisir que j'éprouve à vous accueillir à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, je dois vous transmettre les vifs regrets de son Président, Pierre SIMON, que d'impérieuses obligations à l'étranger empêchent d'être des nôtres aujourd'hui pour ouvrir ce colloque, comme il l'aurait souhaité.

Je sais tout l'intérêt qu'il porte aux thèmes de nos travaux, d'autant qu'il préside également aux destinées d'EUROCHAMBRES, organisme qui « fédère » les 2000 Chambres de commerce et d'industrie de 44 pays européens, et représente ainsi plus de 18 millions d'entreprises.

Mais les obligations de Pierre SIMON m'offrent le privilège, en ma qualité de Président du Comité technique du Centre de recherche sur le droit des affaires de la CCIP – le CREDA –, de vous souhaiter la plus cordiale bienvenue dans cette maison.

C'est un honneur pour la Chambre de commerce et d'industrie de Paris de recevoir, à l'occasion de ce colloque, organisé par le CREDA, sous le haut patronage de Franco FRATTINI, Vice-président de la Commission européenne, les acteurs, parmi les plus éminents, de la justice économique européenne :

– Qu'il s'agisse d'abord des juges eux-mêmes, et je salue la présence d'un grand nombre de magistrats issus de hautes juridictions nationales ou communautaires, au rang desquels figurent plusieurs Chefs de Cour.

– Qu'il s'agisse ensuite des représentants de différents barreaux européens, et plus particulièrement du Conseil consultatif des barreaux européens.

– Qu'il s'agisse, bien sûr, des justiciables, en l'occurrence les opérateurs économiques, ici représentés par les juristes d'entreprise.

– Qu'il s'agisse enfin de ceux qui ne sont pas directement sur la « scène » du contentieux économique, mais qui en sont les savants observateurs : je parle bien sûr des distingués représentants de prestigieuses universités européennes qui nous honorent de leur participation.

Ces différentes parties prenantes de la justice économique sont également présentes au travers des partenariats dont bénéficient nos travaux de ce jour avec le Forum des juges commerciaux européens, l'Association des juges européens du droit de la concurrence, l'Union des avocats européens et le Cercle Montesquieu. Les responsables et certains des membres

de ces organismes vont prendre part à nos débats, et je tiens à leur témoigner toute la reconnaissance de la CCIP pour le concours qu'ils nous prêtent.

« **POUR UNE JUSTICE ÉCONOMIQUE EFFICIENTE EN EUROPE** ». Tel est donc l'intitulé de notre colloque, qui retentit comme un manifeste, auquel bien sûr le monde de l'entreprise ne peut qu'adhérer.... Dois-je souligner combien les impératifs de simplicité et de rapidité du procès économique participent de cette efficience ?

Pour traiter d'un tel sujet, pour en analyser toute la portée, toute la complexité, il convenait de réunir à cette tribune les meilleurs spécialistes européens en la matière. À chacun de ceux, « rapporteurs » et « discutants », qui vont nous faire bénéficier de leurs compétences et de leur expérience, j'adresse de très chaleureux remerciements pour leur précieuse et très obligeante contribution.

Je dois, nous devons tous, des remerciements particulièrement appuyés à vous, Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, qui avez accepté d'ouvrir et de présider cette journée, et à vous, Monsieur le Président Robert BADINTER, dont nous savons combien vos « réflexions conclusives » seront éclairantes « pour une justice économique réellement efficiente en Europe ».

Mon rôle ici n'est évidemment pas de traiter du sujet, ni même de l'introduire, puisque c'est un orfèvre, auquel on doit un magistral « *Dictionnaire de la Justice* », Monsieur le Professeur Loïc CADIET, qui a bien voulu se charger de présenter l'« introduction générale » de notre journée. Je souhaite simplement en rappeler la genèse.

Ce colloque fait suite à une importante étude lancée et réalisée par le CREDA, à laquelle la Mission Droit et Justice du Ministère de la Justice a apporté un soutien dont la CCIP a pu mesurer tout le prix.

Publiée il y a quelques mois, à l'heure où l'Europe célébrait le 50^{ème} anniversaire du Traité de Rome, sous le titre « **QUELLES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EN EUROPE – Du règne de la diversité à un ordre européen** » (1), cette étude comparative et prospective est le fruit d'une recherche sans précédent mettant en œuvre près de 80 contributions de spécialistes du contentieux économique issus de quelque 25 pays européens, dont certains sont parmi nous. Je saisis cette occasion pour leur dire toute notre gratitude. Cette recherche doit beaucoup à leur forte implication.

(1) *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen* (sous la dir. de Y. Chaput et A. Lévi), Litec, 2007.

L'étude s'appuie tout particulièrement sur une analyse systématique de plusieurs ordres juridiques nationaux, ainsi que sur deux séries d'enquêtes approfondies menées par le CREDA auprès d'un panel représentatif de juges commerciaux de l'Union européenne et de plusieurs centaines d'« usagers » européens de la justice économique.

Il ne peut être question de résumer cet ouvrage de plus de 600 pages, dont je ne saurais trop recommander la lecture à ceux qui ne le connaîtraient pas encore. Mais, très brièvement, j'en soulignerai les enseignements les plus saillants, s'agissant plus spécialement du processus d'harmonisation de la justice économique en Europe, puisqu'il sera au cœur des débats qui vont suivre.

Si plus des 2/3 des usagers de la justice économique enquêtés par le CREDA se déclarent globalement satisfaits du juge national, ils sont cependant 85 % – expression d'un élan européen franc et massif ! – à se dire favorables à un processus d'harmonisation, aspiration que partage la quasi-totalité des membres du panel des juges commerciaux. Selon 65 % de ces usagers, ce processus devrait toucher l'ensemble des grands domaines du contentieux économique : *Concurrence, Propriété industrielle, Droit des sociétés et Bourse, Banque et Crédit, Insolvabilité*.

De façon plus précise, c'est pour une harmonisation portant sur les procédures et l'exécution des décisions que tant les juges commerciaux que les usagers de la justice économique expriment très nettement, voire unanimement, leur faveur.

Le sentiment dominant qui se dégage de la recherche du CREDA est que l'harmonisation – et non l'uniformisation – du règlement du contentieux économique en Europe est certes souhaitable mais que la meilleure voie pour y parvenir est l'harmonisation procédurale. En revanche, une intégration institutionnelle des juridictions, qui pourrait aller jusqu'à la création d'une Cour suprême européenne, que des esprits visionnaires ont pu appeler de leurs vœux, suscite le doute quant à son opportunité, sans même parler de sa faisabilité. Il faut en effet composer avec la réalité des particularismes, qui demeurent largement ancrés dans le tissu national... de 27 États membres de l'Union européenne !

« *Si la diversité et l'hétérogénéité marquent pour des raisons historiques les juridictions des États européens, le mouvement qui conduit à terme à la création d'un espace judiciaire économique européen paraît toutefois irrésistible.* ». Ce constat de Monsieur le Président BADINTER ouvre, dans sa préface, l'étude du CREDA.

On peut constater – pour s'en réjouir ! – la continuité intellectuelle qui préside à l'ouvrage et à ce colloque : c'est en effet le Président BADINTER qui a préfacé l'ouvrage, le Professeur CADIET qui en a établi la synthèse générale, et le Premier Président CANIVET qui en a rédigé les « Réflexions conclusives ». Il ne s'agit donc pas de vous convier aujourd'hui à un banal « remake », puisque chacun d'eux a accepté de se prêter à un « chassé croisé » des rôles.

« Vous avez aimé le livre – pour ceux qui l'ont lu –, vous aimerez – je l'espère – le colloque » qui en constitue le prolongement scientifique, puisqu'il nous invite à débattre d'un certain nombre de thèmes que l'ouvrage a abordés, et de perspectives qu'il a tracées.

Si j'ajoute que nos échanges donneront lieu à une publication, et sans doute même à deux, je crois que je vous aurais tout dit de ce qu'il m'incombait de vous dire.

Aussi, sans plus attendre, je vous invite à écouter les propos de Monsieur Franco FRATTINI, Vice-président de la Commission européenne, Responsable pour la Justice, la Liberté et la Sécurité.

Propos introductifs

Franco FRATTINI

Vice-Président de la Commission européenne

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi, en ma qualité de Vice-président de la Commission européenne responsable pour la justice, la liberté et la sécurité, de féliciter la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP), et en particulier son Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) d'avoir pris l'initiative de ce colloque. L'intérêt évident de cette manifestation est de réunir les meilleurs spécialistes européens du contentieux économique pour réfléchir à l'avenir des *juridictions économiques en Europe*. Cette problématique intéresse au plus haut point la Commission et je me réjouis personnellement de l'invitation qui m'est faite à m'exprimer aujourd'hui devant vous sur les questions abordées dans l'excellente étude éponyme publiée par le CREDA.

La Commission est très attachée à la création d'un véritable espace commun de justice, de liberté et de sécurité, conformément à l'objectif fixé par l'article 65 du traité CE. Avec le nouveau projet de traité qui sera signé ce mois-ci à Lisbonne, cet objectif est confirmé à l'article 69 D et les institutions communautaires se dotent de nouvelles règles de vote facilitant l'adoption de la législation communautaire. Suite au traité d'Amsterdam en 1997, le Conseil européen informel de Tampere d'octobre 1999 a posé les principes de base de la coopération judiciaire. À la suite de quoi, deux programmes de mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale ont été adoptés successivement en novembre 2000 et en novembre 2004 (dit « Programme de La Haye »).

C'est sur cette base qu'ont été adoptés à ce jour pas moins d'une dizaine d'instruments législatifs communautaires, pour ne retenir ici que ceux en matière civile et commerciale – à l'exclusion du droit de la famille – concernant la compétence juridictionnelle (comme le

règlement « Bruxelles I »), ou des instruments procéduraux (comme l'injonction de payer), ou la loi applicable (règlement Rome II).

À cette liste, il convient d'ajouter les propositions de la Commission en cours d'examen au Parlement européen et au Conseil, telles que Rome I ou la médiation.

Par ailleurs, la Commission a entrepris en 2007 une étude sur la transparence des coûts des procédures judiciaires. Les résultats de cette étude, qui sont attendus pour le printemps 2008, devraient éclairer la Commission sur les aspects économiques de l'accès à la justice dans l'Union.

À plus long terme, la Commission envisage de nouvelles initiatives susceptibles de renforcer l'efficacité de la justice civile et commerciale dans l'UE. Il pourrait s'agir de proposer l'abolition pure et simple de l'exequatur dans les domaines où il est encore requis pour les jugements étrangers, ou une harmonisation minimale des règles de procédure ou bien un rapprochement du droit matériel en vue de prévenir les pratiques dommageables de *forum & law shopping*. À cet égard un certain nombre d'actions ont déjà été envisagées par la Commission, telles que le suivi du Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions dans l'UE, la saisie bancaire européenne, pour ne citer que les plus importantes.

Enfin, c'est pour moi une grande satisfaction de lire dans l'étude réalisée par le CREDA que ce dispositif communautaire répond aux préoccupations exprimées tant par les professionnels de la justice que par les justiciables eux-mêmes. Vous voyez que depuis le traité d'Amsterdam, l'Union a connu deux élargissements successifs en 2004 (avec 10 nouveaux États membres) et en 2007 (avec 2 nouveaux États membres), sans que soit infléchie, bien au contraire, la dynamique communautaire. Permettez-moi d'être tout aussi confiant dans l'avenir de la coopération judiciaire européenne, dont le financement est programmé pour les six prochaines années. Ainsi, l'Union vient de se doter de moyens renforcés en adoptant le 25 septembre 2007 une décision importante établissant pour la période 2007-2013 le programme spécifique « justice civile ».

Je me félicite également que l'étude du CREDA conclut sur « l'image du réseau qui progresse régulièrement au sein de l'espace judiciaire européen ». Il est vrai que le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale fonctionne dans les États membres, à l'exception du Danemark, depuis le 1^{er} décembre 2002, avec le double but d'améliorer, d'une part, la coopération judiciaire entre les États membres par le biais de points de contact à la disposition des autorités judiciaires locales confrontées à des cas comportant des éléments transfrontaliers, et de faciliter, d'autre part, l'accès à la justice pour tous les citoyens grâce à un système d'information sur Internet.

Le réseau comprend 428 membres répartis dans toute l'Union entre points de contact, autorités centrales, magistrats de liaison et autorités requises par certains instruments.

Le réseau fait un usage intensif des nouvelles technologies et exploite pleinement les facilités offertes par Internet et la vidéo conférence. Il possède un système appelé CIRCA qui assure la confidentialité de l'échange d'information entre ses membres. CIRCA est géré directement par la Commission. En outre, un hyperlien sur le site du réseau redirige l'internaute vers le site de l'Atlas judiciaire européen en matière civile et commerciale. L'Atlas permet une identification rapide des tribunaux compétents, donne accès au droit communautaire applicable et permet de télécharger instantanément dans toutes les langues des formulaires standard faciles à compléter.

Je voudrais, au moment de conclure mon allocution, évoquer un sujet qui figure parmi les priorités du programme de travail de la Commission. Ce sujet rencontre également les impératifs de simplicité et de célérité du procès économique tels qu'ils sont définis par l'étude du CREDA, mais aussi l'objectif de modernisation des tribunaux. Ce sujet sera abordé l'année prochaine dans une communication de la Commission qui présentera sa stratégie en matière de justice électronique (puisque c'est de « E-Justice » qu'il s'agit). En parallèle, deux études de faisabilité seront lancées : une étude sur la mise en œuvre électronique de la procédure européenne d'injonction de payer, et une autre étude sur la création d'un portail électronique européen permettant l'interopérabilité et la compatibilité des systèmes d'information des tribunaux entre États membres.

J'espère que les étapes que j'ai évoquées sur la voie de la construction de l'espace judiciaire européen témoignent de l'importance de vos travaux d'aujourd'hui, qui coïncident remarquablement avec le projet européen. Je suis également sensible au souci exprimé d'améliorer la qualité du service de justice en adaptant en permanence l'offre à la demande émanant du contentieux économique. Comme le démontre l'étude du CREDA, il n'y aurait pas un système juridique supérieur à l'autre (*Common law versus* Code civil). Le modèle européen se caractérise plutôt par la diversité des institutions et des procédures tout en partageant un socle commun fondé sur les traités, la Charte des droits fondamentaux et le droit dérivé qui constituent un cadre normatif cohérent. L'objectif partagé par tous les États membres de l'Union est bien d'assurer une justice accessible à tous, moderne et efficace, dont les effets peuvent se mesurer, et qui continue à mériter la confiance des opérateurs économiques en Europe.

Je vous souhaite une bonne continuation pour la suite de votre colloque et vous réitère l'entier soutien de la Commission européenne.

Réflexions préliminaires

Guy CANIVET

Membre du Conseil constitutionnel, Premier Président honoraire de la Cour de cassation

Y a-t-il une place entre l'« *ouverture* » de ce colloque, par le Président Didier Kling, les « *propos introductifs* » du Président Franco Frattini et l'« *introduction générale* » du Professeur Loïc Cadiet, pour ce que le programme désigne comme des « *Réflexions préliminaires* » ? Sans doute puisque les organisateurs avisés de ce colloque les ont prévues et m'ont invité à les livrer !

Est préliminaire, ce qui prépare un acte plus important.

Vous sachant impatient d'aborder le « plus important », ces « préparatifs » seront brefs et modestes.

Brefs et modestes, mais non sans comprendre d'abord l'expression du plaisir que j'ai de me trouver – de vous retrouver – dans la grande famille de la justice économique, en son lieu central, ici-même à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, sous l'égide du Centre de recherche sur le droit des affaires ; non sans vous dire aussi tout l'honneur que je ressens de prendre la parole après et avant tant de grands experts et d'orateurs prestigieux qui sont aussi des amis.

Pour le bonheur d'être et de réfléchir ensemble je vous remercie. Ayant eu le privilège d'être associé à votre entreprise à son commencement, je suis heureux de l'accompagner jusqu'à sa restitution publique que le Professeur Yves Chaput et Aristide Lévi ont conçue avec tant de brio.

En organisant ce colloque le CREDA réalise un projet dont l'objet est assez simple, au moins dans son expression. Il est de passer du constat à la prospective.

Que sont les justices économiques d'Europe ? Et que devraient-elles être ? Que devraient-elles être pour satisfaire aux exigences d'un grand marché européen inséré dans un ordre juridique et judiciaire mondial ?

C'est en définitive une démarche assez primaire – primaire mais primordiale – qui devrait inspirer toute réforme de la justice : dresser rationnellement l'inventaire des besoins avant d'aménager la structure. Étudier le marché pour décider de l'action. Même dans le cadre d'un service public, c'est proposer l'offre judiciaire à partir d'une définition précise de la demande de justice ; une demande du corps social appréciée autant quantitativement que qualitativement. Pour ce qui nous concerne, une demande des acteurs de l'économie. Que je sache, dans une économie saine, ce n'est pas l'offre qui décide de la demande mais l'inverse. C'est au moins ce que nous avons appris de l'auto-destruction d'un certain modèle économique.

À cet égard, le CREDA est parfaitement placé pour poser la question du devenir d'une « *justice économique efficiente en Europe* ».

Le CREDA est bien placé parce qu'il est inséré dans la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui réunit et représente les usagers, les consommateurs de justice que sont les entreprises. Il est donc spécialement apte à exprimer le point de vue de la demande. Des entreprises, il connaît en effet les besoins, les contraintes, les aspirations, les revendications. Il sait ce qu'est, ce que, pour les entreprises, devrait être ce service particulier qui consiste à régler les litiges nés des rapports commerciaux. C'est-à-dire résoudre aussi vite, aussi sûrement, de manière aussi prévisible, aussi près des intérêts en présence que possible un différend pour permettre une bonne répartition des droits et la poursuite des échanges économiques.

Le CREDA sait aussi que, dans la vie des affaires, un litige n'est ni un drame ni une anomalie, c'est un avatar de la relation des entreprises, un épisode qui exige de faire le point sur un passé pour discuter de l'avenir. Il sait que le procès est un lieu de rencontre nécessaire, un temps de débat utile, un processus de reconstruction fertile.

Il connaît par conséquent les ingrédients indispensables pour que soit à l'œuvre cette fonction constructive et reconstructive ; ce qu'elle exige de raison, d'efficacité, de sagesse, de vertu, d'intelligence, d'équité, d'attention, de volonté de rapprocher et de savoir trancher.

Bien placé pour traiter du devenir de la justice économique en Europe, le CREDA l'est aussi pour avoir, sous la direction du professeur Yves Chaput et d'Aristide Lévi, durant plus de deux années, activement conduit une étude sur le sujet, étude qui a donné lieu à un rapport préparatoire puis à un ouvrage. Ils me permettront de dire que ce travail est remarquable : « *Quelles juridictions économiques en Europe ?* ». L'ouvrage est une véritable somme ; une mine complète de renseignements ; une source, un jaillissement, de propositions.

Entre processus d'harmonisation des justices économiques d'Europe et quête d'efficience, les grands experts que vous avez invités restitueront cette recherche. Évitant d'entrer dans la problématique d'une introduction générale réservée au professeur Cadiet, je voudrais, sans aucune prétention, revenir en quelques mots sur les fondamentaux du sujet : *le métier de juge économique, la qualification du juge et la spécialisation des juridictions*.

Être juge économique est d'abord être juge.

Or l'histoire récente nous rappelle – nous rappelle parfois dans la douleur – que juger est un métier. C'est un savoir-faire qui s'apprend. Qui s'apprend loin des discours lénifiants, grandiloquents ou complaisants sur la justice. Juger exige une connaissance ; une connaissance du droit, une connaissance de la procédure, une connaissance de la technique contentieuse. Le contradictoire, l'égalité des armes, la transparence, les garanties de la défense, la publicité... rien de tout cela n'est intuitif, tout cela s'acquiert. Ce sont des gestes,

des attitudes, des savoir-faire, des techniques professionnelles. N'est pas juge qui veut. Est juge, a rappelé le Conseil constitutionnel, celui qui sait, qui sait le droit, qui sait la procédure, qui sait la technique, qui maîtrise un art. À ceux de ma génération, il a fallu quarante ans pour l'apprendre et chaque jour nous mesurons combien nous sommes imparfaits. De l'enseignement de Monsieur le Premier président Drai, nous avons retenu que le « bien jugé » est une recherche permanente, quotidienne, exigeante... une discipline.

Juger exige une éthique, une éthique de l'impartialité, une morale de l'équité, une discipline de l'indépendance. D'autres l'ont dit si souvent et si bien que je n'y insiste que pour ajouter que ces qualités, qui sont des garanties du procès équitable, s'acquièrent, s'entretiennent et se protègent. C'est, dit la CEDH une obligation positive de l'État de droit que de proposer de tels juges aux usagers de la justice.

Être juge c'est aussi être dépositaire d'une tradition. La justice participe de la culture, de l'inconscient collectif, de notre identité nationale. On n'exerce pas la justice en France comme ailleurs. Même s'il existe des catégories de systèmes, des répartitions mondiales entre les justices de *Common Law* et les justices de droit civil, chaque société a sa propre identité judiciaire. L'image du juge, sa représentation collective, est différente. Elle est résistante au changement. Elle ne peut évoluer que dans la continuité. Toute rupture est une plaie. On ne détruit pas, on ne construit pas un système judiciaire à l'envi. Même si elle est profonde, l'évolution doit prendre en compte cette tradition. Comment mieux le dire que le Président Robert Badinter, dans la préface de l'ouvrage présenté aujourd'hui « *Mieux vaut en matière de justice prendre les institutions telles que l'histoire les a créées, pourvu qu'elles satisfassent aux besoins de la société et qu'elles respectent les principes fondamentaux de l'État de droit* ».

Nous l'avons appris à l'occasion des tentatives de réforme des tribunaux de commerce. Si nous méditons sur ces échecs nous comprenons que, telles que construites par l'Histoire, les juridictions commerciales participent de cette culture et que cette culture comme ceux qui la font vivre doivent être respectés.

Construire une justice économique européenne doit prendre en compte cet élément. Il ne s'agit pas d'unifier. Il s'agit d'harmoniser. Harmoniser c'est définir des standards communs. En Europe nous le faisons à partir du modèle universel du procès équitable. C'est un concept judiciaire inspiré du Pacte sur les droits civils et politiques, repris par la CEDH et la Charte européenne des droits fondamentaux. Grâce à la construction patiente de la Cour européenne des droits de l'homme, relayée par les juges nationaux, il s'impose désormais dans la culture judiciaire européenne et s'implante peu à peu dans notre univers juridictionnel.

Harmoniser c'est aussi rendre compatible. C'est le modèle européen original et, oserais-je dire, génial, de la répartition des compétences réglée par les règlements dits « Bruxelles » et par la reconnaissance réciproque des décisions de justice. Faire de l'Europe un espace de liberté, de sécurité et de justice où le choix de la juridiction est sûr, où le processus du jugement

s'organise sans surprise, où la confiance dans le juge est suffisante, où les prestataires judiciaires sont de qualité et où la décision rendue s'exécute partout en Europe, sans formalités inutiles. Tout cela ne va pas de soi, tout cela se construit !

C'est le défi de l'Europe judiciaire de respecter les identités nationales tout en édifiant un espace harmonisé de justice, un espace harmonisé et fonctionnel.

Alors venons en au fonctionnel.

Juger c'est mettre en œuvre un processus organisé de règlement des litiges. C'est comprendre la procédure ni comme un acte d'autorité gratuite sinon arbitraire ou désinvolte, ni comme un ensemble de prescriptions formelles dépourvues de sens, ni comme une théorie abstraite, mais comme un ensemble de règles pratiques permettant l'échange des demandes et arguments des parties, organisant la production des preuves et mettant en œuvre les garanties de la défense au moindre coût, le plus utilement et le plus rapidement possible. La procédure n'est pas faite pour flatter l'autorité, satisfaire le confort du juge, célébrer une liturgie ou respecter un dogme, pas davantage pour faciliter les prestations des auxiliaires de justice et leur rémunération. C'est un processus rationnel et rigoureux, une méthode de communication judiciaire dynamique et transparente qui doit viser à l'efficacité.

Tout cela est banal, mais tout cela n'est pas si facile à mettre en œuvre.

Faciliter la communication entre les parties et entre elles et le tribunal en mobilisant les technologies modernes, éviter les formalités inutiles et redondantes, supprimer les intermédiaires superflus, réduire les temps morts, restaurer une dynamique tendue vers la décision, diminuer les coûts et augmenter la qualité, tel est le défi !

C'est ce que nous rappellent les rapports de la Banque mondiale. Faire en sorte que la justice ne contrarie pas la production et la circulation de la richesse, qu'elle protège les intérêts légitimes des opérateurs, qu'elle favorise les échanges, qu'elle encourage les investissements internationaux.

Il ne s'agit pas de nier l'exactitude des critiques faites à notre système de justice. Nous savons bien que, partiellement au moins, elles correspondent à la réalité. Il ne s'agit pas seulement de convaincre que notre système est acceptable. Il s'agit de faire en sorte qu'il soit le meilleur. Nous avons un système judiciaire ancien, fondé sur une longue expérience et une tradition, basé sur une conception saine et solide des garanties de la défense. Il suffit d'avoir la volonté de le moderniser. Si nous parvenons à lever les freins corporatistes, nous en avons la ressource.

C'est faire de la justice un service comme un autre, à la disposition des entreprises, un service qui valorise et sécurise leur activité plutôt qu'elle ne la perturbe. C'est ce à quoi vise en Europe, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, la CEPEJ, dont les travaux

seront présentés tout à l'heure. C'est aussi l'ambition de la Commission européenne telle qu'elle a été exprimée il y a quelques instants par le Président Franco Frattini dans ses propos introductifs.

Pour réaliser cet objectif d'efficience, il s'agit évidemment de procéder aux réformes de structures nécessaires. C'est le fameux enjeu de la territorialisation de la justice. Pour réaliser cet objectif d'efficience, il faut aussi aménager les règles de procédure. De grands experts s'y emploient. Mais rien de tout cela ne sera utile si on ne change pas la pratique des professionnels de justice. C'est dans leur activité quotidienne qu'ils ont à intégrer cet impératif. Ce n'est pas seulement une question de bonne volonté et d'énergie. C'est aussi une question de métier. On peut appeler cela le management judiciaire. Savoir utiliser les moyens rares de la justice, organiser le fonctionnement des juridictions au plus près de l'évolution du contentieux, mobiliser les moyens technologiques et les ressources procédurales, négocier avec les professions judiciaires sont des techniques qui s'apprennent. Il faut découvrir et former ceux qui sont aptes à les mettre en œuvre. Un rapport récent remis au ministre de la justice examine les possibilités de cette professionnalisation du management judiciaire.

J'en termine avec la spécialisation : être juge économique en Europe, c'est bien sûr accepter les contraintes de la spécialisation.

Ces contraintes intéressent d'abord la formation. Découvrir et former les juges qui ont les aptitudes et le goût pour les catégories de contentieux de l'économie. Leur proposer les enseignements appropriés, les placer en position d'acquisition d'expérience, les encadrer, les perfectionner.

Ces contraintes imposent aussi la sélection des juridictions. Si on admet que la formation a un coût, il est souhaitable de le rationaliser en limitant au nombre suffisant les juridictions qui jugent de telles affaires de manière à localiser et réduire le nombre de ces juges. Qu'il s'agisse du contentieux des brevets ou de celui du droit de la concurrence, seul un nombre limité de juridictions doit être habilité à en juger. La réforme des juridictions de la concurrence au Royaume-Uni consécutive à la mise en œuvre du règlement 1/2003 sur l'application du droit communautaire de la concurrence pourrait servir de modèle.

Ces contraintes exigent enfin la création et l'entretien de filières de spécialisation. Lorsque l'on a engagé des moyens importants pour former des juges à ces contentieux économiques complexes, il faut évidemment valoriser leur qualification, les inciter à persévérer dans l'effort de formation, leur offrir des perspectives de carrière... Nous avons beaucoup à faire en ce domaine.

Synonyme de préliminaire, le prélude est une forme musicale introduisant une fugue, une cantate, ou un opéra...

Conscient dans cette improvisation de n'avoir eu ni la virtuosité de Chopin ni la sérénité de Debussy, mais plutôt la brutalité chaotique de Stockhausen, Karlheinz Stockhausen qui n'a d'ailleurs jamais écrit de prélude, mais qui est auteur d'opéras : les « sept opéras de Lumière », un pour chaque jour de la semaine. Je m'empresse de céder la place à l'opéra du mardi qui va suivre, dont la lumineuse ouverture est servie par le professeur Loïc Cadiet.

Introduction générale

Loïc CADIET

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Membre de l'Institut universitaire de France

1.- Les organisateurs du colloque qui nous réunit aujourd'hui m'ont confié le soin, si j'en crois le programme, d'une introduction générale. Je les remercie d'avoir eu cette amicale pensée, encore que cette offre, remplie de bonnes intentions, n'est pas sans receler quelques difficultés, sinon quelques pièges, à commencer par le fait que l'ouverture de M. Kling, les propos introductifs de M. Frattini et les réflexions préliminaires de M. Canivet ont déjà significativement introduit cette journée et réduit d'autant l'utilité d'une introduction *générale* venant s'ajouter à ces introductions *préalables*.

Vous me permettrez donc de retailer plus modestement la parure qui m'a été confiée, en commençant par retenir pour l'épithète « générale », le sens de large plutôt que celui de total. S'agira-t-il même d'une introduction ? Introduire, du latin *intro ducere*, c'est faire entrer quelqu'un dans un lieu, conduire d'un endroit dans un autre, alors que ma seule ambition est moins de vous conduire que de vous accompagner en balisant de quelques repères notre cheminement commun au cours de cette journée qui s'annonce passionnante.

2.- J'espère ne pas trahir la pensée d'Aristide Lévi et d'Yves Chaput en disant que ce colloque a été conçu, à la fois, comme un point d'arrivée et un point de départ.

Un *point d'arrivée*, en effet, dans la mesure où il vient ponctuer une recherche considérable conduite ces dernières années par le CREDA sur le thème : « Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen ? ». Cette recherche a donné lieu à des écritures particulièrement denses et riches rassemblées dans l'ouvrage éponyme publié au début de cette année par les Éditions Litec (2). Dans une première version du projet, ce colloque devait d'ailleurs s'intituler « L'avenir des juridictions économiques en Europe ».

Mais ce colloque n'est pas seulement une entreprise de restitution, à laquelle se prête tout particulièrement sa première séquence, ce matin, sous l'intitulé « *Quels processus d'harmonisation ?* ». Il doit également être un *point de départ*, ce que traduit le titre en définitive

(2) *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen* (sous la dir. de Y. Chaput et A. Lévi), Litec, 2007.

retenu : « Pour une justice économique efficiente en Europe. Enjeux et perspectives d'une harmonisation ». Cet intitulé a très clairement des allures de manifeste. Il prend parti, sur la nécessité d'une justice économique *européenne* et sur la nécessité d'une justice économique *efficiente*. Le programme de notre colloque indique la manière dont cet enjeu et cette perspective ont été conçus. L'idée est double. Elle est d'abord que le contentieux de la concurrence, qui est au cœur de la justice économique, disons même son paradigme, est susceptible de constituer un *archétype du processus d'harmonisation* ; on y lit en réduction la manière dont la justice économique peut répondre aux besoins du contentieux économique en proposant une offre de justice plurielle combinant adjudication et négociation, modes de règlement juridictionnel et modes de règlement alternatifs, dans le cadre d'une coopération entre autorités nationales et autorités communautaires : tel est l'objet de la deuxième séquence du colloque, en début d'après-midi. Elle est ensuite, et surtout, que le traitement du contentieux de la concurrence pourrait même être de nature à constituer un *modèle de procédure efficiente*, pouvant avoir valeur d'exemple à vocation générale au-delà du seul contentieux de la concurrence ; c'est l'ensemble de la justice économique qui pourrait être conçu de manière à satisfaire aux exigences d'efficacité qu'appelle le règlement du contentieux économique : à cela doit répondre la troisième séquence du colloque, en fin d'après-midi.

3.- Voilà ce qui est offert à notre jugement et qui, en définitive, nous invite à réfléchir, à la manière dont se célèbrent les noces de la justice, de l'économie et de l'Europe (3). À l'heure de l'internationalisation des échanges économiques et des rapports sociaux, les relations qui se nouent entre la justice et l'économie peuvent difficilement rester confinées à l'intérieur des frontières nationales. Cette donnée est bien présente dans les relations, bilatérales, de la justice et de l'économie. La dimension européenne de *la justice de l'économie* est incontestable, même si c'est à des degrés et selon des modalités variables (I). Cette dimension n'est pas la seule. C'est aussi *l'économie de la justice* qu'il convient de soumettre à l'épreuve de l'Europe (II).

I – La justice de l'économie à l'épreuve de l'Europe

4.- Le sentiment dominant qui se dégage de la recherche conduite par le CREDA est que l'harmonisation du règlement du contentieux économique en Europe est certes souhaitable, mais que l'intégration institutionnelle des juridictions ne paraît pas la meilleure voie à emprunter pour y parvenir (A) ; il y a sans doute davantage à attendre de l'harmonisation des procédures (B).

(3) Sur les jeux de la justice et de l'économie, v. déjà L. Cadet et S. Guinchard (dir.), *Justice et économie, Justices*, n° 1, Dalloz 1995. L. Cadet (dir.), *L'économie de la justice, RIDE* 1999/2. L. Cadet, *Ordre concurrentiel et justice, in Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 109 sq.

A) La voie de l'intégration juridictionnelle

5.- Je serai bref sur ce premier point, qui n'apparaît pas comme une priorité (4).

S'il est, en France, comme à l'étranger, des esprits visionnaires qui appellent de leurs vœux un modèle d'intégration juridictionnelle pouvant aller jusqu'à la constitution d'une cour suprême européenne comparable « *aux cours suprêmes des grands systèmes judiciaires du continent Nord américain* » (5), la plupart des rapports nationaux doute de l'opportunité d'une intégration juridictionnelle au niveau européen, sans même parler de sa faisabilité, notamment dans les systèmes fédéraux. Outre l'argument historique, ou culturel, la justification principalement avancée en faveur du maintien de la compétence des juridictions locales en matière économique tient à l'avantage de la proximité qu'elles offrent aux acteurs de l'économie, permettant un véritable dialogue entre le juge et les justiciables, et cet avantage est précieux pour les PME.

Cela ne signifie pas que rien ne soit envisageable sur ce terrain, au contraire.

Il serait tout à fait opportun que des préconisations soient définies par les organes législatifs de l'Union européenne, sous forme de *Recommandations* (6), qui pourraient définir un certain nombre de principes directeurs de l'organisation des juridictions économiques comme, par exemple, le *principe de l'échevinage*, dont la généralisation semble assez généralement souhaitée en raison de l'association qu'elle réalise de la compétence technique et de la compétence juridique (7). Juger est un métier, a rappelé M. Canivet dans ses réflexions préliminaires. Ce principe d'échevinage s'avérerait d'autant plus opportun dans la perspective d'une réforme qui, pour ce qui concerne la France, étendrait la compétence matérielle des tribunaux de commerce bien au-delà de ses limites actuelles (8).

Entre unification et harmonisation juridictionnelles, le réalisme pousse donc plutôt vers la seconde ; on devrait tendre vers un « *pluralisme ordonné* » pour reprendre la formule de Mireille Delmas-Marty (9), avec des juridictions et des autorités de régulation locales au statut

(4) V. L. Cadiet, Diversités, convergences et perspectives. Rapport général de synthèse, in *Quelles juridictions économiques en Europe ?*, op. cit., p. 551 sq, spéc. n° 654-655.

(5) G. Canivet, *Les annonces de la Seine*, 22 nov. 2001, n° 78, vœu qu'exprime aussi la majorité des usagers de la justice économique, avocats et juristes d'entreprise, à la différence des juges commerciaux eux-mêmes, plus partagés.

(6) Art. 32, 1 de feu le projet de Traité sur la Constitution européenne. Ces recommandations auraient vocation à aller au-delà de la Charte du Conseil de l'Europe du 10 juillet 1998 [DAJ/DOC 98 (23)], qui concerne spécifiquement le statut des juges, alors qu'il s'agirait ici de l'organisation des juridictions.

(7) Ce vœu de la mixité étant plus fort chez les usagers de la justice économique, avocats et juristes d'entreprise, que chez les juges commerciaux eux-mêmes.

(8) V. Schéma directeur de réforme de la carte judiciaire des tribunaux de commerce résultant des travaux de la Conférence des juges consulaires de France, *RJC*, sept.-oct. 2007, p. 378. Sur cette « harmonisation par les juges », V. *infra*, D. Tricot, J.-P. Puissochet, L. Rovelli, G. Tesauro et M. Wathelet, p. XXXX.

(9) M. Delmas-Marty, La mondialisation du droit : chances et risques, *D.* 1999, p. 43 sq ; L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, *D.* 2000, p. 421 sq ; Marketing juridique ou pluralisme ordonné, *Débat*, n° 115, 2001, p. 57 sq et, en dernier lieu, *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

harmonisé, plutôt que par l'institution d'une juridiction européenne à antennes locales. Cette solution de principe n'exclurait cependant pas la possibilité d'organiser des « zones » d'intégration plus poussée pour des secteurs déterminés lorsque le contentieux présente un caractère communautaire marqué, par exemple, en matière de propriété industrielle, de concurrence transnationale, voire de faillite transfrontière. Mais il faut ajouter que, sur ce terrain de l'harmonisation, c'est surtout l'harmonisation des procédures, au sens large, qui recueille le plus de suffrages (10).

B) La voie de l'harmonisation procédurale

6.- La plupart des juges commerciaux et la très grande majorité des juristes d'entreprise et des avocats, usagers de la justice économique, expriment *nettement* leur faveur pour une harmonisation des procédures et se prononcent *unanimentement* pour une harmonisation de l'exécution des décisions (11).

Certes, au niveau européen, il existe d'ores et déjà des « standards » du procès économique, découlant, notamment, de l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et des exigences du droit au procès équitable. Certes, les pays de l'Union européenne sont tenus, dans leur ensemble, de respecter les règles du procès équitable qu'ils ont en partage. Mais ces standards sont bien souples et autorisent, techniquement, dans le détail des règles et la réalité des pratiques, bien des différences, voire des disparités d'un pays à l'autre. Ce droit processuel commun est donc insuffisant, en tant qu'il se réduit à l'exposé de principes qui sont certes fondamentaux mais trop généraux pour répondre utilement à la nécessité, en certains domaines, de règles procédurales plus précises.

7.- Cette nécessité se manifeste principalement à propos des contentieux transnationaux ; elle ne date pas d'aujourd'hui. Dès sa création, le droit commun du marché avait vocation à ouvrir un marché commun du droit. Les litiges circulant avec les hommes, les biens et les services appellent, ici et là, une égalité de traitement justifiant le rapprochement des procédures. À ce souci, ont initialement répondu les conventions conclues entre pays membres de la Communauté, comme la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence et les effets des jugements en matière civile et commerciale.

L'approfondissement de la construction communautaire a conduit à franchir un pas de plus, avec la communautarisation des instruments de coopération judiciaire, à la suite du Traité

(10) Qui ne concerne pas seulement les procédures juridictionnelles mais peut aussi porter sur les procédures amiables de règlement des différends, à l'instar de ce qui existe déjà, sous forme de recommandations, aussi bien dans l'espace du Conseil de l'Europe que dans celui de l'Union européenne : V. par ex. Recommandation 2001/310/CE de la Commission, 4 avr. 2001, relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de la consommation (JOCE n° L. 109, 19 avr. 2001 ; *Europe* 2001, n° 205) ; Recommandation Rec (2002) 10 du 18 septembre 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière civile (Editions du Conseil de l'Europe, novembre 2003).

(11) V. L. Cadiet, Diversités, convergences et perspectives. Rapport général de synthèse, préc., spéc. n° 649-652.

d'Amsterdam et dans la foulée du Conseil de Tampere en 1999. La plupart de ces instruments, qui reposent sur l'article 65 du Traité CE, ont une utilité certaine en matière économique, depuis le Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (12) et le Règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matières civile et commerciale (13), jusqu'au Règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (14), en passant, notamment, par le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (15), le Règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (16) et, surtout, le Règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (17), suivi de peu par le Règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 sur la procédure européenne de règlement des petits litiges en matière de droits des consommateurs et en matière commerciale (18). D'autres instruments sont en préparation, comme le règlement sur la saisie bancaire européenne, tant il est vrai que la reconnaissance mutuelle des jugements ne sert pas à grand-chose si ces jugements ne peuvent pas être effectivement exécutés dans le pays requis (19). C'est donc tout un droit procédural communautaire qui se met progressivement en place (20).

8.- Mais ce dispositif est parcellaire ; il est loin de couvrir la totalité des différents domaines ; à l'examen des trois derniers règlements, sur le titre exécutoire européen (TEE), l'injonction de payer et le règlement des petits litiges, d'aucuns s'interrogent même sur sa cohérence d'ensemble (21). Au surplus, cette réglementation fragmentée, procédant par touches successives, ne semble pas commandée par un modèle clair et déterminé de procès.

L'idéal serait de pouvoir offrir à aux acteurs de l'économie, singulièrement les PME, une procédure contentieuse complète, « de droit commun », répondant aux besoins ordinaires du règlement des différends économiques, que l'arbitrage international, qui est une belle justice, mais une justice inaccessible à beaucoup, n'est pas en mesure de satisfaire. Cette procédure fait encore défaut. Pourtant, à bien y regarder, il n'y a pas forcément loin de l'idéal à la réalité.

(12) JOCE n° L 160, 30 juin 2000.

(13) JOCE n° L 160, 30 juin 2000.

(14) JOUE n° L 399, 30 déc. 2006.

(15) Se substituant à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : JOCE n° L 12, 16 janv. 2001, rectific. JOCE n° L 307, 24 nov. 2001.

(16) JOCE n° L 174, 27 juin 2001.

(17) JOUE n° L. 143, 30 avr. 2004.

(18) JOUE n° L 199, 12 juill. 2007.

(19) V. *Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires*, COMM. CE Bruxelles, 24 oct. 2006, COM (2006) 618 final.

(20) Sur cette « harmonisation par la procédure », V. *infra* G. de Leval, I. Bambust, J. Goldsmith et C. Roth, p. XXXX.

(21) V. A.-M. Leroyer et E. Jeuland, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* Dalloz, 2004.

Je voudrais en effet souligner ici l'intérêt que peuvent présenter les *Principes de procédure civile transnationale*, élaborés par UNIDROIT (22), à la suite d'un premier projet présenté par l'*American Law Institute*. Ces principes sont principalement destinés au règlement des litiges transnationaux en matière commerciale. Les exigences du procès équitable sont au centre du dispositif qui, en vérité, va bien plus loin que les standards européens, aussi bien dans le renforcement des droits de la défense, sur certains points, que dans l'adaptation des procédures aux nécessités du contentieux économique : recherche d'une solution amiable ; concentration des prétentions, des moyens et des preuves au début de l'instance ; coopération du juge et des parties dans le déroulement de l'instance ; équilibre des exigences de publicité de la justice et des devoirs de confidentialité ; usage des nouvelles technologies ; droit à l'exécution immédiate et effective des jugements ; police des voies de recours. L'article 11.2 des Principes résume assez bien la philosophie d'ensemble de cette procédure commerciale transnationale : « *Les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide* ». Destinés à servir de modèle, ces principes directs ont vocation à être transposés dans les ordres juridiques nationaux, dans leur totalité aussi bien qu'en partie. Mais, de manière plus ambitieuse, il me semble que c'est plutôt à l'élaboration de *Principes européens de procédure civile transnationale* qu'il faudrait travailler. Ces principes directs, qui exprimeraient la conception européenne du procès économique, constitueraient le vecteur idéal de l'harmonisation minimale des règles de procédure dans la perspective d'améliorer l'efficacité de la justice au sein de l'Union européenne.

Au-delà (ou en deçà) des textes, l'harmonisation procédurale peut également résulter d'une acclimatation mutuelle des pratiques juridictionnelles, voire des jurisprudences nationales, grâce à des procédures de communication et d'échange, par exemple en favorisant la libre circulation des magistrats au sein de l'Union : la circulation des juges, en quelque sorte, après la circulation des jugements. Les États membres de l'Union ont d'ores et déjà créé un réseau judiciaire européen en matière pénale, ainsi qu'en matière civile et commerciale. L'effort pourrait être encore plus soutenu en matière de contentieux économique. La communication, au sein de réseaux de ce type, de décisions portant sur des points déterminés contribuerait sans doute à favoriser la cohérence des solutions au sein de l'Union européenne (23).

Plus que la métaphore, très kelsénienne, de la « pyramide » (des normes et des juridictions), c'est bien plutôt l'image du « réseau » qui s'impose pour exprimer les évolutions en cours de l'espace judiciaire européen (24). La notion, qui est loin d'être inconnue de la science et du droit économiques, progresse régulièrement au sein de l'Union européenne, au point que

(22) V. ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, New York, Cambridge University Press, 2006.

(23) Sur ce phénomène des réseaux de juges et de juridictions, V. *infra*, D. Tricot, J.-P. Puissochet, L. Rovelli, G. Tesouro et M. Wathelet, p. XXXX.

(24) V. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. V. aussi, de ces auteurs, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1998.

l'on a pu parler de la « logique du réseau » (25) ; elle donc est particulièrement appropriée pour dessiner l'avenir des juridictions économiques en Europe (26). Le développement des nouvelles technologies ne dément pas cette évolution, tant s'en faut. L'informatique se pense aussi en termes de réseaux et l'informatisation en cours des systèmes judiciaires nationaux doit donc être conçue et réalisée de manière à assurer leur interopérabilité car cette interopérabilité est, aujourd'hui, une des dimensions inévitables de l'harmonisation. Il y a une vraie congruence entre le recours aux principes directeurs et la logique des réseaux comme vecteurs de l'harmonisation : ici comme là, c'est le même souci d'une cohérence d'ensemble alliée à la souplesse des éléments constitutifs.

9.- Mais, s'il y a sans doute davantage à attendre de l'harmonisation procédurale que de l'intégration juridictionnelle, encore faut-il préciser une fois encore que c'est bien d'harmonisation dont il s'agit, et non pas d'uniformisation (27). La nuance sous-entend le maintien de différences nationales légitimes et, par conséquent, la possibilité d'une « compétition » entre systèmes juridiques et judiciaires nationaux. Cette compétition, qui n'est un problème qu'en raison des conséquences excessives auxquelles peut conduire son défaut de régulation, amène à préciser que, dans le concert de la justice et de l'économie, l'Europe s'invite aussi sur le terrain de l'économie de la justice.

II – L'économie de la justice à l'épreuve de l'Europe

10.- Si l'économie est saisie par la justice dont l'activité contribue à l'élaboration du droit économique en général, du droit de la concurrence en particulier, la justice est à son tour saisie par l'économie, au point de donner naissance à une nouvelle discipline, l'économie de la justice qui s'inscrit, d'emblée, dans une dimension internationale et plus particulièrement européenne pour ce qui nous intéresse, à un double point de vue. En premier lieu, l'Europe du marché a naturellement tendance à favoriser cette économie de la justice : les systèmes de justice sont saisis par le modèle concurrentiel (A) ; mais, en second lieu, l'Europe des droits fondamentaux doit, pour sa part, en marquer les limites : l'économie de la justice doit être respectueuse des garanties judiciaires (B).

A) Les systèmes de justice saisis par le modèle concurrentiel

11.- Plusieurs facteurs convergent pour autoriser aujourd'hui une lecture économique de la justice, principalement la raréfaction des ressources de l'État combinée à l'accroissement du besoin de justice. L'économie de la justice n'est cependant pas un phénomène aussi nouveau

(25) V. L. Idot et S. Peruzetto (dir.), Internormativité et réseaux d'autorités. Les nouvelles relations entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux, *Les Petites Affiches*, 5-6 oct. 2004, n° 199 et 200.

(26) V. L. Cadiet, Diversités, convergences et perspectives. Rapport général de synthèse, préc., spéc. n° 658.

(27) Sur la notion d'harmonisation, distinguée de l'uniformisation, V. G. Tarzia, Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, n° 4, p. 869 sq, spéc. n° 7, p. 879. Mais cf. *infra*, J.-P. Puissochet, p. XXXX, F. De Ly, p. XXXX.

qu'on veut bien le dire. Ce qui est nouveau, de nos jours, c'est la double tentation, qui s'exprime puissamment, du marché de la justice (1°), voire de la justice comme marché (2°).

1. Le marché de la justice

12.- Il y a beaucoup à dire et beaucoup a déjà été dit sur la marchandisation de la justice. C'est le développement de l'économie de marché qui crée les conditions d'une mise en concurrence des systèmes judiciaires (28) et qui conduit à évaluer les qualités et les défauts des « produits » proposés dans cette offre de justice plurielle : la rapidité, le coût, la discrétion, la prévisibilité, la sécurité, l'impartialité, la compétence, la confiance, etc. (29).

Cette marchandisation a été observée, depuis un certain temps déjà, à propos des gens de justice, singulièrement des avocats (30), mais pas seulement (31), ce qui a fait écrire à Michel Bazex et Georges Flécheux que « *l'analyse concurrentielle, volontiers considérée comme le ressort de la société marchande, (...) est utilisée pour contribuer à la définition de la déontologie de la profession d'avocat dans ce qu'elle a de plus désintéressé, comme son indépendance, ou les règles de fixation des honoraires* » (32). Le phénomène a fini par affecter les juridictions elles-mêmes, que ce soit dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, où l'on voit se manifester, à la fois, des logiques d'offre concurrentielle et des logiques de demande concurrentielle.

13.- Les logiques d'offre concurrentielle s'observent lorsque la concurrence met aux prises les *organes juridictionnels* entre eux et, à travers eux, les *ordres de juridiction* auxquels ils appartiennent (33). Dans l'ordre *interne*, la rivalité du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur le terrain de la régulation de la concurrence a pu être analysée en ce sens. Dans l'ordre *international*, la rivalité met en concurrence juridictions nationales entre elles, mais aussi

(28) Mise en concurrence *interne*, entre les différents modes de régulation des conflits, juridictionnels (avec la justice étatique), conventionnels (avec les modes alternatifs de règlement des conflits), mixtes (avec les autorités de régulation), mise en concurrence *externe*, entre les différents systèmes nationaux.

(29) Sur cette mise en compétition des ordres juridiques nationaux, V. *infra*, F. De Ly, Ph. Marchandise et D. Corapi, p. XXXX.

(30) Je pense ici aux travaux d'Yves Dezalay sur les « multinationales du droit » : Y. Dezalay, *Marchands de droit - La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992, ainsi que Des justices du marché au marché international de la justice, *Justices*, n° 1, 1995, p. 121 sq.

(31) Sur le marché du droit, l'obtention de parts supérieures est régulièrement l'occasion de compétitions entre professions différentes du droit et de la justice. La représentation des parties devant le tribunal de commerce, la réforme des procédures civiles d'exécution, les modes alternatifs de règlement des conflits, la libre circulation des jugements avec le titre exécutoire européen ont ainsi été ou sont encore l'enjeu de rivalités institutionnelles entre avocats et huissiers de justice, avoués et huissiers de justice, huissiers de justice et notaires, avocats, huissiers de justice et notaires, voire entre huissiers de justice et service universel postal s'agissant des modes de notification des actes de procédure. Le phénomène de concurrence dépasse d'ailleurs les seules professions du droit ainsi qu'en témoigne la question dite du périmètre du droit et des réseaux multidisciplinaires, ainsi que le rôle pouvant être joué, sur ces terrains, par les « professionnels du chiffre ».

(32) M. Bazex et G. Flécheux, L'application du droit de la concurrence aux ordres professionnels, *Gaz. Pal.* 23-25 juin 2002, p. 6-8. V. aussi L. Idot, Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu..., *Europe* 2002, chron. 6.

(33) V. L. Cadiet, *Ordre concurrentiel et justice*, préc., spéc. n° 23.

juridictions nationales et juridictions européennes dans la construction de l'ordre juridique européen. L'hypothèse en a été très finement étudiée par deux jeunes économistes dans un numéro d'*Économie appliquée* paru en 2001 (34).

14.- À l'inverse, les systèmes processuels sont également travaillés par des *logiques de demande concurrentielle* émanant, non plus des juridictions, mais des justiciables eux-mêmes, singulièrement des entreprises (35). Motivés par la recherche de la plus grande utilité économique, ces comportements de demande procèdent à une instrumentalisation des règles d'organisation et de fonctionnement de la justice étatique, voire, lorsque l'utilité potentielle est trop inférieure au bénéfice escompté, à l'éviction des modes officiels de résolution des litiges au profit de modes alternatifs supposés plus souples, plus simples et d'un moindre coût (36).

L'*instrumentalisation des règles de la justice étatique* s'exprime classiquement à travers les stratégies de *forum shopping*, familières aux internationalistes, plus récemment à travers le développement des clauses de différend dans la pratique contractuelle, conçues comme des techniques d'optimisation judiciaire, faisant partie du *management* des contrats de l'entreprise (37). Mais le phénomène de la mondialisation en renouvelle les termes en créant, chez certains États voulant profiter de la manne financière des organisations internationales ou des opérateurs économiques, des postures, sinon des politiques, de moins-disant ou de *dumping* juridique et judiciaire, l'idée étant que l'allègement des dispositifs juridiques et des contraintes judiciaires est supposé les rendre plus attractifs (38). À cet égard, il sera très intéressant de connaître les résultats de l'étude entreprise par la Commission européenne sur les coûts des procédures judiciaires, même si ces coûts ne constituent qu'un aspect du problème qui comporte aussi, notamment, la question des délais et celles du formalisme.

De là à considérer que le *yield management*, c'est-à-dire la gestion du rendement, qui est pratiqué de longue date par les compagnies aériennes, pourrait devenir une technique de

(34) S. Harnay et I. Vigouroux, Concurrence juridictionnelle et innovation juridique : une analyse économique de l'intégration européenne, *Economie appliquée*, 3/2001, p. 233 sq.

(35) V. L. Cadiet, *Ordre concurrentiel et justice*, préc., n° 24.

(36) Mais il faudrait sans doute nuancer en tenant compte de la qualité du justiciable. La question du recours ou non aux modes alternatifs de règlements des conflits ne se pose peut-être pas de la même manière pour les simples personnes privées et pour les opérateurs économiques : V. par ex. C. Barrère, Marchandisation et judiciarisation : la régulation judiciaire des relations marchandes, *Economie appliquée*, 3/2001, p. 9 sq, spéc. p. 11, pour lequel le passage du « *capitalisme fordien auto-centré* » des années 1960 au « *capitalisme globalisé* » des années 2000, en tant qu'il marque « *le passage d'une convention de concurrence paisible à une convention de concurrence durcie* », induit « *une judiciarisation qui donne un rôle central dans la régulation sociale à une institution non marchande, l'institution judiciaire* ». L'évolution des stratégies dépend ici de la conception de la concurrence, la concurrence paisible favorisant les stratégies d'évitement alors que la concurrence durcie favorise les stratégies d'instrumentalisation de l'institution judiciaire.

(37) L. Cadiet, Les clauses relatives aux litiges, *J-Cl. Contrats Distribution*, fasc. 190. Rappr. *infra* Ph. Marchandise, p. XXXX.

(38) M.-M. Salah, La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux (Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation), *RIDE* 2001/3, p. 251 sq, spéc. n° 14, qui relève la « *justiciabilité* » limitée de certains droits, comme les droits économiques et sociaux ou le droit à l'environnement.

gestion du rôle des juridictions, il n'y a qu'un pas que certains ont sérieusement envisagé de franchir, convaincus que « *l'efficacité du droit pourrait y gagner...* » (39). La proposition laisse rêveur, ou perplexe ; même si le spécialiste de procédure connaît déjà le rôle d'attente, il a du mal à imaginer des assignations en surréservation... En tout cas, cette proposition révèle que la mise en concurrence des systèmes processuels ne peut que favoriser la diffusion de l'idéologie concurrentielle au sein même de l'institution judiciaire, en y diffusant des logiques gestionnaires qui déterminent, non seulement la façon de définir les règles de procédure les plus efficientes, mais aussi la manière d'administrer l'institution, y compris les juridictions. C'est alors la justice elle-même qui est pensée selon le modèle concurrentiel, ce que l'on peut appeler la marchandisation de la justice.

2. La justice comme marché

15.- Sommée, naguère par la rationalisation des choix budgétaires, la RCB, aujourd'hui par la loi organique relative aux lois de finances, la LOLF, de « gérer » efficacement ses « stocks » et ses « flux » d'affaires, la justice devrait elle-même répondre aux exigences de l'efficacité économique. De là à considérer que la justice, au sens institutionnel, est une entreprise comme les autres et, au regard des normes qu'elle produit, un bien comme un autre, il n'y a qu'un pas que d'aucuns n'hésitent pas à franchir, pour lesquels la privatisation de la justice et son insertion dans le marché sont le seul remède efficace aux maux actuels regroupés sous l'expression « crise de la justice » (40). L'analyse économique du droit est ici mobilisée au service d'une entreprise de « *des-étatisation* » de la justice, qui participe d'une représentation marchande de la démocratie. Dans cette « *métaphore du marché* », « *c'est à la capacité du juge d'être le garant de la concurrence que se mesure la légitimité de la justice. Ici le marché finit par épuiser les virtualités du "social". Le besoin ne se fait plus vraiment sentir d'un corpus de règles produites par un Centre, seul promoteur de l'intérêt général. Le droit entre en phase de "dépuplicisation". Restent des jeux d'acteurs dont la régulation revient aux juges. À eux de créer les conditions de réalisation juridique du bien commun là où chacun s'emploie à faire prospérer ses intérêts. Idéalement le droit tendrait à se confondre avec le marché qui se ferait droit lui-même, à force de jurisprudence* » (41).

Si cette position extrême ne semble pas dominante, on assiste cependant à un changement de paradigme : le principe concurrentiel est érigé en modèle d'économie judiciaire, le modèle concurrentiel colonise l'économie judiciaire (42), ce dont témoigne la promotion

(39) N. Arpagian, *Et si la justice se mettait au management ? Le Nouvel Économiste*, 1998, n° 1115, p. 116.

(40) V. B. Lemmenicier, *L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ? in Justices*, n° 1, 1995, spéc. p. 135 sq.

(41) V. J. Caillousse, *Peut-on penser la justice sans l'État ? in L. Cadiet et L. Richer (dir.), Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, 2003, p. 313 sq., spéc. p. 328-329, qui voit, dans la « *justice-marchandise* », à côté du corporatisme des juges et du gouvernement des juges, l'une des trois grandes figures que peut emprunter l'idéologie de la justice des-étatisée.

(42) V. L. Cadiet, *Ordre concurrentiel et justice*, préc., n° 25-30.

contemporaine des concepts d'évaluation et de qualité de la justice (43). Il est aujourd'hui assez banal que l'institution judiciaire soit présentée comme une « *entreprise en services judiciaires* » (44), « *une justice de services* » (45), et le chef de juridiction comme un chef d'entreprise, responsable de la gestion des flux et des stocks. La qualité du droit, saisie à travers la qualité des normes juridiques et qualité des organes juridictionnels, est présentée comme « *étant à la fois un devoir de l'État et une exigence du marché* » ; la qualité du système juridique et du système judiciaire serait à considérer, de ce point de vue, de la même manière que la qualité des matières premières ou la qualité de la main d'œuvre (46).

Cette évolution est manifestement à l'œuvre dans les politiques publiques d'évaluation de l'administration et du processus judiciaires (47). À travers la rhétorique institutionnelle de la réforme de l'État, ces politiques s'inscrivent dans un mouvement plus général d'adaptation des services publics au marché concurrentiel lui-même, liant la satisfaction de l'usager (48) à la modernisation de l'administration. Transversale aux différents services publics, l'exigence de qualité implique l'utilisation d'outils d'évaluation jusqu'alors inconnus de l'institution judiciaire, depuis la systématisation des activités de comptage jusqu'à l'application des normes ISO à l'activité judiciaire, les activités de comptage devenant d'ailleurs, au-delà de leur rôle traditionnel de contrôle de l'activité des tribunaux, des indicateurs de la performance des juridictions (49).

Quels que soient les problèmes méthodologiques qu'elle soulève (par exemple, comment quantifier la charge de travail des magistrats ?) et les effets pervers qu'elle est susceptible d'entraîner (orienter les évalués vers les moyens d'obtenir le meilleur résultat au regard des indicateurs clés), cette démarche évaluative n'est pas propre à la France. Les théories du *New public management* sont déjà à l'œuvre dans d'autres pays de l'Union européenne, notamment

(43) V. M.-L. Cavrois, H. Dalle et J.-P. Jean (dir.), *La qualité de la justice*, La documentation française, 2002. E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, préf. D. Cohen et A. Garapon, PUF, 2002.

(44) S. Rozès, Une entreprise en activités judiciaires, *RFAP* 1991, n° 57, p. 5 sq.

(45) A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice*, *Justices*, Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, Dalloz, 1999, p. 43 sq, spéc. p. 51.

(46) V. M.-A. Frison-Roche, Les effets de la mondialisation sur les systèmes de droit ou la prospérité de l'art législatif entre la demande des entreprises et le rôle constant de l'Etat, *Travaux de la maison du Vietnam*, 2001, cité par M.-M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002, n° 29, p. 283.

(47) Cette marchandisation se lit aussi dans la législation, à travers l'effort contemporain de rationalisation des procédures juridictionnelles, qu'il s'agisse du développement des procédures rapides et du juge unique, de la formalisation accrue des écritures judiciaires et du renforcement des pouvoirs du juge de la mise en état, de l'informatisation des procédures ou de la modernisation du droit de l'exécution des jugements avec, notamment, l'institution du titre exécutoire européen permettant d'assurer la libre circulation des jugements en Europe, des progrès supplémentaires, du point de vue de l'économie judiciaire, étant encore attendus de la suppression de l'effet suspensif de l'appel.

(48) Mesurée par voie d'enquête : V. Mission de recherche Droit et Justice - Institut Louis Harris, *Enquête de satisfaction auprès des usagers de la justice*, mai 2001, 18 p.

(49) V. L. Cadet, *Ordre concurrentiel et justice*, préc., n° 27.

aux Pays-Bas (50), et la récente réforme de la procédure civile anglaise à la suite du rapport Woolf, a été largement inspirée des « *techniques de management des entreprises privées concurrentielles* » (51). Le vocabulaire utilisé en témoigne d'ailleurs qui fait ainsi place au concept *case management* (52). Le justiciable devient « *un client* » et l'institution judiciaire « *un fournisseur* », le premier exprimant des attentes que la seconde doit satisfaire « *dans les délais fixés et au moindre coût* ». Toute l'économie du système, si l'on peut dire, repose sur la maîtrise de toutes les étapes du *processus* qui va de la demande en justice jusqu'à la décision du juge.

De ces nouvelles préoccupations institutionnelles rendent compte les représentations doctrinales de la fonction de juger (53). Constituent incontestablement la tête de pont de cette nouvelle pensée économique de la justice les travaux de M. Canivet qui a théorisé cette « *juridicisation des préceptes managériaux* », pour reprendre une expression de Jacques Chevallier (54), à travers la définition d'un « *principe d'efficience* » de la procédure (55). Or, ce principe d'efficience, destiné à assurer la maîtrise et la performance de l'outil judiciaire, est clairement inspiré des règles applicables au traitement du contentieux de la concurrence (56).

16.- Cette évolution n'est pas illégitime, tant s'en faut : le budget de la justice n'est pas extensible ; il faut donc utiliser sainement les ressources qui lui sont allouées par la collectivité nationale à partir de l'impôt. Pour autant, cette évolution n'est pas sans risque non plus, dès lors que l'économie de la justice serait toute orientée vers la réduction des coûts, sans égard à la spécificité de la justice, qui interdit de faire de la rationalité économique le seul critère d'appréciation de l'efficacité de l'institution judiciaire. Il faut donc encadrer l'économie de la justice par la prise en considération de la singularité de cette activité sociale particulière que constitue l'œuvre de justice (57). Pour le dire autrement, l'économie de la justice doit se développer dans le respect de la singularité judiciaire et, dans cet encadrement, l'Europe des droits fondamentaux a son rôle, majeur, à jouer.

(50) V. D. Lamarzelle, *Public management in Europe* : <http://www.unilim.fr/prospeur/an/prospeur/ressources/management/accueil.htm>. P. Langbroeck, La réforme de l'administration de la justice aux Pays-Bas. Le *new public management* et les tribunaux, in J.-P. Jean et D. Salas (dir.), La réforme de l'administration de la justice, RFAP 2008, n° 125, p. XXXX sq.

(51) J. Martin, Administration judiciaire et management, in *Economie de la justice, Revue internationale de droit économique*, 1999/2, p. 143 sq.

(52) V. L. Cadiet, *Case management* judiciaire et déformalisation de la procédure, in J.-P. Jean et D. Salas (dir.), La réforme de l'administration de la justice, RFAP 2008, n° 125, p. XXXX sq.

(53) Sur lesquelles V., dans une perspective historique, R. Colson, *La fonction de juger - Etude historique et positive*, av.-prop. G. Canivet, préf. L. Cadiet, LGDJ, 2006, n° 488-494.

(54) V. J. Chevallier, La juridicisation des préceptes managériaux, *Pol. man. pub.*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111 sq.

(55) V. G. Canivet, Du principe d'efficience en droit judiciaire privé, in *Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 243 sq.

(56) Sur « le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation » des juridictions économiques en Europe, V. *infra*, M. Wathelet, p. XXXX, puis J. Riffault-Silk, C. Bellamy et E. A. Raffaelli, p. XXXX sq et D. Waelbroeck, H. Legal et C. Lazarus, p. XXXX sq.

(57) V., en dernier lieu, 4^e Entretiens du Palais, L'efficacité au service de la justice, Paris, 22 mars 2007, *Gaz. Pal.* 25-27 nov. 2007.

B) L'économie de la justice respectueuse des garanties judiciaires

17.- Il n'est pas impossible de concilier l'économie de la justice et l'œuvre de justice.

D'abord, le droit ne s'est jamais désintéressé de l'économie. Le droit des contrats a été élaboré pour permettre d'assurer les échanges économiques, ce que dit assez le mot *negotium*, qui renvoie aussi au négoce des marchands. De même, la préoccupation d'une bonne administration de la justice, dans laquelle il est permis de voir la forme traditionnelle de la logique managériale, n'est pas une donnée récente : d'une certaine manière, c'est elle qui est à l'origine des statistiques judiciaires, et la puissance publique ne s'est pas davantage désintéressée de la régulation de la vie économique (58). De longue date, la justice étatique s'est efforcée de répondre aux attentes des commerçants, ainsi qu'en témoigne la création des tribunaux de commerce, par la grâce du Chancelier Michel de L'Hospital qui, sensible à l'intérêt du négoce, sut imposer leur création à la communauté des gens de robe, au premier rang desquels figurait le Parlement de Paris. Offrir une justice simple et rapide aux marchands, c'était un devoir de l'État et il est tout à fait remarquable que cette juridiction élective et gratuite, née sur les champs de foire contre la juridiction du seigneur local, ait survécu à la tourmente révolutionnaire et soit ainsi, aujourd'hui, la plus ancienne des juridictions françaises (59). Cette genèse suggère que l'économie est, à certains égards, aux fondements même de la justice, aux fondements *historiques* assurément, si ce n'est aux fondements *philosophiques*. Il n'y a pas si loin, en effet, du « *sage et légitime gouvernement de la maison pour le bien commun de toute la famille* », voire « *de la grande famille qui est l'État* », selon la définition que Jean-Jacques Rousseau donnait de l'économie dans la *Grande Encyclopédie*, à la définition de la justice, héritée de Platon et d'Aristote, comme l'équitable attribution des biens selon les droits et les mérites de chacun. Distributive ou correctrice, la justice participe au gouvernement de la maison. Il est vrai, comme l'a montré Fernand Braudel, que cette idée de « bonne économie », dont la société médiévale était encore porteuse grâce à l'autorité dont jouit l'Église, n'a pas résisté au développement du capitalisme : la recherche du profit a alors fondé une nouvelle conception de l'économie (60) et cette conception a induit un nouveau mode de relation entre la justice et l'économie, de type utilitariste, qui fonde largement la pensée libérale depuis le XIX^e siècle et dont les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale offrent, de nos jours, une expression caricaturale.

(58) V. L. Cadiet, L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité, in Archives de philosophie du droit, *L'américanisation du droit*, t. 45, Dalloz, 2001, p. 89 sq, spéc. p. 104-106.

(59) V. R. Szramkiewicz, Les tribunaux de commerce – Une longue histoire dans la justice économique, *Justices* n° 1, 1995, p. 7 sq. On sait moins que la justice administrative, issue de la juridiction de l'intendant, est historiquement une justice de l'économie et comme le pendant, dans le domaine de l'action administrative, des juridictions consulaires pour les litiges d'intérêts privés : même souci de simplicité, de rapidité et de gratuité, même souci d'échapper aux inconvénients de la justice des Parlements (V. Y. Gaudemet, Monde économique et justice administrative : la mesure d'une critique, *Justices* n° 1, 1995, p. 45 sq).

(60) Sur cette évolution, V. not. les travaux de Fernand Braudel, *L'identité de la France*, Arthaud-Flammarion, 1986, t. 1 : *Espace et histoire*, p. 200-205 et, surtout, t. 2 : *Les hommes et les choses*, 2^e partie, p. 183-421.

Mais, en vérité, l'économie de la justice n'est pas plus d'une pièce que l'économie du droit dont elle relève. *Diverse par ses objets*, qui sont multiples (61), elle est surtout *diverse dans sa conception même*. Il n'y a pas une « *pensée économique de la justice* », mais plusieurs types d'analyses qui sont loin d'utiliser les mêmes outils et de poursuivre les mêmes finalités. Si ce n'est que le *Law and Economics* est le fait d'économistes, il y a loin de l'économicisme, ou réductionnisme, de l'*École de Chicago*, reposant sur l'idée que l'individu opère des choix rationnels, à l'*approche institutionnaliste*, voire *systémiste* contemporaine qui répudie toute proposition d'alignement du système judiciaire sur le fonctionnement marchand. L'économie de la justice ne s'oppose pas à l'économie marchande car le marché est au cœur de l'économie. Seulement, la spécificité de la justice interdit de faire de la rationalité économique le *seul* critère d'appréciation de l'efficacité de l'institution judiciaire : ce n'est pas parce que tout *peut* être mis en équation que tout *doit* être mis en équation. La part du droit est dans cette nuance, qui doit prendre en compte d'autres contraintes et d'autres finalités. L'élaboration pas plus que l'application du droit ne peuvent être réduites à la simple question du choix des règles les plus efficientes : en droit, la règle est bonne ou mauvaise indépendamment de ses effets. L'erreur de la conception dominante de l'analyse économique du droit est « *d'avoir pensé pouvoir construire une théorie générale des comportements humains uniquement sur l'acte de choisir* » en ignorant que « *l'homme a une conscience, des intentions et des traditions* » (62).

18.- L'objectif de l'évaluation des juridictions économiques ne doit donc pas être la définition d'un comparateur comme il en est offert aux consommateurs de toutes sortes de produits et de services. Il est de dresser un état des lieux des systèmes judiciaires afin que chaque État puisse mettre ses institutions et ses procédures au niveau des exigences requises. Ce doit donc être un outil de politique publique. Développement économique et progrès du droit doivent aller de pair ; l'attractivité économique ne doit pas se faire aux dépens des garanties fondamentales de bonne justice (63). De la même façon qu'une autre manière de concevoir le commerce international passe par le respect du droit du travail et du droit de l'environnement, ce qu'on appelle la clause sociale et la clause environnementale, de même la régulation internationale de la concurrence doit comprendre le respect d'une clause judiciaire assurant une garantie équivalente des droits fondamentaux dans l'ensemble des systèmes juridiques. Le

(61) De nature tantôt macro-économique, tantôt micro-économique, elle s'intéresse, non seulement à l'analyse économique de *l'institution judiciaire* dans son ensemble, de sa rentabilité interne et du rapport coût-avantages de la régulation judiciaire par rapport aux modes de solution des litiges, mais aussi à l'analyse économique de *la décision judiciaire*, de son processus d'élaboration, de son contenu et de ses conséquences au regard du litige réglé dans le cas particulier.

(62) F. Facchini, Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation, *RIDE* 1999/2, p. 207 sq.

(63) Il est permis de voir dans cette affirmation l'expression de ce que John Rawl appelle l'*ordre lexical* qui, dans sa conception de la justice, au fondement de la théorie du nouveau contrat social, règle la priorité entre le principe d'égalité, applicable aux libertés civiles, et le principe de différence, applicable aux libertés économiques : *A Theory of justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 ; *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, trad. C. Audard. Cet ordre lexical traduit l'idée qu'une atteinte aux libertés de base ne peut pas être justifiée ou compensée par des avantages sociaux ou économiques plus grands ; ou, pour le dire comme Paul Ricoeur, on n'achète pas le bien-être aux dépens de la liberté : P. Ricoeur, *Le Juste*, Éditions Esprit, 1995, p. 71-97.

but recherché est moins la réduction des garanties qu'offrent les pays les mieux dotés que l'accroissement des garanties dans les pays qui n'en offrent pas assez (64). Le droit au procès équitable exprime cette garantie *minimum*, avec le droit à un juge indépendant et impartial, une procédure publique et contradictoire assurant l'égalité des armes entre les parties et permettant d'obtenir dans un délai raisonnable une décision qui pourra être exécutée sans retard. La loyauté du procès et la loyauté de la concurrence ont partie liée (65).

À cet objectif doit répondre la définition des méthodes et des critères de l'évaluation au regard des exigences d'efficience économique comme à celui des exigences d'équité processuelle. Tout est question d'équilibre entre le principe d'efficience et le principe d'équité (66). Dans l'ordre de l'administration de la justice, cette tension répond à la dialectique observée, sur le terrain de la régulation de la concurrence, entre le principe dit d'efficacité et le principe dit de régularité (67). Dans cette perspective, même s'il ne concerne pas spécifiquement la justice économique, et même s'il est sans doute à parfaire dans le champ de son application, le travail accompli, au sein du Conseil de l'Europe, par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), offre une méthode d'évaluation (68) qui est sans aucun doute préférable à ce que propose la Banque mondiale, à travers les Rapports *Doing business*, reposant sur un modèle de justice déformalisé, qualifié « justice du Cadi », qui prend trop en compte les exigences d'efficacité économique et pas assez les garanties de bonne justice (69).

La pente naturelle de ce modèle est de proportionner la qualité de la justice à l'économie de temps et d'argent qu'elle permet de réaliser. Il faut alors simplifier les formes procédurales et limiter les garanties judiciaires au strict nécessaire. Cette conception pousse à favoriser une procédure orale et déformalisée, sans représentation obligatoire, devant un juge unique dont la décision, à la motivation réduite au minimum, sera immédiatement exécutoire et susceptible de recours strictement conçus, après que les moyens de fait, de droit et de preuve auront été présentés par les parties lors d'une audience unique qui, au demeurant, ne se tiendra parfois qu'en cas de contestation du défendeur, dans un schéma de contentieux inversé comme la

(64) Ce qui pourrait également être présenté comme une interprétation assez libre du principe dit du *maximin* développé par John Rawls, selon lequel, dans une situation de partage inégal, il s'agit de *maximiser* la part *minimale*.

(65) De ce point de vue, il n'est pas indifférent d'observer que si la logique de la concurrence internationale s'infiltré y compris dans le champ de l'activité judiciaire, le commerce international est de son côté soumis, dans le même temps, à une juridictionnalisation croissante du règlement de son contentieux : V. H. Ruiz-Fabri, Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 303 sq. ; La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États, *Rev. arb.* 2003, p. 881 sq.

(66) L. Cadiet, Efficience versus Équité ? in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 25 sq. V. aussi G. Canivet, Économie de la justice et procès équitable, *JCP* 2001, I, 361.

(67) V. L. Cadiet, *Ordre concurrentiel et justice*, préc., n° 15-16.

(68) Sur la question « Peut-on évaluer les juridictions économiques européennes ? », V. *infra*, J.-P. Jean, A. Potocki et C. Xueref, p. XXXX sq.

(69) V. L. Cadiet, Diversités, convergences et perspectives. Rapport général de synthèse, préc., n° 626.

procédure d'injonction de payer en offre le modèle (70). Dans cette conception, l'extrême contraction du processus judiciaire est certes de nature à favoriser l'économie des formes, le respect du délai raisonnable et celui de l'effectivité du jugement, mais le péril est évidemment que la contradiction et l'égalité des armes, donc l'impartialité du juge, n'y trouvent pas leur compte à défaut de mise en état réfléchi de l'affaire, à quoi contribue la présence d'avocats compétents pour assister les justiciables démunis de connaissances juridiques. C'est un modèle de justice qui risque de devenir expéditive et qui n'a, en vérité, de justice que le nom, l'illustration même qu'à force de faire des économies sur la justice, c'est la justice même dont on fait en définitive l'économie (71).

Mais, à l'inverse, si les normes de référence pour évaluer la qualité du procès sont celles du procès équitable, il ne faut pas retenir une conception absolue du droit au procès équitable. Les exigences du procès équitable ne doivent pas être considérées comme un *absolu* car, comme tous les droits fondamentaux, elles doivent souvent être combinées entre elles (72). Surtout, le droit à un procès équitable ne peut s'exercer que dans les limites des ressources allouées à l'institution judiciaire. La bonne justice n'est pas qu'une justice juste dans l'absolu du cas particulier dont est saisi le juge ; c'est aussi une justice juste au regard de l'ensemble des cas dont l'institution judiciaire est saisie. Au-delà de l'égalité des justiciables, il faut encore assurer l'égalité des juridictions entre elles, voire même entre les différents services à l'intérieur d'une même juridiction, ce qui n'est pas toujours le cas (73). Pour toutes ces raisons, l'administration de la justice doit concilier en permanence souci d'efficacité et souci d'équité. C'est à l'équilibre de ces deux principes que doit se mesurer la qualité d'un procès, donc de la justice. Un procès de qualité est un procès conforme à la fois aux principes d'équité et aux principes d'efficacité ; le procès économique ne doit pas échapper à la règle commune. Cette association ne fait qu'exprimer la double dimension de l'Europe elle-même. Dieu nous garde d'une Europe hémiplegique !

(70) Cf. G. de Leval, Les ressources de l'inversion du contentieux, in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 83 sq, et R. Perrot, L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête), in *Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 387 sq.

(71) La chose est arrivée, en France, avec la suppression des avoués et de la procédure, de l'an II à l'an VIII, et elle n'a pas laissé le souvenir d'une période enchantée. Relisons ce qu'en disait Treilhard dans l'exposé des motifs du Code de procédure civile de 1806 (« Exposé des motifs des livres 1^{er} et 2^{ème} de la première partie du projet de Code de procédure civile », in *Code de procédure civile*, Paris, chez N. Renaudière, 1806) : « Si l'on en croyait certaines personnes, on supprimerait toute espèce de procédures (...). Comment peut-on se livrer encore à ces exagérations, après l'épreuve récente que nous avons faite ? N'avons-nous pas supprimé tous les avoués et toute la procédure dans un accès ou plutôt dans un délire de perfection ? Qu'en est-il résulté ? On n'a pas eu moins recours aux avoués, parce que l'ignorant et le paresseux seront toujours tributaires de l'homme laborieux et instruit : les avoués ne perdirent que leur titre, ils continuèrent de travailler comme fondés de pouvoirs ; mais toute procédure étant supprimée, et l'avoué n'ayant plus d'action en justice pour des salaires légitimes, il se faisait payer arbitrairement, même avant d'avoir examiné l'affaire, beaucoup plus qu'il n'aurait obtenu par une taxe raisonnable de la procédure nécessaire qu'on avait supprimé, et jamais la justice ne fut plus chère ».

(72) V. D. Rousseau, V^o Droits fondamentaux, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

(73) V. J.-P. Jean, V^o Evaluation et qualité, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, préc.

QUELS PROCESSUS D'HARMONISATION ?

L'harmonisation par les juges

L'action des instances juridictionnelles – nationales et communautaires – et des réseaux informels

Daniel TRICOT

Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Ce matin, nous sommes à la recherche de deux techniques d'harmonisation : celle effectuée par les juges – objet de notre table ronde –, puis réalisée par la procédure.

L'objectif de cette harmonisation est la création d'un espace judiciaire économique européen, et, pour reprendre les mots du Président Frattini, la création d'un véritable espace commun de justice, de liberté et de sécurité, tel que l'envisage l'article 65 du traité. Un constat s'impose : le modèle européen se caractérise – et je reprends encore les propos très pertinents du Président Frattini – non par l'affirmation d'un système juridique supérieur à d'autres, « *common law versus code civil* », mais plutôt par la diversité des institutions et des procédures, tout en partageant un socle commun fondé sur les traités, la charte des droits fondamentaux et le droit dérivé. Nous sommes ainsi à la recherche des évolutions vers une justice économique efficiente en Europe et vers une harmonisation. Mais, harmoniser, c'est trouver les voies d'une cohérence dans la diversité des règles et des institutions. Nous aurons à nous interroger sur l'évolution car le traité ne parlait pas d'harmonisation mais de rapprochement des législations. Harmoniser ce n'est pas coordonner les institutions. Ce n'est pas unifier les règles de droit. L'harmonisation respecte le principe de subsidiarité.

Pour débattre de ces thèmes, je vous propose d'orienter nos débats autour de quatre réflexions : une première réflexion portera sur l'existant et les méthodes d'harmonisation ; puis nous nous interrogerons sur le périmètre de l'harmonisation. Une troisième réflexion portera sur l'utilité ou l'efficacité des réseaux de juges, et, enfin, parce qu'il est permis de rêver, une quatrième réflexion interrogera sur la légitimité des juges.

Pour envisager ces quatre réflexions successives, nous avons la chance d'avoir à nos côtés : Monsieur le Conseiller d'État Jean-Pierre Puissochet, Monsieur le Procureur général Luigi Rovelli, Monsieur le Professeur Giuseppe Tesouro et Monsieur le ministre Melchior Wathelet. Pour introduire ce débat, je vous présenterai d'abord les deux premières réflexions.

Première réflexion, les méthodes d'harmonisation.

Le Président Frattini parlait des traités de la charte des droits fondamentaux, du droit dérivé. On peut l'approcher par la primauté du droit communautaire, les ressources de l'effet direct, le droit unifié, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme – et sa lecture, tant par la Cour européenne des droits de l'homme, que par les juridictions nationales – l'accès au juge, le procès équitable, le principe de proportionnalité, la sécurité juridique, la prévisibilité, et je ne cite pas tout. Tout cela fait que, aujourd'hui, chaque juge national est devenu un juge européen. Et bien sûr, il convient de citer – nous y reviendrons dans la troisième réflexion –, les questions préjudicielles. Les méthodes d'harmonisation existant déjà, la question est de savoir si elles peuvent être mieux utilisées, mieux développées. Mais dans le même temps, il faut s'interroger sur le périmètre de l'harmonisation. On connaît le traitement juridique et économique de la concurrence – ce sera la deuxième partie de ce colloque – et son évolution vers un réseau d'autorités administratives articulées avec un maillage juridictionnel spécialisé dans les divers États membres. Monsieur le Président Didier Kling nous parlait des méthodes, des matières à harmoniser : concurrence, propriété industrielle, société, banque et bourse, insolvabilité. Ces domaines nous livrent plusieurs clés d'entrée pour harmoniser le périmètre du droit économique et des juridictions économiques.

Première clé : faut-il distinguer selon l'espace ? Distinguer entre les litiges locaux et les litiges transnationaux. Faut-il distinguer selon le domaine ? Et, dans ce cas, comment mettre en œuvre cette distinction ? On peut distinguer par matière, et relever toutes les matières – comme je viens de le faire – qui relèvent du droit des affaires ou du droit de l'économie. On peut aussi distinguer par secteur : la concurrence, les brevets, le transport, etc. On peut distinguer selon la méthode, selon que l'on prône une intervention directe du juge ou le contrôle par des autorités administratives indépendantes. Le meilleur exemple, à mon avis, est celui tiré de l'arrêt *Eurofood* de la Cour de justice des communautés européennes du 2 mai 2006 qui, pour l'application du règlement communautaire, a fait très clairement ressortir que le juge européen est, tout simplement, le premier juge national qui ouvre une procédure collective en Europe et qui, par là même, retient sa compétence (sauf à admettre plus tard qu'il n'était pas lui-même compétent). Et non seulement il retient sa compétence, mais il fixe par là même la règle de droit applicable, puisque c'est la législation de ce juge qui a vocation, sous réserve des procédures secondaires, à s'appliquer dans toute l'Europe.

Vous voyez que nos réflexions sur ces méthodes d'harmonisation et sur le périmètre de l'harmonisation sont ouvertes, et j'invite les uns et les autres à prendre la parole. Monsieur le Ministre Wathelet.

Les méthodes et le périmètre de l'harmonisation

Melchior WATHELET

Ancien Juge à la CJCE, ancien Vice-Premier Ministre, Ministre de la Justice et des Affaires Économiques de Belgique

Merci Monsieur le Président. Je partirai du postulat que, aujourd'hui, en matière économique, la fragmentation du droit représente un coût croissant, et ce d'autant plus que le marché s'unifie. Et si nous allons, au cours de ce colloque, essentiellement parler du droit de l'Union européenne et de l'harmonisation au sein de l'Union européenne, je crois que le même problème se pose, et de plus en plus, au-delà des frontières de l'Union européenne, conséquence de la mondialisation de l'économie. Deuxième postulat, si l'harmonisation est largement souhaitable pour l'économie, pour les justiciables, elle sera nécessairement multiforme. Pour reprendre à mon compte l'expression de Madame Delmas-Marty de « pluralisme ordonné », je dirais, allant presque jusqu'au pléonasme, pluralisme « ordonné » et même « diversifié ».

Diversifié selon les matières, selon le type de litiges, et aussi selon le type d'harmonisation envisagée. Parce que l'harmonisation, c'est plus que de la coordination. Cela peut aller, dans le langage traditionnel du droit européen, jusqu'à la règle pratiquement uniforme (ou même la règle uniforme), mais cela peut être simplement la fixation de seuils minimums, ou ce qui est d'ailleurs une méthode redoutable, la reconnaissance mutuelle avec des formes particulières, comme dans l'arrêt *Eurofood* dont vient de parler le Président Tricot. Ajoutons les méthodes d'harmonisation existantes ; vous en avez citées quelques-unes, Monsieur le Président, et j'y souscris : la primauté, l'effet direct, le droit unifié, la CEDH, le mécanisme préjudiciel qui a permis de faire du juge national le premier juge communautaire. C'était une mécanique extraordinairement imaginative, une mécanique extraordinairement efficace. Si on avait tout envoyé à Luxembourg, on aurait noyé la juridiction communautaire. Mais, bien entendu, en faisant du juge national, le juge du droit communautaire, il fallait inventer un processus d'unification d'interprétation et d'application du droit. On avait le choix entre le mécanisme traditionnel utilisé dans tous nos États qui est celui de la hiérarchie (on va en appel jusqu'à la Cour suprême) ou, et c'est ce qui a été choisi – et je crois que cela convenait particulièrement bien à l'Europe naissante et que cela convient encore aujourd'hui –, le mécanisme de la coopération entre juridictions, le mécanisme préjudiciel. J'ajouterai, au nombre des méthodes d'harmonisation existantes, le mécanisme de l'interprétation conforme (la Cour de justice exige du juge national qu'il interprète, dans toute la mesure du possible, son droit national de manière conforme au droit communautaire), et le monopole que s'est réservé la Cour de justice pour l'appréciation de la validité du droit communautaire.

Maintenant, il me semble qu'il serait souhaitable, à court terme, pour améliorer encore la sécurité juridique – même si la Cour de Luxembourg a bien agi dans la ligne de la CEDH à cet égard –, que l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme.

Cela a été décidé dans le traité constitutionnel ; le traité de Lisbonne prévoit que cette adhésion fasse l'objet d'une ratification supplémentaire par tous les États membres.

Je passe à ce qui serait le périmètre souhaitable de l'harmonisation. Vous avez demandé, Monsieur le Président, s'il fallait procéder par matière ? par secteur ? en fonction de la méthode ? Je répondrai oui à toutes vos propositions. Je dirais que selon les secteurs, selon les domaines, on choisira une autre méthode ou un autre degré d'harmonisation. À l'une des extrémités du spectre, on va trouver des matières comme la concurrence ou la propriété intellectuelle, où là, manifestement, l'harmonisation doit être extrêmement poussée. On est dans l'international presque par définition. Il faut unifier le droit matériel, la procédure et la juridiction. À l'autre extrémité du spectre, nous trouvons la protection du consommateur ou la concurrence déloyale locale, ne parlons pas d'harmonisation, nous ne serions pas dans le respect du principe de subsidiarité. Je crois, par ailleurs, que l'harmonisation par les juges est positive surtout lorsque rien d'autre n'existe. Mais je pense, tout de même, que l'unification ou l'harmonisation au niveau du droit matériel, reste un élément d'efficacité important. Tout le travail ne doit pas être fait par les juges. Le législateur peut aussi apporter sa contribution. Un exemple significatif est ce que l'on a appelé la communautarisation partielle du troisième pilier, c'est-à-dire la communautarisation de la coopération judiciaire civile : cela a consisté à faire passer, dans le pilier communautaire, ce qui était, jusqu'au traité d'Amsterdam, dans le troisième pilier, justice et affaires intérieures. Le changement d'instrument juridique, le passage d'une convention internationale – qui pourtant était interprétée en utilisant la compétence préjudicielle de la Cour de justice, avec donc, une mécanique d'harmonisation qui pouvait être efficace – à des règlements communautaires, augmente l'efficacité et la rapidité, mais permet aussi d'harmoniser de manière plus efficace, tout en facilitant le travail du juge. Même s'il est vrai que tous les efforts européens faits dans ce cadre ne sont peut-être pas inspirés d'un modèle processuel commun bien réfléchi et très cohérent, je crois que toutes les initiatives visent à atteindre plus d'équité, plus d'efficacité, et une rapidité raisonnable.

Dernier point, si l'idéal est l'harmonisation au niveau législatif, suivi bien sûr, d'une harmonisation par les juges, et si beaucoup d'instruments existent déjà – et souvent à la seule initiative des juges – je crois qu'il ne faut pas se faire d'illusions quant aux instruments institutionnels. L'ennui d'être d'accord avec ses prédécesseurs, c'est de répéter ce qu'ils ont dit. Je pense, en effet, qu'il n'est pas opportun de pousser à tout crin l'intégration juridictionnelle. J'ai déjà dit, tout à l'heure, qu'on avait privilégié – cela me paraît une bonne chose – le réseau plutôt que la hiérarchie, la coopération entre les juges plutôt que les mécanismes d'appel et de cassation au niveau européen. Je ne pense pas que demain une œuvre unificatrice autoritaire soit possible ni même opportune. On pourrait vouloir, demain, supprimer ou imposer l'échevinage, regrouper tous les litiges économiques au sein du judiciaire ou au sein des juridictions administratives. Je pense que : *primo* ce n'est pas nécessaire, et *secundo* que ce ne serait pas politiquement faisable. Cela n'empêche pas que l'on puisse avoir des échanges de juges, des formations réciproques, des recommandations et que l'on puisse, entre pays, se dire que telle ou telle méthode a donné de particulièrement bons résultats. Et je pense, puisqu'on en

a beaucoup parlé dans l'étude du CREDA, à la technique de l'échevinage de nos juges consulaires en Belgique auprès des tribunaux de commerce. Ces formules peuvent d'ailleurs percoler au niveau européen ; je voudrais faire allusion à la proposition de la Commission de créer non seulement un brevet communautaire – qui est aujourd'hui bloqué pour des problèmes linguistiques –, mais aussi un tribunal du brevet communautaire. On unifie le droit, et on prévoit la juridiction. Et d'ailleurs, le traité de Nice a été précurseur en la matière, puisqu'il a prévu la possibilité pour le Conseil de créer des tribunaux spécialisés qu'on appelle aujourd'hui « chambres juridictionnelles », et qu'on appellera demain, « tribunaux spécialisés ». C'est donc bien le droit matériel et la juridiction qu'on unifie. Et au niveau européen, on va y trouver une technique proche de l'échevinage, puisque la Commission, dans sa proposition de tribunal sur le brevet communautaire, prévoit, bien sûr, qu'il y aura des juges, mais que ces juges seront assistés de spécialistes. Évidemment, on pense tout de suite aux spécialistes des domaines scientifiques qui sont nécessaires dans le domaine du brevet. Mais ils ne seront pas là seulement comme référendaires. Ils ne seront pas là pour proposer ou préparer le travail du juge. Ils assisteront aux délibérés, mais – particularité par rapport à nos juges consulaires par exemple en Belgique – ils n'auront pas de voix délibérative.

Ce qui me fait revenir à mon préalable, le pluralisme ordonné si possible, et probablement pluralisme diversifié, étant entendu que l'harmonisation, quel que soit son degré, ne me paraît s'imposer que pour les litiges transnationaux par nature ou les domaines appelés à devenir de plus en plus internationaux.

Daniel TRICOT.– Monsieur le Professeur Tesauo, vous voulez bien intervenir sur les méthodes et les périmètres de l'harmonisation ?

Giuseppe TESAURO

Juge à la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, ancien Avocat général à la CJCE, ancien Président de l'Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato

Je voudrais faire deux brèves réflexions préliminaires, si vous me le permettez. Le droit de l'économie a une position tout à fait particulière, parce qu'on est convaincu – et c'est aussi la réalité –, qu'il y a un détachement du droit de l'économie par rapport à la dimension traditionnellement nationale du droit. Le droit de l'économie a une dimension ultra-nationale. Et cela pose un problème d'harmonisation peut-être encore plus fort que pour les autres secteurs du droit. La deuxième réflexion préliminaire, c'est que le marché ne tolère pas les retards, les insuffisances, les inefficiences de la justice. Or, une des raisons de l'inefficience de l'État, c'est la fragmentation des disciplines juridiques du droit matériel et du droit procédural. Plus forte est alors l'exigence d'harmonisation qui se pose dans ce secteur. Il y a aussi une autre raison très importante : l'inefficience, les retards, la fragmentation posent un problème aux entreprises, mais aussi au pays tout entier, parce que ces facteurs ont une influence directe et immédiate sur la compétitivité des entreprises et sur le système économique d'un pays. L'exigence d'harmonisation est, là aussi, très forte.

Nous avons maintenant un modèle communautaire. Le modèle communautaire c'est un grand modèle, nous le savons. On a introduit dans l'âme des juristes, une approche communautaire du droit. Et cela est très important, c'est le commencement d'un processus naturel d'harmonisation. Le seul. Mais, dans le secteur spécifique du droit de l'économie et du procès civil en général, nous avons, et le Professeur Cadiet l'a bien dit, une fragmentation ; et ça, ce n'est pas bon.

On devrait commencer avec un tapis de base – que nous avons déjà : ce sont les droits fondamentaux en matière de garanties des droits des individus, des entreprises – puis construire un modèle du procès au sens large sur lequel on pourrait alors greffer une extension qui s'occupe spécialement des affaires économiques. Les affaires économiques n'ont pas besoin d'un procès spécial, à mon avis. Elles n'ont pas besoin d'un juge très spécial. Le juge de l'économie doit être un bon juge avant d'être un spécialiste. Et le cadre du procès dans lequel il évolue doit d'abord être un cadre général. Après, on peut commencer à réfléchir sur la possibilité, si on en ressent le besoin, d'un procès spécial. Spécial, de quel point de vue ? Du point de vue des délais ? Certes, pour le droit de l'économie les délais sont importants, mais le procès en général ne tolère pas les retards. C'est donc à un modèle de procès communautaire de base que l'on doit réfléchir maintenant et il convient d'harmoniser les différents éléments dont nous disposons. On a la faillite, l'injonction. Ce sont là des initiatives très importantes qu'a prises la Communauté. Mais il me semble que l'on doit arriver maintenant à un modèle unique de procès uniforme, qui peut commencer à être construit sur le socle des droits de l'homme, désormais base commune pour toute l'Europe, l'Europe de Strasbourg et l'Europe de Luxembourg. Il y a là, me semble-t-il, matière à réflexion.

Quant au périmètre, encore une fois, je ne suis pas très favorable à une trop grande fragmentation. Le droit de l'économie, c'est déjà une spécialisation. Le droit de la concurrence, des brevets, des transports, ce sont des choses un peu différentes : la concurrence, par exemple, c'est un bon modèle de coopération, d'harmonisation, mais cela reste très spécial. Je ne vois pas tellement les juges impliqués. Le *private enforcement*, le recours au juge y est très limité, sauf en matière de dommages et intérêts. Le modèle « concurrence », est un modèle construit sur les circuits et sur la dimension publique de la concurrence, c'est-à-dire sur le marché, l'autorité publique administrative de concurrence. Mais je ne sais si c'est un modèle auquel on doit penser. Quand j'ai été nommé Président de l'Autorité de Concurrence italienne, la première chose que j'ai faite a été d'inviter à dîner toutes les autorités de concurrence à Rome. Et on a commencé à créer le réseau des autorités de concurrence. On a fait la même chose avec le juge... mais c'est un modèle tout à fait particulier. J'insiste sur cette idée qu'il faut commencer par le général et arriver, au fur et à mesure qu'on en a besoin, à la spécialisation d'une partie du procès, mais pas du procès dans son ensemble.

Daniel TRICOT.– Monsieur le Procureur général Rovelli voulait dire quelques mots.

Luigi ROVELLI

Procureur général à la Cour d'appel de Gênes

J'aborderai les thèmes que vous nous avez soumis mais dans le cadre de quelques considérations plus générales. Je rappelle la célèbre formule de Max Weber, selon laquelle « l'entreprise capitaliste est intimement fondée sur le bénéfice. Elle a besoin, pour exister, d'un appareil judiciaire dont le fonctionnement, du moins en principe, puisse être calculé rationnellement en temps, contenu et coût ». Cette idée était avancée par Max Weber alors qu'il décrivait les étapes du développement économique à la suite de la révolution industrielle.

En Italie, le domaine judiciaire est caractérisé par la durée excessive des procédures. Cette situation semble paradoxalement être un démenti à la célèbre prophétie de Max Weber. En Italie, en effet, l'économie s'est développée à côté même d'une administration de la justice souvent déficiente. D'un côté, cette anomalie peut être une des raisons qui ont favorisé l'abus de certaines mauvaises pratiques. Mais d'un autre côté, l'inefficacité du système judiciaire italien ne concerne pas l'intégralité de la procédure civile, mais presque exclusivement le procès de cognition ordinaire, car dans notre système, il n'existe pas de procès civil, mais beaucoup de modèles de procès. Et le panorama va changer quand on va examiner des procédures spéciales, par exemple le procès monitoire, une large partie des procédures d'urgence. Il y a encore une raison historique particulière pour laquelle, en Italie, le besoin d'un bon droit des affaires et de l'efficacité du remède juridictionnel est peut-être plus important que dans de nombreux autres pays européens : les remèdes « structureaux », comme la réduction de la fiscalité, ou une plus grande flexibilité dans le droit du travail, ont des coûts sociaux et économiques difficilement maîtrisables alors que l'amélioration de la législation sur les sociétés, du droit des affaires en général, produit, à moindre coût, des effets remarquables sur le développement de l'économie.

Je partage les observations du Professeur Tesauro, une approche communautaire, voilà la voie nécessaire.

Et sur la voie de l'harmonisation possible, un rôle décisif a été joué par la Cour de justice européenne, lieu de l'interprétation centralisée des règles communes du marché européen. Les piliers principaux sur lesquels repose l'ordre juridique européen découlent directement de la jurisprudence de la Cour : la primauté du droit communautaire, le principe de l'interprétation du droit national en conformité avec le droit communautaire... Mais je désire souligner l'importance décisive, qu'ont eues, dans le domaine des affaires et de la *corporate governance*, les décisions *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* ; les sociétés constituées selon la législation d'un État membre, mais dont le siège principal de leur activité se situe dans un autre État membre, peuvent être régies selon les règles du droit des sociétés de l'État de constitution. Ce principe permet aux entreprises de choisir la meilleure des règles sociétaires que le marché européen va leur présenter. Cela stimule évidemment – et a stimulé – une concurrence entre les États à la recherche de la législation la plus favorable pour les entreprises. Cette compétition peut être

utile lorsqu'elle porte sur des éléments comparables. C'est le cas pour les règles relatives à la protection du capital social, des intérêts des tiers. Ce noyau minimum de protection est la condition *sine qua non* pour que la concurrence entre systèmes judiciaires puisse avoir un effet positif. Il s'agit d'un phénomène comparable à celui expliqué par Madame Romano dans *The genius of American corporate law* (74). Là, on envisage la meilleure partie du système de *corporate governance* aux États-Unis où coexistent des règles impératives établies au niveau fédéral et une large autonomie des législations de chaque État.

À l'invitation de Monsieur Tricot, je voulais réserver quelques mots au problème du modèle de la concurrence comme modèle de contentieux idéal. Je partage l'idée selon laquelle c'est un modèle à imiter. Mais j'ai aussi quelques préoccupations liées à la multiplication des autorités administratives indépendantes. La multiplication, c'est un phénomène désormais bien enraciné dans les pays de l'Union européenne, à l'image de ce qui se passe aux États-Unis. Mais on peut se demander, ainsi que l'on fait Claude Ducouloux-Favart et l'une de ses étudiantes, si « la multiplication de cette autorité pollue les structures de l'État démocratique ? ». Elles sont, d'un côté, des entités administratives non juridictionnelles puisqu'elles ont compétence dans un secteur réservé aux services publics, mais, en même temps, elles jouissent de l'indépendance. Or, l'article 20 de la Constitution française pose comme règle générale que le Gouvernement est politiquement responsable, dispose de l'Administration et répond de son activité. Ceci est, je crois, la limite constitutionnelle à l'extension de ce modèle. Dans le même temps, il me semble que la voie est ouverte au « *private enforcement* », qui, en matière de concurrence, est le second instrument de sauvegarde du droit de la personne, tout en demeurant le premier instrument venant au soutien de l'action publique de la Commission et des autorités nationales de concurrence. Dans cette perspective, on peut aller jusqu'à considérer qu'il conviendrait de reconnaître aux décisions de la Commission et des ANC, l'autorité de la « chose décidée » lorsqu'une action privée en réparation est engagée devant le juge judiciaire national par les victimes. Et je crois que cela est le maximum de confiance que l'on peut faire à ce modèle.

Jean-Pierre PUISSOCHET

Conseiller d'État honoraire, ancien Juge à la Cour de justice des Communautés européennes

Je serai extrêmement rapide, rassurez-vous. Premièrement, je me rappelle que, lors d'un précédent colloque, on avait insisté sur le fait que l'harmonisation n'était pas, à vrai dire, une véritable nécessité. Et un point de vue proche de celui-ci a été exprimé par le Président Badinter qui indique dans la préface de l'ouvrage du CREDA : « nul besoin d'imposer un modèle uniforme de juridiction économique en Europe. La diversité liée à l'histoire et à la culture judiciaire peut subsister, à la condition de respecter tous les principes du procès équitable inscrits dans les conventions du Conseil de l'Europe et les traités de l'Union européenne » (75). Et je crois que c'est une expression tout à fait heureuse. Je remarque aussi

(74) R. Romano, *The genius of American corporate law*, Aei Studies in Regulation and Federalism, 1993.

(75) *Quelles juridictions économiques en Europe ?*, op. cit., p. XXIV.

que les pères du traité de Rome n'avaient qu'une sympathie modérée pour l'harmonisation et qu'ils préféraient s'exprimer en termes de rapprochement des législations. Je voudrais remarquer aussi que la technique du juge n'est pas très favorable à une action d'harmonisation. D'abord parce que le juge, comme chacun sait, ne connaît une affaire que lorsqu'il en est saisi. Il ne répond, en principe, à des moyens, que lorsque ces moyens ont été formulés devant lui. Et par conséquent, son pouvoir d'initiative est relativement limité. Je crois que c'est aussi une chose qu'il faut conserver à l'esprit.

Ensuite, parce que les règles qui résultent du traité restent, de toute façon, imprécises. Il est tout à fait frappant de constater, aujourd'hui encore, après une cinquantaine d'années de fonctionnement que la Cour de justice des Communautés européennes a encore des difficultés à déterminer les limites précises de l'effet des directives, par exemple, et des effets qui ne seraient pas verticaux, mais diagonaux ou autres. Et les règles sur l'effet direct, sur la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux, sont des règles qui ont été conçues comme relatives à la hiérarchie des normes, et pas seulement, ou de façon très indirecte, comme des règles d'harmonisation. La dernière observation que je voudrais formuler concerne la question du périmètre et de ce qu'on a si joliment appelé les clés d'accès au périmètre. Sur ce point je dirais que je n'ai pas d'avis définitif ni même approximatif sur la clé la plus utile pour procéder. Je dirais surtout que les divisions, trop nombreuses, entre des juges qui seraient spécialisés et des juges qui seraient particulièrement compétents, aboutissent à multiplier les catégories. Et si on multiplie les catégories, cela veut dire qu'on multiplie les frontières ; et si on multiplie les frontières, on multiplie les délimitations. Et de surcroît, tout ceci n'est pas très facile à mettre en œuvre.

Je terminerais en citant cet exemple qui est à la fois pittoresque et intéressant (il concerne aussi la Cour de Luxembourg) : comme chacun sait il y a des situations dans lesquelles il n'y a pas de compétence communautaire parce que la législation applicable est une législation strictement nationale, que les circonstances de fait sont strictement nationales, etc. Et ces règles, en apparence simples, qui devraient permettre de déterminer très facilement ce qui est de la compétence communautaire et ce qui n'en relève pas, ne le sont pas toujours. Lorsque le juge, par souci de rendre plus subtiles les règles, aboutit à des solutions, comme celle dégagée dans l'affaire dite des saucissons de montagne, on voit bien combien il est complexe d'intervenir dans une situation dans laquelle il y a de nombreux secteurs à prendre en considération. Dans cette affaire, la législation applicable était la législation d'un État membre déterminé ; la France. Les phénomènes qui étaient à la base du conflit et du litige s'étaient déroulés dans un État membre unique, la France, mais la Cour a pu estimer qu'il était possible, après tout, qu'il y ait une extension communautaire et une compétence communautaire susceptibles d'être reconnues. Il y a eu quelques autres décisions qui impliquent la même philosophie. Et cela montre combien il est complexe d'appliquer des critères tels que celui-ci.

Daniel TRICOT.— Merci Messieurs. L'harmonisation n'est pas l'unification. Nous en sommes bien d'accord. Et c'est dans la diversité des réseaux que l'harmonisation peut se faire.

Nous sommes au début d'un processus, si j'en crois le Président du Conseil national des Barreaux français. Il a cette expression forte : « il va falloir effectuer le grand saut vers l'intégration dans la vie économique ». Il parle des professions, il parle du droit, bien sûr, mais on voit le défi qui doit être relevé, en particulier par les juristes français.

Nous en venons à la troisième réflexion ; celle sur l'utilité des réseaux de juges. Nous sommes en partenariat avec le Forum des juges commerciaux européens, avec l'Association des juges européens du droit de la concurrence, et beaucoup d'entre nous, y compris moi-même, pourraient dire tout le caractère fructueux de ces échanges informels entre juges qui se réunissent un jour, deux jours, pour étudier des situations concrètes et voir les diverses solutions, adopter et comparer les résultats, et non pas les règles, mais les résultats dans les divers pays européens. Il faut aussi parler, bien sûr, du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale dont a parlé fort bien, fort longuement et fort utilement, le Président Frattini. Mais il n'y a pas que cela. Et dans ce débat sur l'utilité des réseaux de juges, se posent un certain nombre d'interrogations au sujet des questions préjudicielles. À propos de cette interprétation centralisée, certains ont suggéré que les cours suprêmes des divers États membres soient associées à l'instruction des questions préjudicielles, et non pas seulement les gouvernements des États. D'autres ont suggéré des possibilités de questions préjudicielles plus larges, ouvertes aux juges du fond, aux arbitres en particulier. La Cour de justice a elle-même proposé de déconcentrer les questions préjudicielles. Et puis, ultime étape et ultime interrogation dont il faudra parler, ne serait-ce que rapidement, c'est cette fameuse création d'une Cour suprême européenne. Est-ce nécessaire ? Est-ce utile ?

De l'utilité des réseaux de juges

Giuseppe TESAURO.— Bien sûr, les réseaux des juges sont des initiatives très importantes. C'est très important de pouvoir se voir, de manger ensemble, de parler, de se promener ensemble, ici, sur les Champs Élysées ou à Rome, ou à Venise, pourquoi pas ? Nous avons fait l'« *International competition network* » à Naples. Alors, oui, les réseaux sont très importants.

Si le réseau représente pour certains le commencement de quelque chose de différent, c'est-à-dire une Cour suprême, une Cour de cassation européenne ou encore plus, cela me pose peut-être problème. La Cour de cassation, c'est quelque chose qui est lié au droit national. Si on veut quelque chose de différent lié à un droit harmonisé, unifié, rapproché, ou je ne sais quoi, mais en tout cas un droit commun, alors on a déjà la Cour de justice. On peut imaginer encore autre chose. Mais la multiplication, c'est quelque chose qui a à voir avec les poissons et le pain, pas avec les cours de justice.

Venons-en au deuxième aspect : La question préjudicielle. Moi, je suis né avec le renvoi préjudiciel auprès de la Cour constitutionnelle (c'est le modèle autrichien, que l'on connaît également en Allemagne et en Italie). Mais ce renvoi préjudiciel concerne des cas particuliers,

et implique les seules parties. Le renvoi préjudiciel communautaire intègre quelque chose en plus : les gouvernements des États membres sont impliqués. Je ne pense pas qu'il faille y ajouter les Cours suprêmes. Les Cours suprêmes des différents États membres sont déjà impliquées dans le procès national. On peut faire appel, on peut faire un recours en cassation. Pour le moment, j'hésite à souscrire à une hypothèse de ce genre.

Élargissons les possibilités des questions préjudicielles. Peut-être y a-t-il un problème avec les arbitres ? Mais on pourrait accepter de la part d'« arbitres » appelés à trancher un litige – et non à refaire le contrat – les questions préjudicielles. En Italie, nous avons un système dans lequel il y a deux types d'arbitrage : l'arbitrage contractuel (l'arbitre refait le contrat) et l'arbitrage « rituel » qui consiste à trancher des litiges, avec la garantie d'un procès. Et le coût n'est pas tellement différent, parce que, dans ce cas, les délais sont très rapides. Pendant longtemps, la Cour constitutionnelle a refusé aux arbitres la possibilité de faire un renvoi préjudiciel. Mais elle a fini par comprendre que l'idée n'était pas mal, et elle a accepté le renvoi préjudiciel des organes d'arbitrage. La Cour constitutionnelle italienne fonctionne plus ou moins comme la Cour de justice. C'est donc une voie à creuser. Et c'est très important pour le droit de l'économie, des affaires, du commerce, etc. Déconcentrer les questions préjudicielles, ça ne va pas. Ou bien, c'est le tribunal qui en connaît, ou bien c'est la Cour de justice mais pas les deux. Et comme la tendance est toujours à maintenir la possibilité de faire appel des décisions du tribunal, y compris pour le droit de la fonction publique, les délais de procédure s'éternisent et cela ne va pas.

Melchior WATHELET.– Je vais essayer de conclure, pour ma part, en fusionnant les troisième et quatrième réflexions en quelques points.

Je ne pense pas qu'il y ait vraiment de modèle unique. Nous vivons et nous devons vivre dans la diversité, dans la diversification, selon les types de litiges, selon les matières, et en choisissant, chaque fois, la solution la plus adéquate. Et il ne faut pas oublier non plus que, dans certaines matières, les choses sont politiquement plus difficiles à décider que dans d'autres. Et je ne crois pas qu'il faille renoncer à avancer dans certaines matières sous prétexte qu'on ne peut pas avancer partout à la même vitesse.

Deuxième point : un réseau informel de juges, oui, pourquoi pas, comme l'a dit Monsieur Tesauo. J'espère donc être bientôt invité à Naples pour une conférence, un bon déjeuner et le bon soleil du sud de l'Italie. Pour être plus sérieux, pour avoir eu l'expérience des contacts entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes, les réflexions en commun, collectives, fréquentes, régulières sont importantes sur le plan humain et sur le plan juridique. Ces rapprochements se traduisent, non seulement par le respect mutuel, mais aussi par l'enrichissement réciproque de la jurisprudence. Cela se fait même entre Cours non européennes.

Troisième et dernier point, Monsieur le Président, j'aurais voulu faire, au-delà des grandes réflexions, quelques petites suggestions techniques. La première pour dire que je ne crois pas du tout à l'idée d'une Cour de cassation européenne. Je ne vois pas en quoi cela serait opportun, et même si cela l'était, je ne vois pas, aujourd'hui, de possibilités politiques de pareilles décisions. Par contre, je pense que nous pourrions faire quelques propositions d'amélioration des systèmes existants, et notamment en droit communautaire sur la base, par exemple, du modèle utilisé pour la concurrence. Cette matière, de plus en plus européenne, a fait l'objet, en 2003, d'une re-déconcentration au niveau des États, mais avec la possibilité de participation de la Commission européenne, à la fois dans les procédures judiciaires, et dans les procédures administratives nationales. Nous pourrions donc, peut-être, dans d'autres matières voir la Commission européenne jouer le rôle d'une sorte de ministère public – mais dans le sens de l'*amica curiae* ou l'*amicus curiae* –, dans une série de procédures où elle pourrait aider le juge national dans des matières qui sont, ou techniquement difficiles, ou par nature internationales, ou relèvent essentiellement du domaine économique.

Deuxième proposition, je vois mal aujourd'hui les raisons qui conduiraient à limiter la possibilité de poser des questions préjudicielles à Luxembourg aux seules Cours suprêmes nationales dans les matières du troisième pilier partiellement communautarisé : visa, asile, immigration, coopération judiciaire civile. Sous prétexte de gagner du temps, on en perd, puisque si l'on veut arriver à la Cour de justice, il faut nécessairement épuiser les voies de recours internes.

Troisième élément, et c'est peut-être une petite provocation. Je suis assez d'accord avec cette idée de voir nos cours suprêmes nationales participer au travail de la Cour de justice des communautés européennes. Parce que, tout le monde dit : « la question préjudicielle c'est une procédure de coopération de juge à juge ». En fait, il n'y a pas de dialogue entre les juges : le juge pose sa question, la Cour de justice dit « merci beaucoup ». Elle peut à peine lui poser une question en retour : « qu'est-ce que vous avez voulu dire ? ». D'ailleurs le juge national, parfois, par son droit national est obligé de dire : « ce dossier, tant qu'il ne revient pas définitivement de chez vous, je ne le connais plus. Je ne peux pas vous répondre. Je ne peux même pas vous parler. Je ne peux pas vous écrire. Je ne peux pas vous téléphoner ». Autrement dit, ce dialogue de juge à juge, il n'existe pas beaucoup. Il y a juste l'ordonnance de renvoi. Par contre le dialogue, il s'instaure à Luxembourg avec les parties au litige au principal, celles qui ont déjà débattu devant le juge national, avec tous les États qui sont invités à faire des observations, et avec la Commission qui, dans toutes les procédures préjudicielles, présente ses observations. Est-ce que dans certains cas, il ne serait pas possible, selon une procédure à déterminer, pour des points de droit fondamentaux, des dossiers extraordinairement importants, où la Cour de justice pourrait, par exemple, décider de siéger en plénière, d'avoir un contact avec le juge national de manière structurée, publique, transparente ? Je pense particulièrement à une procédure qui, aujourd'hui, n'a encore jamais été utilisée en droit européen. Elle existe pourtant depuis 1999, année d'entrée en vigueur du *traité d'Amsterdam*. C'est ce qu'on appelle le recours préjudiciel dans l'intérêt de la loi : ce n'est pas dans un dossier particulier que naît la

question préjudicielle, c'est un État membre, c'est la Commission, qui peut poser une question préjudicielle à la Cour. C'est un peu pour compenser le fait que ces questions préjudicielles, dans ces matières du troisième pilier communautarisé, ne sont ouvertes qu'aux cours suprêmes nationales. Dans ces recours préjudiciels dans l'intérêt de la loi, il me paraît possible, et peut-être souhaitable, d'améliorer le réseau entre les juges nationaux et le juge européen. Je note que ce type de recours a disparu dans le traité de Lisbonne.

Quatrième proposition technique, c'est le problème de l'arbitrage. Je pense qu'aujourd'hui, dans le monde économique qui est le nôtre, la jurisprudence de la Cour consistant à barrer la route aux questions préjudicielles venant des arbitres – au sens où Monsieur Tesauro vient de l'indiquer – est probablement trop sévère. S'il faut prévoir le filtre nécessaire d'un juge national, il faut que ce soit un petit filtre, pour ne pas recommencer la procédure sur le plan judiciaire, puisque c'est celle-là qu'on a voulu éviter par l'arbitrage. Mais l'arbitrage étant, aujourd'hui, tellement important en matière économique, je pense que le barrage fait par la Cour de justice doit être assoupli d'une manière ou d'une autre.

J'ajoute qu'il est, aujourd'hui, parfois difficile, pour les États membres, de savoir comment concevoir une législation conforme au droit communautaire. Monsieur Puissochet a rappelé les incertitudes qui subsistent : après 50 ans de jurisprudence de la Cour de justice, même les mots « liberté d'établissement », « libre circulation des capitaux » ou « situation purement interne », donnent lieu à des articles de doctrine très longs, très fouillés et très intelligents, mais qui ne sont pas nécessairement en accord. N'y aurait-il pas la possibilité, au niveau européen, pour les États comme pour les justiciables, de disposer d'une formule d'avis juridique, de s'inspirer de la technique des rescrits, d'avoir, au moins pour les législations nationales, un avis au niveau communautaire qui permettrait d'améliorer la sécurité juridique ?

Deux choses pour terminer : je suis opposé à la proposition de déjuridictionnalisation de tout ce qui serait la première instance économique pour confier cela à des spécialistes, qui ne seraient pas des juges, ou à l'administration. On a d'ailleurs connu cela dans certains pays, en Belgique notamment, où tout le contentieux fiscal relevait, en première instance, de la compétence de l'administration fiscale. Je pense que ce serait un retour en arrière, même si rien n'empêche d'imposer à ces autorités non judiciaires le respect de notre « tapis commun », comme disait Monsieur Tesauro, c'est-à-dire le respect de l'ensemble des règles relatives au procès équitable. Je ne pense pas que ce serait une bonne formule.

Ne serait-ce pas une bonne formule, me semble-t-il – même si elle a été proposée en son temps par la Cour de justice elle-même, mais avec des opinions dissidentes sur le sujet –, la déconcentration des questions préjudicielles. L'idée de renvoyer les questions préjudicielles à certaines juridictions nationales, même si on leur donnait un statut communautaire, reste compliquée à mettre en œuvre. L'avantage qu'y voient les tenants de cette thèse, est que cela éviterait les problèmes de traduction. C'est vrai que c'est un travail énorme avec 23 langues officielles dans l'Union européenne ! Mais je crois vraiment que, face à l'intérêt du justiciable,

de l'harmonisation du droit, et face à l'évolution du marché intérieur, ce petit obstacle ne justifie pas que l'on déconcentre les questions préjudicielles. Il y a donc, au-delà de toutes les grandes idées qui ne me paraissent, aujourd'hui, ni opportunes ni d'ailleurs politiquement faisables pour améliorer l'harmonisation – y compris par les juges –, un certain nombre de petites modifications plus techniques qui me paraissent plus réalisables.

Luigi ROVELLI.– Sur la question de la Cour de cassation, Cour suprême européenne, je partage totalement l'opinion qui vient d'être exprimée.

Sur ces questions de réseaux des juges, je dois dire que j'ai eu, avec le Président Tricot, l'expérience d'un réseau informel de juges commerciaux. Et on a constaté que c'est une sorte de passage intermédiaire vers la voie de l'harmonisation possible, parce que la comparaison entre les pratiques des différents États a permis de développer l'aptitude à faire connaître et diffuser dans chaque pays, les pratiques les plus susceptibles de donner de l'efficacité aux travaux du juge. L'étude commune de cas pratiques a été une expérience très instructive. Je crois qu'une confrontation est presque indispensable, non seulement entre juges, mais aussi entre juges et avocats européens notamment en matière de procédure, car des institutions semblables peuvent avoir une efficacité différente, selon la tradition, l'expérience, la culture de chaque système juridique. Par exemple, la récente expérience italienne de la prévision d'une mesure conservatoire inspirée du modèle de référé franco-belge, branchée dans l'esprit byzantin de nos tribunaux, et privée de l'esprit de clarté et de finesse qui relève de son origine, n'a pas encore eu l'effet déflationniste attendu, pourtant observé dans d'autres pays. Alors, je crois qu'un échange constant d'opinions entre les juges et les avocats est une condition préalable aussi bien à l'harmonisation, qu'à la réalisation de meilleurs résultats pour le développement de l'économie, des instruments du droit et du procès en Europe.

La légitimité des juges

Daniel TRICOT.– Être juge économique c'est d'abord être juge, disait le Premier Président Guy Canivet tout à l'heure. Et, rappelait-il encore, le bien juger, c'est une recherche permanente et quotidienne. Nous cherchons une justice économique efficiente, simple, rapide. Or nous disposons de principes européens connus, la Charte européenne des juges du Conseil de l'Europe, de juges compétents, indépendants, impartiaux, diligents, efficaces – je ne vous propose pas d'en débattre. Faut-il aller plus loin ? Laissez-moi proposer quelques pistes.

Plus loin, c'est affirmer, en cette matière, et peut-être en d'autres, le principe de collégialité, c'est-à-dire la limitation du recours au juge unique dans des cas très précis. Affirmer aussi peut-être, et c'est la question que je pose, un principe de diversité, à l'image de ce qui se fait dans l'arbitrage : dans chaque collège de juges, un juge différent des deux autres, par son origine, par sa formation afin d'enrichir le collège.

On peut aller plus loin encore, en offrant au justiciable la liberté de choisir conventionnellement son juge *ratione materiae*, dans n'importe quel État membre. Et on pense à l'État du Delaware et au droit américain des sociétés. Faut-il avoir peur du *forum shopping* ou du *law shopping* ?

Enfin, si chaque juge national est juge européen – au nom du principe de confiance mutuelle – pourquoi lui refuser systématiquement le droit de parler pour toute l'Europe, et de définir par là même, non seulement sa compétence, mais la règle de fond applicable (76) ? Le meilleur gage de diligence est de permettre au premier juge saisi d'avoir seul la parole. Et pourquoi aussi ne pas permettre aux agents de la Commission de se joindre au ministère public pour donner la voix autorisée de l'Europe dans les instances nationales ayant vocation à avoir des effets communautaires, ce qui est très fréquent ?

Giuseppe TESAURO.– À mon avis, on ne doit pas aller tellement loin ; on doit moderniser le procès en général. Et pour le droit de l'économie, on doit penser à l'exigence des marchés. On ne tolère pas les retards de la justice. On doit raccourcir les délais, on doit réduire le nombre de juges, d'avocats, je ne sais quoi. Mais on doit faire quelque chose pour éviter le détachement des règles de procédure du contexte du procès. Parce que sinon, le problème des retards de la justice sera réglé par le recours à l'arbitrage mais pas au bon arbitrage. Le risque est de voir la règle de droit non plus édictée par le législateur mais par les grandes entreprises, les grands bureaux d'avocats, etc. C'est un risque que l'on doit, à mon avis, éviter.

Luigi ROVELLI.– Je suis tout à fait d'accord avec le principe de collégialité. Je ne crois pas que la collégialité soit une perte de temps. Le temps consacré à la discussion est un temps très utile y compris pour les décisions futures et successives. Le principe de mixité réalisé en composant un collège avec des expériences professionnelles différentes est plus compliqué. Je crois que c'est une voie possible mais très difficile à mettre en œuvre. L'expérience que j'ai eue comme Président de la Commission gouvernementale pour le procès sociétaire n'a abouti à rien. Je crois aussi que la place de l'arbitrage doit être reconnue, ainsi que la possibilité, pour les arbitres, de soulever les questions préjudicielles devant la Cour de justice – avec un barrage de quelques juges, parce que sinon ça serait incontrôlable.

(76) À l'exemple du règlement (CE) n° 1346-2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, tel qu'interprété dans l'arrêt *Eurofood* du 2 mai 2006 (aff. C-341/04) et l'arrêt *Isa Daisytek* de la Chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation française du 27 juin 2006 (pourvoi n° 03-19-863, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 149, p. 159)

L'harmonisation par la procédure : vers un « procès européen »...

Du prononcé à l'exécution des décisions

Yves CHAPUT

Directeur scientifique du CREDA, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Monsieur le Doyen de Leval, qui êtes le rapporteur de cette séquence sur l'harmonisation par la procédure, peut-on envisager simplement une harmonisation par la procédure et, grâce à la procédure, aller vers un procès européen ?

Georges de LEVAL

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège

Depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, l'Europe n'est plus seulement celle des commerçants ou des consommateurs mais aussi celle des citoyens vivant dans un même espace dans lequel les notions de souveraineté et de territorialité s'estompent. Progressivement s'instaure un espace de liberté (la suppression de l'effet frontière), de sécurité et de justice. Ce qui est décidé par un juge dans un État doit être reconnu dans un autre État en dépit des différences qui peuvent opposer les ordres juridiques concernés ; il s'agit du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice, principe qui repose sur la confiance entre États membres, laquelle est justifiée par le partage de valeurs et d'objectifs communs (77).

Ainsi l'espace civil européen tend à faire respecter et reconnaître les jugements pris dans un État membre sur l'ensemble du territoire communautaire, mais, indépendamment des principes fondamentaux de procédure imprégnant, en règle, toutes les procédures nationales, le climat de confiance nécessaire à la reconnaissance mutuelle implique aussi l'élaboration de normes procédurales minimales communes et, pour le surplus, une plus grande harmonisation entre les différents systèmes procéduraux (v. l'art. 65 b TUE).

Il ne suffit toutefois pas de se préoccuper du seul jugement dans l'espace judiciaire européen (I) car, même si le franchissement de la frontière est très allégé voire automatique, surgit en aval le problème de l'effective concrétisation du titre. La reconnaissance mutuelle est vaine si l'exécution effective ne suit pas (II).

(77) Il est constant que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, parmi lesquelles figure la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui revêt une signification toute particulière (Ph. Léger, Conclusions précédant CJCE, 14 décembre 2006, aff. C-283/05, pt. 102 ; *Rev.Crit. DIP*, 2007, 634 et la note E. Pataut). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'ayant pas de valeur contraignante, celle-ci intervient uniquement pour « renforcer » l'importance attachée au respect des droits de l'homme (v. ainsi CJCE, 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c. Conseil*).

I – Le jugement dans l'espace judiciaire européen

Le principe de l'autonomie procédurale de chaque État membre prévaut dans l'espace européen en ce sens que « s'agissant des règles de procédure, il convient de se reporter aux règles nationales applicables par la juridiction nationale » (78).

Pourtant, les disparités entre les droits procéduraux nationaux et leur efficacité variable peuvent compromettre la bonne application du droit substantiel européen, « l'égalité des citoyens et des partenaires économiques au sein d'un espace intégré postulant que les arsenaux judiciaires soient d'un pays à l'autre également pourvus » (79).

Aussi ce principe d'autonomie procédurale s'estompe-t-il, sous l'effet des principes d'équivalence et d'effectivité (A) et de l'émergence progressive d'un droit judiciaire européen (B).

A) Une autonomie procédurale progressivement encadrée par la Cour de justice des Communautés européennes

Dans le système de l'autonomie procédurale, il appartient à l'ordre judiciaire interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire.

Cette exigence a conduit la Cour de justice des Communautés européennes à assortir le principe de l'autonomie procédurale de deux tempéraments importants :

– le principe d'équivalence en vertu duquel les modalités procédurales lors de l'application du droit communautaire ne peuvent être moins favorables que celles concernant des droits qui trouveraient leur origine dans l'ordre juridique ;

– le principe d'effectivité en vertu duquel les règles procédurales internes ne peuvent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, ce principe devant, le cas échéant, conduire le juge national à ne pas appliquer des modalités procédurales prévues par son ordre juridique interne (80).

(78) V. CJCE, 15 mai 1990, *Hagen*, aff. 365/88, *Rec.*, p. 1386, pt. 19.

(79) Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen « Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne », *JOCE*, C33, 31 janvier 1998, p. 11, n° 30.

(80) Ces principes sont notamment énoncés par la CJCE dans un arrêt du 8 novembre 2005, aff. C-443/03 (attendus n°s 49 à 51), lequel concerne l'application du Règlement CE n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. V. de même dans une affaire C-175/06, les conclusions de Madame l'avocat général Kokott présentées le 18 juillet 2007 : « Lorsqu'une disposition communautaire renvoie aux législations et pratiques nationales, les États membres ne sauraient adopter des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile de la réglementation communautaire dans laquelle cette disposition s'intègre. Sur ce point, le Règlement impose à la liberté des législateurs nationaux des limites extérieures qui peuvent être franchies si le droit national concerné met en cause l'effet utile du Règlement. Dans ce contexte, il incombe à la

Si les principes sont clairs, l'articulation des exigences de la primauté et du respect de l'autonomie procédurale du droit interne donne lieu à une jurisprudence nuancée de la Cour de justice des Communautés européennes compte tenu des principes en cause et des espèces qui lui sont soumises (81).

Ainsi, en dépit de la primauté du droit communautaire, la Cour de justice a rappelé dans l'arrêt *Kapferer*, n° C-234/04 du 16 mars 2006, qu'une décision qui méconnaissait des principes du droit communautaire ne pouvait être remise en cause lorsqu'elle était passée en force de chose jugée mais cette règle doit être nuancée à la suite de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 juillet 2007, aff. C-119/05, lequel décide que le droit communautaire s'oppose à l'application du principe de la chose jugée quand elle empêche la récupération d'une aide d'État illicite (82).

B) L'émergence d'un droit judiciaire européen

Les normes communautaires en droit de la procédure civile ont pour objet tantôt de renforcer la coopération judiciaire en matière civile (v. le Règlement n° 1206/2001 sur l'obtention des preuves et le Règlement n° 1348/2000 sur la signification et la notification) tantôt d'établir des normes minimales de procédure communes sans que ne soient exclues d'autres formes d'harmonisation voire d'unification. Ce second type de normes caractérise l'émergence progressive du droit judiciaire européen dans des matières présentant une dimension essentiellement procédurale sans que n'interviennent des questions relevant de plusieurs autres disciplines juridiques.

Il s'agit de trois Règlements récents en matière de recouvrement de créance :

– le Règlement CE n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ;

– le Règlement CE n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer ;

Cour d'interpréter le Règlement en vue du respect de ces limites » (pt. 98, à propos du Règlement CE n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale).

(81) À propos de l'obligation pour le juge national de soulever d'office un moyen tiré du droit communautaire, CJCE, 14 décembre 2005 (2 arrêts), *Rec. CJCE*, 1995, I, p. 4599 et p. 4705 ; *JDI*, 2, 1996, p. 468, obs. D. Simon ; CJCE, 7 juin 2007, aff. C-222/05 à C-225/05 et la note D. Simon, *Europe – Revue mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur* – août-septembre 2007, p. 11.

(82) V. les attendus 59 à 63 à propos de la portée de l'article 2909 du Code civil italien lequel s'oppose non seulement à la réouverture, dans un second litige, de moyens qui ont déjà été expressément tranchés à titre définitif, mais aussi à ce que soient abordées des questions qui auraient pu être soulevées dans le cadre d'un litige antérieur et qui ne l'ont pas été. Une telle interprétation de cette disposition peut notamment avoir pour conséquence que sont attribués des effets à une décision d'une juridiction nationale qui dépassent les limites de la compétence de la juridiction en cause telles qu'elles découlent du droit communautaire...

– le Règlement CE n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

Les deux derniers Règlements ne s'appliquent qu'aux litiges transfrontaliers. Il est permis de « s'interroger sur l'opportunité de créer des règles de procédure différentes selon que le litige présente ou non des éléments d'extranéité. Pourquoi les justiciables seraient-ils privés du droit de disposer, dans les affaires purement internes, de règles de procédure efficaces alors que de telles normes s'appliqueraient dès que le litige présente une dimension internationale ? » (83).

Ces deux Règlements sont novateurs en ce que, pour la première fois, ils établissent une procédure uniforme détaillée (importance des formulaires) dont l'issue est la délivrance d'une décision au fond reconnue et exécutée dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance (art. 19 du Règlement n° 1896/2006 et art. 20 du Règlement n° 861/2007). Ainsi le principe d'autonomie procédurale « souffrant déjà de l'action de la CJCE » ne conserve plus qu'une place résiduelle en ce sens qu' « on n'influence plus le cours de la procédure nationale, on construit une procédure européenne » (84).

Quant au Règlement n° 805/2004 (85) portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, il vise certes à créer un titre exécutoire transfrontalier pour les créances incontestées mais il prévoit, à cette fin, « en amont, le respect de normes minimales de procédure (« conditions procédurales ») dans l'État d'origine, ce qui impose la fixation de règles de procédures communes à tous les États membres qui sont indifférentes au caractère transfrontalier du litige » (86).

(83) H. Boularbah, « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun » in *Le droit processuel et judiciaire européen*, Centre Interuniversitaire belge de droit judiciaire, La Charte 2003, p. 183, n° 13. Cette observation est particulièrement pertinente en ce qui concerne la procédure belge d'injonction de payer comparée à la nouvelle procédure européenne.

(84) E. Guinchard, La procédure civile européenne est née. Vive le créancier !, in *Le droit judiciaire en mutation – en hommage à Alphonse Kohl*, Anthémis 2007 – Commission Université-Palais, vol. 95, p. 10, n° 3.

(85) Sur l'application de ce Règlement en Belgique, v. l'excellente étude de Charles Vanheukelen, Le titre exécutoire européen – approche d'un praticien du droit in *Le droit judiciaire en mutation*, Anthémis, 2007, p. 17 à 57.

(86) H. Boularbah, *ib.*, o.c., p. 187, n° 15. Cet auteur souligne également que lorsqu'il s'agit de s'orienter vers une harmonisation des procédures, la liberté laissée aux États membres n'exclut pas une nouvelle source de diversité. Ainsi en va-t-il de la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales dont l'article 5 prévoit que les États membres devront veiller à ce qu'un titre exécutoire, quel que soit le montant de la dette, puisse être obtenu normalement dans les 90 jours civils après que le créancier a formé un recours ou introduit une demande auprès d'une juridiction ou d'une autorité compétente. « Comme on pouvait le craindre, cette disposition n'a cependant pas entraîné des modifications législatives significatives dans les systèmes procéduraux nationaux » (*ib.*, p. 186 et la note 89). Lors de la loi de transposition du 2 août 2002, le législateur belge avait en effet estimé que le système procédural « des débats succincts » (art. 735 du Code judiciaire) permettait de réaliser cet objectif, prenant « en considération uniquement le cadre juridique » mais non « les faits empiriques de l'efficacité réelle des tribunaux dans la pratique » (Livre vert sur la procédure européenne d'injonction de payer, p. 16, note 25). Cet aspect semble avoir été pris en compte par l'article 7

II – La dimension européenne du droit de l'exécution

Après avoir brièvement évoqué la notion de « droit à l'exécution » dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (A), nous nous interrogerons sur l'existence d'un droit de l'exécution européenne (B).

A) Du droit de l'exécution au droit à l'exécution

L'arrêt *Hornsby* du 19 mai 1997 de la Cour européenne des droits de l'homme (87) consacre le droit à l'exécution des jugements : « l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Désormais, écrit le professeur Guinchard, « le droit à un procès équitable au sens large forme un tout, un ensemble en trois volets : le droit d'accès à un tribunal ; le droit à une bonne justice et enfin le droit, consacré par cet arrêt, à l'exécution du jugement, grâce à laquelle le droit d'accès au tribunal et le droit à une bonne justice n'auront pas servi à rien, ne seront pas purement théoriques, ce qui serait le cas si les États pouvaient refuser d'exécuter une décision juridictionnelle ayant statué sur des droits civils. L'effectivité du droit à un recours juridictionnel suppose un droit à l'exécution des décisions de justice » (88).

Certes le droit à l'exécution n'est pas un droit absolu ; il peut être atténué, voire s'effacer temporairement pour tenir compte, notamment, des exigences d'autres droits fondamentaux mais la Cour n'admet pas qu'une intervention des autorités nationales puisse aboutir en fin de compte, à nier en substance l'effectivité du droit à l'exécution (89).

Compte tenu des obligations positives à la charge des États et de l'effet « horizontal » de la Convention européenne, cet arrêt entraîne plusieurs conséquences pour l'État :

– en tant que débiteur, il doit exécuter la décision de justice à l'instar d'une partie ordinaire sous la réserve de règles protectrices de l'intérêt général se concrétisant spécialement dans une immunité d'exécution fonctionnelle et relative ;

– sans être garant des obligations de la partie condamnée et sans qu'il puisse être tenu pour responsable de l'insolvabilité d'un débiteur, il est tenu à un ensemble d'obligations (qualité

de la loi belge du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire (modification de l'article 735 du Code judiciaire belge).

(87) CEDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, D., 1998, p. 74, note N. Fricero ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 1009 et obs. Marguenaude ; *JCP éd. G*, 1997, II, 22949 et note Dugrip et Sudre ; J. Van Compernelle, « Le droit à l'exécution : une nouvelle garantie du procès équitable », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, La Chartre, 2003, p. 475 sq. ; S. Guinchard et alii, *Droit processuel – droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 3^e éd. 2005, n° 477, p. 844.

(88) S. Guinchard et alii, o. c., p. 844, n° 476.

(89) N. Fricero, « Le droit européen à l'exécution des jugements », *Droit et procédures*, 2001, n° 1, p. 6 sq.

de la législation et effectivité de la mise en œuvre de la procédure d'exécution) susceptibles d'engager sa responsabilité en cas de faute dommageable commise par l'un de ses organes.

B) Le droit de l'exécution dans l'Union européenne

Il ne s'agit plus seulement de traiter de la procédure tendant à l'obtention d'un titre dans l'État d'origine ni du passage de l'État d'origine à l'État requis mais de considérer la procédure d'exécution dans l'État requis.

Si, dans l'espace judiciaire européen, il y a désormais une force exécutoire européenne – la disparition de l'exequatur entraîne cette conséquence que cette force exécutoire devient un attribut du titre judiciaire d'origine, à l'instar de ce qui se produit au niveau national – la mise en œuvre de ce titre exécutoire européen par la contrainte repose sur la procédure d'exécution dans l'État requis ; il n'existe donc pas à ce jour des procédures européennes d'exécution (90). Aussi l'article 20, alinéa 1^{er}, du Règlement n° 805/2004 (titre exécutoire européen pour les créances incontestées), l'article 21, alinéa 1^{er}, du Règlement n° 1896/2006 (procédure européenne d'injonction de payer) et l'article 21, alinéa 1^{er}, du Règlement n° 861/2007 (procédure européenne de règlement des petits litiges) prévoient-ils, de manière identique, que : « sans préjudice des dispositions du présent chapitre, les procédures d'exécution sont régies par le droit de l'État membre d'exécution ». Or, les droits nationaux de l'exécution forcée varient d'un État à l'autre et sont très loin de présenter la même efficacité.

Précisons que dès à présent des efforts sont entrepris pour tenter de remédier, dans une certaine mesure, à l'opacité de ces droits pour les ressortissants des autres États membres. Ainsi l'article 29 du Règlement 805/2004 énonce que les États membres collaborent en vue d'assurer l'information du public et des milieux professionnels concernant : a) les modes et procédures d'exécution dans les États membres et b) les autorités compétentes en matière d'exécution dans les États membres, notamment via le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale établi conformément à la Décision 2001/470/CE.

La reconnaissance mutuelle étant vaine si l'exécution effective ne suit pas, des initiatives communautaires dans le domaine du droit de l'exécution s'avèrent dès lors indispensables. Toutefois, la diversité et la complexité des règles en matière de voies d'exécution étant liées au caractère multidisciplinaire de celles-ci, seule une approche prudente et très progressive est réaliste (91).

(90) H. Peroz, Le Règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JDI*, 2005, p. 660, n° 61.

(91) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : « Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne », *JOCE*, 98/C 33/14, n°s 44 et 45.

Les projets en cours concernent le recouvrement des créances alimentaires (92) et la saisie des avoirs bancaires (93).

– Le premier texte aborde l'entièreté du processus du recouvrement des aliments en « regroupant en un seul instrument l'ensemble des mesures nécessaires au recouvrement des obligations alimentaires au sein de la Communauté » (94) : les conflits de juridiction, les conflits de loi, la force exécutoire européenne ainsi que sa mise en œuvre (gel temporaire d'un compte bancaire ou ordre de prélèvement automatique mensuel) et la coopération.

– Quant au second texte, il pourrait « constituer le premier instrument communautaire entièrement consacré à l'harmonisation d'une procédure dans le domaine de l'exécution forcée, mais probablement pas le dernier, même si les difficultés d'harmonisation des droits de l'exécution forcée sont avérées » (95). Le Livre vert précise notamment que « les disparités actuelles des législations nationales en matière d'exécution constituent un sérieux obstacle au recouvrement transfrontalier des créances. ... Si les débiteurs sont aujourd'hui capables de transférer presque instantanément des fonds depuis des comptes connus de leurs créanciers vers d'autres comptes dans le même État membre ou dans un autre, les créanciers eux ne sont pas en mesure de bloquer ces mouvements de fonds aussi rapidement, risquant ainsi de voir leur créance demeurer impayée. Dans le cadre des instruments communautaires actuels, il n'est pas possible d'obtenir une saisie bancaire qui soit exécutoire dans l'ensemble de l'Union européenne. En particulier, le Règlement (CE) n° 44/2001 (Bruxelles I) ne garantit pas la reconnaissance et l'exécution d'une mesure conservatoire, telle qu'une saisie conservatoire, obtenue d'une manière non contradictoire dans un État membre autre que celui où elle a été ordonnée ». Concrètement (96) il pourrait s'agir, soit d'harmoniser, au moyen d'une directive européenne, les réglementations nationales des États membres en matière d'avoirs bancaires, soit de mettre en place une nouvelle procédure européenne autonome de saisie des avoirs bancaires permettant à un créancier, dans certaines circonstances, de garantir le paiement d'une somme qui lui est due en empêchant le retrait ou le transfert de fonds inscrits au crédit de son débiteur sur un ou plusieurs comptes bancaires sur le territoire de l'Union européenne. L'ordonnance de saisie envisagée serait une mesure conservatoire prononcée par un tribunal siégeant en référé (selon nous la procédure devrait nécessairement être unilatérale dans sa première phase). Elle aurait un rayonnement européen et permettrait uniquement au créancier de se les faire attribuer. Traitant, de manière pionnière, de la saisie des avoirs bancaires que l'on pourrait appeler, de façon plus générale, la « saisie des créances européennes », le professeur Perrot insiste sur le caractère judiciaire du choix de la saisie des créances comme

(92) Proposition de Règlement du Conseil relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *COMM. CE Bruxelles*, 15 décembre 2005, COM (2005) 649 final.

(93) Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires, *COMM. CE Bruxelles*, 24 octobre 2006, COM (2006) 618 final.

(94) Considérant n° 8.

(95) E. Guinchard, *Vers le droit européen de l'exécution forcée*, *Lamy – Droit de l'exécution forcée* – mai 2007, n° 16, p. 1 à 3.

(96) MEMO/06389 du 24 octobre 2006.

modèle d'une créance européenne : « d'abord, parce que les créances constituent le bien le plus volatile qui soit, celui que par conséquent il faut pouvoir appréhender, sans donner l'éveil, dès que l'on a connaissance de sa localisation. Ensuite parce que, dans la vie des affaires, l'immense majorité des saisies porte sur des sommes d'argent, beaucoup plus que sur des biens corporels qui dans le commerce international, sont infiniment plus rares » (97). D'une manière ou d'une autre, les normes européennes en gestation devront aborder des aspects relevant tant du droit matériel que du droit procédural ayant trait, entre autres, à la compétence, à la diffusion européenne de la mesure, à l'étendue de ses effets (impact éventuel d'une pluralité de comptes et de leurs spécificités éventuelles), à la protection du débiteur et aux obligations du tiers saisi, à la distribution des deniers en cas de concurrence des créanciers (98), à la conversion en mesure exécutoire... (99).

Préalablement, et de manière générale, il semble indispensable d'organiser la transparence patrimoniale sans sous-estimer le caractère délicat d'une telle matière car il importe aussi de tenir compte d'autres exigences fondamentales tenant à la vie privée (100). Ainsi le principe directeur III/6 de la Recommandation 2003/17 du Conseil de l'Europe énonce que « la recherche et la saisie de biens des défendeurs devraient être rendues aussi efficaces que possible, tout en tenant compte des dispositions applicables en matière de droits de l'homme et de protection des données. La collecte des informations nécessaires concernant le défendeur devrait être rapide et efficace par l'intermédiaire d'informations pertinentes contenues dans les registres ou d'autres sources. Il devrait aussi y avoir possibilité pour le défendeur de faire une déclaration sur ses biens ». Si l'on se fonde sur le droit actuellement en vigueur en Belgique, on ne peut pas dire qu'à un régime d'insaisissabilité de plus en plus perfectionné en faveur du débiteur – ce qui est heureux – corresponde un régime de transparence suffisante des biens non insaisissables de telle sorte que subsistent de larges zones d'insaisissabilité de fait. Un système suffisant de transparence patrimoniale permettrait d'éviter nombre de procédures onéreuses dont les frais incombent à un créancier désemparé qui ne recouvre ni le principal, ni les intérêts, ni les frais. Cet aspect doit être sérieusement pris en considération car il peut être à la base du désarroi de nombre de justiciables ; c'est à ce stade du processus judiciaire que s'apprécie tout particulièrement l'efficacité du système.

(97) R. Perrot, L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense, in *L'efficacité de la justice en Europe*, Bruxelles – Larcier, 2000, p. 433 et 434, n° 17 ; v. aussi E. Jeuland, La saisie européenne des créances bancaires, *D.*, 2001, chron., p. 2106 et F. Georges, *La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles – Larcier, p. 376 à 384, n° 270 à 277.

(98) V. déjà à propos de cette délicate question G. Tarzia, « La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe » in R. Perrot (dir. et coord.) « L'exécution des décisions de justice en matière civile » éd. du Conseil de l'Europe, 1997, p. 101 sq.

(99) Cf. Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires – COM (2006) 618 final.

(100) Étude n° JAI/A3/2002/02 citée dans le Livre vert préc., p. 3 note 7 ; F. Georges, o. c., p. 286 à 307, n°s 191 à 209. V. Recommandation 2003/17 du Conseil de l'Europe – Comité de ministres, en matière d'exécution des décisions de justice, www.coe.int.

Conclusion

Les avancées réalisées et les projets en cours illustrent le chemin déjà accompli et celui qu'il reste à parcourir pour disposer d'un droit judiciaire européen (101) ; leur bon aboutissement et leur modernité pourraient aussi avoir un effet d'incitant sur le contenu des droits internes, auxquels s'adresse ainsi un défi d'adaptation.

Sans être bridée par la prudence mais avec une audace mesurée et beaucoup de pragmatisme, l'Union européenne met en place l'Europe judiciaire laquelle favorise réellement l'amélioration de l'État de droit sans perdre de vue qu' « un régime prompt et efficace d'exécution des décisions judiciaires constitue un des aspects de l'accès à la justice et que la libre circulation des jugements est illusoire si le titre ne se concrétise pas avec une efficacité équivalente dans tous les États membres » (102). Enfin, il ne suffit pas d'édicter des normes théoriquement performantes, elles doivent s'avérer telles lors de leur application concrète.

Yves CHAPUT.– Monsieur le Doyen, merci. À propos de l'exécution, vous avez considéré, à juste raison, qu'il ne pouvait pas y avoir de jugement sans exécution, et que l'exécution était certainement pour les parties l'essentiel. C'est donc le moment de demander à Madame Isabelle Bambust, qui appartient à la Chambre nationale des Huissiers de Justice de Belgique de nous donner son point de vue sur « l'exécution des décisions dans l'espace judiciaire européen ».

Isabelle BAMBUST

Chambre nationale des Huissiers de Justice de Belgique

« Une valse à quatre temps... c'est beaucoup moins dansant »

I – Premier temps : la précarité de la confiance mutuelle

Si nous devons parler du principe de la confiance mutuelle, nous dirions qu'il forme un principe très prometteur qui, actuellement, perdrait encore beaucoup de son effet positif sans une grande portion de loyauté. Lorsqu'une personne envoie un acte à signifier à une entité étrangère, il faut que cette dernière ait confiance dans une appréciation correcte de la part de la

(101) « L'action de l'Union ne saurait être plus efficace si elle n'est pas relayée, dans les États membres, par une volonté politique affirmée d'assurer aux décisions européennes une réelle effectivité. C'est aux praticiens des États membres qu'il incombe d'utiliser les opportunités de coopération que leur ouvre la construction européenne. En conclusion, il y a lieu de noter que les succès enregistrés sont importants. Pourtant, le degré d'ambition initiale a été limité par des contraintes d'ordre institutionnel, mais parfois aussi par un consensus politique insuffisant. La politique des petits pas a été la seule alternative possible pour progresser. Pour la Commission, l'établissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice a été une priorité stratégique, réalisée également avec la contribution de plusieurs politiques de l'Union » (Bruxelles, le 2.6.2004 COM (2004) 401 final, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations {SEC(2004)680 et SEC(2004)69300}.

(102) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : « Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne », JOCE, 98/C 33/14, n° 42.

partie demanderesse au niveau du droit interne de l'État d'origine et plus particulièrement des éléments requis dans l'acte à signifier. Évidemment, les entités étrangères ne sont pas censées connaître les procédures internes de l'État d'origine. Le cas échéant l'entité requise maîtrisera malgré tout la procédure étrangère et devrait alors attirer l'attention de la partie requérante sur l'éventuelle irrégularité au niveau de l'objet même de l'acte dont on demande la signification. Dans le cadre de la transmission franco-belge nous pensons notamment à la procédure française de l'injonction de payer où la signification de l'ordonnance doit respecter les prescrits des articles 1413 et 1414 du Nouveau code de procédure civile.

II – Deuxième temps : une petite glissade sur le principe de l'autonomie procédurale

Dans le cadre de la protection linguistique nous avons connu avec l'arrêt *Leffler* et la nouvelle mouture de l'article 8 du Règlement européen 1393/2007 (qui remplacera le Règlement 1348/2000 et qui entrera en vigueur le 13 novembre 2008) un mesurage des parcelles européennes et nationales en ce qui concerne les conséquences d'un refus de l'acte. Il s'est avéré que cette tendance réparatrice, qui sera bientôt explicitée dans le nouvel article 8, était au départ présente dans la norme supranationale. Dès lors, nous nous posons la question de savoir si l'article 19 du Règlement 1393/2007, en ce qui concerne le défendeur non-comparant, ne contient pas non plus, d'une manière implicite, une possible réaction réparatrice.

Dans ce même article 8, au niveau de l'appréciation de la maîtrise d'une langue, on donne carte blanche aux États membres. A cet égard, il existe une jurisprudence plus ou moins partagée quant au comportement procédural de la partie convoquée :

– Le 18 décembre 2006 la Cour d'appel de Liège (103) dit pour droit que la comparution rend sans objet le refus de l'acte et que la notification d'une traduction est sans intérêt après que la partie ait conclu au fond.

– Le 14 novembre 2006 la Cour d'appel d'Arnhem (104) est d'avis que pour autant que la non-traduction entraîne la nullité, cette nullité se voit couverte vu que la partie défenderesse a comparu et n'a pas invoqué que ce défaut l'aurait irraisonnablement préjudiciée.

– Il y a aussi l'arrêt du 21 septembre 2006 rendu par la Cour d'appel de 's-Hertogenbosch (105). La cour estime que le fait que les parties aient fait appel à un conseil en la personne d'un avocat néerlandais, ne leur enlève pas le droit de pouvoir disposer d'un acte introductif d'instance compréhensible, pour qu'elles puissent suffisamment instruire leur avocat. Et les parties ne perdent pas ce droit à la suite de la comparution de leur conseil à l'audience.

(103) Liège, 18 décembre 2006, *ICIP*, 2007, n° 2, 285, *I.R.D.I.*, 2007, n° 1, 26.

(104) Cour d'appel Arnhem (Pays-Bas), 14 novembre 2006, *LJN-nummer AZ6245*, *Zaaknummer 2006/688*, www.rechtspraak.nl.

(105) Cour d'appel 's-Hertogenbosch (Pays-Bas), 21 septembre 2006, *LJN-nummer AZ0587*, *Rekwestnummer 06/724*, www.rechtspraak.nl.

– Une décision de la *Oberlandesgericht* Düsseldorf du 15 juillet 2005 (106) va dans le même sens.

Une jurisprudence s'est également développée en ce qui concerne certains indices matériels de la maîtrise d'une langue :

– La même décision rendue à Düsseldorf met au clair que l'article 8 du Règlement ne définit pas le "niveau de la compréhension de la langue comprise" et qu'en cas de doute, il faudrait plutôt opter pour une traduction.

– Le 5 janvier 2004 la *Oberlandesgericht* Celle (107) rend une décision concernant une signification allemando-anglaise à la suite de laquelle la partie destinataire exprime dans une lettre son refus d'acceptation de l'acte non traduit. Cette lettre, parfaitement rédigée en allemand, émanant du chef d'entreprise, prouve, selon le tribunal, que la direction de la partie signifiée a été atteinte, qu'elle était capable de comprendre cet acte, et qu'elle aurait pu se défendre.

– Le 19 mars 2004, la *Oberlandesgericht* Köln (108) rend une décision concernant une signification néerlandais-allemande non-traduite. Le tribunal est d'avis que, vu que la partie signifiée a conclu aux Pays-Bas un contrat de crédit en langue néerlandaise et vu que son domicile se situe tout près des Pays-Bas, il est improbable qu'elle ne comprenne pas le néerlandais.

III – Troisième temps : l'actuel principe du « tout est possible en Belgique » au niveau du titre exécutoire européen

Le Règlement 805/2004 sur le titre exécutoire européen prévoit qu'en vue de la certification comme titre exécutoire européen la demande est adressée à la juridiction saisie de l'action.

Malheureusement la Commission a exprimé que l'attribution de la compétence de *délivrer* le certificat au sein de la juridiction d'origine n'est pas régie par le Règlement mais relève des législations des États membres. Sur la base de cette dernière idée, les droits nationaux ont interprété la juridiction d'origine dans tous les azimuts.

En Belgique, nous disposons d'une simple circulaire ministérielle (109) qui désigne le greffier en chef comme "certificateur".

Selon nous, le Règlement vise bel et bien le *juge lui-même* comme certificateur, l'idée de la Commission parlant uniquement de la *délivrance* du certificat. Aussi, le Règlement européen en ce qui concerne les décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale a prévu

(106) *Oberlandesgericht* Düsseldorf, 15 juillet 2005, *Aktenzeichen* II-3 UF 285/04, *IPRax*, 2006, n° 3, 270.

(107) *Oberlandesgericht* Celle, 5 janvier 2004, *Aktenzeichen* 11W 91/03.

(108) *Oberlandesgericht* Köln, 19 mars 2004, *Aktenzeichen* 16 W 39/03.

(109) *M.B.*, 28 octobre 2005, 47042, *erratum*, 18 novembre 2005, 49821.

un titre exécutoire européen avant la lettre et vise le « juge d'origine ». Et finalement nous nous accrochons à l'argument essentiel répété dans la jurisprudence : toutes les vérifications que le greffier devrait effectuer en vue de la certification feraient qu'il se prononce *en droit*, et cela nous semble inacceptable.

Ce problème a comme conséquence qu'il y a des juges qui certifient, mais également des greffiers. Beaucoup semble dépendre du moment de la demande de certification : durant le processus d'obtention du titre initial ou après l'obtention du titre initial. Nous ne disposons pas d'exemples dans lesquels soit le juge soit le greffier refuserait de certifier le titre. En général, les deux catégories d'acteurs de justice auxquelles on s'adresse affirment leurs compétences.

Les normes minimales de l'article 19 du Règlement pour un réexamen dans des cas exceptionnels sont catégoriques dans ce sens que la certification du titre ne peut avoir lieu que si le droit de l'État membre d'origine prévoit une procédure de réexamen de la décision dans les conditions prescrites par l'article 19.

L'article 19.1.b) pose problème en Belgique pour la simple raison que nos textes de loi ne connaissent aucun système de réexamen remédiant à l'hypothèse où le débiteur serait empêché de contester la créance pour des raisons de force majeure ou par suite de circonstances extraordinaires sans qu'il y ait faute de sa part.

En plus, la communication belge à cet égard ne tient pas la route. Elle se réfère à la requête civile qui demande des conditions d'application très spécifiques.

Pourtant le droit belge semble être conforme à cet article 19.1.b), une doctrine et une jurisprudence constantes et unanimes admettant que les recours demeurent ouverts en dépit de l'expiration des délais, si la forclusion résulte d'un cas de force majeure. Ajoutons que récemment la Cour constitutionnelle belge a encore clairement répété ce possible appel à la force majeure en cas d'expiration des délais ⁽¹¹⁰⁾.

Aussi, nous restons toujours ensorcelés par l' « eurêka ! » de l'article 19.4. du Règlement 1348/2000 qui forme un système de relevé de forclusion circonstanciel et qui a un effet direct dans notre système de droit.

Bref, ce problème a malgré tout comme conséquence que certains juges belges disent « oui » à l'article 19 et donc à l'éventuel titre exécutoire européen et d'autres « non ». Les greffiers, quant à eux, du moment qu'ils s'occupent de la certification, suivent en général aveuglément la circulaire ministérielle et ne se posent même pas la question.

IV – Quatrième temps : un problème du titre exécutoire européen quant aux causes de perte de force exécutoire de la décision certifiée

⁽¹¹⁰⁾ Cour Constitutionnelle (Belgique), 12 juillet 2007, n° 99/2007, N° de rôle 4028, www.arbitrage.be.

Certains faits nouveaux peuvent organiser la perte de la force exécutoire de la décision initiale et ainsi entraver la mise en exécution dudit titre. Prenons comme exemple celui du fait nouveau constitué par la prescription de l'*actio judicati*. Cette prescription, que devient-elle par rapport à un titre initialement belge revêtu du certificat de titre exécutoire européen? Quelle sera la loi régissant ce délai de prescription? Notre intuition personnelle souhaiterait plutôt que ce délai de prescription soit déterminé par la loi de l'État membre de l'exécution, mais la question reste ouverte. La discussion devient évidemment ultra intéressante lorsque les délais de prescription respectifs des États membres diffèrent et, surtout, ont tendance à se raccourcir, ce qui est actuellement le cas en France.

Yves CHAPUT.– Merci Madame. Je vais donner immédiatement la parole à Maître Roth, qui est avocat au Barreau de Paris, mais également Président d'honneur de l'Union des Avocats Européens, donc parfaitement placé pour poursuivre sur le thème de l'exécution des décisions de justice en Europe.

Christian ROTH

Avocat au Barreau de Paris, Président d'honneur de l'Union des Avocats Européens, PDGB Avocats, Paris

Le Règlement 805/2004 portant création d'un Titre Exécutoire Européen : Un pas décisif vers la création d'un « code européen de procédure civile » *

Depuis la signature du Traité de Rome il y a cinquante ans, la coopération judiciaire en matière civile et commerciale s'est largement développée, plus particulièrement pendant ces dix dernières années. Indiscutablement, le renforcement de la coopération judiciaire a été favorisée par l'évolution du cadre institutionnel due à l'élargissement de l'Union européenne, d'une part, et à la volonté – notamment des pays membres fondateurs – d'harmoniser voire de communautariser le droit des États membres, d'autre part.

Les Traités de Maastricht du début des années 90, puis d'Amsterdam et finalement de Nice ont permis l'émergence d'un cadre juridique commun dans le domaine de la JAI (Justice et Affaires Intérieures), plus communément appelé le « troisième pilier ». Depuis la signature du Traité d'Amsterdam en 1997, ce « troisième pilier » ne concerne plus que la coopération policière et judiciaire en matière pénale, tout le reste ayant été communautarisé.

Un pas décisif dans le domaine de la coopération judiciaire au sein de l'Union européenne a été franchi en 1999 lors du Conseil européen de Tampere. En effet, c'est la naissance du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions prises par les autorités nationales compétentes (111).

* Avec la collaboration de A. Brüning, Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit.

(111) Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, point 33 des conclusions.

Un an plus tard, le Conseil a approuvé un programme ayant pour objectif principal de supprimer la procédure d'exequatur dans les domaines des droits civil et commercial. Il a fallu attendre 2004 pour que cet objectif soit atteint grâce au Règlement portant création du titre exécutoire européen pour les créances incontestées (TEE) (112).

Ce Règlement s'inscrit dans la tendance actuelle qui va vers une reconnaissance mutuelle plus large des décisions, tout en étant « à part ». Sa spécificité vient du fait qu'il symbolise le premier pas, peut-être encore un peu maladroit, vers l'harmonisation des procédures civiles des États membres.

Il est donc intéressant de chercher à comprendre les enjeux qui se trouvent derrière le TEE.

Il ne s'agit pas seulement d'un simple mécanisme visant à assurer « *la libre circulation des décisions, des transactions judiciaires et des actes authentiques dans tous les États membres* » (113), mais il permet d'« européeniser » les effets d'un acte rendu par un juge national sur l'ensemble du territoire de l'Union. Pour cela, le législateur européen recourt au principe de reconnaissance mutuelle des décisions mis en exergue par le concept de confiance mutuelle entre les États membres (I). Bien évidemment, ladite confiance mutuelle n'empêche pas le Règlement de prévoir des cas de figure où le juge national de l'exécution devra procéder à certaines vérifications concernant la décision rendue par le juge d'un autre État membre (« refus d'exécution », article 21 et « suspension ou limitation de l'exécution », article 23). Cependant, l'examen de la décision déferée ne sera en rien la version simplifiée de la procédure d'exequatur car, en effet, la vérification du respect des règles de procédure civile minimales incombe à la seule juridiction d'origine. Déterminer des « normes minimales », dont le contrôle du respect est réservé à la juridiction de l'État membre d'origine, conduit à créer des bases communes en matière de procédure civile européenne, « codifiées » pour l'instant dans le Règlement 805/2004, avant de l'être demain dans un « code européen de procédure civile » (II).

I – Au delà de la simple reconnaissance mutuelle des décisions...

La reconnaissance mutuelle des décisions, que ce soit dans le domaine civil et commercial ou pénal, est un des objectifs clairement affichés par Bruxelles. La communication du 10 mai 2005 (114) sur le programme de La Haye, adopté lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, rappelle ainsi que « *l'achèvement du programme de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale est d'une importance primordiale. [...] Un autre aspect fondamental à aborder est l'exécution des décisions judiciaires et la reconnaissance*

(112) Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOUE*, L 143 du 30.4.2004, p. 15-39.

(113) Règlement 805/2004, article 1.

(114) COM (2005) 184 final, Le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice.

mutuelle des actes publics et privés ». Cette reconnaissance ne peut être dissociée de son vecteur principal qu'est la confiance que les États membres ont l'un envers l'autre.

Ainsi, il est clair que l'émergence d'une « Europe processuelle » (115) ne peut avoir lieu que s'il existe une confiance réciproque entre les différents États tant au niveau des institutions que des législations nationales (A).

Cet objectif de coopération intégrée met en avant la nécessité de réaliser un espace judiciaire au sein duquel il ne sera plus nécessaire d'engager une procédure spécifique dans l'État membre devant reconnaître la décision avant de procéder aux mesures d'exécution. Cela signifie tout simplement la suppression de l'exequatur, ce que le Conseil a mis en œuvre pour la première fois à travers le Règlement 805/2004 (B).

A) La nécessité d'une coopération en matière civile et commerciale basée sur une confiance réciproque

Cette reconnaissance mutuelle des décisions civiles et commerciales est beaucoup plus que la mise en place de règles communes entre les 27 États membres nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. En effet, il s'agit de créer un espace où les décisions pourront réellement circuler sans aucune barrière ou restriction. La question même du contentieux des créances incontestées a obligé les autorités communautaires à créer un régime spécifique, mais qui n'est que les prémices d'une « Europe processuelle ».

En principe, une décision ne peut être exécutée que dans son État membre d'origine. L'intérêt même du Règlement 805/2004 est de conférer à un titre exécutoire national un caractère exécutoire sur tout le territoire européen et ce, en dehors de toute procédure d'exequatur. Il suffit que la juridiction d'origine certifie sa décision relative à une créance incontestée en tant que titre exécutoire européen pour qu'elle soit exécutoire sur l'ensemble du territoire européen.

Il va de soi que cela n'est possible que grâce à la confiance que les États ont l'un envers l'autre. Comme l'a si bien résumé Antonio Vitorino (116) : « Dans le terme "reconnaissance", il y a les mots d'"acceptation", d'"accueil". Dans le mot "mutuelle", il y a la confiance réciproque, la loyauté. » Sans cette confiance réciproque, la circulation des décisions et plus précisément celle du certificat de titre exécutoire européen ne pourrait avoir lieu. Par l'« emblématisation » du principe de confiance mutuelle, le juge national rend un « acte de justice européen ».

Le Règlement 805/2004 possède une approche innovante de la manière dont la circulation des décisions doit être appréhendée. C'est au sens où le juge national d'origine délivre un jugement à dimension européenne qu'il permet au juge national de l'État requis d'accueillir le

(115) M. Douchy-Oudot, La reconnaissance transfrontalière des titres exécutoires, *Procédures* 2006, n° 6, étude 16.

(116) A. Vitorino, ancien Commissaire européen en charge des Affaires de Justice et d'Intérieur, La reconnaissance mutuelle des décisions civiles, Séminaire de la Présidence française, Sénat, 3 juillet 2000.

titre sur son territoire comme étant l'un des siens. De ce fait, ce dernier n'a plus besoin d'apposer sa formule exécutoire pour que le titre soit rendu exécutoire sur son propre territoire. Toutefois, il est à noter que ce qui semble révolutionnaire au niveau européen, n'est pas la création *ex nihilo* d'une nouvelle approche mais l'habilitation au niveau communautaire du « principe d'assimilation », bien connu par les droits de *common law* qui considèrent que toute décision étrangère doit être assimilée à une décision nationale.

Cette confiance entre les États membres n'a pas seulement un intérêt interétatique mais possède aussi une dimension communautaire. En effet, le Traité instituant la Communauté européenne (TCE) considère dans son article 234 que le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire et la Cour de justice n'est présente que dans le cadre de la coopération civile et commerciale. Elle a une fonction de juge d'appui. En d'autres termes, elle n'intervient que pour permettre aux juges nationaux d'être éclairés sur un point de droit communautaire qui leur semble problématique et auquel ils n'ont pas de réponse adéquate. Il s'agit d'une coopération basée sur une confiance que le juge national possède envers la CJCE. Cette confiance résulte d'une coopération loyale issue de l'article 10 du TCE (117). Ce devoir de loyauté s'exprime donc par la coopération entre les États membres et les institutions communautaires sans avoir nécessairement à se rattacher à une norme précise. Les États membres doivent donc tout mettre en œuvre pour permettre à la Communauté de réaliser ses objectifs, sans que le Traité ne soit mis en péril. Ainsi, cette obligation de loyauté a une portée autonome car elle n'est pas rattachée à une quelconque obligation issue d'une norme définie.

Il est donc clair que le principe de reconnaissance mutuelle trouve ses bases à la fois dans une relation de confiance entre les États membres mais aussi dans un devoir de loyauté envers les institutions communautaires.

Cependant, l'acceptation du titre tel quel, basée sur la confiance réciproque, risque tout de même d'être remise en question dès lors que la Communauté s'ouvrirait à des États qui ne possèderaient pas « la même qualité juridique » (118) que les actuels États membres de la Communauté.

Cette innovation que le Règlement 805/2004 extériorise rend la procédure d'exequatur tout simplement superflue. Un premier pas en ce sens avait déjà été fait par le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I ».

(117) E. Neframi, Le principe de solidarité des États membres vis-à-vis du droit communautaire : le principe de la coopération loyale, Conférence Académie Européenne d'Été organisée par les Centres d'Excellence Jean Monnet de Rennes et Grenoble, 4 au 17 Septembre 2006.

(118) M. Douchy-Oudot, préc.

B) Les conséquences de fond de la suppression de l'exequatur

Depuis le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999, la suppression de l'exequatur a toujours été un objectif primordial de la Communauté, la reconnaissance mutuelle des décisions et son corollaire, l'exécution des jugements rendus dans les autres États membres, étant reconnus comme éléments d'intégration forts et « efficaces ». Il est évident que cette suppression ne peut se faire que par étape. Une fois que l'objectif sera atteint, l'émergence d'un réel espace judiciaire européen – avec une complète libre circulation des jugements en matière civile et commerciale – ne sera plus une utopie.

Le Règlement 805/2004 n'est que le cheminement d'une suppression prudente qui s'est engagée il y a déjà quelques années. La Convention de Bruxelles sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale de 1968, communautarisée depuis par le Règlement 44/2001, a réalisé le premier pas vers cette unification. En effet, le texte, tant historique que celui actuellement en vigueur, prévoit qu'une déclaration relative à la force exécutoire d'une décision doit être délivrée de manière quasi automatique après un simple contrôle formel des documents qui ont été fournis. Ainsi, il ne sera pas possible pour la juridiction de soulever d'office un des motifs de non-exécution prévus par le Règlement. En effet, ces motifs ne peuvent être examinés qu'en cas d'appel diligenté par le destinataire de l'acte au sein de l'État d'exécution, étant précisé que la juridiction saisie de l'appel peut surseoir à statuer si la décision étrangère fait l'objet d'un recours dans l'État membre d'origine. L'abandon, mais plus partiel, de l'exequatur a eu lieu dans d'autres domaines tels que le divorce et la responsabilité parentale (119) ou la faillite (120), l'État requis gardant toujours un certain contrôle.

Avec le Règlement 805/2004, le législateur européen est donc passé « à la vitesse supérieure », supprimant pour la première fois la procédure d'exequatur. Concrètement, le juge de l'État requis n'est pas autorisé à procéder à un contrôle de légalité de la décision étrangère, le contrôle ayant déjà été effectué par les juridictions de l'État d'origine. Il existe cependant une exception, dite « refus d'exécution ». *« Sur demande du débiteur, l'exécution est refusée par la juridiction compétente dans l'État membre d'exécution si la décision certifiée en tant que titre exécutoire européen est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans tout État membre ou dans un pays tiers lorsque ... »* (121) Toutefois, l'article 21 rappelle expressément que *« la décision ou sa certification en tant que titre exécutoire européen ne peut en aucun cas faire l'objet d'un réexamen au fond dans l'État membre d'exécution »*. Le Règlement 805/2004 ne saurait être plus clair, cette exception ne permet pas le retour de la procédure d'exequatur par la petite porte.

(119) Règlement 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, JOCE, L 160 du 30.6.2000, p. 19-29 abrogé par le Règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003, JOUE, L 338 du 23.12.2003, p. 1-29.

(120) Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE, L 160 du 30.6.2000, p. 1-18.

(121) Règlement 805/2004, article 21.

Logiquement, la suppression de l'*exequatur* oblige les États membres à harmoniser leurs procédures civiles internes. En effet, comment justifier la reconnaissance des décisions étrangères puis leur exécution sans qu'aucune procédure ne soit requise si les garanties procédurales données par les 27 États membres sont (profondément) inégales ?

Certes, le contentieux relatif aux créances incontestées étant tellement spécifique, les autorités communautaires ont opté pour une procédure propre. Dans ce contexte, d'aucuns pourraient considérer que la suppression de l'*exequatur* resterait circonscrite aux créances incontestées. Ce serait avoir une vision étriquée de l'espace judiciaire européen et commettre un flagrant délit de sous-estimation de la portée symbolique de cette suppression. Le Règlement 805/2004 a une dimension plus large, ouvrant la porte vers un « code européen de procédure civile ».

II – L'émergence d'un « code européen de procédure civile »

Le Règlement 805/2004, en mettant en place un cadre juridique spécifique, va au-delà du simple encadrement des législations nationales : il est l'embryon d'un « code européen de procédure civile » (A). En l'occurrence, le Règlement crée des « normes minimales » dont l'acceptation par tous est le préalable à toute codification (B).

A) L'avènement d'un « code européen de procédure civile » : une nécessité historique

En apparence, le Règlement n'oblige pas les États membres à adapter leurs législations nationales aux règles de procédures minimales ; il se contente de les y inciter fortement, « *ne permettant une exécution plus efficace et plus rapide des décisions dans les autres États membres que si ces normes minimales sont respectées* » (122). Cette subtilité dans le langage ne saurait cacher le véritable pouvoir de coercition du Règlement 805/2004, excluant de la certification comme titre exécutoire européen (TEE) toute décision prise en dépit des « normes minimales ».

De tout point de vue, la création d'un « code européen de procédure civile » ne paraît pas dénuée de sens. La codification de normes est un acte fondateur fort qui ne laisse pas indifférent, suscitant le débat entre les pourfendeurs d'un droit « inutilement figé » et les défenseurs d'un droit plus facilement consultable, garantissant ainsi une plus grande sécurité juridique et contribuant davantage à l'égalité à des citoyens devant la loi.

À bien regarder, il s'avère que la création d'un « code européen de procédure civile » n'est pas une idée récente. En effet, il y a plus de 25 ans, en 1981, le Conseil de l'Europe (123) avait

(122) Règlement 805/2004, considérant 19 : « *Le présent Règlement n'impose pas aux États membres l'obligation d'adapter leur législation nationale aux normes minimales de procédure qu'il prévoit. Il les y incite [...].* ».

(123) Recommandation R (81) 7 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice, adoptée par le Comité des Ministres le 14 mai 1981.

abordé cette question en considérant que « *des dispositions devaient être prises en ce qui concerne les créances non contestées ou certaines portant sur des sommes d'argent afin que, dans ces affaires, une décision définitive soit rendue rapidement, sans formalités, comparutions ou dépenses superflues* ». Au début des années 90, la Commission avait mandaté un groupe de spécialistes du droit procédural afin de rédiger un modèle européen de code de procédure civile. En 1993, les experts, chapeautés par le professeur Storme, ont soumis à la Commission un projet de proposition de directive pour le rapprochement des législations et des dispositions des États membres relatives à certains aspects de procédure en matière civile (124). Il est à noter que le projet préconisait tantôt une procédure harmonisée commune, tantôt l'établissement de principes généraux ou encore de simples normes minimales. « *Cette première tentative globale d'aborder les aspects les plus fondamentaux de la procédure civile, motivée par la logique du marché intérieur, comprend une section décrivant les règles d'une procédure d'injonction de payer, et reconnaît ainsi l'importance particulière d'une harmonisation dans ce domaine* » (125). Bien que les « propositions Storme » n'aient jamais vu le jour, elles restent une référence et une source d'inspiration pour l'élaboration future d'un code européen de procédure civile.

Ce projet ambitieux était vraisemblablement en avance sur son époque, donc prématuré. En effet, lors de la présentation du projet à la Commission, la Communauté européenne n'était pas encore un espace de libre circulation et encore moins de libre circulation des décisions. Si loin, si proche – on oublie facilement que ce n'est que le Traité d'Amsterdam qui a imposé à la Communauté d'établir un « espace de liberté, de sécurité et de justice » (126). Depuis, l'article 65 du TCE fixe plusieurs buts à atteindre dans ce cadre, dont notamment l'élimination des « *obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* » (127). Ceci constitue un défi permanent pour la Commission et le Conseil, tenus d'imaginer des stratégies d'harmonisation, voire d'unification, des différents aspects du droit procédural des litiges transfrontaliers entre les États membres de la Communauté. *In fine*, Bruxelles aura contribué à

(124) Marcel Storme (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne- Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995.

(125) Livre Vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance, COM (2002) 746 final.

(126) Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (TCE), article 61 : « *Afin de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice, le Conseil arrête : ... c) des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 ...* ».

(127) TCE, article 65 : « *Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à : a) améliorer et simplifier : – le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ; – la coopération en matière d'obtention des preuves ; – la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ; b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ; c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres.* ».

l'émergence d'un droit européen procédural ou d'« *un droit procédural du marché intérieur* » (128), mis en place entre les droits procéduraux internationaux et nationaux.

Bien qu'il n'y ait pas encore de réelle planification d'une unification des droits procéduraux des États membres en dehors des litiges transfrontaliers, les droits nationaux des États membres sont tout de même affectés par des textes communautaires aussi progressistes tel que le Règlement 805/2004.

B) Un embryon de « code européen de procédure civile » à travers la mise en place de normes minimales

La question des normes minimales est un sujet d'actualité. D'aucuns, tel que le Professeur Rolf Stürner, ont fait remarquer que la création de standards procéduraux minimum était requise par l'article 6 (1) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) (129) tout comme par les traditions constitutionnelles des différents États membres de la Communauté.

Dans son Chapitre III, le Règlement 805/2004 fait l'inventaire des « *normes minimales applicables aux procédures relatives aux créances incontestées* » (130), sa seule préoccupation étant celle du respect des droits du défendeur, articulé autour du principe du contradictoire, principe essentiel.

Certes, ce principe est connu dans le droit national des 27 États membres mais avec une acception toujours différente. Alors, en codifier la « substantifique moelle » serait un signal fort, constituant en quelque sorte le passage de la coopération judiciaire entre États membres à la communautarisation de droits fondamentaux, chargés de symbolique.

Concrètement, la qualification de « règle autonome » des « normes minimales » empêcherait que certains détournent le Règlement en allant puiser dans les sources du droit national les différents obstacles faisant échec à la lettre et à l'esprit du Règlement. La qualification de « règle autonome » est une solution éprouvée, connue par exemple en matière de droit de la concurrence communautaire. La Cour de justice a rappelé à plusieurs reprises

(128) Marcel Storme (éd.), *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Maklu Publishers, Anvers/Apeldoorn, 2003.

(129) CEDH, article 6 (1) : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* ».

(130) Ces conditions minimales renvoient au Règlement 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JOUE, L 160 du 30.6.2000, p. 37-52, exception faite de l'article 19-2.

que le Traité crée un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres, et, en conséquence, s'impose à leurs juridictions. Les sujets de cet ordre juridique propre sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; et de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique (131). De plus, toujours dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour a estimé que les articles 81 (1) et 82 du TCE produisent des effets directs dans les relations entre particuliers et engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder (132).

Quels sont donc ces standards minimaux que le Règlement a retenus et qui seront la base d'un « code européen de procédure civile » ? Par souci de simplicité et afin d'en assurer la meilleure compréhension, le Règlement 805/2004 les a divisés en différentes catégories. Les « normes minimales » concernent aussi bien la signification ou notification de l'acte introductif d'instance que l'« information en bonne et due forme du débiteur sur la créance » que l'« information en bonne et due forme du débiteur sur les formalités procédurales à accomplir pour contester la créance ». Enfin, ces normes englobent également les « moyens de remédier au non-respect des normes minimales » et les « normes minimales pour un réexamen dans des cas exceptionnels ».

Ces « normes minimales » sont des règles impératives pour qui souhaite obtenir un TEE. En effet, si la procédure dans l'État membre d'origine n'a pas satisfait aux exigences énoncées au Chapitre III du Règlement 805/2004, une décision ne saurait être certifiée en tant que titre exécutoire européen.

La motivation du législateur communautaire de codifier de tels standards minimaux ressort clairement exposée des considérants du Règlement 805/2004, plus particulièrement du considérant 13 : « *Eu égard aux différences entre les États membres en ce qui concerne les règles de procédure civile, notamment celles qui régissent la signification et la notification des actes, il y a lieu de donner une définition précise et détaillée de ces normes minimales. En particulier, un mode de signification ou de notification fondé sur une fiction juridique en ce qui concerne le respect de ces normes minimales ne peut être jugé suffisant aux fins de la certification d'une décision en tant que titre exécutoire européen.* » Constatation surprenante compte tenu notamment de l'existence du Règlement 1348/2000 sur la signification et la notification d'actes, qui, même si une version révisée/améliorée sera adoptée bientôt, a fait ses preuves. Mais y a-t-il meilleure preuve que Bruxelles souhaitait dépasser les conditions posées par le Règlement 1348/2000, de mieux encadrer la procédure ? Afin d'y parvenir, il était nécessaire de mettre en place un standard commun offrant les mêmes garanties dans tous les pays de l'Union. Le Règlement 805/2004 l'a fait ! Il ne se contente pas de fixer de simples

(131) Van Gend & Loos, CJCE, 5 février 1963, affaire 26-62.

(132) BRT ./ SABAM, dit « BRT I », CJCE, 30 janvier 1974, affaire 127-73.

lignes directrices mais fixe des normes minimales, embryon d'un « code européen de procédure civile ».

Un « code européen de procédure civile », un « CEPC », sera la base d'une réelle entente processuelle et permettra aux justiciables des 27 États membres d'avoir un accès à une justice intra-communautaire.

Yves CHAPUT.– Merci d'avoir enrichi le domaine du droit d'une nouvelle matière. On savait qu'il y avait une langue du droit. Maintenant il faudra un droit des langues. Je passe maintenant la parole, non pas à la défense, mais aux avocats, à Monsieur Jonathan Goldsmith qui est Secrétaire général du Conseil des Barreaux européens.

Jonathan GOLDSMITH

Secrétaire général du Conseil des Barreaux européens

Les Barreaux et Ordres des 27 États membres désirent-ils vraiment une harmonisation des règles de procédure ?

Je voudrais commencer par présenter brièvement l'organisation que je représente, le Conseil des barreaux européens, ou CCBE. On me demande souvent ce que représentent les initiales CCBE. La réponse est : plus rien à l'heure actuelle ! Autrefois, nous nous appelions le Conseil Consultatif des Barreaux Européens. Ce temps est révolu, mais nous avons cependant conservé les initiales. Notre organisation réunit les barreaux des 27 États membres de l'Union européenne, ainsi que ceux des 3 pays constituant l'Espace économique européen (la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein) et de la Suisse, ce qui nous fait 31 membres effectifs. En outre, nous avons 6 pays observateurs et sommes en train d'examiner la candidature de quatre autres. À l'heure actuelle, nos membres représentent donc 37 pays.

Notre organisation est une démocratie et travaille, comme tant d'autres organismes semblables, sous la forme de comités qui rapportent leurs conclusions aux organes de décision. Pendant longtemps, nous nous sommes focalisés plus ou moins exclusivement sur les questions touchant à la réglementation de l'activité d'avocat en Europe. Il s'agit toujours de notre préoccupation première. En effet, les nombreuses législations et autres initiatives des institutions européennes qui affectent la réglementation de l'activité d'avocat nous donnent beaucoup de travail. En guise d'exemples, je pourrais citer les célèbres directives sur le blanchiment de capitaux, la non moins célèbre directive Services, ainsi que les initiatives prises par la DG Concurrence concernant la profession d'avocat.

Mais au cours de ces dernières années, conformément à la décision des États membres de s'impliquer davantage dans ces domaines, nous avons élargi nos compétences pour couvrir les domaines du droit matériel et des procédures juridiques. Le débat fait rage au sein du CCBE pour savoir s'il nous faut traiter de ces questions et si oui, dans quelle mesure. Il est utile

d'examiner les différents arguments avancés, puisque ce discours ayant pour objet d'étudier les opinions de la profession d'avocat sur l'harmonisation des règles de procédure, le point de vue de nos membres quant à la question de savoir si le CCBE devrait jouer un rôle en répondant aux initiatives qui introduisent l'harmonisation du droit et des règles de procédure en général, donne un aperçu des points de vue plus spécifiques de chaque barreau.

Les arguments avancés pour défendre l'idée qu'il nous faut nous limiter aux questions de réglementation sont les suivants :

– Nous avons assez de travail avec les questions de réglementation.

– L'expertise des membres de nos délégations, en tant que représentants des barreaux, ne s'étend pas toujours au droit matériel et aux règles de procédure – par exemple le droit des sociétés et le droit pénal, ou les modes alternatifs de résolution des conflits et les recours collectifs –, et nous devons donc demander à des experts extérieurs de nous aider ; mais ceux-ci ne savent pas toujours comment nous travaillons.

– Nos membres restent perplexes quant au degré d'intervention de l'Union européenne dans des questions qui pourraient être résolues au niveau local et où des intérêts locaux importants sont en jeu.

Les arguments en faveur de l'extension de nos réflexions aux domaines du droit matériel et des règles de procédures peuvent être ainsi énumérés :

– L'Europe a évolué. Des questions de la libre circulation et du marché unique, qui nous ont tant accaparés dans le passé, elle est arrivée à l'idée d'un espace commun de justice ; et nous devrions tenir compte de cette réalité dans nos travaux.

– À partir du moment où les institutions travaillent dans ce domaine, le point de vue des avocats devrait être défendu, d'autant plus que ces questions touchent de très près à leurs activités.

– Si le CCBE ne se charge pas de coordonner les opinions des avocats dans ces domaines, qui d'autre peut veiller à ce qu'une opinion de tous les barreaux des États membres puisse être présentée ?

En réalité, chaque fois qu'un nouveau domaine est concerné, nous décidons au cas par cas d'agir ou non dans ce domaine. La plupart du temps, nous décidons d'agir. Mon discours porte sur l'harmonisation des procédures et je dois dire que les résultats des votes sur les questions relatives aux règles de procédure ont toujours davantage penché en faveur d'une action dans ce domaine.

I – Harmonisation des règles de procédure en général

La question posée dans le titre de mon intervention est de savoir si les avocats désirent *vraiment* une harmonisation des règles de procédure. Le mot *vraiment* est significatif. La

question, telle qu'elle est posée, laisse entendre que les avocats ne souhaitent pas *vraiment* cette harmonisation et qu'ils se sentent peut-être menacés par elle d'une certaine façon.

En réalité, je crois que nous nous sommes toujours exprimés en faveur de l'harmonisation, même si nous émettons parfois quelques réserves. La profession d'avocat en Europe est habituée à la pratique transfrontalière et à ses problèmes. C'est l'un des rares secteurs pour lesquels des directives spécifiques garantissent de manière absolue la libre circulation transfrontalière. Le CCBE a développé son propre code de déontologie pour les activités transfrontalières des avocats il y a près de vingt ans, autrement dit bien avant les autres professions. Et le CCBE considère que l'une de ses fonctions premières est de veiller à ce que la pratique transfrontalière en Europe se fasse le plus en douceur possible.

Je voudrais vous citer la réponse que nous formulons habituellement face à une proposition d'harmonisation :

« Le CCBE souhaiterait tout d'abord souligner que s'agissant de l'harmonisation du droit et des procédures, au vu de l'attachement que ressentent à juste titre les citoyens envers leur propre système juridique, il faudrait que la subsidiarité soit présumée, à moins qu'elle ne provoque une injustice d'une sorte ou d'une autre. Le type d'injustice auquel le CCBE fait référence sont les frais ou retards qui n'ont pas lieu d'être pour obtenir une réparation dans un État membre par rapport à un autre. Ce principe général, qui peut se résumer par "la subsidiarité sauf en cas d'injustice" a été expliqué par le Président du CCBE, Helge Jakob Kolrud, lors d'une audition organisée le 25 mars 2003 par la commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen sur la question de l'amélioration du droit européen des procédures civiles.

Le CCBE propose également que la Commission établisse un groupe d'experts de haut niveau, composé de praticiens du droit et d'experts des affaires, qui développerait une vision globale de l'harmonisation actuelle et future du droit et des procédures juridiques à travers les États membres. Le CCBE a déjà avancé cette possibilité dans ses commentaires sur la communication de la Commission relative à l'harmonisation du droit des contrats. Le CCBE souhaiterait à nouveau insister sur la nécessité de réunir les différentes initiatives reprenant des domaines d'harmonisation se chevauchant, par exemple les Livres verts sur la procédure d'injonction de payer, le règlement des litiges de faible importance et la Convention de Rome, la nouvelle harmonisation de la protection des consommateurs, l'harmonisation du droit des contrats, etc. À défaut, il existe un réel danger que des problèmes soient traités en vertu de règles différentes, voire conflictuelles, au sein de l'UE.

Le CCBE tient également à souligner le rôle crucial joué par les avocats, que ce soit dans le cadre des procédures d'injonction de payer ou de règlement des litiges de faible importance. Comme cela est indiqué ci-dessous dans les réponses détaillées aux

questions du Livre vert, les intérêts juridiques des citoyens sont mieux protégés si un avocat intervient. Les avocats sont formés pour protéger les besoins des citoyens, quelle que soit l'importance du litige, que l'affaire soit contestée ou non. En particulier, dans les affaires transfrontalières, il est très important que le conseil judiciaire soit fourni par un professionnel qui soit suffisamment qualifié et expérimenté. Les avocats ont également un rôle important à jouer pour éviter les risques de jugement erronés et de gestion non-professionnelle/non-déontologique des dossiers, qui ont lieu au détriment des citoyens et de la confiance générale dans le système juridique. C'est pourquoi le CCBE recommande fermement que toute législation à venir au niveau de l'UE tienne compte de la nécessité de maintenir des standards professionnels élevés dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur importance, en litige ou pas, dans l'intérêt des citoyens. ».

Cette réponse illustre bien notre position car elle souligne que la profession d'avocat n'est pas opposée à une harmonisation des règles de procédure, mais que celle-ci devrait être faite en gardant à l'esprit les réserves suivantes :

- il ne faut pas procéder à une harmonisation des règles pour le plaisir ou au nom d'un idéal européen, mais pour résoudre un problème d'injustice transfrontalière ;
- il devrait y avoir une véritable stratégie et une coordination entre les différents types d'harmonisation transfrontalière des droits et des procédures proposés actuellement par les institutions européennes ;
- les avocats jouant un rôle important dans le domaine des règles de procédure, la bonne administration de la justice devrait garantir que ce rôle, qui consiste à défendre l'intérêt général et les intérêts des clients, ne soit pas négligé dans le cadre de l'harmonisation.

Les barreaux pourraient encore formuler d'autres réserves, qui ne sont pas exprimées dans ce modèle de réponse.

II – Les éventuelles réserves des avocats

Ces réserves concernent le renforcement du pouvoir et de l'indépendance des parties, la peur de l'impact économique des changements et la réticence des avocats à abandonner leur propre système.

A) Le renforcement du pouvoir et de l'indépendance des parties

Au cours des discussions de fond qui ont précédé cette conférence, les organisateurs ont déclaré, afin de susciter le débat, que la raison pour laquelle certains avocats étaient opposés à l'harmonisation était peut-être qu'ils craignaient qu'elle renforce le pouvoir et l'indépendance des parties et que celles-ci n'aient donc plus besoin d'un avocat. Personnellement, je n'ai jamais entendu un avocat avancer cet argument, même de manière indirecte ou implicite. De

toute façon, je doute que les parties puissent se passer du concours des avocats dans les affaires transfrontalières tant que les règles régissant les procédures resteront aussi obscures, même pour les avocats.

Il y a quelques années, le CCBE a participé à un programme financé par la Commission européenne, dont l'objectif était de faire connaître les diverses règles nouvellement harmonisées que la Commission avait soutenues et qui faisaient l'objet d'une législation. La Commission avait créé ce programme, car elle était préoccupée par le fait que même les avocats ignoraient ces règles ; sans parler des parties.

Si vous voulez en savoir plus sur ces règles, il vous faut faire des recherches fastidieuses sur le site de la Commission. Vous devez tout d'abord savoir qu'elles se trouvent dans la section Liberté, sécurité et justice. Ensuite, vous devez trouver les titres « Amélioration de l'accès à la justice » et « Reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ». Je les ai cherchés afin de préparer cette intervention et, alors que je savais qu'ils existaient et que je savais ce que je cherchais, j'ai eu beaucoup de mal à les trouver. Une fois que vous les avez à l'écran, vous devez encore vous efforcer de comprendre des notions complexes et le jargon communautaire dans lequel elles sont écrites. Je pense sincèrement qu'il y a peu de risque que les parties aux litiges transfrontaliers s'éloignent de leurs avocats dans les années à venir.

En ce qui concerne le CCBE, je peux vous assurer en toute honnêteté qu'une idée aussi cynique – s'opposer à une législation parce qu'elle conduirait à rendre les parties plus indépendantes – n'a jamais été évoquée au cours de nos débats.

Mais il y a une autre raison qui pourrait peut-être expliquer l'opposition à l'harmonisation, à savoir la peur de l'impact économique que pourraient avoir les changements.

B) La peur de l'impact économique que pourraient avoir les changements

Celle-ci est apparue au niveau national, non par rapport à l'harmonisation des règles de procédure, mais vis-à-vis de l'harmonisation du droit matériel et, en particulier, du droit des contrats. Je sais que ce discours est consacré aux procédures, mais le raisonnement suivi peut s'appliquer aux deux domaines.

Comme vous le savez peut-être, des initiatives ont été prises en vue d'améliorer la cohérence du droit européen des contrats afin d'assurer le bon fonctionnement du marché unique. Subitement, il y a des intérêts économiques qui entrent en jeu, et notamment en ce qui concerne le droit utilisé en l'absence d'un droit harmonisé des contrats. Ce n'est un secret pour personne qu'en l'absence d'harmonisation, il faut bien choisir un droit pour les grandes transactions internationales et que le droit commun anglais s'est avéré assez populaire.

Pour vous donner un aperçu des débats, je voudrais citer un extrait d'un discours prononcé par Lord Falconer (alors *Lord Chancellor* du Royaume-Uni) le 26 septembre 2005 à l'occasion

de l'ouverture d'une conférence sur le droit européen des contrats. Je ne m'attends pas à ce que les nombreux avocats de droit civil ici présents dans l'assemblée soient d'accord avec tout ce qu'il dit, mais cela donne un aperçu intéressant des différents intérêts qui sont en jeu dans le débat sur l'harmonisation du droit :

« La common law est ainsi devenue inégalée en tant que droit de prédilection pour les transactions commerciales. Il est important pour le Royaume-Uni, et important pour l'UE, qu'elle le reste.

Perdre ce caractère distinctif au nom de l'harmonisation serait pour le Royaume-Uni et l'UE une erreur énorme. Une erreur non seulement pour le Royaume-Uni mais pour l'UE dans son ensemble. Ne vous y trompez pas, tout affaiblissement de l'adéquation et de l'attractivité de la common law d'Angleterre en tant que droit de prédilection pour la conduite d'affaires commerciales dans le monde entier serait désastreux, et les juridictions rivales telles que New York et Genève s'en saisiraient. L'UE n'en serait que plus pauvre ».

Le gouvernement britannique s'est dès lors fermement opposé à l'harmonisation du droit des contrats.

Certains pourraient dire que de tels sentiments sont ignobles et desservent l'objectif souhaitable d'un marché unique pour les biens et les services, ou même l'objectif d'un espace commun européen de justice : nous devrions mettre de côté nos intérêts égoïstes dans l'intérêt du bien commun. Mais nous ne devons pas oublier que d'énormes intérêts économiques sont en jeu. Nous avons vu à quel point des changements de règles ou de lois peuvent faire varier le rôle central d'une ville dans le secteur des services bancaires ou d'autres services financiers. Par exemple, certains prétendent que New York a perdu sa place de centre financier international de prédilection, au profit de Londres, à cause des règles restrictives imposées par la loi Sarbanes-Oxley. De tels changements peuvent avoir un impact considérable sur l'emploi et sur d'autres indicateurs économiques, et ne doivent donc pas être pris à la légère. Dans ce sens, le Royaume-Uni a peut-être raison de souligner qu'un affaiblissement de la fréquence de l'utilisation de la *common law* anglaise en tant que droit de prédilection pourrait avoir un impact sur le bien-être économique de Londres en tant que centre financier, et aurait donc des répercussions sur l'économie européenne dans son ensemble, par exemple, si le droit de New York devenait l'alternative la plus utilisée.

Je cite cet exemple pour vous montrer à quel point les intérêts économiques peuvent freiner l'harmonisation du droit et des règles de procédure.

C) La réticence des avocats à abandonner leur propre système

Je dois dire qu'il s'agit là du principal obstacle rencontré au sein du CCBE pour la progression de l'harmonisation des règles de procédure ou du droit matériel, voire pour tout changement. « Dans mon pays, nous faisons comme cela ». Naturellement, si nous restions tous fidèles à ce principe, il n'y aurait jamais aucun changement. Beaucoup semblent réticents à l'idée de changer ce qu'ils connaissent, pas nécessairement parce qu'ils ne croient pas en la grande expérience européenne, mais parce que la nature humaine est ainsi faite et que l'homme n'aime pas changer ses habitudes. C'est un problème auquel, nous qui travaillons dans les institutions européennes, sommes confrontés chaque jour. Ce n'est que par la discussion et l'expérience que nous pouvons surmonter ces réactions profondément ancrées.

*
* *

J'en arrive donc enfin à répondre à la question posée au début de cette intervention : les Barreaux et Ordres des 27 États membres désirent-ils vraiment une harmonisation des règles de procédure ?

Je pense qu'au vu des réponses formulées jusqu'à présent par le CCBE, et de tous les arguments qui ont été avancés pour et contre l'harmonisation, la réponse est « oui », moyennant le respect de certaines conditions raisonnables telles que la subsidiarité et l'existence d'une stratégie globale régissant l'harmonisation. Des obstacles particuliers tels que des intérêts économiques peuvent parfois entrer en jeu, mais ceux-ci doivent être surmontés au fur et à mesure qu'ils apparaissent.

Ne croyez donc pas que les avocats sont des êtres cyniques, comme semble l'indiquer la question posée. Les avocats européens peuvent être fiers de ce qu'ils ont réalisé pour faire progresser la pratique transfrontalière.

Débat

Yves CHAPUT.– Dans le fond, le progrès vient du dialogue et de la communication. C'est pourquoi nous allons passer la parole à la salle.

Jean-Bertrand DRUMMEN, *Président du Tribunal de commerce de Nanterre.*– L'harmonisation repose, je pense, d'abord et avant tout sur la confiance mutuelle. Si, aujourd'hui, le juge national est le juge communautaire, comment expliquer ces critiques et ces craintes du *forum shopping* qui, d'une certaine manière, traduisent une grande défiance ?

Christian ROTH.– Vous l'avez dit, la confiance mutuelle c'est le maître mot. À travers l'exemple du titre exécutoire européen, c'est de la confiance dans l'ordre judiciaire de chaque État membre qu'il s'agit.

Je me souviens que lorsque j'ai démarré dans les affaires franco-allemandes, le réflexe de nombreux professionnels allemands, opérateurs économiques, était de considérer la justice de ce côté-ci du Rhin comme n'étant pas aussi rigoureuse, comme n'étant pas aussi rapide que de l'autre côté. On entend encore certaines remarques dans l'Europe du Nord à l'égard de l'Europe du Sud. Je crois qu'un travail de pédagogie est nécessaire. Nous nous efforçons tous d'agir, que ce soit à travers les associations d'avocats, à travers les réseaux de magistrats. La question qui se pose à nous aujourd'hui, c'est de savoir comment un magistrat, dans son ordre juridique interne, confronté à un dossier avec des éléments d'extranéité, avec des parties qui sont étrangères à ce for peut voir sa décision reconnue sans difficulté dans un autre État membre. Et comment le citoyen, le justiciable européen peut sans hésitation se dire : « je me laisse attirer dans un procès en dehors de mon domicile... ». Le Français se laissera-t-il attirer dans un procès en Grande-Bretagne sans se poser la question : « est-ce que, là-bas, j'accepte la qualité, l'efficacité, l'efficience de ce système ? », sans se lancer dans la mise en place d'incidents de procédure, d'exceptions de procédure, d'exceptions d'incompétence, tant *ab initio* qu'au stade de l'exécution ?

C'est là où je reprends l'idée du temps de justice. La communautarisation des règles de procédure permet d'évacuer les zones d'ombre qui ont été créées par la Cour de justice elle-même, pendant plusieurs années, à travers l'interprétation, notamment, de l'article 5 de la Convention de Bruxelles. Il a fallu des années pour que le texte soit communautarisé sous forme du règlement 44-2001, pour qu'on ait enfin une explication sur la fine différence de l'interprétation de l'article 5 paragraphe 3 de l'ancienne Convention de Bruxelles devenue Bruxelles 1. Eh bien, cette incertitude conduisait des bataillons entiers d'avocats, à exciper, souvent pour des raisons pas toujours évidentes, des exceptions d'incompétences territoriales. C'est inutile et c'est là ma réponse. Ceci est inutile lorsque, pour répondre à votre question, nous pouvons pleinement aborder en confiance la juridiction économique de l'un ou de l'autre État membre de l'Union européenne. À condition que nous sachions que l'exécution, et c'est le Professeur de Leval qui insiste là-dessus, que les règles d'exécution suivent le même chemin de la reconnaissance mutuelle, de la confiance mutuelle.

Daniel TRICOT.— La question du Président Drummen me paraît imposer un développement très bref sur cette crainte que l'on a tous un peu viscéralement du *law shopping* et du *forum shopping*. Et, au-delà de l'exemple qui vient d'être donné sur l'exécution, je voudrais donner un exemple sur le fond. Je ne comprends pas pourquoi on craindrait, dans l'Union européenne, le *law shopping* et le *forum shopping*, dès lors qu'il y a le principe de confiance mutuelle dans les tribunaux et dans les législations. Et je prendrai l'exemple de l'arrêt de la CJCE du 2 mai 2006 (133) et de la question du siège social et du centre des intérêts principaux. Tout citoyen européen peut créer une société dans n'importe quel État membre, en y installant son siège social. Il faut – et c'est la règle posée par l'arrêt – que le centre des intérêts principaux, qui est présumé être le siège social, corresponde à une réalité palpable par

(133) Références de la décision à compléter.

les tiers, qu'ils voient qu'il y a une activité. L'absence d'activité, c'est quasiment la fictivité et la boîte aux lettres, l'arrêt le dit clairement. Ce qui signifie que, finalement, nous pouvons créer une société où nous voulons en Europe, et la soumettre à n'importe quel droit. Il est dit très clairement que le fait que la décision soit prise ailleurs n'a pas d'importance. C'est là l'intérêt de l'arrêt. Certes, cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Mais il faut aller plus loin. S'il n'y a pas d'insolvabilité, il n'y aura pas véritablement de litige sur la question de la règle applicable. Et ce n'est justement qu'en cas d'insolvabilité que la difficulté existe vraiment. Je pense que la Cour de justice des communautés européennes a parfaitement encouragé à la fois le *law shopping* et le *forum shopping*. Il convient que nous nous interroguions comme Européens sur le point de savoir s'il faut toujours trembler devant le *law shopping* et le *forum shopping* au sein de l'Union européenne. À l'extérieur de l'Europe unie, c'est autre chose.

Georges de LEVAL.— Pour conclure brièvement ces échanges, je me limiterai à deux observations.

La première observation concerne l'effective application des règlements en matière de procédure. Une évaluation est régulièrement faite par la Commission en ce qui concerne le Règlement en matière de significations ; les huissiers de justice, je pense, y prennent une large part. De plus il importe d'insister sur le rôle essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans la détermination du contenu de la norme ; son impact a été déterminant lors de l'adaptation, dans le sens d'une application équilibrée, de ce Règlement, en évitant les sanctions procédurales disproportionnées et en veillant à l'égale prise en compte des intérêts en présence (c'est-à-dire ceux du demandeur et du défendeur).

Dans le domaine du recouvrement des créances, le Règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées semble, d'après ce que me confiait tout à l'heure Monsieur Roth, assez peu appliqué en France. Par contre, en Belgique – évidemment c'est un petit pays et nous avons beaucoup de frontières – ce Règlement entre de plus en plus dans la pratique quotidienne des avocats et révèle toutes ses potentialités. Il est vrai que les formations continues destinées aux praticiens portent régulièrement sur les nouveautés en matière de droit judiciaire européen. Il ne faut pas seulement se livrer à de savantes études ; il faut concrétiser, au jour le jour, les avancées européennes.

Ma seconde observation est moins prosaïque. Nous avons évoqué plusieurs thèmes de procédure. Un célèbre spécialiste belge de droit judiciaire disait : « je n'aime pas mon sujet ». Je me sens sur la même longueur d'ondes à moins que la procédure ne soit réellement un instrument de réalisation d'une plus grande cause c'est-à-dire celle du rêve un peu fou des fondateurs du Marché commun qui ambitionnaient de supprimer les frontières entre les citoyens. Si celles-ci ont été progressivement supprimées entre eux, ne devrait-il pas être plus aisé encore, dans le respect des diversités culturelles, de mieux harmoniser nos procédures

nationales pour faciliter, au sens juridique du terme, l'effective libre circulation dans un espace de justice, de liberté et de sécurité ?

LE CONTENTIEUX DE LA CONCURRENCE, ARCHÉTYPE DU PROCESSUS D'HARMONISATION ?

L'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national

Structures et procédures : contrastes et convergences

Yves CHAPUT.— Il nous faut maintenant aborder un thème déjà évoqué ce matin à plusieurs reprises, sous forme d'un questionnement : devons-nous nous inspirer du droit de la concurrence pour tenter de trouver un principe directeur, non seulement dans l'organisation judiciaire européenne, mais également dans le domaine de la procédure. Nous passons donc à présent à la mise en œuvre pratique de ces principes. Nous serons évidemment très attentifs aux propos que va tenir Madame Riffault-Silk qui est conseiller à la Cour de cassation et qui est membre de l'Association des juges européens du droit de la concurrence. Aussi bien par votre activité de juge que par vos activités associatives, vous étiez la mieux placée pour vous interroger sur l'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national, avec en sous-thème : « Structures et procédures : contrastes et convergences ». Madame le haut conseiller, vous avez la parole.

Jacqueline RIFFAULT-SILK

Conseiller à la Cour de cassation (Chambre commerciale), Association des juges européens du droit de la concurrence

Mass tells space how to curve ; space tells mass how to move.

John Wheeler

Introduction

Le droit de la concurrence, fruit d'une économie libéralisée mais sous surveillance, est exemplaire d'une intégration « à l'européenne » en ce qu'il réalise, au-delà de l'adoption progressive de règles de procédure communes en Europe dans les litiges transnationaux et de la reconnaissance des garanties du procès équitable inscrites dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, l'harmonisation de normes de fond et de leur mise en œuvre sur le territoire de l'Union lorsque sont affectés ou peuvent l'être les échanges

intracommunautaires, tout en laissant une large part de souveraineté aux États membres conformément au principe d'autonomie procédurale (134), corollaire du principe de subsidiarité.

La réforme de l'application des règles communautaires de concurrence, mise en œuvre par le règlement 1/2003 (135), en est l'illustration : elle met fin à un régime centralisé et étroitement contrôlé par la Commission européenne, pour lui substituer un système de compétences parallèles, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales étant désormais compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité relatifs aux ententes et aux abus de domination dans leur intégralité, y compris le troisième paragraphe de l'article 81 relatif à l'exemption d'une pratique anticoncurrentielle concertée, sous les conditions cumulatives énumérées par cet article.

Et la diversité que l'on constate dans l'organisation institutionnelle et procédurale des contentieux de concurrence, au sein de l'Union, atteste de la part de souveraineté conservée par les États membres.

Mais l'espace européen n'est pas euclidien, et les impératifs de la construction et de la cohérence communautaires n'ont pas manqué d'infléchir le parallélisme affiché par le règlement 1/2003.

Il s'agit bien d'un espace « courbé » par ces contraintes, ainsi que le révèlent les prérogatives conservées par l'autorité européenne de concurrence, comme les limites apportées aux pouvoirs des juges nationaux (I).

Pour autant, ce modèle a-t-il atteint son équilibre ? En d'autres termes, l'intégration tempérée qui caractérise la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence n'a-t-elle pas vocation à transformer l'organisation des contentieux économiques nationaux des États membres et au-delà, contribuant ainsi au rapprochement des règles internes de concurrence et des procédures au sein de l'Union (II) ?

I – Une intégration tempérée par le principe de subsidiarité

1. De puissants facteurs d'intégration caractérisent le contentieux de la concurrence...

Un droit matériel uniforme dont la primauté a été consacrée par le règlement 1/2003, une cour constitutionnelle commune définissant des principes communs pour l'application de ces règles par les États membres, une organisation institutionnelle centralisée pour la recherche, la

(134) Article 10 du traité CE : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

(135) Règlement 1/2003 CE du 16 décembre 2002, JO n° L 001 du 4 janvier 2003, abrogeant le règlement 17/62 du Conseil du 6/02/62. Il est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004.

poursuite et la sanction des infractions aux règles communes : le droit européen de la concurrence est au cœur de la construction communautaire.

C'est, d'abord, l'inscription dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne de règles communes sur la concurrence entre acteurs économiques dans un marché commun devenu unique, complétées par les directives et les règlements du Conseil ou de la Commission européenne sur habilitation de ce dernier, de sorte que « *le traité CE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres (...)* » ainsi que l'a rappelé la Cour de justice (136).

C'est, ensuite, la formulation par la Cour de justice des Communautés européennes, juridiction communautaire, de principes communs d'application du droit communautaire et spécialement du droit européen de la concurrence, afin d'assurer une mise en œuvre efficace de ce droit par les juridictions nationales dans leur ordre juridique interne : principe de primauté (137) et devoir de coopération loyale (138), effet direct (139), effet utile du droit communautaire (140). Et il incombe aux juridictions nationales, chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers (141), au besoin d'office (142).

C'est, enfin, la mise en place d'une organisation institutionnelle propre aux Communautés européennes pour la recherche, la poursuite et la sanction, sous le contrôle des juridictions communautaires, des pratiques anticoncurrentielles définies par les articles 81 et 82 du traité, et l'édition de règles spécifiques régissant la coopération des juridictions et des autorités de concurrence nationales avec ces instances.

(136) CJCE, *Courage*, 20/09/01, C-453/99, pt 19.

(137) CJCE, *Costa/Enel*, 15 juillet 1964, aff. 6/64 ; *Walt Wilhelm*, 13 février 1969, aff. 93/71.

(138) Article 10 du traité CE, préc.

(139) CJCE, *Van Gend en Loos*, 5/02/63, aff. 26/62. Les normes communautaires d'effet direct sont les dispositions du traité et les règlements pris pour son application, et sous certaines conditions, les directives v. CJCE *Van Duyn*, aff. 41/74, 4/12/74.

(140) CJCE, *Rewe*, 16/12/76, aff. 3/76.

(141) CJCE, *Simmenthal*, 9/03/78, 106/77 ; *Factortame*, 19/06/90, C-213-89, *Courage*, 20/09/01, C-453/99.

(142) CJCE 14/12/95, *Van Schijndel*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93 ; *Peterbroeck*, C-312/93, rappelant que si « le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande ... » (décision *Van Schijndel*), « les modalités [procédurales prévues par le droit interne d'un État membre] ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne, ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire » (décision *Peterbroeck*).

En matière d'arbitrage, CJCE, 01/06/99, *Eco Swiss China*, C-126/97.

A cet effet, le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (143), entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, consacre la primauté du droit européen de la concurrence lorsque sont en cause les intérêts communautaires (144), mettant fin au système de la double barrière qui laissait place à l'application, par les instances nationales, d'une norme de droit interne plus restrictive que la norme communautaire.

Il organise l'échange d'informations entre les juridictions nationales et la Commission européenne, permet à cette dernière comme aux autorités nationales de concurrence de présenter des observations écrites devant les juridictions des États membres et d'intervenir devant elles en tant qu'*amicus curiae*, et impose la transmission à la Commission des jugements rendus en application des articles 81 et 82 du traité (145). Il prévoit, dans son article 16 consacré à l'application uniforme du droit communautaire de la concurrence, que les juridictions nationales, lorsqu'elles statuent sur des accords ou des pratiques relevant de ces articles et faisant l'objet d'une décision de la Commission, ne peuvent prendre de décision contraire (146). Le même article ajoute que les juridictions nationales doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée par la Commission, la juridiction nationale pouvant évaluer en pareil cas, ou en cas de recours en annulation contre la décision de la Commission, s'il est nécessaire de suspendre sa procédure, et ordonner le cas échéant des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties (147). Les dispositions de cet article sont la reprise de la jurisprudence de la CJCE concernant l'application du droit communautaire par les juridictions nationales (148).

Le même règlement impose aux États membres de désigner la ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les règles de concurrence (149), et met en place entre ces autorités nationales de concurrence (ANC) un réseau européen de concurrence (REC) dont la Commission européenne est le coordonnateur, sa prééminence se traduisant, notamment, par le pouvoir de constater, d'office, l'inapplication des articles 81 et 82 du traité aux pratiques en cause lorsque l'intérêt public communautaire le requiert (150), également par les règles gouvernant l'allocation des affaires (151), par l'obligation faite aux autorités de concurrence des États membres d'informer la Commission par écrit avant ou sans délai après

(143) Règlement 1/2003 CE du 16 décembre 2002, JO n° L 001 du 4 janvier 2003, abrogeant le règlement 17/62 du 6/02/62.

(144) Article 3 du règlement.

(145) Article 15 du règlement.

(146) Article 16 § 1 du règlement.

(147) Mêmes dispositions.

(148) CJCE, *Stergios Delimitis*, 28/02/1991, C-234/89, pt 47; CJCE, *Masterfood*, 14/12/2000, C-344-98, pt 51-58.

(149) Article 35 du règlement. Ainsi que l'observe Madame Laurence Idot, in *Le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Cahiers de droit européen, près de la moitié des ANC n'avaient pas auparavant compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité.

(150) Article 10 du règlement.

(151) Article 11 du règlement et Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, point 2, principes d'attribution des affaires.

avoir initié la première mesure d'enquête et de lui communiquer au plus tard trente jours avant leur adoption, leurs projets de décisions – en fait la notification des griefs aux parties mises en cause (152), et par le droit de priorité qui permet à la Commission de dessaisir les autorités de concurrence des États membres même après ouverture d'une enquête, lorsqu'elle-même décide d'ouvrir une procédure (153).

On peut noter, bien qu'elle soit loin d'avoir les mêmes implications en raison de la nécessaire indépendance des juges, l'extension de cette « culture de réseau » aux juridictions nationales : les travaux du Réseau des Présidents des Cours suprêmes judiciaires (154), et ceux de l'Association des juges européens en droit de la concurrence, constituée en septembre 2002 à Luxembourg, en sont le vivant témoignage (155).

2. ... tout en instituant au bénéfice des autorités de concurrence et des juges nationaux un régime de compétences parallèles et décentralisées

Cette réforme donne aussi compétence pleine et entière aux autorités et aux juridictions nationales pour l'application du droit européen de la concurrence ainsi qu'il a été vu, et reconnaît la fonction essentielle d'initiative dévolue dans ce domaine aux acteurs économiques eux-mêmes, au travers des actions privées qu'ils portent devant les juridictions des États membres. Le Préambule du règlement souligne, à cet égard, que les juridictions nationales préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages intérêts aux victimes des infractions, et ajoute que le rôle des juridictions nationales est, sur ce point, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres (156).

De plus, la primauté du droit communautaire, affirmée par le règlement lorsque sont affectés les intérêts communautaires, n'interdit pas aux États membres d'appliquer des dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité (157), tel que l'instauration de dispositions de droit pénal applicables aux pratiques anticoncurrentielles. Ainsi en est-il, également, des dispositions visant des comportements unilatéraux tels, en France, l'abus de dépendance économique ou encore les

(152) Article 11-4° du règlement.

(153) Les décisions visées par ce chapitre (articles 7 à 10 du règlement) concernent la constatation et la cessation d'une infraction, les mesures provisoires, les engagements, enfin la constatation d'inapplication des dispositions de l'article 81 du traité lorsque l'intérêt public communautaire concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert.

(154) Il s'agit en particulier du dialogue engagé avec Madame Neelie Kroes, commissaire européen chargé de la concurrence, sur l'application du droit de la concurrence par les juges nationaux. Ces travaux ont porté sur l'efficacité de la procédure civile pour trancher les litiges inter-entreprises sur le fondement du droit des ententes et des abus de position dominante ; cf les propos tenus par Guy Canivet, « L'Europe judiciaire de la concurrence se structure », in Revue Lamy de la concurrence mai/juillet 2005, n° 3, p. 116 sq.

(155) Association of European Competition Law Judges (aeclj@catribunal.org.uk), constituée à Luxembourg en septembre 2002.

(156) Préambule, 7° considérant.

(157) Article 3 *in fine* du règlement.

pratiques restrictives (158) et, d'une manière générale, de l'application dans les États membres de leur droit interne de la concurrence lorsque les intérêts communautaires ne sont pas affectés, comme de celles relatives à la concurrence déloyale.

Enfin, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale a pour conséquence que les États membres ont la maîtrise des modalités de mise en œuvre du droit européen de la concurrence sur leur territoire, tant en ce qui concerne les instances, administratives et/ou juridictionnelles, chargées de son application que les règles de procédure, et les sanctions, qui lui sont applicables.

Mais ce principe a ses limites.

D'abord, il ne doit pas priver d'effet utile les dispositions du droit communautaire, le droit processuel national ne devant pas rendre son application impossible ou excessivement difficile (159). Règle dont le caractère impératif vient d'être rappelé par la Cour de justice en matière d'aides d'État : la *res judicata* attachée à la décision d'une juridiction nationale devenue définitive cède devant l'exigence d'effectivité de la récupération d'une aide d'État reconnue valide par cette juridiction nationale en dépit de la décision antérieure de la Commission européenne, qui la déclarait incompatible (160).

De même, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers, notamment la possibilité de demander la réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (161).

Ainsi, une règle de droit national qui refuse à une personne de se fonder sur ses propres actions illicites en vue d'obtenir des dommages intérêts – il s'agissait en l'espèce des clauses d'un contrat de distribution de bière contestées comme contraires aux règles de concurrence par le distributeur, alors qu'il était partie à ce contrat – doit être écartée lorsqu'elle conduirait à priver l'intéressé, pour ce seul motif, de la protection juridictionnelle prévue par le traité, comme l'a décidé la CJCE, saisie à titre préjudiciel par la Court of Appeal britannique dans l'affaire *Courage*.

Sur les mêmes fondements, la CJCE a formulé, dans l'affaire *Manfredi*, des principes communs de détermination du préjudice qui doit comprendre non seulement le dommage réel

(158) Titre IV du Livre IV du code de commerce.

(159) CJCE, *Peterbroek*, C 312-93, préc.

(160) Aff. C-119/05, 18 juillet 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/ Lucchini Spa*, commentée *Rev. Lamy de la concurrence* n° 13, oct.-déc. 2007, p. 33, B. Cheynel, L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme une peau de chagrin ?

(161) CJCE, *Simmenthal* préc. pt 16 ; CJCE *Factortame* préc. pt 19 ; CJCE, *Courage*, préc. pt 25.

(*damnum emergens*), mais aussi le manque à gagner (*lucrum cessans*) et le paiement d'intérêts (162). Elle avait déjà reconnu le principe de réparation intégrale du préjudice (163).

De même encore, il appartient à chaque État membre, en l'absence de réglementation commune en matière procédurale, de régler dans son ordre juridique national les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, et de s'assurer que ces modalités respectent les principes d'équivalence et d'effectivité (164).

3 ... sans toutefois remettre en cause le caractère exclusif de certaines prérogatives de la Commission européenne

Le parallélisme affiché par le règlement 1/2003 n'exclut pas le maintien, entre les mains de la seule Commission, de prérogatives essentielles (165).

Ainsi en va-t-il du dessaisissement d'une autorité nationale de concurrence, décidé d'office par la Commission (166) après consultation de l'autorité concernée lorsque cette dernière traite déjà l'affaire.

De même, lorsque l'intérêt public communautaire le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 81 est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions d'application de l'article 81, § 1 ne sont pas remplies, soit parce que les conditions d'application de l'article 81, § 3 sont remplies (167).

Plus encore, l'article 29 du règlement, relatif aux décisions de retrait individuel du bénéfice de l'application d'un règlement d'exemption, ne cite pas les juridictions nationales, alors que l'article 6 du même règlement leur donne expressément compétence « *pour appliquer les articles 81 et 82 du traité* » sans formuler aucune réserve.

La communication de la Commission relative aux lignes directrices concernant l'application de l'article 81, alinéa 3 du traité donne la clé de cet apparent paradoxe, le régime qu'il définit dans ce domaine particulier correspondant presque en tous points à celui qui était en vigueur avant la réforme (168) : les juridictions des États membres « *ne sont pas habilitées à retirer le bénéfice des règlements d'exemption par catégorie, pas plus qu'elles ne peuvent, dans leur application desdits règlements, en modifier la portée en étendant leur champ d'application à des*

(162) CJCE, *Manfredi*, 13/07/06, aff. jtes C-295-04 à C-298-04, , pts 92-100.

(163) CJCE, *Marshall*, 1993, C-271/91, pt 30.

(164) CJCE, *Manfredi*, préc., pt 62.

(165) Cf J. Riffault-Silk, La jurisprudence de l'exception légale française, quel modèle pour l'application des nouvelles règles de droit communautaire, in *European Law Reporter*, janv. 2001, p. 15 sq.

(166) Article 11-6° du règlement.

(167) Article 10 du règlement.

(168) CJCE, *Stergios Delimitis*, préc. ; TPICE, 8 juin 1995, *Langnese Iglo*, aff. IVI/340/72.

accords qui n'en relèvent pas », étant souligné que « *les pouvoirs des juridictions des États membres sont limités à déterminer si un accord est couvert ou non par un règlement d'exemption par catégorie* » (169).

Ainsi, comme auparavant, la compétence du juge national, lorsqu'est invoqué par les parties le bénéfice d'un règlement d'exemption, portera, à ce stade, uniquement sur la question de savoir si l'accord litigieux remplissait les conditions fixées par ce règlement lors des faits qui lui sont soumis, sans que le juge puisse se fonder sur les dispositions de l'article 81 § 3 du traité pour déclarer l'exemption par catégorie inapplicable à cet accord.

Le maintien de ce régime, qui répond à une logique de sécurité juridique pour les entreprises et sans doute au souci des instances communautaires de conserver la maîtrise des décisions d'exonération par catégorie ainsi que de préserver la cohérence de l'application des règlements d'exemption, pierre angulaire du droit communautaire des ententes, n'est pas sans limiter quelque peu l'effet direct reconnu à l'article 81, § 3 du traité par la réforme, apportant quelques distorsions au parallélisme apparent de l'application décentralisée du droit communautaire par les autorités de concurrence et par les juridictions nationales.

4. ... ni permettre au juge national de contrôler la légalité des décisions prises par la Commission, y compris pour les actes d'enquête effectués sur le territoire national

L'article L. 450-4 du Code de commerce, relatif aux visites domiciliaires effectuées dans le cadre d'enquêtes menées sur le territoire national, disposait, dans sa rédaction antérieure à la réforme du 4 novembre 2004, que « *Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite (...)* ». Ces dispositions ont conduit la Cour de cassation dans l'affaire *Roquette*, à saisir la CJCE d'une question préjudicielle portant sur l'étendue du contrôle exercé par le juge national en présence d'une demande de la Commission européenne d'effectuer de telles mesures d'enquête sur le territoire national (170).

Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure (171), la CJCE a maintenu le principe de l'exclusivité du contrôle du juge communautaire sur la légalité de la décision de la Commission, tout en donnant des précisions concrètes sur le contrôle de proportionnalité que devait exercer le juge national (172).

Ces précisions sont intégralement reprises dans le paragraphe 8 de l'article 20 du règlement 1/2003. Le juge national contrôle l'authenticité de la décision de la Commission, et s'assure que les mesures coercitives demandées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. A cet effet, il peut demander des explications détaillées à la

(169) Communication de la Commission sur l'application de l'article 81 du traité, pts 31-33.

(170) Com. 7 mars 2000, Bull. IV.

(171) CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec., p. 2859.

(172) CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette*, C-94/00.

Commission notamment sur les motifs qui incitent la Commission à suspecter une violation des articles 81 et 82, ainsi que la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée. Mais « *l'autorité judiciaire nationale ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection, ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission* », étant précisé *in fine* de cet article que « *le contrôle de légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice* ».

L'ordonnance du 4 novembre 2004 a tiré les conséquences de ces dispositions et de la création du réseau européen de concurrence, en s'attachant aux relations que les autorités françaises entretiennent désormais au stade de l'enquête avec leurs homologues européens ainsi qu'avec la Commission, devenue acteur à part entière des enquêtes de concurrence menées sur le territoire français (173).

*
* *

Que penser du modèle normatif et organisationnel qu'offre le droit européen de la concurrence pour les juges nationaux ? Peut-on y voir un exemple équilibré, voire même « achevé » d'harmonisation pour les juridictions économiques de demain en Europe ? Il est permis d'en douter, et ce pour deux raisons.

La première tient au contraste observé entre, d'une part, l'essor de la régulation menée au sein du REC, dont attestent le nombre des décisions rendues par les autorités européenne et nationales de concurrence comme l'accroissement des sanctions qu'elles prononcent et, d'autre part, le faible nombre des actions en réparation, en annulation ou aux fins de mesures d'injonction ou d'interdiction engagées devant les juridictions nationales par les parties privées.

Dans un rapport établi le 31 août 2004 à la demande de la Commission européenne, le groupe de travail Ashurst a dressé le constat du « *total sous-développement* » et de « *l'étonnante diversité* » des actions civiles fondées sur le droit de la concurrence, en dépit des efforts déployés par les instances nationales et européennes pour développer les garanties données aux acteurs économiques et susciter leur implication dans la mise en œuvre des règles de concurrence par la voie du *private enforcement*.

Ces travaux ont conduit à la diffusion par la Commission européenne, le 19 décembre 2005, d'un Livre vert (174) contenant une série de propositions pour l'amélioration des actions

(173) Article L. 450-4 modifié par l'ord. du 4 novembre 2004 ; cf B. Cheynel et C. Nourissat, *Adaptation du droit français au droit communautaire : commentaire de l'ordonnance du 4 novembre 2004*, in *Rev. Lamy de la concurrence*, févr.-avril 2005, n° 2, p. 64 § 4 s.

(174) Publié le 19 décembre 2005, COM 2005 (672 final), il comporte en annexe un Document de travail. http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/index_en.html. L'un et l'autre sont disponibles sur le site de la Commission.

en dommages intérêts pour infractions aux règles communautaires de concurrence (175), travaux auxquels le Parlement européen a apporté son soutien par une Résolution adoptée le 25 avril 2007 (176), la publication par la Commission d'un Livre blanc consacré aux actions en réparation fondées sur la violation des règles européennes de concurrence étant annoncée pour le début de l'année 2008.

Faut-il voir dans cette faiblesse des actions privées la démonstration de l'inadaptation réelle, ou perçue comme telle, des juridictions et des procédures traditionnelles dans ces sortes de litiges, et « en creux » la trace de leur traitement par les modes conventionnels que sont l'arbitrage et la médiation (177), ou au contraire, prenant acte de l'augmentation régulière des décisions rendues par les juridictions nationales dans ce domaine, la considérer comme une phase de transition (178) et affirmer leur complémentarité ?

Et au-delà de la mise en œuvre effective du droit européen de la concurrence, la dynamique d'harmonisation et de modernisation des institutions nationales, suscitée par la mise en place d'une régulation de la concurrence à l'échelle européenne, n'a-t-elle pas, nécessairement, des prolongements sur l'évolution des modes de règlement des litiges privés devant les juges nationaux, qu'ils soient fondés ou non sur le droit européen de la concurrence, ainsi que sur le droit de fond et sur le droit processuel général des États membres ?

La seconde raison tient à la nécessaire articulation de ces procédures multiples, non seulement d'un État membre à l'autre mais aussi, à l'échelle nationale, d'une instance à l'autre. Au-delà de l'enjeu immédiat du développement harmonieux des échanges économiques au sein de l'Union européenne, qui suppose pour les entreprises et les consommateurs, à défaut d'une rationalisation de l'ordre judiciaire européen, la garantie d'une prévisibilité du droit et d'une suffisante sécurité juridique, il y a lieu de s'interroger sur l'efficacité comparée des systèmes institutionnels et procéduraux nationaux, et sur l'inévitable mise en concurrence des systèmes juridictionnels eux-mêmes, devenus objets de marché – et de compétition – à l'intérieur de l'espace européen.

(175) Cf Cyril Nourissat, Livre vert sur les actions en dommages-intérêts : question de droit judiciaire privé européen, *Revue Lamy de la concurrence*, avril-juin 2006, p. 45 sq. ; également Muriel Chagny, Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert, même revue, oct.-déc. 2006, p. 87.

(176) <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5378362>.

(177) Cf les déclarations en ce sens de Philip Collins, président de l'OFT le 6 juillet 2006 au Law Society's European Group : "I know from my own experience and from speaking to a number of practitioners, that there have been a substantial number of competition-law based disputes which have been settled out of courts or resolved by arbitration or mediation", <http://www.ofc.gov.uk/NR/rdonlyres/09002EF1-9C25-4A2C-9796-FOA5EBCD5F4F/0/0306.pdf>. Dans ce sens également, cf le rapport d'information sur le Livre vert de M. Laffineur, présenté le 28 juin 2006 à la Délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale.

(178) En ce sens, cf M. Siragusa, The implementation of competition rules in the two years since modernisation, in UAE-LIDC, 7^{ème} conférence, Le droit antitrust entre le droit européen et national, Bruylant, 2007, p. 50.

En effet, ces rapprochements ne sont-ils pas de nature à susciter une concurrence entre les modèles institutionnels et procéduraux des États membres eux-mêmes, au moins dans l'esprit des utilisateurs du service public de la justice que sont les acteurs économiques, entreprises et consommateurs ?

II – Une diversité ordonnée par des contraintes communes

Conséquence du principe d'autonomie, la diversité institutionnelle que l'on constate en Europe reflète la liberté de choix dont disposent les États membres, pour désigner les autorités chargées d'appliquer le droit européen de la concurrence et pour définir les procédures applicables. Mais cette diversité, qui concerne tant le cadre institutionnel que procédural, est tempérée par de fortes convergences.

1. L'évolution du cadre institutionnel et procédural

L'organisation institutionnelle mise en place par les États membres porte, d'un côté, sur la création d'autorités de régulation appelées à coopérer avec la Commission européenne au sein du réseau animé et coordonné par cette dernière, de l'autre, sur la détermination des juridictions civiles compétentes pour appliquer le droit de la concurrence.

Du côté de la régulation, trois modèles se distinguent.

L'Italie, avec l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), l'Allemagne avec le Bundeskartellamt ont choisi un modèle unitaire, où une seule autorité administrative cumule les pouvoirs d'enquête et de poursuite, d'instruction et de décision. La France a préféré un modèle dualiste, en confiant à la DGCCRF qui est une direction du ministère de l'économie et des finances, la fonction d'enquête, et au Conseil de la concurrence l'instruction et la décision. Le Royaume-Uni offre un modèle comparable, où co-existent l'Office of Fair Trading et la Competition Commission, celle-ci étant en charge notamment des enquêtes, celle-là ayant pouvoir de sanction sur les pratiques anticoncurrentielles qu'elle constate. Un troisième modèle a été choisi par l'Irlande, qui n'a pas voulu remettre en cause les prérogatives du juge dont elle a maintenu le pouvoir de décision, tandis que les enquêtes sont confiées à l'autorité administrative.

Au stade du contrôle règne à nouveau la diversité : il est confié parfois aux juges judiciaires, comme en France à une chambre spécialisée de la cour d'appel de Paris, parfois à la juridiction administrative comme en Italie avec le Tribunal administratif régional du Latium, parfois à une juridiction *ad hoc* comme c'est le cas au Royaume-Uni, avec la création du Competition Appeal Tribunal (CAT).

Convergence, toutefois, en ce qui concerne la composition de ces nouvelles autorités, qui fait une large place aux professionnels issus des milieux économiques et universitaires, aux côtés ou à la place des magistrats judiciaires et administratifs, parfois même dans la

composition de la juridiction de contrôle comme c'est le cas au CAT voire au sein de la Cour suprême comme en France à la chambre commerciale de la Cour de cassation. Convergence, aussi, dans les garanties d'indépendance, statutaires et budgétaires, données à ces nouvelles autorités administratives. Convergence, encore, dans la nature de leurs missions et dans l'étendue de leurs pouvoirs, toutes ces caractéristiques répondant à des impératifs communautaires autant que nationaux, propres à une économie libéralisée mais sous surveillance et marqués par des considérations d'intérêt général.

Du côté des juridictions compétentes pour statuer sur les actions privées fondées sur le droit interne ou communautaire de la concurrence, s'impose le constat d'une diversité en transition, dont on donnera quelques exemples.

En Italie, seules les cours d'appel ont compétence pour appliquer en première instance le droit interne de la concurrence (179), tandis que les juridictions du premier degré – juges de paix ou tribunaux d'instance selon le montant du litige – peuvent être saisies d'actions civiles fondées sur le droit de la concurrence européen.

En France, le décret du 30 décembre 2005 pris en application de la loi Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001 a désigné huit juridictions consulaires et huit tribunaux de grande instance (Bordeaux, Fort-de-France, Marseille, Lille, Lyon, Nancy, Paris, Rennes) pour connaître de ces litiges, les recours contre leurs décisions étant portés exclusivement devant la cour d'appel de Paris. Il en va autrement lorsque sont en cause des actes indissociables de prérogatives de puissance publique tels que la dévolution d'un service public (180), les modalités d'organisation d'un service public (181), la gestion du domaine public (182) et d'une manière générale l'ensemble des actes s'inscrivant dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public (183). Le contrôle de ces actes échappe également au pouvoir de sanction de l'autorité de concurrence française, à moins qu'ils ne soient détachables de la mission de service public (184). Le Conseil d'État a toutefois intégré dans le bloc de légalité le droit de la concurrence communautaire (185) et interne (186), et les juridictions administratives ont compétence pour annuler un acte administratif ou un contrat public anticoncurrentiel et pour indemniser leurs conséquences dommageables.

Le Royaume-Uni a quant à lui institué une compétence parallèle des juridictions civiles et de la juridiction d'appel de l'autorité de concurrence britannique, pour statuer sur les actions en

(179) Article 33 de la loi 287/90.

(180) Trib. Conflits, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*.

(181) Com. 29 mars 1994, *Port autonome de Paris*.

(182) Trib. Conflits, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*.

(183) Déc. Cons. Conc. n° 94-D-04 du 8 mars 1994.

(184) C'est généralement le cas lorsqu'il s'agit de l'activité en cause s'exerce contre rémunération (Paris, 8 février 2000), ou implique la conclusion de contrats de droit privé (déc. Cons. Conc. n° 98-D-31 du 13 mai 1998).

(185) CE, 8 novembre 1996, *Féd. Fse des sociétés d'assurance*, Rec. CE p. 441.

(186) CE, 3 novembre 1997, *Million et Marais*, AJDA 1998, p. 247 note O. Guézou.

réparation (187). Ainsi, les juridictions britanniques, quand elles sont saisies d'actions à fins de réparation fondées sur des pratiques anticoncurrentielles, ont désormais la possibilité de transférer l'affaire au CAT, qui peut lui-même se prononcer non seulement sur l'infraction aux règles de concurrence, mais aussi sur le préjudice et sa réparation lorsque les parties en font la demande. Il peut aussi, s'il l'estime opportun et après avoir statué sur l'application du droit de la concurrence, renvoyer l'affaire à la juridiction civile initialement saisie pour qu'elle se prononce sur la réparation.

Au-delà de ces « *raffinements propres au domaine de la concurrence* » (188), la tendance commune est bien la même : réserver à des juges spécialisés le traitement de contentieux complexes.

Qu'en est-il des règles de procédure applicables à ces actions ?

Les litiges de concurrence transnationaux imposent de recourir, comme pour tout autre litige civil de cette nature, aux instruments de coopération judiciaire élaborés pour leur traitement en Europe. Ils sont aussi soumis aux principes d'organisation du procès et de respect des droits de la défense inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme. Mais les contraintes propres à un traitement cohérent des contentieux de concurrence, qu'ils soient européens ou nationaux, constituent certainement un ferment actif de rapprochement sinon d'harmonisation des normes internes de droit substantiel ainsi que des règles applicables aux procédures civiles au sein de l'Union (189).

En ce qui concerne la procédure applicable, en général, aux actions civiles et commerciales, des instruments communs régissent aujourd'hui, en Europe, les contentieux transnationaux, et concernent notamment :

- la désignation de la juridiction compétente (190),
- la coopération directe entre les juridictions nationales des différents États membres, pour l'obtention des preuves (191),
- la signification et la notification des actes judiciaires et extra-judiciaires (192),
- la reconnaissance et l'exécution, par chaque État membre, des décisions rendues par les juridictions des autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure (193),
- règles communes auxquelles vient d'être ajoutée la désignation de la loi applicable aux obligations non contractuelles (194) dans les litiges transfrontière (règlement Rome II).

(187) UK Competition Act 1998, modifié par le UK Enterprise Act, 2002.

(188) Cf L. Cadet, *Quelles juridictions économiques en Europe ? Rapport général de synthèse*, p.557 *in fine*.

(189) V. *infra*, La transposition du règlement 1/2003 dans l'ordre juridique interne des États membres.

(190) Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 remplaçant la Convention de Bruxelles du 23 septembre 1968.

(191) Règlement 1206/2001 du 28 mai 2001.

(192) Règlement 1348/2000 du 29 mai 2000.

(193) Règlement 44/2001, préc. art. 33 *sq.*

En outre, les procédures engagées devant les juridictions des États membres, comme devant les autorités administratives de concurrence, sont régies par l'ensemble de principes et de règles inscrits dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au premier rang desquels figurent le droit à un procès équitable devant un tribunal au sens de la convention, le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense, garanties reprises et développées dans la Charte européenne des droits fondamentaux. Enfin, l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé le 19 décembre 1966 et auquel la France a adhéré le 4 novembre 1980, prévoit un certain nombre de garanties analogues à celles qui figurent dans la CESDH.

Plus encore, la nature répressive des sanctions prononcées par les autorités de régulation, affirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) (195), commande que les entreprises mises en cause bénéficient, au cours de la procédure suivie devant ces autorités, des garanties prévues par la convention, applicables aux sanctions pénales : telle est la solution adoptée par les juridictions françaises en droit de la concurrence (196), en conformité avec la jurisprudence de la CEDH prise en application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec celle du Conseil constitutionnel (197).

À ces différents égards, la transposition du règlement 1/2003 s'avère constituer pour les États membres une source d'harmonisation de leur droit substantiel interne et de convergence de leurs règles procédurales.

En lui-même, en effet, le règlement 1/2003 contient nombre de dispositions propres à réduire l'incertitude juridique rendue inévitable par le nombre des juridictions civiles ou commerciales appelées à appliquer dans les vingt-sept États membres de l'Union, sous le contrôle de la cour suprême de l'État concerné, des normes communes de concurrence pour la protection du marché unique.

L'échange d'informations qu'il prévoit entre les juridictions nationales et l'autorité de concurrence de leur État membre, la fourniture d'avis aux juridictions nationales par les

(194) Ce règlement adopté le 11 juillet 2007 (JOUE 31/07/07), et dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2009, permettra de garantir que tous les tribunaux des États membres appliquent la même loi en cas de litige transfrontière en matière de responsabilité civile, ce qui devrait faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions de justice dans l'Union européenne et éviter les pratiques de « forum shopping », les parties pouvant être incitées à porter le litige devant le tribunal qui applique la loi la plus favorable.

(195) CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976 ; *Lecompte, de Meyere et Van der Leuwen*, 23 juin 1981 ; *Öztürk c/ RFA*, 21 février 1984 ; *Lütz c/ RFA* 25 août 1987.

(196) Paris, 26 avril 1994, *SDRM*, également Paris, 22 novembre 2000, TF1.

(197) Cons. Constitutionnel, 30 déc. 1987, admettant l'existence de sanctions ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de les prononcer à une autorité de nature non judiciaire à l'exclusion de peines privatives de liberté et à condition que soient respectées les garanties fondamentales applicables aux sanctions pénales ; en ce qui concerne l'application de ces principes aux AAI, voir notamment Cons. Const., janvier 1987, *Conseil de la concurrence* ; Cons. Const., 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* ; Cons. Const., 28 juillet 1989, *Commission des opérations de bourse*.

autorités de leur État membre ou par la Commission européenne par la procédure de l'*amicus curiae*, la transmission impérative à la Commission européenne des jugements rendus par ces juridictions, le droit d'intervention directe de la Commission et des autorités nationales de concurrence devant les juridictions de leur État membre y compris d'office par observations écrites, notamment en cause d'appel, enfin et surtout la primauté du droit communautaire et l'obligation pour les juridictions de se conformer aux décisions prises par la Commission (198) permettront d'avoir une vision plus générale et précise de l'application du droit de la concurrence par les autorités de la concurrence et les juridictions de chacun des États membres (199). En outre, les rapports de la Commission européenne fournissent une statistique précise des affaires jugées dans chacun des États, aussi bien par les autorités nationales que par les juridictions, en même temps qu'un aperçu qualitatif sur les décisions rendues.

Mais la transposition du règlement 1/2003 dans la législation interne des États membres a également suscité un mouvement général de modernisation, non seulement des systèmes de régulation interne, mais aussi, plus fondamentalement, des règles générales applicables aux actions civiles, mettant ainsi fin aux sources d'incohérence qui affectaient les législations nationales pour l'application du droit de la concurrence. Quelques exemples confirment ce constat.

L'Allemagne et l'Italie avaient adopté un régime interne de régulation de la concurrence calqué sur l'ancien système européen de notification préalable et d'exemption, et limitaient aux seuls concurrents, donc aux entreprises victimes de pratiques discriminatoires, la possibilité d'engager des actions en réparation.

L'adoption d'un 7^{ème} amendement au GWB (200) a mis fin en Allemagne à ce régime et a permis à tout intervenant sur le marché d'engager une action civile sur le fondement des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (201).

En Italie, c'est un arrêt de la Cour de cassation qui a mis fin, le 4 février 2005, à une jurisprudence selon laquelle le droit de la concurrence ne protégeait que les entreprises. Observant que les particuliers sont aussi acteurs du marché, la Haute juridiction italienne a ouvert à « toute personne » se prévalant d'un dommage résultant d'une pratique anticoncurrentielle, le droit d'engager une action civile en réparation. Et le maintien en Italie, jusqu'à ce jour, du régime interne de notification préalable et d'exemption tandis qu'entraîne en vigueur la réforme de l'application du droit européen de la concurrence, « a eu un résultat paradoxal. L'application du droit national de la concurrence par l'autorité italienne devient

(198) Articles 15 et 16 du règlement 1/2003, v. *supra*.

(199) G. Canivet, *Revue Lamy de la concurrence* mai/juillet 2005, n° 3, p. 116 sq., préc.

(200) Art. 33 GWB, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

(201) Cf K. Ost, Droit de la concurrence en Allemagne, expérience européenne et modernisation, , 1^{ère} journée commune Bundeskartellamt/Conseil de la concurrence, Institut Goethe, 16 novembre 2004, in *Revue Lamy de la concurrence*, mai-juillet 2005, n° 3, p. 156.

marginale, tandis que les actions privées sont essentiellement fondées sur la loi interne (...) (202) ».

En France, où le système de l'exception légale avait été adopté de longue date (203) et où le droit d'agir en réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles ne faisait pas l'objet de semblables restrictions, la réforme a porté sur des aspects plus ponctuels, tels que l'organisation de la procédure de l'*amicus curiae* devant les juridictions, ou la mise en œuvre des modalités de coopération prévues par le règlement (204).

Mais il est remarquable de constater que par un arrêt du 16 juillet 2007 (205), le Conseil d'État, à son tour, tire les conséquences de l'élargissement de la notion de marché et aligne le régime de responsabilité propre aux contrats publics sur les règles fixées par l'article 1165 du Code civil (206) en ouvrant aux concurrents évincés lors de la conclusion d'un contrat administratif la voie du recours de pleine juridiction pour contester la validité de ce contrat, faisant exception aux principes selon lesquels un tel recours formé par un tiers au contrat est irrecevable en droit public, ce recours étant réservé aux parties, le recours devant le juge de l'excès de pouvoir étant également fermé aux tiers au contrat dès lors qu'il est réservé aux actes unilatéraux ou aux actes détachables de la conclusion ou de l'exécution du contrat.

La même décision renforce du même coup les pouvoirs de régulation du juge administratif du contrat, d'abord en précisant qu'il peut, suivant la nature des illégalités affectant le contrat, prononcer sa résiliation ou modifier certaines de ses clauses, mais aussi décider de la poursuite de son exécution éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés ou encore prononcer l'annulation, totale ou partielle, du contrat et non plus seulement en constater la nullité, ensuite en ajoutant que ce recours peut être assorti d'un référé suspension de l'exécution du contrat, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

C'est à une démarche tout aussi ambitieuse qu'a été consacré le Livre vert relatif aux actions privées fondées sur le droit européen de la concurrence (207), bel exemple de bouillonnement des « forces imaginantes du droit » selon l'expression de Mme Delmas-Marty.

Ses propositions, qui visent à corriger les handicaps dont pâtissent les actions civiles engagées devant les juridictions nationales par les victimes d'infractions au droit européen de la

(202) M. Siragusa, *op. cit.* p. 59.

(203) Cf J. Riffault-Silk, *article préc.*

(204) Elles ont été introduites, en France, par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004. Cf B. Cheynel et C. Nourissat, *article préc.*

(205) CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *société Tropic travaux signalisation*.

(206) Il résulte de cet article que si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences en droit à l'égard des tiers Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. n° 205.

(207) Publié le 19 décembre 2005, *v. supra*.

concurrence, et la consultation publique qui s'en est suivie, ont été l'occasion de larges débats quant à l'adoption de principes communs dans des domaines aussi essentiels que les principes directeurs du procès et l'organisation de la procédure.

Parmi les sujets traités dans le Livre vert, peuvent être cités, notamment :

– les actions collectives, actions en représentation faisant intervenir des autorités publiques et/ou des organisations privées, actions conjointes, *class-actions* selon le modèle européen de l'« *opt-in* » ou américain de l'« *opt-out* »,

– la qualité à agir, s'agissant notamment du droit d'action des victimes indirectes de pratiques anticoncurrentielles, cette question étant elle-même indissociable de l'admissibilité du « *passing-on defense* » par lequel les auteurs de pratiques anticoncurrentielles dénie tout intérêt à agir aux entreprises victimes directes de ces pratiques, qui ont répercuté l'augmentation de prix en résultant à leur propre acheteur – intermédiaire ou consommateur final –, et contestent l'existence de tout préjudice réparable faute pour ces derniers d'établir l'existence d'un lien direct de causalité entre la faute et ce préjudice,

– l'accès aux preuves, et les remèdes propres à corriger l'asymétrie d'information souvent constatée au détriment du demandeur, par un allègement du standard de preuve ou par un renversement de la charge de la preuve, voire par l'adoption de règles analogues au « *disclosure* » pratiqué dans les pays de *common law* sous le contrôle du juge,

– la protection de la confidentialité des informations commercialement sensibles,

– les règles relatives à la faute et à la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage,

– la définition et l'évaluation du dommage, l'instauration éventuelle de dommages « punitifs » à l'instar des règles nord-américaines, et non plus seulement « compensatoires », à tout le moins la prise en compte non seulement du préjudice subi, mais aussi du gain illicite obtenu par l'auteur des pratiques en cause,

– les principes relatifs à la prise en charge des coûts (frais et dépens) des procédures engagées pour la réparation de préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles,

– l'institution d'une autorité de chose « jugée » ou « décidée » des décisions de régulation sur les actions privées engagées devant le juge, dans un même État membre,

– l'articulation des décisions des juridictions et des autorités nationales d'États membres différents,

– l'aménagement des règles relatives à la prescription, dans le même objectif d'une articulation des procédures de régulation et des actions privées laissant à ces dernières le bénéfice des décisions prises par l'autorité de régulation.

En l'état des dispositions régissant le droit européen de la concurrence, qu'en est-il de son application par les juges nationaux ?

2. La réception du droit de la concurrence communautaire par les juridictions nationales

C'est une réception nuancée, ainsi que le confirment, d'un côté, les solutions retenues pour la notion d'affectation des échanges communautaires et l'influence avérée du droit communautaire même en l'absence d'affectation, de l'autre, le rappel du principe d'autonomie procédurale en matière d'octroi de mesures conservatoires et l'application restrictive, par le juge national, de l'autorité attachée aux décisions des instances européennes.

Condition d'application du droit européen de la concurrence, la notion d'affectation des échanges communautaires fait l'objet d'une communication de la Commission européenne (208) et d'une jurisprudence abondante des juridictions communautaires et nationales.

Cette question, qui porte sur la détermination du droit applicable et par conséquent le champ d'application du droit communautaire, précède l'analyse des pratiques. C'est un critère autonome, de nature juridictionnelle ainsi que l'a précisé la CJCE (209). Son application largement entendue traduit la pénétration du droit communautaire dans la pratique des régulateurs et dans celle des juridictions nationales (210).

Mais même en l'absence d'une affectation des échanges communautaires, l'influence du droit communautaire sur l'application des normes de fond du droit national est avérée.

(208) Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07).

(209) CJCE, 13 juillet 1966, *Consten/Gründig*, 56 et 58/64 ; CJCE, 6 mars 1974, 6/73 et 7/73, *Commercial Solvents*, pt 31.

(210) À titre d'exemples, CJCE 359-01 *P, British Sugar*, dans le cas d'une entente sur les prix ayant pour objet la commercialisation des produits dans un seul Etat membre, dès lors que le marché en cause est perméable aux importations, les participants à l'entente voulant se protéger contre les concurrents d'autres États membres et faisant ainsi échec à l'interpénétration économique voulue par le traité ; dans le même sens, Paris, 7 février 2006, *Transdev*, rapp. 2006 du Conseil, p. 363, retenant l'affectation sensible du commerce intracommunautaire s'agissant du marché du transport urbain de voyageurs, eu égard à la nature de l'accord – un cartel national –, à l'envergure des entreprises impliquées, à l'importance de leur chiffre d'affaires supérieur aux seuils définis par la communication de la Commission, et à l'existence de candidatures émanant d'entreprises européennes ; également *NGK*, déc. 06-D-04 du Conseil, relative à une clause d'achat national exclusif avec interdiction d'approvisionnement auprès des filiales étrangères du groupe, eu égard à la situation de domination de l'entreprise sur le marché considéré ; cf également, dans le cas d'une action privée en annulation, Paris, 31 mai 2006, *Mkat*, concernant un contrat de vente assorti d'une clause d'interdiction de revente et de commercialisation directe ou indirecte en France, la cour d'appel retenant l'effet sensible de la pratique compte tenu de la part du marché national détenue par le vendeur ; cf également *Bureau national interprofessionnel du cognac*, déc. 06-D-21, le Conseil rappelant qu'en raison de la primauté du droit communautaire, un accord ne peut échapper à l'interdiction édictée par l'article 81 CE au motif qu'il serait autorisé sur le fondement du droit national, et estimant qu'une restriction de concurrence sensible concernant la production des eaux de vie de cognac est susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres compte tenu de la commercialisation du cognac dans toute la Communauté, l'article 81 CE étant dès lors applicable.

L'Italie, l'Allemagne, le Royaume-Uni pratiquent la règle de l'interprétation de leurs normes internes à la lumière du droit européen, de sorte que « *les règles de droit [de la concurrence] interne ont une vocation européenne* » (211).

Il en va de même en France.

Ainsi, le Conseil de la concurrence considère qu'en matière de restrictions verticales, le règlement d'exemption par catégorie 2790/99, notamment au regard de ses dispositions relatives à l'effet cumulatif des contrats, est un « *guide d'analyse utile* » dans les affaires où seul le droit interne a été invoqué (212). Cette méthode a été approuvée par la Cour d'appel de Paris (213).

L'autorité française de concurrence a également décidé de retenir la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure (règles « *de minimis* ») comme « *guide d'analyse utile* » pour apprécier en droit national les effets sur la concurrence d'accords entre entreprises, dès lors que les parts du marché concerné sont faibles (214). Cette méthodologie du Conseil, qui tirait les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation imposant la vérification dans chaque cas d'espèce, d'une restriction sensible de la concurrence résultant des pratiques en cause (215), anticipait – de peu – la réforme du droit interne de la concurrence introduisant un seuil de sensibilité analogue (216).

S'agissant des conditions d'octroi des mesures conservatoires, en revanche, l'application impérative du principe d'autonomie procédurale, y compris lorsque sont en cause des pratiques pouvant relever, sur le fond, des dispositions du traité, a été rappelée par la Cour de cassation (217).

On sait que le prononcé de telles mesures par la Commission européenne a été admis par la Cour de justice (218), sous réserve de conditions tenant notamment à l'existence d'une présomption raisonnablement forte d'infraction, plus strictes que celles du droit national qui sont énoncées à l'article L. 464-1 du code de commerce. Ces exigences ont été réaffirmées par le TPICE (219), et reprises dans l'article 8 du règlement 1/2003, qui exige que soient remplis deux

(211) M. Siragusa et G. Faella, *The implementation of competition rules in the two years since modernization, in Antitrust between EC Law and National Law*, VII Conference, UAE-LIDC, Bruylant, 2007, p. 27.

(212) Cons. Conc., déc. 00-D-82 du 26 février 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles sur le marché de l'impulsion ; également, déc. 03-D-60 du Conseil, du 17 déc. 2003, relative à des pratiques constatées dans le secteur de l'horlogerie de luxe.

(213) Paris, 1^{ère} H, 29 juin 2004, *Sté Marcout Soulhol c/ sté Cartier*, BOCCRF, 30 sept. 2004, p. 625.

(214) Cons. Conc. déc n° 03-D-53 du 26 novembre 2003, *Biotherm*.

(215) Com. 12 mai 1999, *Zannier*.

(216) Art. L. 464-6-1 du Code de commerce, introduit par l'ord. n° 2004-274 du 4 novembre 2004.

(217) Com. 14 décembre 2004, *Pharma Lab*.

(218) CJCE, ordonnance du 17 janvier 1980, *Camera Care*, n° 792/79.

(219) TPICE, 24 janvier 1992, *La Cinq*, T- 44/90.

conditions, la première tenant à un constat *prima facie* d'infraction, la seconde à l'urgence, justifiée par le risque d'un préjudice grave et irréparable causé à la concurrence.

Dans l'espèce en cause, la cour d'appel (220) avait rejeté le recours formé par la société *Pharma Lab* contre la décision du Conseil (221) qui écartait la demande de mesures conservatoires d'un grossiste-exportateur en produits pharmaceutiques. L'affaire n'ayant été examinée que sur le fondement du droit communautaire en l'absence d'affectation du marché français, la cour d'appel avait considéré que les conditions d'octroi des mesures sollicitées devaient être celles du droit communautaire requérant notamment l'existence « d'une présomption d'infraction suffisamment forte », rapprochant ainsi des règles communautaires le standard de preuve requis pour l'octroi des mesures sollicitées.

C'est ce raisonnement qu'a rejeté la Cour de cassation, qui a rappelé que le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 et 2 du traité CE, de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire de la concurrence (222).

Par arrêt du 8 novembre 2005, la Chambre commerciale a à nouveau cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait repris le critère tiré d'une « *présomption d'infraction suffisamment forte* » dans une affaire où le droit national était applicable (223). La Haute juridiction française rappelle que les mesures conservatoires peuvent être décidées « *dès lors, seulement, que les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée* » et sous réserve de ce que les autres conditions prévues par l'article L. 464-1 du code de commerce sont remplies (224).

Le critère de « *présomption raisonnable* » de pratique anticoncurrentielle finalement retenu par le Conseil de la concurrence dans l'affaire *Orange Caraïbe* (225) pour adopter des mesures conservatoires, a été repris par la cour d'appel de Paris saisie du recours contre cette décision, par arrêt du 28 janvier 2005.

(220) Paris, 26 juin 2002, *Pharma Lab* ; également 16 juillet 2002, *Pharma Jet*.

(221) Déc. n° 02-MC-07.

(222) Cf Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour 2004, p. 310-311.

(223) Cass. Com. 8 novembre 2005 et Paris 29 juin 2004, *Neuf Telecom* ; cf RA 2005 Cons. Conc., p.357.

(224) Article L. 464-1 du Code de commerce : « (...) Les mesures [conservatoires] ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ».

(225) Cons. Conc. déc. 04-MC-02 ; Paris, 28 janvier 2005, *Orange Caraïbe*.

De même, la prise en compte, par le juge national, des décisions prises par les instances communautaires ou par une autre instance nationale compétente dans un État membre, sur le fondement du droit européen de la concurrence, suscite de délicates questions.

Les décisions de la Cour de justice dans les affaires *Delimitis* (226) et *Masterfood* (227), reprises dans l'article 16 du règlement 1/2003 du Conseil, posent le principe de l'application uniforme du droit communautaire. La règle posée par ces dispositions paraît claire : les juges nationaux ont l'obligation de se conformer aux décisions de la Commission et des cours européennes, si l'affaire a été portée devant elles.

L'arrêt rendu par la Chambre des Lords (Royaume-Uni) le 19 juillet 2006, dans l'affaire *Crehan*, est particulièrement intéressant à cet égard, en ce qu'il se prononce sur la portée de ces dispositions.

On se souvient que M. Crehan, partie à un contrat de distribution de bière, contestait les dispositions de ce contrat au regard du droit européen de la concurrence alors qu'en droit interne anglais il n'aurait pu en attaquer la validité dès lors qu'il y était partie (228). Saisie à titre préjudiciel par la Cour d'appel britannique de la question de savoir si les règles communautaires devaient s'appliquer malgré cette contradiction avec le droit interne, la CJCE avait rappelé le 20 septembre 2001 (229) au visa de l'effet direct du droit européen de la concurrence, que n'importe quelle violation aux dispositions du droit communautaire peut être poursuivie et qu'une action en réparation peut être formée devant les juridictions nationales par toute personne y compris un cocontractant, écartant de ce fait l'application du droit national anglais. A nouveau saisie de cette affaire, la Court of Appeal britannique avait infirmé la décision de la High Court qui rejetait à nouveau les demandes en réparation formées devant elle, en estimant que la juridiction britannique ne pouvait que se conformer à la décision de la cour européenne et admettre les prétentions de M. Crehan.

C'est ce raisonnement que rejette la Chambre des Lords, qui rappelle que la force obligatoire des décisions du juge communautaire – ou de la Commission européenne – n'a lieu d'être que lorsqu'elles concernent le même litige entre les mêmes parties, le droit communautaire de la concurrence obligeant en pareil cas le juge national à ne pas contredire la décision déjà prise par la Commission. Elle ajoute que le juge national n'est pas tenu de suivre l'avis de la Commission si ces conditions ne sont pas réunies, l'avis de la Commission étant alors, seulement, un des éléments « à prendre en considération » au titre de l' « evidence ».

La décision de la Haute Assemblée britannique ne peut qu'être approuvée. En l'espèce, la Cour de justice ne s'était pas prononcée sur le fond du litige et n'en avait pas la possibilité,

(226) Préc.

(227) CJCE, 14 décembre 2000, C 344-98.

(228) V. *supra*.

(229) Déc. préc.

ayant été saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des dispositions du droit communautaire de la concurrence, conformément à l'article 234 du traité, et non pas d'un recours contre une décision de la Commission européenne comportant l'analyse et la qualification des faits.

Mais le raisonnement suivi par la Chambre des Lords peut paraître quelque peu restrictif, s'agissant de la portée de l'obligation imposée aux juges nationaux lorsqu'ils statuent sur des actions privées.

En premier lieu, au regard de l'exigence, qu'il impose, d'une application rigoureuse des dispositions du droit interne britannique relatives à l'autorité de chose jugée.

L'article 1351 du code civil français relatif à l'autorité de la chose jugée, qui contient des dispositions analogues, prévoit que « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut pour cela que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

Ces dispositions de droit interne apparaissent plus étroites que les règles posées par l'article 16 du règlement 1/2003 qui visent « *des accords, des décisions ou des pratiques ... qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission* » sans faire aucune mention d'une identité de parties, de cause et d'objet au sens des dispositions précitées, dans l'une et l'autre procédures. Les règles européennes, de par leur caractère impératif, peuvent-elles s'accommoder d'une lecture restrictive ?

En l'espèce, la Commission européenne n'avait pas rendu de décision concernant spécifiquement les contrats de bière conclus par le fournisseur *Inntrepreneur Estates Ltd (IEL)* avec ses distributeurs, qu'il s'agisse de M. Crehan ou de toute autre partie. Si tel avait été le cas, et que la décision de la Commission eût été définitive ou approuvée par un arrêt des juridictions européennes, l'autorité de cette décision aurait dû sans nul doute s'imposer au juge national.

En second lieu, au regard des missions confiées aux autorités de concurrence européenne et nationales, qui visent à assurer la protection d'un marché et non pas à statuer dans des litiges entre acteurs économiques, le fait que les enquêtes puissent être décidées le cas échéant à la suite de plaintes ne modifiant pas la nature publique de ces missions.

Le concept d'autorité de chose jugée tel que défini ci-dessus est-il, en réalité, tout-à-fait adéquat pour rendre compte de l'obligation de conformité imposée aux juridictions nationales lorsqu'elles statuent dans des litiges privés alors que les autorités publiques de régulation ont pris une décision concernant le marché en cause ?

En l'absence de décision des instances européennes portant sur l'affaire en cause, l'articulation des procédures de régulation et des actions privées, dans les contentieux transnationaux portés devant les juridictions des États membres, a été, elle aussi, l'objet de solutions contrastées.

En France, comme en Italie, aucune disposition ne l'organise, les procédures de régulation et de réparation restant indépendantes sauf lorsque la décision de régulation émane des instances communautaires (230).

Tout autres sont les dispositions du droit britannique, la réforme du Competition Act (231) prévoyant que par dérogation aux règles gouvernant l'autorité de chose jugée (identité d'objet, de cause et de parties), les décisions prises par l'autorité publique nationale de régulation (l'OFT ou en appel, le CAT) auront également autorité de chose « *jugée* » ou « *décidée* » sur les procédures en réparation ultérieurement engagées devant le juge civil. Dans tous les cas, la décision prise sur l'existence d'une pratique anticoncurrentielle par l'autorité de régulation, qu'il s'agisse de l'OFT, du CAT, de la Commission européenne ou des juridictions communautaires, s'imposera aux juridictions civiles à la seule condition qu'elle ait un caractère définitif.

En Allemagne, la réforme entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 (232) est allée plus loin encore, en reconnaissant une telle autorité de chose « *jugée* » ou « *décidée* » non seulement aux décisions de régulation prises par les instances communautaires et nationales, mais également à celles des juridictions et des autorités de régulation étrangères.

L'affaire du cartel du ciment a été l'occasion pour la Cour supérieure de Düsseldorf, saisie de demandes en réparation à la suite de la décision de sanction prise par le Bundeskartellamt à l'encontre des membres de ce cartel, de se prononcer sur la portée de cette réforme et notamment sur les dispositions prévoyant que dans les actions en réparation fondées sur une violation du droit national ou européen de la concurrence, le juge national est lié par la décision « *définitive* » de l'autorité de régulation.

Saisie d'une demande de sursis à statuer par les défendeurs, motif pris des recours qu'ils ont formés contre la décision de sanction prise par le Bundeskartellamt, la Cour supérieure de Düsseldorf a rejeté la demande dans un arrêt du 3 mai 2006 dès lors, précisément, que la décision de régulation n'est pas définitive du fait de ces recours. Certes, cette décision fait échec à d'éventuels recours dilatoires, mais on peut penser que demeure un risque de divergence entre l'analyse finale des régulateurs, et celle des juges chargés de la réparation.

Un tel risque ne pouvait-il être évité ? La Cour de justice, dans son arrêt *Masterfood* (233) avait expressément répondu à cette préoccupation en recommandant aux juges nationaux

(230) Article 16 du règlement 1/2003.

(231) Article 47 A (10), Competition Act 1998.

(232) Nouvelle Section 33(4) GWB.

(233) Déc. préc., point 58.

d'apprécier la possibilité d'accorder des indemnités à titre provisionnel pour atténuer les effets d'un sursis à statuer.

Conclusion

Exemplaire d'une intégration à l'européenne, le contentieux de la concurrence l'est aussi des difficultés rencontrées par les États membres dans la recherche d'une harmonisation de l'espace judiciaire européen.

Spécialiste de la relativité, John Wheeler a défini, dans le domaine de la physique, l'interaction constante de la masse et de l'espace. Cette interaction apparaît familière au praticien de l'antitrust : le principe communautaire construit l'espace européen, qui à son tour lui donne un nouvel élan.

Que l'on se place au cœur des institutions communautaires, ou dans la diversité des traditions nationales européennes, on ne peut que constater cette dynamique commune.

Yves CHAPUT.— Merci Madame le haut conseiller. Vous avez répondu à la question posée à la deuxième table ronde : que va-t-il rester aux juges ? À vous entendre, il reste un large champ d'action aux juges. Nous sommes rassurés. Et la présentation que vous avez faite est, pour nous, d'autant plus rassurante qu'elle est une présentation organique. Toutefois, la difficulté tient au manque de hiérarchie. Il existe donc un réseau d'autorités de concurrence. Mais il ne s'agit pas du réseau auquel nous sommes habitués. Ce n'est pas celui de Kelsen, avec une hiérarchie et au sommet une cour de cassation. Et puis, il y a cette difficulté tenant à la nature de la Commission européenne. Elle n'est ni un exécutif, ni un législatif, ni un juge. On peut dire qu'elle est les trois à la fois. Et quand on porte un regard sur la construction européenne, on hésite encore à affirmer si elle est un modèle de marché – ce qui nous renvoie à la table ronde suivante – ou un modèle d'État. Ce qui caractérise un État, ce sont évidemment les juridictions elles-mêmes. Mais dans ce réseau où la Commission joue un rôle déterminant, on ne peut pas dire que l'on soit en présence d'un modèle d'État. On est véritablement en présence d'un modèle original qui n'est pas non plus supra étatique, qui n'est pas une simple juxtaposition. Et c'est précisément sur ce point que nous souhaitons interroger Maître Enrico Adriano Raffaelli : quelle opinion portez-vous sur cette construction dont on nous a expliqué du reste qu'elle était en route ? Cette route trouvera-t-elle un jour son aboutissement, ou bien est-ce un cheminement sans fin fait de remises en cause perpétuelles d'une construction provisoire, même si nous avons désormais un traité simplifié ?

Enrico Adriano RAFFAELLI

*Avocat au Barreau de Milan, Président d'honneur de l'Union des avocats européens (UAE),
Président de la Commission « Concurrence et Antidumping » de l'UAE, RUCELLAI &
RAFAELLI, Milan **

Merci Monsieur le président. Je crois que vous avez déjà en partie répondu à la question posée en faisant une description de la situation que j'approuve sans réserve. Mais je souhaite d'abord remercier les organisateurs, et Monsieur Lévi en particulier, pour m'avoir convié à un colloque aussi prestigieux. Avant tout, je vous prie de bien vouloir excuser mon français qui est bien loin d'être parfait, en raison du manque d'exercice. Il est vrai que j'ai été président de l'Union des avocats européens, mais c'était il y a 7 ans...

La première observation que je voudrais faire concerne le problème central du rapport entre les actions introduites devant les juges ordinaires, en vue de l'obtention de dommages et intérêts en réparation des préjudices causés par les infractions aux règles communautaires de la concurrence, et les procédures administratives engagées devant la Commission européenne et les autorités nationales chargées d'appliquer le droit de l'*antitrust*. On parle de ce sujet depuis longtemps, vu qu'en matière de concurrence, nous sommes depuis toujours en présence d'une compétence concurrente de la Commission européenne, des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales. Bien entendu, la Commission européenne, depuis l'époque de l'arrêt *Automec* (234), avait encouragé les particuliers à s'adresser aux juges nationaux pour la sauvegarde de leurs droits découlant des normes communautaires de la concurrence.

La Cour de Justice avait dû se charger du délicat rapport entre les jugements pendants devant les juges nationaux et les procédures administratives pendantes devant la Commission européenne et notamment des effets des décisions de la Commission sur les jugements rendus par les juges nationaux. D'où d'importants arrêts (parmi lesquels *Delimitis* et *Masterfoods*) (235) qui ont établi des principes très importants que le Règlement 1/2003 a essayé de codifier.

Le système qui en découle, celui-là même que Madame le conseiller Riffault-Silk a si bien synthétisé dans son rapport, ne rencontre d'ailleurs pas mon assentiment. D'abord, je suis convaincu que la prétendue modernisation du droit de la concurrence engagée par le règlement n'introduit pas, comme on le proclame triomphalement, une décentralisation du droit communautaire de la concurrence. Au contraire, elle réalise une forte centralisation de l'application de ce droit, si l'on veut bien considérer les importants pouvoirs que la Commission a acquis, dans l'application des articles 81 et 82 CE, au regard de la perte d'exclusivité dans l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE. Avec le règlement, en effet, on établit une

** L'auteur remercie Maître Michela Dall'Angelo, avocate, Marta Brichetto et Michela Furlan pour leur précieuse collaboration.*

(234) TPICE 18 sept. 1992, aff. T-24/90, Automec Srl contre Commission.

(235) CJCE 28 févr. 1991, aff. C-234/89, Stergios Delimitis contre Henninger Braeu AG et CJCE 14 déc. 2000, aff C-344/98, Masterfoods Ltd contre HB Ice Cream Ltd

encombrante et, sous certains aspects, embarrassante primauté de la Commission européenne dans l'application de toute règle communautaire de concurrence, non seulement à l'égard des autorités nationales de concurrence, mais aussi à l'égard des juges nationaux. Le règlement a substitué à l'exclusivité de l'autorisation des pratiques l'exclusivité de l'application du droit. Il est évident que ce qui est présenté comme une décentralisation du droit communautaire de la concurrence n'est autre que la mise à disposition des ressources des autorités de concurrence, toutes, y compris les juges de droit commun des États membres, au bénéfice de la Commission européenne qui s'en sert comme d'un prolongement de ses propres entités périphériques.

Il suffit d'examiner quelques données et références normatives pour constater la réalité de cette situation.

L'article 15 du règlement 1/2003 prévoit que :

– « *les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet des questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence* » ;

– « *la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres* » et des observations orales avec l'autorisation de la juridiction en question ;

– la Commission peut, afin de préparer ses observations, solliciter la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle lui transmette tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire ;

– « *les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 du traité* ».

Ce qui est plus significatif encore est le fait que les juges nationaux, sur la base de l'article 16 du règlement en question :

– « *lorsqu'ils statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission* », ne peuvent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission ;

– doivent également éviter de prendre « *des décisions qui iraient à l'encontre de la décision "envisagée" dans une procédure intentée par la Commission* » ;

– à cette fin, la juridiction nationale peut « *évaluer* » s'il est nécessaire de suspendre sa procédure ;

– tout ceci « *sans préjudice des droits et obligations découlant de l'article 234 du traité* ».

Dans cette situation, parler de décentralisation effective est assurément hors de propos. Nonobstant l'exception à l'exclusivité de la Commission européenne introduite en 2004 en faveur de l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, l'application directe du droit

communautaire de la concurrence par les autorités administratives et juridictionnelles nationales de concurrence est affirmée depuis toujours. L'élément nouveau, introduit par le règlement 1/2003, de portée cette fois révolutionnaire, est l'affirmation de la primauté de la Commission européenne, non seulement sur les autorités nationales de concurrence, mais aussi sur les juges nationaux. En particulier, il est clairement établi que les juges nationaux ne peuvent pas prendre des décisions juridictionnelles qui ne seraient pas conformes aux décisions que la Commission a déjà adoptées ou qu'elle envisage d'adopter dans le même cas d'espèce. Il s'agit donc non seulement de décisions définitives de la Commission mais aussi de décisions qui peuvent encore être soumises au crible juridictionnel du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice. La référence que l'article 16 du règlement 1/2003 fait aux mesures seulement envisagées par la Commission ne laisse aucun doute sur le fait que la situation se présente en ces termes.

De mon point de vue, ce système présente de graves lacunes, pour toute une série de raisons.

À cet égard, je souhaiterais, avant tout, dissiper une équivoque dans laquelle on tombe facilement et qui consiste à assimiler la Commission européenne aux autorités nationales de concurrence. Il n'en va pas ainsi. En effet, dans la plupart des États membres de l'Union européenne comme dans les nombreux autres systèmes juridiques qui disposent de règles antitrust, les autorités chargées de sauvegarder la concurrence dans l'intérêt public sont des autorités administratives indépendantes. Ce sont des organes absolument dégagés de tout rapport avec l'autorité du Gouvernement. Elles sont soumises au seul respect de la loi et au contrôle de leurs décisions par l'autorité juridictionnelle. Les autorités de concurrence sont, en outre, composées de personnalités qui, en plus de garantir une indépendance certaine, présentent aussi de remarquables compétences techniques, vu qu'elles sont issues des milieux juridiques et économiques et qu'elles ont acquis de l'expérience en la matière. Mais cela n'est pas le cas de la Commission européenne qui, comme on le sait, n'est pas une autorité administrative indépendante. C'est une institution communautaire qui assume des fonctions comparables à celles des Gouvernements nationaux, c'est-à-dire précisément à des organismes à l'égard desquels on cherche justement à garantir l'indépendance des autorités de concurrence nationales. La Commission européenne est, notamment, l'organe exécutif communautaire et, partant, suit une orientation politique dictée, comme il est prévu expressément à l'article 217 du traité, par son président. Son collège, en outre, délibère à la majorité. Mais ce collège n'est pas composé dans sa majorité de spécialistes de la concurrence.

Tout ceci, et on le sait depuis longtemps, a suscité un débat doctrinal qui a débouché sur une proposition timide de création – au niveau communautaire – d'une autorité administrative indépendante ad-hoc chargée de la concurrence. Ses partisans insistaient sur les inconvénients que comportait l'identification de l'autorité communautaire de concurrence avec l'organe exécutif communautaire, surtout pour la crédibilité du système au niveau international.

Les faits ont montré, notamment dans l'affaire *General Electric/Honeywell* (236), à quel point les interventions antitrust de la Commission européenne à l'égard des groupes n'appartenant pas à l'Union européenne, étaient très souvent accompagnées par l'ombre du soupçon, alimenté par d'importantes campagnes de presse. Dans ces affaires, la Commission ne serait pas déterminée par la volonté d'appliquer de façon aseptisée les normes communautaires de la concurrence, mais par des logiques de politique commerciale destinées à protéger l'entreprise européenne de ses concurrentes extra-communautaires.

En outre, il ne manque pas d'exemples, même récents, de critiques et d'accusations émanant d'États membres dénonçant des comportements partiaux de la Commission dans l'application du droit de la concurrence (237).

De même encore, l'approche de la Commission a été fortement critiquée par le Tribunal de première instance dans la célèbre affaire *Airtours*, conduisant à l'annulation de la décision par laquelle la Commission avait refusé d'autoriser l'acquisition de *First Choice* par *Airtours* (238). À cette occasion, en effet, le Tribunal de première instance n'a pas manqué de fustiger les erreurs d'évaluation manifestes et graves commises par la Commission dans l'analyse de l'opération qui lui avait été notifiée (239).

En restant dans le domaine du contrôle des concentrations, on ne peut manquer de rappeler que la Commission a récemment été condamnée pour la première fois à indemniser les dommages subis par une entreprise, à raison d'un refus, injustifié, d'autoriser une

(236) Décision de la Commission, du 3 juillet 2001, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun et avec l'accord EEE Affaire COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell [notifiée sous le numéro C(2001) 1746] : *JOUE* L. 48, du 18 février 2004, p. 1.

(237) En Italie, par exemple, lors des polémiques relatives à l'ouverture de l'aéroport de Malpensa, longtemps bloquée par la Commission, le Gouvernement de l'époque a maintes fois et ouvertement accusé l'Institution communautaire d'agir dans l'intérêt des compagnies aériennes étrangères. Plus récemment, l'attitude de la Commission a fait l'objet de critiques de la part de différentes personnalités de premier plan de plusieurs États membres parmi lesquels la France, l'Italie et l'Irlande (sur ce point, v. I. Caizzi, *Piovono pietre sull'Antitrust di Bruxelles*, in *Corriere della Sera*, 16 juillet 2007).

(238) TPICE 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours plc contre Commission*.

(239) En effet, dans l'arrêt *Airtours* précité, point 120, on lit qu'« il résulte de ce qui précède que la Commission a commis des erreurs d'appréciation dans son analyse de la concurrence existant dans le marché en cause avant la notification. D'une part, elle n'a pas établi à suffisance de droit son appréciation selon laquelle il existait déjà dans ce secteur une tendance à la domination collective et, donc, à la restriction de la concurrence » ; en outre au point 181, le juge confirme qu'« il résulte de ce qui précède que la Commission n'a pas examiné de façon adéquate la concurrence existant entre les principaux voyagistes au moment de la notification et qu'elle a commis des erreurs d'appréciation concernant l'évolution et la prévisibilité de la demande, sa volatilité ainsi que le degré de transparence existant dans le marché, et qu'elle a estimé à tort que ces caractéristiques étaient en l'espèce de nature à faciliter la création d'une position dominante collective ». Le Tribunal de première instance, dans ses conclusions au point 294, affirme enfin que « au vu de tout ce qui précède, force est de conclure que la décision, loin d'avoir fondé son analyse prospective sur des preuves solides, est entachée d'un ensemble d'erreurs d'appréciation concernant des éléments importants pour l'évaluation de l'éventuelle création d'une position dominante collective. Il s'ensuit que la Commission a interdit l'opération sans avoir établi à suffisance de droit que l'opération de concentration engendrerait une position dominante collective des trois grands voyagistes en résultant susceptible de constituer une entrave significative à une concurrence effective dans le marché en cause ».

acquisition déjà réalisée et de l'injonction subséquente de revenir à l'état antérieur par la séparation des deux entreprises, confirmant ainsi les nombreux doutes nourris à propos de la légitimité et de la conformité des interventions de la Commission dans l'application du droit communautaire de la concurrence (240).

Il est évident que la multiplication de tels événements ne peut que renforcer la position de ceux qui nourrissent depuis longtemps une certaine méfiance à l'égard du travail de la Commission en matière de concurrence, à l'origine d'atteintes graves à l'image et à la crédibilité de l'Union européenne toute entière, la soupçonnant d'agir au service de puissants lobbys.

Par contraste, ainsi que peut le confirmer le président Tesouro, rares sont les accusations de ce genre adressées à l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, bien qu'au fil de ses mandats se soient succédés des gouvernements de tendance opposée, si bien que des collègues de l'Autorité nommés par des majorités de centre droit ont dû cohabiter avec des gouvernements de centre gauche et vice versa.

Ces considérations prennent aujourd'hui, après la réforme réalisée en faveur d'une prétendue « modernisation » du droit communautaire de la concurrence, une signification toute particulière. Et ceci, parce que, comme on l'a vu, le système organisé par le règlement 1/2003 comporte de fait une subordination des juridictions nationales, sans exception, y compris les juges suprêmes (tels, dans le système italien, la Cour de cassation et le Conseil d'État) à la Commission européenne, dans sa double qualité d'autorité communautaire de concurrence et d'exécutif communautaire.

Il est utile de rappeler ici l'enseignement du baron de Montesquieu, pour qui un État de droit doit être fondé sur la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, afin de garantir la liberté du citoyen, justement assuré par la « certitude » du droit. La théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu a imprégné les constitutions de nombreux pays en Europe et dans le monde. En revanche, elle ne semble pas avoir inspiré le législateur communautaire qui, il est vrai, au fil de la construction progressive de la Communauté européenne a tenté de réaliser un équilibre difficile entre les différents pouvoirs, au point de susciter souvent des discussions sérieuses sur la légitimité démocratique même du système dans son entier.

(240) TPICE 11 juillet 2007, aff. T-351/03, *Schneider Electric SA contre Commission*. À cette occasion, le Tribunal a retenu que la Commission avait violé de façon « manifeste et grave » les droits de la défense de *Schneider*, prévus par l'article 18, §§ 1 et 3 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, omettant en l'espèce de spécifier un problème concurrentiel soulevé par l'opération de concentration notifiée, sur la base duquel elle avait par la suite refusé son autorisation. Il l'a donc condamnée à rembourser « d'une part, les frais encourus par *Schneider Electric SA* pour participer à la reprise de la procédure de contrôle de l'opération de concentration intervenue après le prononcé des arrêts du Tribunal du 22 octobre 2002, *Schneider Electric/Commission (T-310/01 et T-77/02)*, et, d'autre part, les deux tiers du dommage subi par *Schneider Electric* à raison du montant de la réduction du prix de cession de *Legrand SA* que *Schneider Electric* a dû consentir au cessionnaire en contrepartie du report de l'échéance de la réalisation effective de la vente de *Legrand* jusqu'au 10 décembre 2002 ».

Or, plus les compétences transférées au niveau communautaire sont nombreuses, plus le marché unique assume le rôle d'un véritable marché intérieur, plus il importe de se préoccuper des aspects qui ne sont pas seulement technico-juridiques mais aussi politiques et qui pèsent sur les droits fondamentaux des citoyens. Il n'est assurément pas facile d'accepter un système dans lequel la liberté de décision du juge, à qui le citoyen européen s'adresse pour la défense de ses droits au regard des règles communautaires de concurrence, est conditionnée, ou mieux, subordonnée, aux décisions en la matière de l'exécutif communautaire. En effet, on sait que la Commission européenne n'agit pas dans l'optique de la protection de droits subjectifs mais dans celle de la protection de l'intérêt public, ce qui la conduit inévitablement à moduler ses interventions et les mesures qu'elle adopte en fonction des contingences du moment. En somme, l'activité de la Commission est exercée plus particulièrement dans le cadre de la politique générale de concurrence. Mais on sait aussi que la Commission européenne, en tant qu'autorité communautaire de concurrence, doit assumer le rôle de partie dans les procès devant les autorités juridictionnelles qui examinent la légitimité de ses actes, avec toutes les conséquences que cela comporte en pratique. On sait par ailleurs qu'il n'est pas rare que ces procès se concluent au détriment de la Commission, au prix de l'annulation ou d'une importante réformation de ses décisions. Les affaires *Airtours*, *Tetra Laval* (241), *Schneider/Legrand* et *Impala* (242) sont les plus récentes.

Monsieur le procureur général Rovelli a parlé ce matin du « maximum de confiance ». Je dirais qu'il existe trop, absolument trop, de confiance. Comment peut-on penser qu'un système basé sur l'assujettissement de l'activité des juges civils nationaux aux décisions de la Commission européenne ne puisse susciter de fortes réactions de perplexité et des résistances évidentes ? Il faut ensuite rappeler le fait très important que ledit système complexe est appelé à opérer dans la matière de la concurrence. Or, en cette matière, comme dans l'expérience commune, et ainsi que l'a rappelé le président Roth ce matin, les entreprises s'adressent aux juges non seulement pour obtenir justice, mais aussi pour obtenir justice dans de brefs délais. En effet, les entreprises soumettent aux juges nationaux des contentieux qui sont souvent vitaux pour leur survie et qui doivent être nécessairement conclus rapidement. En tant qu'avocat, nous avons tous connus des cas dans lesquels, au terme d'un important procès en matière de concurrence, une partie obtient enfin gain de cause alors même que le comportement anticoncurrentiel de l'autre partie l'a déjà conduite à la faillite ou l'a déjà, de toute façon, exclue du marché.

(241) TPICE 25 octobre 2002, aff. T-5/02, *Tetra Laval BV/Commission* annulant la décision de la Commission du 30 octobre 2001, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun et l'accord EEE (affaire COMP/M.2416 - Tetra Laval/Sidel) : *Rec.* 2002, p. II-4381, et TPICE 25 octobre 2002, aff. T-80/02, *Tetra Laval BV/Commission* annulant la décision de la Commission du 30 janvier 2002, prise en application de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, ordonnant une séparation d'entreprises (affaire COMP/M.2146 - Tetra Laval/Sidel) : *Rec.* 2002, p. II-4519.

(242) TPICE 13 juillet 2006, T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale)/Commission* annulant la décision de la Commission du 19 juillet 2004, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE (affaire COMP/M.333 - Sony/BMG) : *Rec.* 2006, p. II-2289.

Le système que nous sommes en train d'examiner risque d'engendrer, dans quelques systèmes constitutionnels des États membres et dans le système italien assurément, de délicats problèmes de constitutionnalité. Et ceci, parce que l'on met en discussion des principes constitutionnels fondamentaux, comme celui de l'autonomie de la magistrature et le droit pour le citoyen d'obtenir justice dans un délai raisonnable de la part des autorités judiciaires. De quelle autonomie peut jouir un juge lorsqu'il se trouve cantonné au rôle d'un notaire, simplement appelé à se conformer, dans la liquidation du *quantum*, à une décision de droit adoptée par une autorité administrative très particulière, telle la Commission européenne, organe du gouvernement de l'Union européenne ? Et ce d'autant plus que les parties n'ont quelquefois pas participé à la procédure devant la Commission, en sorte qu'elles doivent accepter, devant le juge national, une décision administrative qui a été prise sans leur participation. Cela est incroyable ! Quelle justice obtient un citoyen qui, recourant à l'autorité judiciaire en vue d'obtenir la protection de ses droits dans de brefs délais, doit accepter la suspension de son procès pendant des années ?

Je souhaiterais à présent dire quelques mots sur la spécialisation des juges qui suscite en ce moment d'autres réflexions. Le règlement 1/2003, au nom de la nécessité d'uniformiser ou, du moins, d'harmoniser l'application du droit communautaire de la concurrence, a permis aux juges nationaux, le cas échéant, de demander des informations à la Commission, de la consulter aux termes de l'article 15 du règlement 1/2003 et ainsi de suite. Mais tout cela implique la spécialisation du juge. Comme le remarquait aussi Madame Riffault-Silk dans son rapport, cela n'existe pas en Italie où il y a une situation très singulière : certains juges (Cours d'appel d'instance unique) se sont spécialisés dans l'application du droit national de la concurrence, alors que, pour l'application du droit communautaire de la concurrence, la compétence suit les règles ordinaires (Juges de paix, Tribunaux de première instance, Cours d'appel de deuxième instance). Dans la situation qui prévaut en Italie, il existe un risque que de délicates affaires antitrust pour lesquelles, comme nous le savons, les connaissances juridiques ne peuvent suffire, et qui requièrent aussi une familiarité certaine avec l'analyse économique, soient traitées par des juges sans aucune familiarité avec la matière parce qu'ils n'ont eu que peu d'occasions de l'aborder au cours de leur vie professionnelle. Dès lors, on peut craindre que les juges ne procèdent avec difficulté et ne soient surtout imprégnés d'une certaine crainte révérencielle à l'égard de la Commission, au regard de l'indiscutable autorité qui lui vaut son expérience cinquantenaire en matière de concurrence. Face aux décisions de la Commission, des juges nationaux non spécialisés auront tendance à se conformer à sa jurisprudence, sans utiliser le seul instrument en leur possession pour s'opposer aux décisions de la Commission européenne, qui est celui du renvoi préjudiciel de validité et/ou d'interprétation à la Cour de Justice sur le fondement de l'article 234 CE. Et que peut-on dire de l'hypothèse où l'instruction devant la Commission a été close par l'acceptation d'engagements souscrits par les entreprises en vertu de l'article 9 du règlement 1/2003 afin de répondre aux préoccupations de concurrence émises par les autorités de concurrence ? Nous savons bien qu'en pareil cas il n'y a pas constatation de l'infraction aux normes antitrust. Pourtant, on peut craindre que les juges

nationaux ne soient amenés à considérer la clôture de la procédure avec engagements comme une reconnaissance de la responsabilité des entreprises dans la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

En conclusion, que pouvons-nous faire pour répondre à ce cahier de doléances ?

Tout d'abord, il serait opportun que dans tous les États membres la compétence en matière de concurrence, qu'elle soit communautaire ou nationale, soit attribuée à des juges spécialisés.

Une telle solution, notamment, serait de nature à garantir une efficacité à tous les instruments de coopération introduits par le règlement 1/2003, en ce sens que les autorités nationales de concurrence et la Commission pourraient alors dialoguer sur un pied d'égalité avec des juridictions nationales disposant d'une expertise comparable en droit de la concurrence.

S'agissant plus particulièrement du système italien, il serait souhaitable que la compétence en matière de concurrence soit exclusivement confiée à la Cour d'appel, par l'extension du cadre opérationnel de l'article 33 de la loi 287/1990 aux questions touchant à la violation des règles communautaires de concurrence.

On pourrait ainsi garantir aux particuliers, qui prétendent avoir été lésés par un comportement anticoncurrentiel – aussi bien au regard des dispositions nationales de concurrence que de celles du droit communautaire –, l'accès à une juridiction compétente et en mesure de rendre des décisions dans de brefs délais.

En outre, dans le contexte d'une suprématie absolue de la Commission sur les juridictions nationales, il serait également souhaitable d'étendre les compétences de ces dernières en matière de mesures provisoires, de sorte que, en attendant que le système trouve une plus grande harmonie et un meilleur équilibre, elles puissent pallier ses lacunes en adoptant des mesures d'urgence aptes à sauvegarder rapidement les intérêts des particuliers qui auraient été lésés par la violation de règles de concurrence.

Une telle suggestion tient compte de la particularité du domaine de la concurrence, où il est notoire que les entreprises, qui estiment avoir subi des dommages à cause de la violation d'une règle communautaire de concurrence, s'adressent à l'autorité judiciaire, certes afin d'obtenir la sauvegarde de leurs droits mais, surtout, pour l'obtenir dans de brefs délais.

Le contentieux soumis aux juridictions nationales, qui sont les « premiers juges communautaires », revêt en effet souvent une importance décisive pour la survie même des entreprises et requièrent donc une résolution nécessairement rapide (243).

(243) Comme on l'a indiqué, il est en effet fréquent en pratique que d'importantes affaires de concurrence se soldent par la victoire de l'entreprise victime de la pratique, qui, précisément à cause de cette pratique, se trouve sinon en faillite, du moins exclue du marché.

Comme la Cour de justice le suggère elle-même dans l'arrêt *Masterfoods*, de telles mesures devraient inclure la possibilité d'accorder des « indemnités à titre provisionnel » en faveur de la partie bénéficiant du *fumus boni juris*. Cela permettrait aux juridictions nationales de garantir l'efficacité de leurs décisions, en protégeant la partie victime de comportements anticoncurrentiels du risque de subir à court terme des dommages irréversibles tels qu'une exclusion du marché.

Une telle solution aurait aussi le mérite d'éviter certains dénis de justice en violation des principes constitutionnels de nombreux États membres, risque qui semble inhérent au système codifié par le règlement 1/2003.

En effet, bien qu'on ait de toutes parts cherché à légitimer la subordination des juridictions nationales à la Commission au nom de la cohérence du système communautaire dans son ensemble et de l'application uniforme du droit communautaire, il est difficile d'admettre que de tels principes, aussi fondamentaux qu'ils soient dans un contexte tel que celui de l'Union européenne, puissent prévaloir sur ceux qui ont inspiré les chartes constitutionnelles des États membres, tels les droits de la défense, le droit des juges à l'indépendance ainsi que le droit à une tutelle juridictionnelle, prompt et efficace.

On ne saurait nier la primauté du droit communautaire. Il reste qu'il subsiste, au niveau européen, des formes de déficit démocratique que des interventions législatives n'ont pas su combler de façon appropriée. Dans un tel contexte, les seuls instruments disponibles demeurent les principes constitutionnels fondamentaux, communs aux systèmes nationaux des différents États membres, avec lesquels il n'est pas aisé de coordonner un système qui impose aux juges de droit commun de respecter les décisions adoptées par un organe administratif tel que l'exécutif communautaire.

Il importe aussi de faire preuve de réalisme et de prendre en compte le fait que l'Union européenne à 27 et l'accroissement des compétences communautaires impliquent un renforcement de la structure de la Cour de justice. On ne peut admettre que la procédure de renvoi préjudiciel qui, autrefois, était en moyenne de six mois, dure aujourd'hui près de vingt-quatre mois!

Cette dégradation réclame un remède efficace surtout dans un domaine où l'institution du renvoi préjudiciel a fait preuve de son utilité dans une collaboration harmonieuse entre la Cour de justice et les juridictions nationales, premiers juges communautaires.

Il est ensuite nécessaire d'uniformiser, tout au moins d'harmoniser la réglementation au niveau procédural et au niveau des sanctions. Un seul exemple... Jugez vous-mêmes. Dans une même affaire de violation, en Italie, par une association professionnelle d'une règle communautaire de concurrence, il est apparu que, si la décision était traitée par l'autorité nationale de concurrence – l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* –, la sanction

maximale ne pourrait excéder 10 % des cotisations payées par les entreprises adhérentes à l'association, c'est-à-dire presque rien. Alors que, si la décision sur la même question était traitée par la Commission, le plafond de la sanction qui peut être infligée a été fixé par l'article 23 du règlement 1/2003 à 10 % du chiffre d'affaires des entreprises adhérentes !

On le voit, il reste encore beaucoup de travail à accomplir. Nous sommes du reste en train de trouver une solution à cette difficulté particulière. Nous sommes dans une situation assurément transitoire. Une dernière chose à faire est de renforcer la Cour de justice. Il faut lui confier la cohérence du système comme par le passé. Et cela passe par une harmonieuse collaboration entre la Cour de justice et les juges nationaux, premiers juges communautaires, parce qu'ils ont la responsabilité de l'application du droit communautaire. Cette collaboration se doit d'être harmonieuse entre juges d'égale dignité.

Merci.

Yves CHAPUT.– Maître Raffaelli, merci. Je pense que votre message a été parfaitement compris. Que vous l'exprimiez en français ou en italien, il sera compris, notamment, par le Commissaire Frattini qui, au début de nos travaux disait combien il serait attentif à ce qui sera dit lors de notre colloque. Et bien, je crois que le débat est lancé et qu'il connaîtra des prolongements au-delà de cette journée. Dans les contrastes et convergences, nous avons bien compris que vous avez exprimé, Maître Raffaelli, des contrastes. Va-t-on trouver autant de contrastes du côté de Sir Christopher Bellamy ? Quelle va être la position du Royaume-Uni ? C'est toujours, évidemment, avec impatience que nous attendons la réaction d'un pays qui est dans l'Union européenne, mais qui n'a pas toujours la même approche, du moins, dans la structure juridique, que les tenants du droit continental. Je rappelle – mais est-ce nécessaire ? –, que Sir Christopher Bellamy, est ancien Président du Tribunal d'appel de concurrence du Royaume-Uni. Je lui donne immédiatement la parole.

Sir Christopher BELLAMY QC

Senior Consultant, Linklaters LLP, Londres, Ancien Président du Competition Appeal Tribunal du Royaume-Uni

Merci beaucoup Monsieur le président. Je suis très honoré par l'invitation à participer aujourd'hui à ce colloque très important. Je voudrais aborder deux aspects concernant les actions en réparation pour illustrer où nous nous situons sur le chemin. En premier lieu, la situation actuelle au Royaume-Uni. Et en second lieu, les développements à attendre soit sur le plan du Livre blanc concernant les actions en dommages-intérêts fondées sur une violation du droit de la concurrence, maintenant attendu, de la Commission européenne, soit en ce qui concerne des propositions très récentes faites par l'Office of Fair Trading (OFT), en Angleterre, la semaine dernière, qui sont intitulées : *Private actions in competition law : effective redress for*

consumers and business (244). Je crois que je vais parler plutôt des contrastes que des convergences, mais on verra.

D'abord donc, une mise à jour de la situation au Royaume-Uni. Là on constate une augmentation, lente mais sensible, des actions en dommages-intérêts fondées sur une violation du droit de la concurrence. Comme vous le savez, il existe au Royaume-Uni deux possibilités. On peut introduire une action devant la juridiction civile, c'est-à-dire devant la *Chancery Division* de la *High Court*, ou comme alternative, dans certaines circonstances, on peut introduire une telle action devant la juridiction spécialisée de la *Competition Appeal Tribunal*, le CAT. Les actions introduites devant cette dernière sont des « follow-on actions », qui font suite à une décision administrative d'infraction aux règles de concurrence adoptée soit par les autorités britanniques, soit par la Commission européenne. L'action ne peut être examinée par le juge avant que tous les recours à l'encontre de la décision administrative sur laquelle la demande s'appuie aient été épuisés. À ce jour, il y a eu plusieurs affaires de ce type. Je vais en mentionner quatre ou cinq. Il y a eu, par exemple, deux actions en dommages et intérêts introduites à la suite de l'affaire des vitamines, à l'encontre de *Hoffman La Roche et autres*, par les acheteurs indirects, « indirect purchasers ». Ces actions ont été réglées à l'amiable avant d'avoir été jugées, malheureusement, ou heureusement pour les parties. Une autre action, introduite par les victimes d'un abus de position dominante, a fait suite à une décision administrative. Dans cette affaire, le CAT a ordonné un paiement à titre provisionnel des dommages et intérêts de deux millions de livres sterling, et l'affaire a été réglée. Cette procédure n'a duré que quelques mois, et les dépenses ont été minimales. On est parvenu effectivement à rendre justice à la victime rapidement et d'une façon efficace.

Nous avons aussi connu notre première « class action ». La législation prévoit la possibilité pour le ministre d'autoriser certaines associations ou organisations à introduire un recours en dommages et intérêts devant le CAT au nom de consommateurs affectés par une violation du droit de la concurrence. Cette action est de type « follow-on ». À ce jour, seule une association – *The Consumers Association* – a été autorisée à introduire un tel recours. Le recours prend la forme d'une « opt-in class action », c'est-à-dire qu'il est nécessaire que soient identifiés tous les consommateurs qui sont parties au recours. La *Consumers Association* a introduit une action en dommages et intérêts à la suite d'une décision d'infraction dans une affaire de cartel, celle des « *Football Shirts* », c'est-à-dire des maillots portés par les supporters de *Manchester United* et d'autres clubs. Il n'y a eu que cent vingt plaignants représentés par la *Consumers Association*, ce qui est peu. Finalement, que s'est-il passé ? La partie défenderesse, pour régler l'affaire, a préféré offrir un maillot gratuit d'une valeur d'environ quarante livres sterling à tous ceux qui, à l'époque, ont acheté un des maillots, objet du cartel. En fin de compte, quinze mille maillots gratuits ont été distribués aux victimes du cartel. Une certaine justice a ainsi été rendue aux victimes. D'autres affaires sont encore en cours, y compris une affaire qui fait suite à la décision de la Commission concernant le cartel global du *Carbon Graphite*. Et à présent, des

(244) http://www.ofc.gov.uk/advice_and_resources/publications/reports/competition-policy/ofc916.

requérants américains, français et allemands se joignent au recours devant le CAT afin d'obtenir des dommages et intérêts de la partie défenderesse anglaise, prétendue leader du cartel. Ce qui est intéressant est que les requérants cherchent à obtenir réparation pour les dommages subis partout dans le monde. Ainsi, peu à peu, les choses avancent.

Dans le même temps, la High Court a eu à connaître deux affaires récentes que je voudrais mentionner brièvement. L'affaire *Devonish* a posé la question de savoir si, en droit national interne, le requérant peut obtenir des « exemplary damages » à l'encontre des membres d'un cartel. Selon la *Common law*, ce genre de dommages et intérêts existe en certaines circonstances restreintes, notamment lorsque la partie défenderesse a violé la loi délibérément, en toute connaissance de cause, en faisant un calcul selon lequel son profit sera plus grand que les dommages et intérêts compensatoires éventuels qu'elle pourrait être obligée, le cas échéant, de payer par la suite. C'est une sorte de punition pour s'assurer que la partie défenderesse ne tirera aucun profit de l'infraction qu'elle a commise. Mais en l'espèce, la *High Court* a refusé la demande d'« exemplary damages ». C'était encore une fois la suite de l'affaire des *Vitamines*. Le juge a considéré qu'Hoffman Laroche avait déjà subi une punition, à savoir l'amende administrative, de sorte qu'il n'y aurait aucune justification à infliger une punition supplémentaire en guise d'« exemplary damages ». Sous réserve d'un recours, la porte semble fermée à la possibilité de l'« exemplary damages », au moins au Royaume-Uni.

Enfin, le Royaume-Uni vient de connaître une réforme de la procédure, en vertu de laquelle, dans certains cas, il est possible d'obtenir une « pre-action discovery », c'est-à-dire une « discovery of documents » avant d'introduire un recours. Apparemment, cette procédure va être testée dans une affaire introduite dans le secteur des téléphones portables, par *Hutchinson 3G* qui fait valoir là que les grands fournisseurs de portables 2G ont érigé des barrières techniques à l'encontre du « nouvel entrant ». Il va donc y avoir une affaire majeure sur ce point. « So watch this space ».

J'en viens très rapidement à l'avenir. Que peut-on attendre du livre blanc de la Commission sur les actions en dommages-intérêts fondées sur une violation du droit de la concurrence ? La Commission, suite au livre vert, a annoncé un livre blanc, d'abord pour la fin de l'année 2007, puis pour le début de 2008 et désormais, pour le premier semestre 2008. Je ne dispose d'aucune « inside information », mais je constate qu'au niveau communautaire, l'harmonisation du droit substantiel est relativement facile. En revanche, le droit procédural résiste fortement à l'harmonisation, et cela pour de nombreuses raisons. Il est particulièrement difficile de justifier des réformes de procédure dans un domaine spécifique tel que le droit de la concurrence, qui ne concernent pas les autres domaines. Sans doute, ce qui n'empêchera pas la Commission de poursuivre sa réflexion sur ce point. Mais à court terme, il est plus probable qu'il y aura des initiatives prises au niveau national. Et on ne peut exclure qu'il y ait davantage de divergences que de convergences.

À cet égard, l'OFT a publié la semaine dernière des propositions relativement radicales. Elles font suite à une série de consultations qui ont eu lieu depuis avril 2007. Entre autres propositions, l'OFT suggère d'encourager la possibilité des « class actions ». L'idée est de permettre aux « representative bodies » d'introduire, non seulement les « follow-on actions », mais aussi les « stand-alone actions », indépendantes de l'action administrative, au nom des consommateurs mais aussi au nom des entreprises. La discussion publique a porté sur la forme de ces actions. Doivent-elles reposer sur l'« opt-in » ou sur l'« opt-out » ? Sous réserve de certaines protections, l'OFT a finalement recommandé des « class actions » du type « opt-out », c'est-à-dire un peu plus proche de l'exemple américain et des actions qui existent en Australie et au Canada. La différence est que, selon l'OFT, de tels actions doivent être introduites par des associations ou organismes agissant dans le seul intérêt des consommateurs ou des entreprises : « Only representative body genuinely acting in the interest of consumers or business would be given standing ». C'est au juge de décider si la partie requérante est représentative et peut introduire un tel recours. On cherche à éviter d'importer une culture du contentieux (« litigation culture »), mais on doit se demander si l'on peut nager sans être mouillé. On essaie au moins d'éviter les « phenomenon dissemblance traces » et d'autres aspects de la justice américaine tel que le jury, etc. Il regarde les règles sur les dépens, ainsi que d'autres aspects de la procédure. L'OFT n'envisage pas le doublement ou le triplement des dommages, mais propose quand même une amélioration sensible de la possibilité d'introduire des « class-actions » avec la permission du juge. Car c'est toujours le juge qui doit décider comment les choses vont se développer. C'est lui qui sert, en effet, de filtre pour de telles actions. On voit donc que sur le plan de la procédure, les choses sont en train de bouger. Merci.

Yves CHAPUT.— Je vous remercie. Madame le haut conseiller, pourriez-vous conclure ?

Jacqueline RIFFAULT-SILK.— Merci, Monsieur le Président. Il n'est pas aisé de conclure un débat si riche, et si passionné. Je m'en tiendrai à quelques lignes de force.

D'abord, en rappelant que les traités européens et les directives qui les mettent en œuvre ont poursuivi un même objectif : la réalisation d'un marché intérieur commun aux États membres, seul propre à créer les conditions d'une réelle compétitivité, facteur de croissance pour l'économie européenne et de bien-être pour les consommateurs.

Ensuite que cette économie, bien que « déréglementée », n'est pas sans surveillance : il s'agit d'une architecture nouvelle, où manifestement les équilibres se sont déplacés, où l'impulsion normative comme le contrôle de l'application des normes sont désormais partagés avec de nouvelles instances, européennes et nationales, où la recherche d'une intervention en continu, préventive et réparatrice, dans l'application de ces normes est préférée à la sanction *a posteriori*, pénale ou civile, que peut offrir la justice traditionnelle. Telle est la raison d'être de la régulation économique et, dans cette mesure, elle se situe à l'opposé de cette dernière. De même, les acteurs économiques que sont le consommateur, l'investisseur, l'entrepreneur sur

les marchés récemment ouverts à la concurrence, y jouent un rôle essentiel, puisqu'ils peuvent faire reconnaître des droits étendus à l'espace européen et bénéficier directement des prérogatives données aux nouveaux régulateurs. Il est vrai que ces derniers bénéficient de larges prérogatives de puissance publique, et qu'ils mettent en œuvre un droit autoritaire, marqué par des considérations d'intérêt général.

Mais, et ce sera ma dernière remarque, ce nouveau régime institutionnel est encadré par de fortes garanties de statut, de procédure et de fond, énoncées par la Cour européenne des droits de l'homme et, en France, par les plus hautes autorités de l'État que sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de cassation. En ce qui concerne la mise en œuvre du droit européen de la concurrence, il faut redire enfin que la réforme, pour profonde qu'elle soit en ce qui concerne la répartition des compétences entre les instances nationales et communautaires, n'a fait qu'énoncer des solutions consacrées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, juridiction constitutionnelle de l'Union européenne.

Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non-contestation des griefs Que va-t-il rester aux juges ?

Yves CHAPUT.— Merci. Passons à présent à l'autre table ronde, celle consacrée au développement en Europe des solutions négociées : procédure d'engagements, programme de clémence, procédure de non-contestation des griefs, voire transaction. Avec ces solutions alternatives à la sanction, on entre davantage dans une approche de régulation de la concurrence par l'économie de marché beaucoup plus que par le droit économique. On passe donc d'une approche strictement juridique et qui est, évidemment, très influencée par nos organisations judiciaires et nos procédures, à un domaine auquel le professeur Cadet faisait allusion à propos des modes alternatifs de règlement, qui relève effectivement de ces modes alternatif de règlement. On entre ainsi de plain pied dans une analyse économique du droit qui considère qu'après tout, une décision de justice n'est qu'un élément parmi d'autres qui peut toujours être renégocié et que les meilleures solutions ne sont pas celles qui sont imposées par des normes, *a priori*, mais qui naissent d'une négociation permanente. Ce pourrait être une nouvelle source du droit. Mais entrons immédiatement dans le vif du sujet. Que va-t-il rester aux juges ? La parole sera d'abord à mon collègue Monsieur le Professeur Denis Waelbroeck.

Denis WAELBROECK

*Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur au Collège d'Europe (Bruges), Professeur à l'Université libre de Bruxelles **

Depuis l'adoption de la politique dite de « *modernisation* » du droit de la concurrence, le développement des solutions négociées pour l'application des articles 81 et 82 du Traité a pris une ampleur sans précédent. En effet :

– hormis les décisions purement répressives au titre de l'article 7, les seules décisions que la Commission européenne semble encore disposée à prendre sont celles prenant acte d'engagements au titre de l'article 9 du Règlement 1/2003, décisions que les parties seraient malvenues de contester en justice puisqu'elles sont censées les avoir « *acceptées* ». Quant aux autres pouvoirs dont la Commission dispose en vertu des nouvelles règles, telles que les décisions d'inapplicabilité au titre de l'article 10 du règlement ou les lettres d'orientation au titre de sa Communication 2004/C101/06, ils n'ont pas encore été utilisés à ce jour et la Commission a elle-même indiqué son intention de n'en faire qu'un usage parcimonieux à l'avenir (245).

– Mais même dans le domaine purement répressif, la politique dite de « *clémence* » permet aux entreprises – moyennant aveux complets et renonciation à leurs droits de défense ainsi qu'en pratique largement à leur droit au juge – d'échapper à toute amende ou de bénéficier du moins d'une forte réduction de celle-ci.

– Enfin, la possibilité envisagée par la Commission d'offrir une « *prime* » aux entreprises qui ne se défendent pas et ne contestent pas les griefs, par le recours à une « *transaction* » (« *direct settlement* ») – qu'il leur sera vraisemblablement impossible de contester en justice – va également dans le même sens.

La même tendance joue d'ailleurs en dehors du domaine des articles 81 et 82 du Traité pour les concentrations, où la Commission règle la plupart des cas problématiques par des engagements de « *mesures correctives* » proposées par les entreprises et non-attaquables par elles.

Certes il est clair que l'approche « *informelle* » ou « *pragmatique* » des solutions « *négociées* » que la Commission préconise ainsi désormais présente de nombreux avantages pour elle. Ne disposant à la DG Concurrence – avec ses quelque 750 fonctionnaires – que de ressources limitées, de telles solutions lui permettent en effet de mobiliser l'essentiel de ses effectifs aux tâches prioritaires telles que la lutte anticartels et d'éviter ainsi les lourdeurs et risques inhérents aux procédures judiciaires.

* Je remercie M. Amar Benafra pour l'aide qu'il lui a apporté à la rédaction de cette communication ainsi que M. Christophe Lemaire pour les commentaires précieux qu'il a fait sur celui-ci.

(245) V. notamment le considérant 14 du préambule du Règlement n° 1/2003 selon lequel des décisions au titre de l'article 10 ne doivent être prises que « *dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public communautaire le requiert* ».

De même, on ne saurait nier que les entreprises en cause peuvent préférer les méthodes de règlement amiable aux lourdeurs d'une procédure longue et coûteuse. Pour celles-ci, les décisions d'engagements au titre de l'article 9 sont susceptibles de permettre un règlement rapide et relativement peu médiatisé, sans reconnaissance de l'infraction, ni surtout imposition d'amendes. De même, les politiques de « *clémence* » ou de « *transactions* » présentent – du moins de prime abord – certains attraits pour les entreprises, en termes de limitation des coûts de procédure et d'amendes moindres.

On peut s'interroger toutefois sur les limites d'une telle approche de traitement des dossiers qui aboutit en définitive à « *court-circuiter* » largement les droits de la défense et au juge (246). Comme l'a écrit en son temps très pertinemment Ivo van Bael, mettre de côté les « *garde-fous* » procéduraux et s'engager dans une course aux « *règlements négociés* » créerait « *un corps alternatif de jurisprudence couvert d'un voile mystérieux* » (247). Il en va d'autant plus ainsi que la Commission est déjà – comme on l'a souvent souligné – dans la position unique en tant qu'autorité d'être non seulement l'« *investigateur* » et le « *procureur* » de l'affaire, mais aussi son « *juge* ». Le risque est d'autant plus grand que la Commission utilise ces procédures pour le cas échéant forcer des engagements et des transactions de la part des entreprises et pour développer ainsi une politique parallèle de concurrence qui échappe entièrement au contrôle du juge et aux garanties minimales auxquelles notre État de droit reste attaché.

La négociation avec une autorité n'est en effet en rien une négociation à « *armes égales* » comme elle peut avoir lieu dans le quotidien commercial des entreprises. Il s'agit au contraire d'une négociation avec une autorité qui dispose – en tout cas en droit de la concurrence – d'un pouvoir de sanction. Dès lors, il serait aisé pour l'autorité d'imposer « *sous la contrainte* » des engagements ou transactions qui peuvent en fait se révéler injustifiées, ce qui rend d'autant plus nécessaire que ce pouvoir soit soumis aux contrôles les plus vigilants.

Or, de son propre aveu, en ayant recours à l'instrument de la transaction, la Commission essaye précisément d'échapper aux exigences procédurales multiples, et notamment aux « *lourdeurs* » des procédures judiciaires auxquelles elle est sinon soumise. Ceci explique en grande partie le malaise profond que le développement de solutions négociées prôné avec tant d'enthousiasme par la Commission peut provoquer.

Les exemples de marginalisation du juge dans la pratique récente de la Commission sont nombreux et on se bornera à citer parmi les cas les plus récents et les plus médiatisés l'affaire Microsoft dans laquelle la Commission n'hésite pas à infliger des astreintes colossales à cette

(246) Il est sans doute inutile de rappeler ici que l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales donne à toute partie un « *droit à un procès équitable* » devant « *un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi* », qui entend « *sa cause* » puis se prononce sur le « *bien-être de l'accusation* ».

(247) Traduit de I. Van Bael, « *Comments on the EEC Commission's Antitrust Settlement Practice* », *Swiss Review of International Competition Law Act*, Octobre 1984, p. 67.

société si elle ne cède pas immédiatement et irréversiblement son savoir faire à ses concurrents et ceci avant même qu'un juge ne se soit encore prononcé sur le dossier (248).

À terme – nous l'avons écrit ailleurs (249) – nous sommes convaincus qu'une scission des fonctions de poursuite et de décision en laissant ces dernières à un juge indépendant s'impose en droit communautaire de la concurrence. La Communauté européenne est en effet un des derniers ordres juridiques au monde où tel n'est pas le cas – ce qui est d'autant plus inadmissible que le droit de la concurrence a acquis ces dernières années un caractère pénal prononcé avec l'augmentation spectaculaire du montant des amendes (250). Seule une telle réforme permettrait d'ailleurs d'impliquer le juge dans les procédures transactionnelles comme cela se fait par exemple aux États-Unis, en Allemagne ou en France, et de limiter en conséquence les risques d'abus ou de « *dérapages* ».

Il nous semble à cet égard, comme nous l'indiquerons ci-après, que les dernières propositions de réforme de la Commission en matière de transactions ne sont simplement pas envisageables sans une telle réforme fondamentale. Mais même si une telle réforme était conceptuellement possible dans le système actuel – *quod non* –, il nous paraît essentiel – lorsqu'on parle du développement d'une telle politique parallèle basée sur la transaction – d'assurer au minimum le maintien de « *garde-fous* » procéduraux beaucoup plus importants qu'actuellement envisagé.

Ci-après, nous nous proposons donc de regarder successivement au regard du contrôle du juge les trois volets de la politique de la Commission en la matière, à savoir :

- les décisions d'engagements et l'article 9 du Règlement 1/2003 ;
- la politique de « *clémence* » et de non-contestation des faits ;
- l'introduction pour les affaires de cartels horizontaux d'une politique de « *transaction* » (« *direct settlement* »).

(248) V. sur les réserves que nous avons exprimées à cet égard quant au droit au juge D. Waelbroeck « *Microsoft Round 12 – Is the Commission now trying to preempt the judges?* » *Competition Law Insights*, 2007. On ne peut s'empêcher de penser que les pressions multiples exercées ainsi ont amené même une société comme Microsoft à renoncer à son droit au pourvoi et à accepter le « *diktat* » de la Commission, en dépit du caractère controversé et discutable des obligations qui lui étaient ainsi imposées.

(249) Sur le caractère pénal des sanctions en droit de la concurrence v. notamment D. Waelbroeck et D. Fosselard « *Should the Decision Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge* », *YEL*, 1994, p. 111 sq. ; v. aussi D. Waelbroeck et M. Griffith, Note sur l'arrêt *TGV Nord et Pont de Normandie* de la Cour de cassation de France du 5 octobre 1999, *CML Rev.*, 2000, p.1465; v. aussi D. Waelbroeck « *Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long – the EU network of competition authorities and the European Convention on Fundamental Rights* », in *The EU Network of Competition Authorities* Hart Publishing 2005, p. 465 sq. et D. Waelbroeck et C. Smits « *Les droits de la concurrence et les droits fondamentaux* » in *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006, p. 135 sq.

(250) Outre la multiplication des Etats où des peines d'emprisonnement sont prévues.

A) Les décisions d'engagements et l'article 9 du Règlement 1/2003

1. La pratique des « solutions négociées », une pratique ancienne

Avant même de discuter de leur encadrement légal, rappelons que le développement de solutions négociées n'est pas un phénomène nouveau qui serait apparu seulement avec l'adoption du Règlement 1/2003 (251). Dès son *Cinquième rapport sur la politique de concurrence* (p. 9), la Commission indiquait son intérêt pour cette pratique qui, « *bien que moins connue* », lui permettait de clôturer des procédures avec un minimum d'intervention administrative. Quelques années plus tard, elle pouvait signaler en réponse à une question parlementaire que, dans les faits, seul un cas sur trente s'achevait par la prise d'une décision formelle, tous les autres étant réglées de manière informelle (252).

Si au départ la procédure suivie en la matière n'était guère encadrée, il est rapidement apparu que certaines garanties minimales s'imposaient afin de garantir les droits tant des parties que des tiers. Ainsi, la Commission a-t-elle décidé dès 1982, de prévoir certaines adaptations au système, et notamment :

(1) de publier les éléments essentiels des transactions en cause afin de donner aux tiers intéressés la possibilité de faire connaître leur position avant de se prononcer elle-même définitivement ; (253) et

(251) Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *JOCE*, n° L1, 2003, p. 1.

(252) Réponse de la Commission à une question de M. Battersby, *JOCE* 1983, C 118/23. Ce n'est cependant que les règlements négociés d'affaires importantes comme *IBM* ou *Philip Morris* qui ont pour la première fois réellement attiré l'attention des juristes sur cette pratique. (v. déjà D. Waelbroeck, « *New forms of settlement of antitrust cases and procedural safeguards : is regulation 17 falling into abeyance?* », *E.L.R.*, Vol.11, n°4, August 1986). Même si les affaires relatives aux articles 81 et 82 du Traité peuvent se régler « à l'amiable » avec la Commission pour les raisons les plus diverses, il n'y a véritablement « *solution négociée* » avec les parties que si des accords ou pratiques sont modifiées par elles afin de les rendre compatibles avec les règles de concurrence et qu'un accord est convenu avec la Commission à cet effet. Ceci n'exclut toutefois pas que l'affaire soit clôturée pour d'autres raisons. Il se peut par exemple :

- que la Commission se laisse convaincre que les pratiques en question n'étaient finalement pas contraires aux règles de concurrence (auquel cas la Commission peut donc convenir de ne pas poursuivre l'affaire pour autant qu'il n'y a pas de changement dans la pratique en cause); ou inversement ;
- que les pratiques ont été abandonnées par les parties suite à l'intervention de la Commission (auquel cas aussi la Commission peut arrêter les poursuites tant qu'il n'y a pas de changement dans la situation factuelle) ; voire ;
- que les pratiques en cause deviennent caduques en cours de négociation avec la Commission (de sorte qu'il paraît donc inutile de les poursuivre si elles ne sont pas remises en place); ou enfin ;
- que ces pratiques sont modifiées par les parties afin de les rendre compatibles au regard des règles de concurrence (et qu'un accord est convenu avec la Commission à cet effet).

Dans la mesure où une solution « *négociée* » implique par définition une forme d'« *accord* » entre les parties, ce n'est en fait que cette dernière situation qui peut réellement être décrite comme « *solution négociée* ». Dans les autres cas, la Commission décide en effet simplement de ne pas poursuivre une procédure dans le cadre de la marge d'appréciation qui est la sienne. De même, notons qu'il peut y avoir « *solution négociée* » si la Commission décide, au lieu d'adopter formellement des mesures provisoires, d'accepter l'engagement d'une entreprise de s'abstenir de tout comportement préjudiciable jusqu'à ce que la procédure soit close (v. par ex. les engagements dans l'affaire *Hilti AG*, 2 septembre 1985, IP (85) 374 et [1985] 3 *C.M.L.R.* 619.)

(253) Communication publiée au *JOCE*, n° C 343, 1982, p. 4 et onzième Rapport sur la Politique de concurrence.

(2) de communiquer par après ces prises de position des tiers aux entreprises concernées et de permettre à celles-ci à leur tour, de faire leurs observations à leur sujet (254).

2. L'apport du Règlement 1/2003 – Les « décisions d'engagements »

Si à l'origine la pratique des solutions négociées a donc été un développement prétorien, étranger au règlement procédural lui-même, désormais l'article 9 du Règlement 1/2003 (255) consacre expressément cette possibilité en permettant à la Commission de prendre une décision formelle rendant obligatoire les engagements convenus avec les entreprises concernées. L'article 9 du Règlement précise ainsi qu'une possibilité de transaction existe si la Commission estime que les engagements offerts par une entreprise permettent d'éliminer les objections identifiées par la Commission dans une « évaluation préliminaire »; ou pour reprendre ses termes :

« 1. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

2. La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative :

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;*
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements ; ou*
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties. »*

Si une entreprise ne respecte pas des engagements rendus obligatoires par une telle décision, la Commission peut non seulement « rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative » (256), mais encore infliger des amendes ou astreintes. Ainsi, selon l'article 23, paragraphe 2(c) du Règlement 1/2003, « La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence [...], elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu

(254) Réponse de la Commission à une question de M. Prout, *JOCE*, 1982, C 275/15. Notons qu'à cette même occasion, la Commission a décidé de généraliser la pratique en la matière aux affaires qui concernent l'article 85(3) [81(3)] et non plus aux seules affaires relatives à l'article 85(1) [81(1)], ce qui n'allait pas sans poser problème puisque les juges nationaux étaient à l'époque pas autorisés à appliquer l'article 85(3) [81(3)]. On pouvait donc dans ce contexte se demander comment une telle « lettre de confort » pouvait être d'une utilité quelconque pour une juridiction nationale.

(255) Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, n° L 1, 2003, p. 1. Voir sur cette procédure notamment Pranvero Këllezi, « Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante », thèse à l'université de Genève, mai 2007, p. 361 sq.

(256) Article 9, paragraphe 2(b), du Règlement 1/2003.

de l'article 9 ». Et l'article 24, paragraphe 1(c) au Règlement ajoute que « *La Commission peut, par voie de décision infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre [...] à respecter un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9* ».

Ce système reflète ainsi dans une certaine mesure celui mieux connu des « *mesures correctives* » qui existait dès l'origine en matière de contrôle des concentrations (sauf que le non-respect de la « *mesure corrective* » acceptée par la Commission entraîne en outre la nullité de l'autorisation de la concentration) (257).

Plus fondamentalement, les décisions au titre de l'article 9 sont sans doute aussi apparentées aux anciennes attestations négatives ou exemptions conditionnelles, la principale différence étant que la « *condition* » (l'engagement) est désormais – en théorie du moins – « *volontaire* » et non imposée par l'autorité. Cette différence est importante puisqu'elle a pour effet de rendre tout recours plus difficile (voir à ce sujet *infra*) et d'exiger en outre le respect de moins de garanties procédurales que ne l'aurait fait une décision conditionnelle sous le régime du Règlement 17/62. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que c'est particulièrement cet attrait du système qui a amené la Commission à remplacer le mécanisme des décisions conditionnelles antérieures par un système de décisions d'engagements.

Enfin, on ne perdra pas de vue que l'approche des solutions négociées, transactions et autres n'est guère unique au droit de la concurrence mais est une pratique à laquelle l'administration a fréquemment recours en d'autres domaines, que ce soit en matière fiscale, d'infractions routières, ou autre. À ce propos, il est cependant utile sans doute de rappeler qu'en égard au caractère d'ordre public du droit pénal, ce n'est qu'exceptionnellement et dans des limites bien circonscrites que la transaction est admise pour les infractions les plus mineures (v. *infra*, Section C(d)(i)).

Dans la présente contribution, il nous semble utile – lorsqu'on aborde le contrôle judiciaire de ces décisions d'engagements – d'examiner successivement cinq aspects de la procédure de l'article 9 à savoir :

- la nature juridique et l'effet des « *décisions d'engagements* » et en particulier le contrôle résiduel exercé à leur égard par le juge national ;
- les garanties procédurales et juridictionnelles prévues (ou à prévoir) afin de protéger les droits tant des parties que des tiers et des États membres ;

(257) Ainsi, le Règlement 139/2004 permet d'autoriser une transaction suite à des engagements des entreprises qui répondent aux objections soulevées par la Commission. V. les articles 6(2) et 8(2) du Règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, n° L 24, 29 janvier 2004, p. 1. V. également la Communication de la Commission sur les mesures correctives recevables, *JOCE*, n° C 68, 2001, p.3 et le projet de nouvelle Communication, non encore publié au *JOCE*.

- la marge d'appréciation dont la Commission dispose (ou non) pour avoir recours à cet instrument, et le contrôle que le juge exerce à ce sujet ;
- la transparence de la politique de la Commission en la matière face à celle qui résulterait d'une pratique décisionnelle classique, soumise à contrôle judiciaire ; et enfin
- le contrôle du respect des décisions d'engagements, et le rôle dévolu à ce propos par la Commission au juge national.

3. La nature juridique et l'effet des « décisions d'engagements » – Le contrôle résiduel par le juge national

a) La jurisprudence de la Cour antérieure au Règlement 1/2003

À l'origine, et à défaut de base légale dans le Règlement procédural, les « solutions négociées » s'apparentaient en fait aux lettres administratives (ou « *de confort* ») de la Commission. Tout comme ces dernières, les « solutions négociées » n'avaient dès lors aucun effet juridique contraignant. En effet, de telles lettres

« ... qui ont été expédiées sans que les mesures de publicité prévues à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 aient été effectuées et qui n'ont fait l'objet d'aucune publication en vertu de l'article 21, paragraphe 1, dudit règlement, ne constituent ni des décisions d'attestation négative ni des décisions d'application de l'article 85 [81], paragraphe 3, au sens des articles 2 et 6 du règlement n° 17. Comme la Commission le souligne elle-même, il s'agit seulement de lettres administratives portant à la connaissance de l'entreprise intéressée l'opinion de la Commission qu'il n'y a pas lieu, pour elle, d'intervenir à l'égard des contrats en cause en vertu des dispositions de l'article 85 [81], paragraphe 1, du traité et que l'affaire peut, dès lors, être classée.

Fondées sur les seuls éléments dont la Commission a connaissance, de telles lettres, qui reflètent une appréciation de la Commission et terminent une procédure d'examen par les services compétents de la Commission, n'ont pas pour effet d'empêcher les juridictions nationales, devant lesquelles l'incompatibilité des accords en cause avec l'article 85 [81] est invoquée, de porter, en fonction des éléments dont elles disposent, une appréciation différente sur les accords concernés. Si elle ne lie pas les juridictions nationales, l'opinion communiquée dans de telles lettres constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords ou comportements en cause avec les dispositions de l'article 85 [81]. » (258)

Cet effet limité des « transactions » conclues avec la Commission se reflétait d'ailleurs dans la rédaction de celles-ci. À titre d'exemple, l'accord dans l'affaire IBM prévoyait expressément

(258) CJCE, 10 juillet 1980, aff. 253/78 et 1 à 3/79, *Procureur de la République e.a. c/ Bruno Giry et Guerlain SA e.a.*, Rec. p. 2327, points 12-13; c'est l'auteur qui souligne.

qu'il n'était pas « *enforceable by any other natural or legal person or any authority or agency* » (259).

Ajoutons que, même lorsque la Commission a décidé en 1982 d'encadrer plus avant sa pratique en assurant une certaine publicité à ces « *classements* » administratifs, les accords négociés restaient des actes informels de l'administration – et non de la Commission elle-même – qui n'affectaient donc pas les tiers (260). Ceux-ci pouvaient donc toujours contester l'effet et la justification de ceux-ci devant les juridictions nationales ou déposer une plainte auprès de la Commission ainsi qu'exiger une décision de la Commission sur leur plainte. En cas de rejet de la plainte, un recours restait possible devant le juge communautaire.

b) L'apport du Règlement 1/2003 – Le renforcement des effets des solutions négociées

Si le Règlement 17/62 ne prévoyait aucun encadrement à la procédure des solutions négociées, la situation a fondamentalement changé en revanche avec l'article 9 du Règlement 1/2003, puisque :

– on ne parle désormais plus d'une simple prise de position de l'*Administration*, mais bien d'une *décision formelle de la Commission* (en tant que collègue);

– les décisions en cause sont par ailleurs obligatoires, du moins pour les parties, comme l'indiquent explicitement les termes tant de l'article 9 lui-même que du considérant 13 du Règlement (le non-respect d'un engagement entraîne amendes et astreintes); et enfin

– à l'inverse des anciennes « *lettres de confort* », ces décisions sont incontestablement susceptibles de recours devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes (261).

c) L'effet des décisions au titre de l'article 9 sur les juges nationaux

Si les décisions au titre de l'article 9 lient les parties, en revanche, l'effet des décisions d'engagements sur les juridictions et autorités de concurrence des États membres reste à ce jour incertain. Or, cette question est indéniablement cruciale pour toutes les parties en cause. Du point de vue de l'entreprise qui donne les engagements, on ne doutera pas qu'elle a tout intérêt à ce qu'une telle décision lui donne une sécurité juridique maximale et établisse ainsi face aux juges et administrations nationales qu'il n'y a désormais plus d'infraction, sans pour autant établir s'il y a eu ou non infraction dans le passé. À l'inverse, un plaignant pourra vouloir

(259) Dans d'autres affaires, la force contraignante des « *accords négociés* » était encore moindre, ceux-ci constituant un simple « *gentlemen's agreement* » indiquant que la Commission se référerait à l'avenir exclusivement aux règles de concurrence du Traité sans tenir compte des engagements donnés. (v. D. Waelbroeck, *op. cit.*)

(260) V. D. Waelbroeck, « *New Forms of Settlement of antitrust cases and procedural safeguards: is regulation 17 falling into abeyance?* », *E.L.R.*, vol. 11, n° 4, August 1986.

(261) Il s'agit en effet d'actes obligatoires, définitifs, producteurs d'effets juridiques et pris par l'Institution dans l'exercice de ses pouvoirs. V. TPI, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commission*, non encore publié. À noter que cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice par la Commission (aff. C-411/07 P, encore pendante, *JOCE* n° C 283, 2007, p. 22).

soutenir devant un juge ou une autorité nationale qu'en dépit de la décision d'engagements, il y a encore infraction mais que pour le passé cette décision établit l'existence d'une violation du droit antérieur justifiant en son chef notamment une indemnisation du préjudice subi.

Or, en dépit de l'importance de la question, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de préciser quels sont les effets de ces décisions sur le juge national. Certes, l'on parle désormais bien d'une décision formelle de la Commission rendant « *obligatoire* » des engagements « *de nature à répondre à ses préoccupations* ». *A priori*, on serait donc enclin à conclure que l'on se trouve bien en présence d'une « décision » qui s'impose non seulement aux parties, mais aussi aux juridictions et autorités nationales, au même titre que le sont par exemple les décisions prenant acte d'engagements dans le cadre du Règlement de contrôle des concentrations. Néanmoins, tel ne semble pas être l'effet envisagé par le considérant 13 du préambule du Règlement qui souligne au contraire que :

« *Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire.* » (262)

Le considérant 22 du préambule confirme que :

« *Les décisions relatives aux engagements adoptées par la Commission n'affectent pas le pouvoir qu'ont les juridictions et les autorités de concurrence des États membres d'appliquer les articles 81 et 82 du traité.* » (263)

Si les termes de ces deux considérants sont indéniablement clairs, en ce qu'ils nient tout effet des décisions en vertu de l'article 9 sur les juges et autorités nationales, on peut se demander néanmoins si ceux-ci sont du tout compatibles (264) :

– avec la jurisprudence de la Cour (notamment dans l'arrêt *Masterfoods*) laquelle considère au contraire que les autorités ou juridictions nationales sont bien tenues par les décisions de la Commission et ne sauraient en aucun cas s'en écarter (265) ; ainsi que

– avec l'objectif d'uniformité poursuivi par l'article 16 du Règlement 1/2003 (266). Les avantages d'un système « guichet unique » (« one stop shop ») semblent en effet sérieusement compromis si les décisions en cause restent sans impact sur les autorités et juridictions

(262) C'est l'auteur qui souligne.

(263) *Idem*.

(264) V. sur cette question aussi W. Wils, « *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation N° 1/2003* », *World Competition* 2006, p. 345 sq.

(265) CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-344/98, *Masterfoods*, Rec. p. I-11369. V. déjà CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*, Rec. p. 4199.

(266) Lequel interdit expressément aux juridictions ou autorités nationales de « *prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission* ». V. aussi R. Whish, « *Competition Law* » 5^e édition, Butterworths, p.257 qui s'interroge également à ce propos.

nationales. La situation est d'ailleurs d'autant plus étrange en ce qui concerne les autorités nationales que l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application de l'article 9 dessaisit celles-ci – en application de l'article 11, paragraphe 6, du Règlement – de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Or il serait paradoxal que si la procédure aboutit à une constatation d'inapplication ou à une décision d'infraction, ces autorités restent dessaisies mais que dès qu'une décision d'engagements est prise, elles retrouvent leur pleine compétence.

Au-delà du texte des considérants précités, il est donc utile de rechercher plus avant quel est l'effet réel sur les tiers des décisions prises au titre de l'article 9. À cet égard, il nous paraît nécessaire d'examiner en fait une double question, à savoir :

– si les juridictions ou autorités nationales peuvent ou non interdire un comportement donné qui a pourtant fait l'objet d'une décision au titre de l'article 9 (v. ci-après sous (i)), et inversement,

– si elles peuvent ou non *autoriser* un tel comportement (ou plus précisément si une telle décision préjuge ou non de l'existence au départ d'une infraction ; v. ci-après sous (ii)).

(i) Première question : *Les juridictions ou autorités nationales peuvent-elles interdire au titre des règles de concurrence un comportement donné, et ce bien que ledit comportement ait fait l'objet d'une décision au titre de l'article 9?*

En application de l'article 9 du Règlement, la Commission ne peut prendre une décision formelle d'engagements à l'égard des entreprises concernées que si de tels engagements sont « *de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire* ».

Il y a donc bien « *décision* » de la Commission sur un point spécifique. Or, considérer qu'une telle « *décision* » ne lie pas le juge paraît surprenant. Selon le récent arrêt *Alrosa-De Beers*, une décision au titre de l'article 9 n'est ainsi admissible que « *si les mesures rendues obligatoires par la décision étaient appropriées et nécessaires pour faire cesser l'abus identifié dans le cadre de l'évaluation préliminaire de la Commission* » (267), ce qui implique que les problèmes identifiés n'existent plus et donc que l'autorité ou le juge national ne saurait en principe l'interdire. On ne voit donc pas comment ceci ne fermerait pas la porte à des actions supplémentaires des juges et autorités nationales. En effet, si la Commission considère qu'un engagement est « *de nature à répondre à ses préoccupations* » :

– une telle décision devrait en principe nécessairement lier les administrations ou juridictions nationales au sens de la jurisprudence *Masterfoods*, au moins sur ce qui est décidé par elle, et l'article 10 du Traité CE en particulier devrait empêcher les autorités ou juridictions nationales d'aller à l'encontre de l'effet utile de cette décision ;

(267) Arrêt précité, point 111.

– et de même, les tiers plaignants ne sauraient contester devant une juridiction nationale les conclusions auxquelles est parvenue la Commission dans une décision au titre de l'article 9 alors qu'ils auraient pu normalement attaquer celle-ci devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes. En décider autrement irait en effet à l'encontre de la jurisprudence *TWD* de la Cour de justice qui interdit à une partie de remettre en cause la validité d'un acte communautaire lorsque celui-ci aurait pu être attaqué par elle dans les délais devant les juridictions communautaires et ne l'a pas été (268).

En conséquence, on peut se demander si les considérants 13 et 22 – en ce qu'ils admettent la possibilité que les juridictions et autorités nationales parviennent à une conclusion différente que celle à laquelle la Commission est parvenue et en ce qu'ils affirment que ces décisions n'affectent en rien les pouvoirs des juges et autorités nationales d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité – sont du tout conciliables avec les règles de l'ordre juridique communautaire telles que définies par ailleurs par la Cour de justice (269).

Certes, la question des effets d'une décision au titre de l'article 9 dépendra inévitablement d'abord de la teneur-même de la décision en cause. Ainsi :

– soit la Commission considère dans sa décision expressément et sans ambiguïté aucune que les engagements « *éliminent toute infraction* » aux articles 81 et 82 du Traité, auquel cas les autorités ou juridictions nationales ne sauraient sans doute – et quelques soient les termes des considérants du Règlement – prendre une décision contraire et interdire des accords ou pratiques autorisés par la Commission (sauf à enfreindre l'article 10 du Traité CE, la primauté du droit communautaire et le principe de la sécurité juridique (270)) ;

– soit inversement, la Commission ne se prononce pas clairement dans sa décision sur la question de savoir « *s'il y a toujours une infraction* », auquel cas les juridictions et autorités nationales auront les mains plus libres pour prendre une décision négative à l'encontre des pratiques en cause, du moins *sur les points non décidés par la Commission*. Il est possible en effet que la Commission estime par exemple qu'il n'y a pas d'« *intérêt communautaire* » à demander plus qu'elle ne l'a fait dans sa décision, ce qui manifestement laisse la porte ouverte à des décisions plus strictes au niveau national. Il en va de même si la décision n'aborde simplement pas certains aspects des pratiques en cause, ou encore si l'évaluation préliminaire n'a pas permis de détecter l'ensemble des effets anticoncurrentiels. Il n'en reste pas moins que le juge restera toujours et nécessairement lié par ce qui a été décidé par la Commission (271).

(268) CJCE, 15 mai 1997, aff. C-355/95 P, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD)*, Rec. p. I-2549.

(269) Et on est tenté *a priori* de conclure que ces considérants traduisent en fait sans doute une concession « *politique* » – mais juridiquement contestable – faite aux États membres, face à une demande de leur part de favoriser la décentralisation de l'application du droit de la concurrence.

(270) A noter que le considérant 13 du Règlement semble exclure cette hypothèse lorsqu'il indique que les décisions au titre de l'article 9 ne devraient pas établir « *s'il y a toujours une infraction* ».

(271) Rappelons toutefois que l'article 3 du Règlement 1/2003 permet en toute hypothèse aux États membres d'avoir des lois nationales plus strictes que les articles 81 ou 82 « *qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise* ».

Dans chaque cas, les pouvoirs des juridictions et autorités nationales seront donc strictement circonscrits par ce que la Commission a effectivement décidé (272). En ce sens, une décision au titre de l'article 9 n'est d'ailleurs pas différente de toute autre décision de la Commission et en particulier pas différente des anciennes décisions d'exemptions conditionnelles.

Quoiqu'il en soit, notons qu'en *pratique*, l'existence d'une décision au titre de l'article 9 dissuadera apparemment généralement les autorités ou juridictions nationales d'encre intervenir à l'égard du comportement en cause. Aussi celles-ci semblent-elles systématiquement rejeter les plaintes allant à l'encontre de pratiques visées dans des décisions prises au titre de l'article 9 (273). Notons d'ailleurs que ce refus d'agir se manifeste même – paradoxalement – dans les cas où il est clair des termes de la décision d'engagements qu'il y a bien une infraction mais que la Commission n'a pas entendu la poursuivre uniquement en application de son appréciation discrétionnaire de l'« *intérêt communautaire* » et donc de la fixation de ses priorités en matière de poursuites (274).

(ii) Deuxième question : *Les juridictions ou autorités nationales peuvent-elles autoriser un comportement visé par une décision d'engagements et ainsi considérer qu'en dépit d'une décision au titre de l'article 9, il n'y a en fait jamais eu d'infraction au droit de la concurrence ?*

Comme indiqué, la question de l'effet des décisions au titre de l'article 9 n'est pas seulement celle de savoir si une pratique faisant l'objet d'une décision au titre de l'article 9 peut encore être interdite ou condamnée au niveau national, mais encore celle de savoir si une telle décision préjuge ou non de l'existence d'une infraction dans le passé. En d'autres termes, un comportement peut-il être considéré comme *non-répréhensible* par une autorité ou juridiction nationale alors que la Commission de son côté a estimé nécessaire de recourir à une décision au titre de l'article 9 pour interdire ou encadrer celui-ci ? La réponse à cette question n'est malheureusement guère plus claire que pour l'hypothèse inverse évoquée au point (i) ci-dessus.

(272) En effet, dans la mesure où une question est laissée expressément ouverte par la décision, il est difficile de considérer que des juges nationaux seraient empêchés de condamner les pratiques en cause. En revanche, dans la mesure où elle est – ne fut-ce que partiellement – résolue, un juge ne saurait aller à l'encontre de ce qui a été décidé par la Commission.

(273) À titre d'exemple, dans l'affaire *Coca-Cola* (Décision de la Commission du 22 juin 2005, *Coca-Cola*, JOCE, n° C 289, 2004, p. 10), l'autorité espagnole de la concurrence a clôturé la procédure qui avait duré plus de 5 ans suite à la décision de la Commission.

(274) Ainsi, par exemple dans l'affaire de la vente des droits télévisés sur les tournois de la ligue belge de football, tant le Conseil de la concurrence de Belgique que la Cour d'appel de Bruxelles se sont estimés tenus par la décision précitée de la Commission prise au titre de l'article 9 dans l'affaire parallèle de la *FA Premier League*, en ce que celle-ci a accepté que les ventes par paquets des droits ne devaient se faire à des parties différentes qu'à partir de 2007. Or, il est clair que si la Commission – en tant qu'autorité administrative – peut décider, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, qu'une pratique donnée doit terminer au plus tard à une date donnée dans le futur, on ne saurait en déduire pour autant que ladite pratique était antérieurement légale et qu'un juge serait lié par cette appréciation lorsqu'il applique des dispositions ayant effet direct comme les articles 81 et 82 (v. D. Waelbroeck et I. Antypas, *in European Law Competition Journal* 2005, p. 479-482 et 2006, p. 396-397).

Comme l'indique le texte de l'article 9 du Règlement 1/2003, les décisions prises sur sa base doivent être « *de nature à répondre aux préoccupations [de] la Commission* ». Or ceci ne veut de toute évidence pas dire que ces « *préoccupations* » étaient nécessairement bien fondées, ni d'ailleurs que la décision ne va pas au-delà de ce qui était nécessaire pour respecter le droit de la concurrence, ni même que la décision donnera toujours des indications très claires sur l'existence potentielle d'une infraction au départ.

C'est pourquoi sans doute le considérant 13 du règlement indique explicitement que « *les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction* » (275).

En pratique, on notera toutefois qu'ici aussi la rédaction des décisions prises à ce jour au titre de l'article 9 diffère beaucoup sur la question de savoir s'il y a eu ou non infraction au départ. Ainsi, si la Commission parle dans certaines de ses décisions au conditionnel lorsqu'elle se réfère à l'infraction identifiée (276), dans d'autres elle est nettement plus affirmative (277).

(275) Plus fondamentalement, le but de ce considérant est probablement d'encourager les entreprises à se satisfaire de décisions d'engagements en évitant tout précédent qui pourrait servir de base à des recours en dommages-intérêts.

(276) V. par ex. Décision de la Commission du 22 février 2006, aff. COMP/B-2/38.381, *De Beers* : Point 30 : « *Selon l'évaluation préliminaire de la Commission, la relation d'achats continus par De Beers à Alrosa fait appel à des méthodes qui s'écartent d'une concurrence normale, ce qui empêche le maintien du degré de concurrence existant sur le marché [...]. De ce fait, De Beers éliminerait une source alternative et indépendante d'approvisionnement pour les clients potentiels* ». La Commission ajoute au point 32 : « *De ce fait, De Beers éliminerait une source alternative et indépendante d'approvisionnement pour les clients potentiels* ». V. encore la Décision de la Commission du 22 juin 2005, *Coca-Cola*, JOCE, C 289, 26 novembre 2004. Au point 29 : « *La Commission a considéré, à première vue, que ce type d'accords étaient susceptibles d'entraîner l'éviction des fournisseurs concurrents s'ils étaient conclus pour de longues durées, si les conditions de résiliation étaient trop contraignantes pour les clients et si les achats de boissons des marques de TCCC pour rembourser le prêt étaient groupés* ». Au point 32 : « *La Commission a estimé à titre préliminaire que ces rabais d'objectif et de progression accroissaient les coûts que doivent supporter les clients pour changer de fournisseur et les liaient à TCCC et à ses embouteilleurs au détriment des concurrents et du consommateur final, en réduisant le choix de produits offerts et la pression à la baisse sur les prix* ». De même :

– dans l'affaire *Bundesliga* (aff. COMP/C2/37.214, *Bundesliga*, JOCE n° L 34, 2005, p. 46 et JOCE n° C 229, 2004, p. 13), la Commission se borne à « *assumer* » le marché en cause, et à relever que les comportements incriminés « *pourraient avoir un effet anticompétitif* » ;

– une formule similaire est utilisée dans l'affaire de l'*Accord d'extension de Cannes* (JOCE n° L296, 2007, p.27) ;

– dans l'affaire *Repsol* (aff. COMP/38.348, *Repsol CPP SA*, JOCE n° C 258, 2004, p. 7), la Commission estime que les clauses litigieuses « *pourraient* » contribuer à un effet de forclusion significatif ;

– dans l'affaire *FA Premier League* (aff. COMP/C-2/38.173, *FA Premier League*, JOCE, n° C 115, 2004, p. 3), la Commission estime dans sa décision que les restrictions sur le marché en aval affecteront probablement les marchés en amont et ajoute que les ventes en commun des droits télévisés peuvent limiter la production et créer des problèmes de fermeture des marchés ;

– dans l'affaire *Distrigaz* (aff. COMP/B-1/37966, *Distrigaz*, JOCE, n° C 77, 2007, p. 48 ; v. également la décision de la Commission, *non encore publiée*), la Commission indique qu'elle « *craignait* » que les contrats de fourniture de gaz à long terme de *Distrigaz* ne limitent les débouchés pour les autres fournisseurs ;

– dans les affaires diverses de la fourniture d'informations par les constructeurs automobiles aux réparateurs indépendants (v. Communication de la Commission, aff. COMP/39.140, COMP/39.141, COMP/39.142, COMP/39.143, *DaimlerChrysler, Fiat, Toyota Motor Europe, Opel* et JOCE 2007, n° L 329/52, n° L 330/40, n° L 332/77), la Commission s'est une nouvelle fois dite concernée par les « *possible negative effects* ».

Dans le cas d'une décision constatant l'existence passée d'une infraction, il est difficile d'en déterminer l'effet. Certes, le Règlement 1/2003 exclut en principe qu'une décision au titre de l'article 9 puisse avoir un quelconque effet sur les juges nationaux. En revanche, on l'a dit, la jurisprudence *Masterfoods* implique un tel effet. En tous cas, si elle devait avoir un quelconque effet sur les juges nationaux, il nous semble que vu les incertitudes sur la question de savoir si une telle décision est elle-même susceptible de recours devant la Cour de justice par les parties concernées (v. *infra*), ces dernières devraient pouvoir contester devant le juge national toute conclusion qui pourrait en être déduite d'un effet restrictif éventuel. De plus, en cas de doute sur la légalité de cette décision, un renvoi préjudiciel en validité devrait être fait à la Cour de justice en application de l'article 234 du Traité (278).

4. Les garanties procédurales pour les tiers, les parties et les États membres et le contrôle exercé à cet égard par la Cour de justice des Communautés européennes

Quant aux garanties procédurales à respecter à l'égard des parties intéressées, ou distinguera ci-après entre les tiers (a), les parties (b) et les États membres (c):

a) La position des tiers

(i) Situation antérieure au Règlement 1/2003

À l'origine, les règlements négociés n'avaient – comme on l'a vu – qu'une valeur juridique limitée de sorte que les garanties procédurales devant être respectées à l'égard des tiers par la Commission au titre des principes généraux du droit, de la jurisprudence de la Cour, ou des règlements applicables étaient d'un nombre très limité (279). On pouvait en effet estimer que les tiers étaient déjà suffisamment protégés à plusieurs titres, et notamment :

– Dans l'affaire *SkyTeam*, la Commission s'est également dite concernée en raison du niveau de coopération auquel les membres de l'alliance aérienne sont parvenus eu égard à des éléments clés de la concurrence. La Commission en conclut que « *this enhanced cooperation would be likely to have anticompetitive effects in view of the strong market position of the SkyTeam members involved coupled with the existence of significant barriers to entry* » (aff. COMP/37.984, *Skyteam*, JOCE, n° C 245, 2007, p. 46).

Dans tous les cas on peut déjà déduire des termes-mêmes de la décision en cause qu'il n'y a pas de reconnaissance d'infraction pour le passé (ce qui est du reste conforme au texte du considérant 13).

(277) V. par ex. la Communication de la Commission dans l'affaire *BUMA/SABAM*, JOCE, n° C 200, 2005, p. 11 : au point 7 de la communication, la Commission constate l'existence d'une exclusivité territoriale absolue et que la « *multilatéralisation de cette limitation par le réseau d'accords bilatéraux, étayée par l'assurance multilatérale que toutes les autres sociétés de gestion collective seront soumises à la même limitation territoriale entraîne une normalisation des conditions d'octroi de licences dans l'EEE, empêchant ainsi le marché d'évoluer dans des directions différentes et concrétisant l'exclusivité dont bénéficie chacune des sociétés participantes* ». V. aussi la décision *Coca-Cola* précitée au point 31 en ce qui concerne les fontaines à soda : « *[...] ces dispositions relatives à l'exclusivité des fontaines à boissons empêchent indûment les points de vente de se tourner vers des fournisseurs concurrents et réduisent ainsi la pression concurrentielle qui s'exerce sur le fournisseur en place lorsque la durée de ces dispositions est excessive, parce qu'allant au-delà de la durée d'amortissement de ces équipements* ».

(278) Arrêt *Masterfoods* précité.

(279) V. à ce propos D. Waelbroeck, « *New Forms of Settlement of antitrust cases and procedural safeguards: is regulation 17 falling into abeyance?* », *E.L.R.*, vol. 11, n° 4, August 1986. Comme on sait, aucune disposition n'imposait à l'époque qu'une copie de la communication des griefs ou des observations des entreprises concernées ne soit

– par la politique de la Commission depuis 1982 d'avertir ceux-ci de la transaction envisagée par une *publication préalablement à sa décision* et de les inviter à faire des commentaires sur celle-ci ;

– par l'obligation de la Commission d'informer *préalablement tout plaignant de son intention de rejeter sa plainte*, en lui donnant la possibilité de faire valoir ses observations à ce propos (280) ;

– par la possibilité pour ceux-ci d'exercer un *droit de recours limité devant les juridictions communautaire* contre le rejet de la plainte (ou la décision adressée aux entreprises concernées qui affectait ses intérêts) ;

– et enfin, par la possibilité qu'a toujours toute partie victime de restrictions de concurrence d'introduire un *recours devant les juridictions nationales*.

(ii) *L'apport du Règlement 1/2003 – Le renforcement des droits des tiers*

Avec le Règlement 1/2003, les droits des tiers tels qu'ils existaient sous le régime antérieur ont été non seulement confirmés mais renforcés. Ainsi, comme par le passé :

– les tiers sont avertis préalablement à toute décision au titre de l'article 9 par une publication au *Journal officiel* et invités à faire leurs commentaires (281) ;

envoyée au plaignant ou qu'il soit invité à assister aux auditions (bien que toutefois, en pratique, la Commission l'ait toujours fait). L'article 2 du Règlement 99/63 disposait que la communication des griefs devait être envoyée aux « *entreprises concernées* ». L'article 3 prévoyait que les « *entreprises concernées* » pouvaient présenter leurs observations par écrit sur les griefs qui leurs étaient reprochés. L'article 7 indiquait quant à lui que la possibilité doit leur être offerte de présenter leurs arguments oralement. Conformément à l'article 4, la Commission pouvait uniquement traiter dans ses décisions des infractions pour lesquelles les entreprises concernées avaient eu l'occasion de faire connaître leur point de vue. Il est donc clair que ces dispositions avaient pour objectif essentiel de protéger les intérêts des entreprises contre lesquelles les procédures ont été ouvertes mais pas ceux du plaignant.

(280) Cf. l'article 6 du Règlement 99/63 et la jurisprudence suite à CJCE, 18 octobre 1979, aff. 125/78, *GEMA c/ Commission*, Rec. p. 3173.

(281) Le considérant 32 du préambule du Règlement 1/2003 dispose ainsi que la Commission doit permettre aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés par la décision de faire valoir préalablement leurs observations. Ce droit à l'information des tiers est consacré désormais formellement à l'article 27, paragraphe 4, du Règlement. La Commission doit *publier un résumé succinct* de l'affaire et le principal contenu des engagements puis laisser s'écouler un délai d'un mois. Les tiers, intéressés ou pas, peuvent présenter leurs observations sur l'étendue des engagements offerts. En pratique, les observations des tiers s'avèrent d'ailleurs souvent précieuses pour la Commission et peuvent parfois influencer sur la décision finale, comme le montre par exemple l'affaire *FA Premier League*, où les tiers ont indiqué à la Commission que les engagements n'allaient pas assez loin et ne permettaient pas d'assurer que les droits seraient effectivement mis sur le marché. Suite à ces observations, la Commission a demandé à la *FA Premier League* de modifier ses engagements (v. aussi l'influence que les commentaires des tiers ont eu dans l'affaire *Alrosa/De Beers*). Dans son arrêt du 6 novembre 2007, *Canal 9 c. GIE Les Indépendants*, la Cour d'appel de Paris a estimé – à propos d'une procédure similaire à celle de l'article 9 applicable en France – qu'une telle information du plaignant est suffisante en ce qu'elle le met « *en mesure de faire valoir ses contestations, par écrit, dès que les engagements ont été présentés, puis oralement, lors de la séance au cours de laquelle ces derniers ont été examinés par le Conseil de la concurrence, enfin de nouveau par écrit avant qu'ils ne soient définitivement retenus par le Conseil* ».

– le plaignant doit être informé formellement de l'intention de la Commission de rejeter sa plainte et peut formuler ses observations à ce propos préalablement à la décision finale (282) ;

– il dispose d'un droit de *recours (limité) devant les juridictions communautaires* contre la décision de rejet de la plainte (ou contre la décision adressée aux entreprises concernées qui affecte ses intérêts);

– enfin, il peut toujours faire valoir ses *droits devant les juridictions nationales* (avec le double avantage d'ailleurs désormais que l'article 81, paragraphe 3, a depuis mai 2004 un effet direct, et que les droits de recours devant les juridictions nationales ont été clarifiés notamment suite à la jurisprudence *Courage/Crehan et Manfredi* (283)).

Mais outre cette confirmation et clarification du régime antérieur, les droits des tiers sont aussi singulièrement étendus, puisque :

– d'une part, le plaignant dispose désormais d'un *recours en annulation contre la décision d'engagements* devant les juridictions communautaires (comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Alrosa/De Beers* (284)), et non plus seulement contre la décision de rejet de sa plainte. Ce même droit appartient d'ailleurs à toute partie directement et individuellement concernée par cette décision ;

– et d'autre part, dans l'arrêt *Alrosa/De Beers*, le Tribunal considère que la Commission, quelle que soit la marge d'appréciation dont elle dispose dans le cadre de l'article 9, doit *respecter le principe de proportionnalité* lorsqu'elle décide de prendre une décision d'engagements contraignante au titre de cette disposition (285). Un tiers qui serait indûment

(282) V. l'article 7 du Règlement 773/2004 de la Commission relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOCE*, n° L 123, du 27 avril 2004, p. 18.

(283) CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage Ltd contre Bernard Crehan*, *Rec. p. I-6297* et CJCE, 13 juillet 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, *Rec. p. I-6619*. V. aussi les efforts de la Commission en vue d'encourager les recours en indemnité devant les juridictions nationales et notamment le Livre vert du 19 décembre 2005, Doc COM(2005) 672 final.

(284) V référence ci-dessus. En effet, la décision d'engagements constitue désormais une décision obligatoire de l'Institution elle-même, et non plus un simple arrangement administratif comme par le passé.

(285) Point 97 de l'arrêt précité. Certes, ceci peut paraître *a priori* contradictoire avec la position prise par ailleurs dans l'arrêt *Energias de Portugal*, dans lequel le Tribunal a réaffirmé que dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, la charge de la preuve de l'incompatibilité de la concentration avec le marché commun pèse sur la Commission et non sur les parties et que celle-ci ne peut examiner qu'une opération de concentration « *telle qu'elle a été modifiée par les engagements valablement proposés par les parties à l'opération* » (TPI, 21 septembre 2005, aff. T-87/05, *Energias de Portugal*, *Rec. p. II-3745*; point 63 de l'arrêt précité). Le juge communautaire est venu ainsi corriger la position adoptée par la Commission dans sa communication actuelle concernant les mesures correctives qui prévoyait que la charge de la preuve incombait à cet égard aux parties et non à la Commission (Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement 4064/89 du Conseil et au Règlement 447/98 de la Commission, *JOCE*, n° C 68, 2001, p. 3 (point 6)), et a bien confirmé que c'est aux parties de soumettre des propositions d'engagement et non à la Commission.

Le projet de modification de la communication sur les mesures correctives (Draft of the Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation n° 139/2004 and under Commission regulation n° 802/2004, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf) confirme cette ligne de jurisprudence en précisant que la Commission soumet aux parties ses réserves à propos des effets négatifs sur la

affecté par une décision d'engagements peut donc contester celle-ci (c'était le cas d'Alrosa dans l'affaire *Alrosa/De Beers*). Le fait que l'engagement a été en théorie du moins offert « *volontairement* » n'altère pas cette conclusion (286).

Faut-il aller plus loin pour protéger les tiers ? À notre sens, la réponse est négative. Les droits accordés aux tiers ont deux objets essentiels. En premier lieu, ils servent à informer les parties intéressées des solutions négociées envisagées par la Commission et donc à protéger leurs droits. En second lieu, l'information des tiers permet de récolter des informations visant à combler les éventuelles « *lacunes* » dans l'analyse du marché de la Commission. Aller au-delà comporte le risque que les procédures administratives dégénèrent en simples procédures contradictoires dans lesquelles la Commission deviendrait l'avocat d'une partie contre une autre partie (287).

La nécessité de ne pas formaliser la procédure excessivement nous paraît d'ailleurs d'autant plus grande qu'un des rôles premiers de la procédure administrative préliminaire est également de fournir « *l'occasion, pour les entreprises concernées, d'adapter les pratiques incriminées aux règles du Traité* » (288). Or, une telle possibilité de régler les litiges à l'amiable – que la jurisprudence entend ainsi expressément encourager – exige nécessairement une certaine souplesse administrative incompatible avec des procédures plus lourdes impliquant le plaignant tout au long de la discussion « *à armes égales* » avec la partie incriminée.

b) La position des parties en cause

Si pour les tiers, la situation paraît donc désormais relativement satisfaisante, il est loin d'en être de même en ce qui concerne les parties en cause. Certes – nous le disions – une solution négociée présente pour les entreprises un attrait incontestable face aux lourdeurs d'une procédure susceptible de déboucher sur des amendes importantes. Il n'en reste pas moins :

concurrency que pourrait avoir la concentration, sachant que c'est ensuite aux parties de proposer d'elles-mêmes des engagements. La Commission ne peut imposer unilatéralement les conditions d'une autorisation de l'opération. Autrement dit, la décision de la Commission ne doit être prise qu'en vertu des engagements consentis par les parties. Le point 7 du projet de modification de la communication sur les mesures correctives souligne également que la Commission ne peut pas refuser les engagements des parties même si ces derniers vont au-delà de ce qui est nécessaire pour maintenir le *statu quo ante* concurrentiel. Cette solution est de toute évidence en accord avec l'esprit de la procédure relative aux concentrations où les parties décident de la transaction qu'elles soumettent à la Commission et la Commission accepte ou refuse. C'est pourquoi les parties ne sauraient pas attaquer des engagements qu'elles ont elles-mêmes offert. En revanche, ce droit appartient de toute évidence aux tiers, également en matière de concentration, si les engagements sont excessifs, ainsi qu'il ressort déjà de l'arrêt *Kali & Salz* (CJCE, 31 mars 1998, aff. C-68/94, *France c. Commission* et C-30/93, *SPCA c. Commission*, Rec. p. I-1453).

(286) La situation est la même pour les décisions conditionnelles en cas de concentration ; v. CJCE, 31 mars 1998 *France c. Commission (Kali und Salz)* et C-30/93, *SPCA c. Commission*, Rec. p. I-1453 où étaient contestés des engagements affectant un tiers (SPCA).

(287) Or, la Commission doit rester neutre, et ne pas manquer à l'impartialité qui doit être la sienne et ne saurait en particulier « *déléguer* » ses pouvoirs à des tiers (v. TPI, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft*, non encore publié, points 1251 sq.).

(288) V. par ex. CJCE, 8 novembre 1983, aff. 96-102, 104, 105, 108, *ANSEAU c/ Commission*, Rec. p. 3369.

– que – surtout s'il y a menace d'amendes – la pression est considérable pour les entreprises de céder aux desiderata de l'Institution, même si ceux-ci sont à leur avis non fondés (ceci explique sans doute que selon le considérant 13 du Règlement 1/2003, « *de telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende* », une déclaration d'intention qui ne semble pas respectée en pratique ; v. *infra*) (289) ;

– qu'une fois que les parties ont accepté la solution en cause, tout recours contre celle-ci devient très difficile. (C'est le propre d'une procédure d'« engagements » qui repose sur un accord des parties dont la Commission « prend acte », par opposition à une décision d'autorisation « conditionnelle » telle qu'on les connaissait antérieurement) ; et

– qu'à défaut de certaines garanties minimales, notamment de débat transparent et contradictoire avec l'Institution – les parties sont à la merci d'exigences potentiellement injustifiées de la Commission. Il en va en particulier ainsi si le problème auquel il doit être remédié n'a pas au préalable été clairement identifié auquel cas il devient manifestement très difficile pour les parties d'identifier des engagements appropriés.

La situation des parties diffère en ceci de celle des tiers à l'égard desquels la pleine transparence est assurée (ils sont informés des arrangements envisagés), qui ne sont soumis à aucune pression comparable, et qui ont un recours contre la décision finale. Certes, si un engagement paraît rétrospectivement après un certain temps comme ayant été injustifié et excessif, une partie peut en théorie toujours en demander la modification ultérieure – mais ceci sera sans doute généralement difficile à obtenir. En revanche, une partie ayant accepté un engagement ne peut l'ignorer, sauf à encourir le risque d'amendes et astreintes.

La question se pose dès lors de savoir si des garanties meilleures pourraient être mises en place pour remédier aux trois préoccupations précitées :

– Premièrement, quant aux exigences de débat transparent et contradictoire et à l'identification de l'infraction à laquelle il doit être remédié, il est essentiel que les parties obtiennent de la Commission d'abord une clarification précise des griefs en cause avant de concéder des engagements. C'est ici que l'article 9 du Règlement 1/2003 apporte (du moins en théorie) une amélioration notable par rapport à la situation antérieure puisqu'il prévoit que la Commission doit préalablement à toute décision d'engagement leur faire connaître son « *évaluation préliminaire* ».

L'arrêt *Alrosa/De Beers* indique à cet égard à son point 100 que dans le cadre de l'article 9, « *la Commission n'est certes pas tenue de démontrer formellement l'existence d'une infraction [...], mais elle doit néanmoins établir la réalité des préoccupations concurrentielles qui justifiaient qu'elle envisage d'adopter une décision au titre des articles 81 CE et 82 CE et qui permettent qu'elle impose à l'entreprise concernée de respecter certains engagements, ce qui suppose une analyse du marché et une identification de l'infraction envisagée moins définitives*

(289) Dès lors qu'elles risquent sinon une procédure longue et coûteuse, des amendes significatives, des recours en indemnités subséquents, etc.

que dans le cadre de l'application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, même si celle-ci doit être suffisante pour permettre un contrôle du caractère approprié de l'engagement » (290).

Il n'en reste pas moins que l'« *évaluation préliminaire* » répond rarement dans les faits selon notre expérience à ces exigences et qu'elle est parfois si succincte qu'elle en perd l'essentiel de son utilité (291). Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'elle est envoyée, comme c'est parfois également le cas (toujours selon notre expérience), *a posteriori*, après la prise d'engagements. Certes, une telle pratique n'est guère compatible avec l'article 9 du Règlement 1/2003 qui – en imposant une évaluation « *préliminaire* » – attend en toute logique que celle-ci ait lieu, non seulement avant l'adoption de la décision elle-même, mais avant la « *négociation* » proprement dite (292). La soumission d'engagements antérieurement à la réception de l'« *évaluation préliminaire* » présente en effet – on l'a dit – le risque de pressions peu transparentes et de concessions injustifiées (293). L'évaluation préliminaire devrait donc être suffisamment détaillée pour convaincre les entreprises de la réalité et nature des problèmes identifiés ainsi que de la nécessité d'engagements (294). Ceci permettrait d'éviter que la Commission impose des remèdes même dans les cas où elle ne dispose pas d'une affaire suffisamment solide. Le conseiller-auditeur devrait pouvoir être mobilisé si tel n'est pas le cas (295).

(290) C'est l'auteur qui souligne.

(291) Certes, ce document peut être une communication des griefs mais –comme l'indique la pratique de la Commission– ne le sera pas dans la majorité des cas. Dans l'affaire *Coca-Cola* (n. JOCE, n° C 289, 26 novembre 2004, p. 10), les engagements ont été offerts avant toute communication des griefs, et même avant toute évaluation préliminaire (O. Armengol et A. Pascual, « *Some reflexions on article 9 Commitment decisions in the light of the Coca-Cola case* », *E.C.L.R.*[2006], v.27, n° 3, March, p. 124-129). Ce n'est que dans quelques rares affaires comme l'affaire *Alrosa/De Beers*, qu'ils ont fait suite à des communications des griefs.

(292) Mais un recours pour non respect de cette exigence reste sans doute purement théorique – voir *infra*.

(293) Voir sur ce point J. Davies et A. De Brousse, « *Le point de vue de praticiens du droit communautaire* », *RDLC*, n.1, 2005, p. 13.

(294) V. sur les exigences relatives à l'« *évaluation préliminaire* » également l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 octobre 2007, dans l'affaire *Bijourama c. Festina France* concernant une procédure similaire à celle de l'article 9 du Règlement 1/2003 appliquée par la France. La Cour d'appel a estimé dans son arrêt que « *le Conseil de la concurrence a justement estimé que la procédure d'engagements présentait des spécificités, et en particulier des mesures d'instruction allégées par rapport à la procédure habituelle, comportant une simple évaluation préliminaire des pratiques en cause en vue d'identifier des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification des comportements [...], ni a fortiori à la constatation d'une infraction [...], et ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent ; que le Conseil, s'appuyant sur un ensemble de données fournies, tant par les organismes professionnels du secteur de l'horlogerie, que par les études détaillées sur ce marché, a pu exactement constater que, quelque soit le marché pertinent par nature de produits [...], Festina ne détenait pas une part de marché supérieure à 30 %* », de sorte que le Règlement d'exemption par catégorie 2790/1999 exemptant les accords verticaux était applicable au système de distribution sélective de Festina.

(295) Peut-être même pourrait-on mobiliser déjà à ce stade la Cour de justice ? La jurisprudence admet en tout cas que certains actes préalables soient susceptibles de recours lorsque ceci paraît vital à ce stade pour la bonne poursuite de la procédure. V. par exemple pour de nombreux exemples notamment en droit de la concurrence : H. Schermers et D. Waelbroeck, « *Judicial Protection in the European Union* », Kluwer, 2001, 6^e édition, p. 348-355.

Il est clair en effet que le système de l'article 9 s'il devait permettre à la Commission d'obtenir les engagements les plus divers – sous la menace – face à une infraction qu'elle n'aurait même pas à prouver – voire même à identifier – ne serait guère admissible. De plus, le cas échéant, une audition devrait pouvoir être organisée où les entreprises pourraient réfuter les arguments de la Commission d'abord par écrit et puis oralement. Ce ne sera que lorsque les problèmes auront alors été mieux cernés que les engagements requis pourraient être définis.

La mise en place d'un panel au sein de la Commission, et le contrôle par un « *avocat du diable* » – de préférence indépendant de la Direction générale de concurrence – limiterait aussi dans une certaine mesure les risques de « *dérapiage* ».

– Deuxièmement, quant au risque de pressions indues de la part de la Commission, on peut effectivement douter qu'il soit opportun de recourir à l'article 9 dans les cas susceptibles d'amendes. Bien que le considérant 13 du Règlement 1/2003 exclue en principe cette possibilité, il est clair que plusieurs cas – comme par exemple *Coca-Cola* – concernaient des comportements qui dans d'autres affaires ont fait l'objet d'amendes parfois extrêmement lourdes (296). Dans ce cas, les parties négocient cependant avec une autorité qui dispose elle-même du pouvoir de sanction, à savoir qui est à la fois juge et partie. Les risques de pressions injustifiées de la part de l'autorité sont donc non négligeables. Peut-on vraiment accepter par exemple que Microsoft a accepté librement les « *pricing principles* » pour la communication de données diverses à ses concurrents en des termes peu compatibles avec la jurisprudence existante alors qu'elle l'a fait sous la menace d'astreintes importantes et avant que la décision de la Commission ait fait l'objet d'un quelconque arrêt de la Cour (297) ? Un système de négociations et d'engagements ne nous paraît donc admissible que si le pouvoir décisionnel de sanctionner le comportement à défaut d'accord appartient au tiers, qui est un juge indépendant (v. à ce sujet plus amplement *infra* section C (g) à propos des transactions) (298).

(296) V. par exemple les amendes imposées à *Michelin* (TPI, 30 septembre 2003, aff. T-203/01, *Rec II-4071*) ou *British Airways* (CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P *Rec I-2331*) pour des accords d'exclusivité qui allaient sans doute bien moins loin que ceux de *Coca-Cola*.

(297) V. D. Waelbroeck, « *Microsoft Round 12 – Is the Commission now trying to preempt the judges?* », *Competition Law Insights*, 2007.

(298) Tel est le cas par exemple en France où les engagements sont négociés avec le rapporteur mais ensuite consacrés par le Conseil de la concurrence. De même, à défaut de transaction, c'est aussi au Conseil et non au rapporteur que revient le pouvoir décisionnel sur l'infraction. A noter à ce propos que dans son arrêt du 6 novembre 2007 dans l'affaire *Canal 9 c. GIE Les Indépendants*, la Cour d'appel de Paris a été saisie d'un argument selon lequel des modifications des engagements négociés avec le rapporteur ne pourraient être discutés devant le Conseil en application du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement. La Cour relève à ce propos « *que le Conseil de la concurrence [...] a provoqué un débat entre les parties sur les engagements proposés et les observations qu'ils ont suscitées de la part [...] des tiers intéressés puis, à l'issue de ces échanges, a pris acte des nouveaux engagements souscrits par l'entreprise concernée, propres selon lui, à remédier aux préoccupations de concurrence précédemment identifiées ; que le fait que le Conseil a pris une part active à ces débats, qui tient au caractère consensuel de cette phase de la procédure et à ce qu'il apprécie, en définitive, la pertinence des engagements et leur donne force exécutoire, ne caractérise nulle immixtion de sa part dans l'instruction de l'affaire ; [...] qu'ainsi, les moyens pris de la violation de l'article 6, § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont dénués de fondement* » (C'est l'auteur qui souligne). En effet, le Conseil avait uniquement invité les

– Enfin, et troisièmement, quant au droit des parties d'introduire un recours contre une telle décision, il est clair qu'il est difficile pour les parties de contester une décision avec laquelle elles ont marqué leur accord (299). C'est d'ailleurs bien cette possibilité d'échapper au contrôle du juge qui explique sans doute l'attrait que cette procédure représente pour la Commission face à l'ancien système d'autorisations conditionnelles. Certes, on ne saurait écarter en droit totalement le contrôle judiciaire face à une décision qui a potentiellement – somme toute – un fort impact sur la vie des entreprises. Le droit au juge est un droit fondamental, et tel est particulièrement le cas lorsqu'on parle d'une matière de nature intrinsèquement pénale comme l'est le droit de la concurrence. Comme il a été dit, même pour les parties en cause, du moins lorsqu'une amende est envisageable, il n'est pas clair que les engagements sont vraiment « *librement consentis* » (ou pour l'exprimer plus crûment que les parties n'ont pas fait leurs propositions d'engagements en réalité « *avec le pistolet sur la tempe* »). On peut se demander donc s'il est réellement possible dans ces circonstances d'exclure a priori un recours des parties contre une décision d'engagements (300). Mais même si un contrôle judiciaire devait être admis, cela n'impliquerait pas nécessairement un contrôle complet par le juge. Rappelons par exemple que dans le cadre du Règlement de contrôle des concentrations, les engagements ne sont en principe pas attaquables par les parties au motif qu'elles en sont à l'origine l'auteur (du moins en théorie) (301). Les parties ne peuvent attaquer une décision d'engagements que si elles peuvent établir qu'elles ont offert ceux-ci « *sous la contrainte arbitraire de la Commission* » (302). Dans le cadre de l'article 9, et vu la nature pénale de la procédure et les menaces de sanctions, cette idée pourrait-elle être généralisée ? Une certaine lecture de l'arrêt *Alrosa* pourrait aller en ce sens. Ainsi, au point 87 de son arrêt, le Tribunal souligne-t-il qu'une décision

parties –suite aux commentaires émis par des tiers– à discuter les engagements sans intervenir d'une quelconque façon lui-même dans la détermination de leur contenu, ce qui ne constitue pas selon la Cour d'appel une « *instruction* » de l'affaire et donc pas une ingérence dans un pouvoir qui n'est pas celui du Conseil.

(299) A l'inverse d'un tiers qui peut lui toujours contester une telle décision, comme cela fût le cas dans l'affaire *Alrosa*. La jurisprudence admet l'existence d'un principe d'« *estoppel* » qui empêche une partie de revenir sur un point admis par elle (« *venire contra factum proprium* ») ; v. sur une analyse de cette jurisprudence H. Schermers et D. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 104-108. A noter que la jurisprudence admet aussi que lorsqu'il y a déséquilibre entre les parties ou lorsqu'une partie agit sous la contrainte, le principe ne joue pas (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Crehan c. Courage Ltd*, Rec. p. I-6297). A noter également que si la Commission rejette une proposition d'engagements et prend une décision négative, la Cour peut vérifier si la Commission a eu raison de rejeter lesdites propositions d'engagements (v. par ex. CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw*, aff. C-202/068).

(300) En ce sens, v. notamment J. Temple Lang, *op.cit.*

(301) Dans l'affaire *Cementbouw Handel & Industrie BV* (TPI, 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV contre Commission*, Rec. p. II-319, points 301 et s.), la partie requérante contestait les engagements pris au regard du principe de proportionnalité et de leur nécessité à rétablir la situation antérieure à l'opération de concentration. Or, le Tribunal rappelle que (point 311), la Commission ne peut pas « *subordonner sa déclaration de compatibilité d'une opération de concentration à des conditions qu'elle a unilatéralement imposées, indépendamment des engagements pris par les parties procédant à une notification* ». A cet égard (point 308), « *les parties procédant à une notification ne sont pas contraintes de se limiter à proposer des engagements visant strictement à rétablir la situation de concurrence antérieure à l'opération de concentration, afin de permettre à la Commission de déclarer cette opération compatible avec le marché commun* » et « *la Commission est habilitée à accepter tous les engagements des parties lui permettant d'adopter une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun* ». Dès lors (point 312), une partie notificante « *ne saurait utilement invoquer la méconnaissance du principe de proportionnalité* ».

(302) Arrêt *Cementbouw Handel & Industrie BV*, précité, points 313-319.

prise au titre de l'article 9 « ne saurait être considérée comme étant une simple acceptation par la Commission d'une proposition librement formulée par un partenaire de négociations, mais constitue une mesure obligatoire mettant fin à une situation infractionnelle ou potentiellement infractionnelle, à l'occasion des prérogatives que lui confèrent les articles 81 CE et 82 CE » (303). Si la proposition n'est pas « librement formulée », on ne saurait de toute évidence empêcher la partie qui l'a faite d'attaquer la décision en cause (304).

Certes, on peut se demander si la Commission accepterait des solutions négociées si les parties pouvaient ensuite les contester en justice (305). La réponse est sans doute affirmative puisque même si en droit, un recours n'est pas exclu, on ne peut que douter qu'en pratique les parties contesteront fréquemment des décisions auxquelles elles ont de bon ou mauvais gré donné leur accord.

c) La position des États membres

Outre les droits des parties et des tiers, la question se pose de savoir si les autorités nationales de concurrence devraient être impliquées davantage dans la procédure d'engagements. À cet égard, les droits reconnus aux autorités des États membres sont divers :

– d'une part, l'article 11 du Règlement 1/2003 prévoit que la Commission est tenue de transmettre aux autorités de concurrence des États membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue de l'application de l'article 9 du Règlement 1/2003 (et les autorités des États membres peuvent également demander à la Commission qu'elle leur fournisse une copie des autres documents nécessaires à l'appréciation de l'affaire);

(303) V. aussi les points 101 et 140 de l'arrêt qui montre que le Tribunal entend contrôler si les engagements ne sont pas excessifs.

(304) Cette approche a donc pour effet d'assimiler en fait une décision d'engagements à une décision d'autorisation conditionnelle (v. à cet égard explicitement le point 102 de l'arrêt *Alrosa/De Beers* et la référence au point 106 de cet arrêt à l'affaire *Ahlström* où la Cour a assimilé des engagements à une injonction de cessation d'infraction). En d'autres termes, si la Commission a à l'origine supprimé dans le Règlement 1/2003 le concept de décision conditionnelle d'exemption et l'a remplacé par le concept de décision d'engagements – sans doute en partie pour échapper aux possibilités de recours en annulation – la jurisprudence semble encline à assimiler l'une à l'autre et ainsi à rétablir le droit au juge. Le contrôle de proportionnalité par la Cour peut d'ailleurs être extrêmement utile. Ainsi par exemple, le projet de nouvelle Communication sur les mesures correctives en matière de concentrations confirme que si l'analyse finale de la Commission démontre qu'il n'y a plus de problème de concurrence sur un ou plusieurs marchés, les parties doivent être informées afin qu'elles puissent retirer les engagements superflus (voir communication citée *supra* au point 83). La même règle doit de toute évidence valoir pour les engagements au titre de l'article 9, et si la Commission ne la respecte pas, un recours devrait être possible. Dans le même sens, la Cour de justice indique dans son arrêt *Cementbouw* (CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-202/06 P, point 54) que « le contrôle du caractère proportionnel des conditions et charges que la Commission peut, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, imposer aux parties à une opération de concentration consiste [...] à s'assurer que lesdites conditions et lesdites charges sont proportionnelles au problème de concurrence identifié et permettent de le régler entièrement ». Il est intéressant que la Cour fasse ce commentaire relatif au contrôle juridictionnel de conditions et de charges à propos en l'occurrence de projets d'« engagements » des parties.

(305) Mais a-t-elle le choix ? La même question se pose pour les « transactions » en matière de cartels et il semble bien que la Commission sera amenée ici à accepter que ses décisions transactionnelles seront dans une certaine mesure susceptible de recours par les parties en cause (v. *infra*, point Section C(g)).

– d'autre part, l'article 14, paragraphe 1^{er}, du Règlement indique que le Comité consultatif est consulté avant toute décision prise sur base de l'article 9; et

– enfin, les droits des États membres sont aussi protégés en ce qu'ils disposent – conformément à l'article 230, paragraphe 2, du Traité – d'un droit de recours illimité devant les juridictions communautaires contre toute décision prise au titre de l'article 9. Ceci aussi préserve à leur égard le droit au juge.

Nous ne pensons pas que des droits plus étendus doivent leur être reconnus.

5. Quelle est la marge d'appréciation dont la Commission dispose pour recourir à l'article 9 ? Et quel contrôle le juge exerce-t-il à cet égard ?

En vertu de la jurisprudence *Automec II* (306), la Commission dispose d'une certaine marge d'appréciation pour choisir les affaires qu'elle entend poursuivre ou non. Cette marge d'appréciation est circonscrite par l'« *intérêt communautaire* » que l'affaire présente. En l'occurrence, il nous semble que cette jurisprudence est pleinement applicable aux décisions que la Commission peut être amenée à prendre au titre de l'article 9 du Règlement. Il en va d'autant plus ainsi que la formulation de l'article 9 insiste sur ce pouvoir d'appréciation de la Commission (« *La Commission peut ...* »). Telle est aussi la pratique de la Commission (307). Notons toutefois que certaines limites sont apportées à la marge d'appréciation de la Commission, et que le juge doit ici pouvoir exercer un contrôle ne fut-ce que marginal :

– *Primo*, le considérant 13 du Règlement indique que des décisions au titre de l'article 9 « *ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende* ». Certes, il est clair qu'à défaut de menace d'amendes, les entreprises perdront sans doute le principal incitant pour offrir des engagements. De plus, ce considérant ne semble pas refléter la pratique actuelle en la matière puisque – nous l'avons dit – la Commission menace souvent les entreprises d'amendes notamment dans les affaires au titre de l'article 82 mais peut ensuite parfaitement se satisfaire d'engagements (308). La phase précitée du considérant 13 ne semble donc pas être prise à la lettre (309). Il n'en reste pas moins que dans les cas où les entreprises

(306) TPI, 18 septembre 1992, aff. T-24/90, *Automec srl c/ Commission*, Rec. p. II-2223.

(307) Ainsi, dans l'affaire *FA Premier League* (décision de la Commission du 22 mars 2006, aff. COMP/C-2/38.173, *FA Premier League*), la Commission a accepté des engagements de l'association anglaise de football de vendre les droits télévisés des clubs dans six « *paquets* » différents sans qu'aucun acheteur ne puisse acquérir l'intégralité des paquets. La décision de mars 2006 ne sera néanmoins applicable que pour la vente des droits télévisés pour les saisons 2007 à 2010. Ceci ne veut évidemment pas dire qu'entre la décision du 22 mars 2006 et l'entrée en vigueur des nouveaux droits, les accords qui ne seraient pas conformes à cet engagement ne sont pas contraires à l'article 81 du Traité (l'article 81 ne change pas subitement en 2007!). La Commission a simplement estimé qu'il n'y avait pas lieu d'agir, pour des motifs d'opportunité administrative (« *intérêt communautaire* »).

(308) V. par ex. déjà l'affaire *IBM*, mais il est clair que plusieurs affaires ayant fait l'objet de décisions au titre de l'article 9 à ce jour auraient pu justifier des amendes.

(309) V. à cet égard J. Temple Lang qui se demande si la Commission ne se trouve pas dans l'obligation de prendre une décision formelle pour préserver l'efficacité des règles de concurrence et l'effet dissuasif des sanctions et ce afin d'éviter que des infractions graves au droit de la concurrence n'échappent à une décision formelle sur la base de l'article 7 du Règlement 1/2003. (J. Temple Lang, « *Commitment decisions under regulation 1/2003 : legal aspects of a new kind of competition decision* », *E.C.L.R.* [2007], v. 24, n.8, p. 347-3565). L'auteur admet cependant qu'une décision

acceptent des engagements « *sous la menace d'amendes* », il est difficile d'en parler réellement d'une décision « *volontaire* », et il paraît donc plus indiqué d'avoir une décision d'autorisation conditionnelle qui est entièrement soumise à toutes les garanties procédurales classiques ainsi que susceptible de recours (310).

– Secundo, le juge communautaire est venu récemment apporter des précisions sur les conditions d'application de l'article 9 du Règlement 1/2003 dans l'arrêt *Alrosa* (311). Au point 95, le Tribunal rappelle que l'objectif tant de l'article 7 que de l'article 9 du Règlement 1/2003 est l'« *application efficace des règles de concurrence prévues par le traité* ». On pourrait en déduire que l'article 9 du Règlement 1/2003 ne doit être utilisé par la Commission que dans les cas où son usage est approprié. En conséquence, il est communément admis que l'article 9 ne pourrait être utilisé par exemple en matière de cartels, lesquels ne sauraient échapper à des amendes au prix d'un vague engagement « de ne pas recommencer ».

– Tertio, le but des engagements n'est pas de permettre à la Commission d'obtenir des engagements allant plus loin que ceux qu'elle aurait pu obtenir par une décision formelle d'infraction. En effet, la Commission pourrait sinon abusivement recourir à des procédures informelles et profiter indûment du fait que ces décisions sont difficilement attaquables en justice. L'arrêt *Alrosa-De Beers* précise ici qu'« *il serait en effet contraire à l'économie du règlement n° 1/2003 qu'une décision qui, au titre de l'article 7, paragraphe 1, dudit règlement devrait être regardée comme non proportionnée à l'infraction constatée puisse être prise en recourant à la procédure prévue à l'article 9, paragraphe 1, sous la forme d'un engagement rendu obligatoire, au motif que l'infraction n'a pas à être formellement prouvée dans ce cadre* » (312).

– En revanche, malgré les termes de l'article 9 qui parlent de « *cessation d'une infraction* » et d'engagements « *de nature à répondre aux préoccupations* » de la Commission, nous ne voyons pas pourquoi ceci empêcherait nécessairement des décisions au titre de l'article 9 quand un comportement a déjà pris fin (313).

– Enfin, une autre question est de savoir si – dans le cas d'accords ou pratiques concertées entre plusieurs entreprises – la Commission est susceptible d'accepter une décision au titre de l'article 9 pour certaines d'entre elles, mais pas pour les autres (pour lesquelles elle prendrait une décision au titre de l'article 7). En droit, rien ne semble s'y opposer – du moins tant qu'il

au titre de l'article 9 puisse être adoptée, même si à l'origine la Commission a envoyé une communication de griefs menaçant l'entreprise d'amendes, et puis ensuite a changé d'avis. Une position trop stricte serait d'ailleurs peu conciliable avec la possibilité de « *transactions* » en matière de cartels que la Commission ambitionne actuellement de mettre en place (voir *infra*).

(310) Ceci exigerait toutefois sans doute une modification du Règlement 1/2003 qui ne prévoit pas de base juridique pour les autorisations conditionnelles.

(311) TPI, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, *Alrosa Company Ltd c/ Commission*, non encore publié.

(312) TPI, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, *Alrosa Company Ltd c/ Commission*, non encore publié, point 101 et aussi au point 140. V. aussi *supra*, Section 4(b).

(313) V. aussi J. Temple Lang, *op.cit.*

n'apparaît pas qu'une pression induite aurait été exercée sur les entreprises. On ne saurait en effet arguer d'une discrimination dès lors que les situations factuelles diffèrent (314).

6. Nécessité d'une publicité accrue ?

Outre les problèmes énoncés ci-avant, notons que le recours à la pratique des solutions négociées présente encore le désavantage majeur – par rapport au système classique de décisions formelles, susceptibles de recours – de priver le juriste de précédents clairs qui permettent de l'orienter dans l'application du droit. En effet, les décisions au titre de l'article 9 étant généralement extrêmement succinctes, et de plus prises sans préjudice de la question de savoir s'il y a infraction ou non, il est difficile de savoir quelle portée leur donner. À défaut pour la Commission d'en encore prendre des décisions d'exemption ou d'attestation négative, les seules décisions adoptées désormais par elles sont des décisions purement « répressives », et ce pour la plupart en matière de cartels (dont l'apport du point de vue juridique est le plus souvent extrêmement limité, d'autant qu'il y a rarement encore discussion sur des questions autres que l'amende, depuis l'introduction de la procédure de clémence) (315).

Certes, un bref résumé de l'accord est généralement publié (316). Toutefois, dans un souci de clarification du droit, ceci ne nous paraît guère suffisant. Dans l'intérêt de la meilleure compréhension du droit par la communauté juridique au sens large, et indépendamment des questions plus vastes du droit au juge évoquées ci-dessus, il existe à notre sens de bonnes raisons de penser que la Commission devrait dans de nombreux cas soit revenir à un système plus classique de décisions conditionnelles, soit au minimum mener une politique plus transparente que celle menée actuellement en matière de « solutions négociées » (317).

7. Contrôle du respect des décisions d'engagements – Rôle du juge ?

Conformément à son objectif général de décentralisation de l'application de règles de concurrence, la Commission a insisté itérativement sur le fait que ce sont en première ligne les juridictions nationales qui doivent assurer le respect des décisions prises au titre de l'article 9

(314) Toutefois, en pratique, la Commission perdrait dans ce cas un incitant important à marquer son accord sur les engagements si elle doit simultanément mener une procédure complète contre les autres entreprises en cause. Quant aux entreprises elles-mêmes, elles pourraient être réticentes à une telle approche car on pourrait – en dépit de la décision basée sur l'article 9 – leur opposer les décisions au titre de l'article 7 adressées à d'autres participants comme établissant l'infraction et pour réclamer de leur part des dommages-intérêts.

(315) Elles ne sont en effet en général pas contestées devant le Tribunal de première instance sur le fond (puisqu'elles résultent quasiment toutes de procédures de clémence) ce qui limite le contrôle des juges. Avec la procédure de « transaction » (v. Section C *infra*), également ces décisions pourraient être réduites à des versions « minimalistes ».

(316) V. ci-dessus point 5(a)(ii).

(317) V. aussi I. Van Bael, note *supra*, p. 68 et du même auteur « EEC Antitrust Enforcement and adjudication as seen from the Defence Council », *Swiss Review of International Competition Law*, 1979, p.9.

(318) 319. En effet, la Commission souhaite autant que possible déléguer aux participants au marché eux-mêmes la responsabilité de veiller au respect des engagements. Sinon l'objectif poursuivi par elle en termes d'économies de ses propres ressources, d'efficacité des contrôles, etc. serait – estime-t-elle – largement compromis.

Ainsi, dès sa proposition initiale de règlement qui allait ensuite devenir le Règlement 1/2003, la Commission indiquait que « *lorsque, dans le cadre d'une procédure visant à une interdiction, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses objections, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises afin qu'ils puissent être invoqués par les tiers devant les juridictions nationales* (320) *et que leur non-respect puisse être sanctionné par des amendes et des astreintes sans que la décision ne prenne position sur l'application de l'article 81 ou de l'article 82.* » (321). On peut se demander toutefois si dans ce contexte, le juge ne devrait pas pouvoir remettre en cause la proportionnalité et justification des engagements le cas échéant en posant une question préjudicielle à la Cour (322). Vu ce qui a été dit ci-dessus à propos du droit au juge, ceci nous semble souhaitable.

B) La politique de clémence et de non contestation des faits

1. La politique de clémence – contrôle du juge

La politique de clémence, telle qu'introduite en 1996 et modifiée depuis (323), a rencontré un succès inespéré, comme le montre le nombre de demandes introduites à ce jour (324). Mais la collaboration avec la Commission oblige également l'entreprise à coopérer tout au long de la procédure de manière « *totale, permanente et rapide* » (325). L'entreprise ne peut ainsi revenir ni sur sa décision, ni sur ses affirmations au risque de perdre le bénéfice de la clémence. Peu importe la qualité de la décision prise par la suite par la Commission, l'entreprise bénéficiaire d'une immunité ou réduction du montant de l'amende ne la contestera en général pas devant le juge communautaire sur le fond et il paraît en effet difficile pour elle de contester les faits qu'elle

(318) V. par ex. MEMO/04/217 du 17 septembre 2004 sur la procédure relative à l'application de l'article 9; Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité, point 7, JOCE, n° C 101, 2004, p. 54.

319

(320) C'est l'auteur qui souligne.

(321) Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87, JOCE, n° C 365, 2000, p. 284.

(322) La jurisprudence *TWD* précitée qui empêche une partie de remettre en cause après les délais de recours la validité d'une décision individuelle la concernant devant un juge national n'est sans doute pas applicable en l'occurrence vu les limites précitées au droit de recours direct des parties devant la Cour de justice.

(323) V. en dernier lieu la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE n° C 298, du 8.12.2007, p. 17.

(324) J.-S. Sandhu, « *The European Commission's leniency policy: a success?* », *E.C.L.R.*[2007], v.3, n.3, p.148-157.

(325) Point 12 des Lignes directrices précitées.

a elle-même admis (326). De plus, l'existence d'aveux complets par une partie rend très difficile la contestation des faits par les autres. Il en résulte que la plupart des recours devant le Tribunal de première instance ont désormais pour seul objet le montant de l'amende ou des questions de procédure telles que l'identité des destinataires de la décision.

Si l'entreprise « *repentante* » ne va donc pas contester les faits qu'elle a admis, la procédure de clémence soulève une autre problématique qui est celle de savoir dans quelle mesure les allégations des entreprises « repentantes » sont toujours crédibles. Ces entreprises dénoncent non seulement une pratique qui est la leur mais également celle de leurs concurrents qui ont participé au cartel. Assurée d'obtenir une immunité d'amende ou à tous le moins une réduction significative de son montant, l'entreprise qui dénonce l'entente peut être tentée d'exagérer la réalité des faits. Cela pourrait avoir pour conséquence d'écarter ou du moins d'affaiblir ses concurrents qui se verront infliger une amende potentiellement très élevée par la Commission. La Commission – et ensuite la Cour – se doivent donc de vérifier scrupuleusement les affirmations des entreprises avant de les utiliser contre les concurrents. Les aveux ne constituent que le point de départ de la procédure qui doit être suivie d'une instruction approfondie. Le juge communautaire doit donc veiller à ce que la condamnation d'une entreprise ne repose pas uniquement sur les aveux subjectifs d'un concurrent directement intéressé.

2. La non-contestation des faits – contrôle du juge

Dans la première mouture de la Communication sur la clémence, une entreprise pouvait bénéficier d'une réduction du montant de l'amende non seulement si elle dévoilait l'existence d'une entente, mais aussi en cas de non-contestation des faits reprochés dans la communication des griefs. Ainsi, la Communication de la Commission de 1996 concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (327) prévoyait à l'origine une « *réduction significative* » si « *après avoir reçu la communication des griefs, une entreprise informe la Commission qu'elle ne conteste pas la matérialité des faits sur lesquels la Commission fonde ses accusations* ». Cette pratique a toutefois posé un certain nombre de problèmes du fait notamment de son manque de transparence, de son application potentiellement discriminatoire, ainsi que de son atteinte aux droits de la défense des entreprises (328).

(326) V. note infrapaginale 49 sur le principe *venire contra factum proprium*. Les entreprises peuvent en revanche contester le rabais de coopération qu'elles ont obtenus et l'ont parfois fait avec succès (v. par exemple TPI, 20 mars 2002, aff. T-31/99, *ABB c. Commission*, Rec. II-1181 où ABB, seule entreprise multinationale d'un cartel de PME, et « meneur » du cartel est la seule entreprise qui a vu son amende réduite par le Tribunal car son attitude de non-contestation des faits et de non-exercice de ses droits de défense méritait d'être récompensée davantage – et ce bien que la lourdeur des amendes imposées avait en fait aboutit à l'élimination des numéros 2 et 3 du marché – conformément à l'objectif que ABB s'était fixé !).

(327) Communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOCE* n° C 207 du 18/07/1996 p. 4-6.

(328) TPI, 5 avril 2006, aff. T-279/02, *Degussa c/ Commission*, Rec. p. 563 ; TPI, 14 mai 1998, aff. T-304/94; *Europa Carton AG c/ Commission*, Rec. p. II-869.

Sur ce dernier point, le système pouvait en effet s'apparenter à une « *prime pour ne pas se défendre et ne pas introduire de recours* ». Dans l'affaire du *cartel du carton* (329), la Commission avait par exemple accepté de réduire le montant de l'amende de certaines entreprises « *du fait qu'elles n'ont pas, dans leurs réponses à la communication des griefs, nié les principales allégations de fait sur lesquelles la Commission fondait ses griefs* » (330). À l'argument de certaines parties que ceci revenait à sanctionner les entreprises qui faisaient usage de leur droit de la défense, le Tribunal répond qu'une entreprise qui ne conteste pas la réalité des faits contribue à « *faciliter la tâche de la Commission consistant en la constatation et la répression des infractions aux règles communautaires de la concurrence* » et peut ainsi effectivement bénéficier d'une réduction significative de l'amende. Certes le Tribunal reconnaît que la Commission ne saurait méconnaître « *le principe fondamental de l'ordre juridique communautaire qu'est le respect du droit de la défense (...) en exerçant de prétendues pressions illicites sur la requérante durant la procédure administrative devant elle pour qu'elle reconnaisse les allégations de fait contenues dans la communication des griefs* » (331). Toutefois, selon le Tribunal, « *le seul fait d'indiquer à une entreprise partie à l'enquête, durant la procédure administrative, qu'une réduction du montant de l'amende à intervenir serait possible en cas de reconnaissance de l'essentiel ou de la totalité des allégations de fait, sans préciser l'ampleur de cette réduction, ne saurait constituer une pression exercée sur cette entreprise* » (332). En d'autres termes, selon le Tribunal, une « *prime* » d'un montant non précisé promise à celui qui ne se défend pas n'est pas assimilable à une menace de « *sanction* » pour celui qui se défend. Or, on ne peut que s'interroger sur la validité de cet argument largement sémantique puisqu'un incitant très fort est manifestement donné ainsi aux entreprises de ne pas contester les faits qui leur sont opposés, celles qui défendent leurs droits étant punies beaucoup plus lourdement que les autres. De manière significative, cette procédure n'apparaît d'ailleurs plus dans les communications suivantes de la Commission sur la clémence.

On rappellera enfin que – de manière tout aussi significative – la Commission avait dans un premier temps limité la prime de coopération à la « *non-contestation des faits* », au motif qu'il serait contraire aux droits de la défense d'étendre cette prime à ceux qui renonceraient à des arguments juridiques, et non purement *factuels*. Aujourd'hui, la Commission ne semble toutefois plus avoir de telles réserves et veut désormais étendre cette politique à toute entreprise qui non seulement reconnaît sa responsabilité mais qui renonce en outre à l'essentiel de ses droits procéduraux, dans le cadre d'une « *transaction* » (333), comme il sera dit dans la Section C ci-après.

(329) TPI, 14 mai 1998, aff. T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH*, Rec. p. II-1751.

(330) V. le point 307 de l'arrêt précité.

(331) V. le point 313 de l'arrêt précité.

(332) V. le point 314 de l'arrêt précité.

(333) Discours de Mme Neelie Kroes du 13 octobre 2006, SPEECH/06/595 et propositions de règlement et communication de la Commission relatives aux procédures de transaction dans les affaires de cartel, JOCE n° C 255, 2007, p. 48 sq.

C) L'introduction en droit communautaire d'une politique de « transaction » (« direct settlement »)

a) Les origines du système

Comme l'a souligné la commissaire compétente, Madame Neelie Kroes, le programme de clémence de la Commission risque de devenir « *victime de son succès* », de sorte que la Commission ne sera plus en mesure de sanctionner les infractions dans des délais acceptables. Cela constitue selon elle l'une des raisons pour lesquelles la Commission aimerait qu'une procédure dite de « *transactions* » soit mise en place rapidement dans la Communauté pour les affaires de cartels (334).

À la grande différence de la politique de « clémence », ce qui est récompensé ici n'est plus le fait qu'une entreprise ait dévoilé à la Commission l'existence d'une infraction, mais bien le fait qu'une entreprise renonce largement à son droit au juge, à ses droits de la défense, à son droit d'accès au dossier, à son droit à recevoir une communication de griefs détaillée, à son droit à une audition, etc. et de la sorte « simplifie la vie de la Commission ». Les fonctionnaires de la Commission « ne doivent plus se préoccuper de détails, le risque de procès disparaît » ainsi que la nécessité de procéder à des discussions avec des « avocats hautement rémunérés » (335).

Le projet d'introduire une procédure de « *transaction* » s'inspire très indirectement apparemment de la procédure américaine dite de « *plea bargaining* » fréquemment utilisée par la « *Division anti-cartels* » du « *Department of Justice* ». Cette procédure – depuis que sa légalité a été admise par la justice américaine – (336) permet de régler les litiges de manière rapide si la partie défenderesse ne conteste pas les griefs qui lui sont reprochés et accepte de coopérer en contrepartie de la réduction de l'amende à un montant convenu avec l'autorité. Cette voie permettrait aujourd'hui de régler environ 90% des affaires de cartels aux États-Unis.

Le droit allemand de la concurrence connaît d'ailleurs une procédure similaire (« *einvernehmlicher Bußgeldbescheid* ») dans laquelle l'autorité allemande de la concurrence (« *Bundeskartellamt* ») engage des discussions avec les parties avant même l'envoi de la communication des griefs afin de déterminer le montant de l'amende (337). Suite aux négociations, le « *Bundeskartellamt* » adopte le projet de décision sans avoir toutefois de garantie que l'entreprise défenderesse ne la contestera pas en justice. L'entreprise, dans les

(334) Discours de Mme Neelie Kroes du 7 avril 2005, SPEECH/05/2005. V. également la propositions de règlement et communication de la Commission relatives aux procédures de transaction dans les affaires de cartel, JOCE n° C 255, 2007, p. 48 sq.

(335) V. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 novembre 2007, p. 22.

(336) V. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 357, 260 (1971); *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 76 (1977). V. aussi les « *Plea Agreement Guidelines* » du « *Department of Justice* » américain : « *Antitrust Grand Jury Practice Manual* », chapitre 9, (1^{ère} éd. 1991), disponible sur <http://www.usdoj.gov/atrp/public/guidelines/207144.htm>.

(337) V. J. Burcher et D.J. Zimmer, « *Reflections on the Implementation of a "Plea Bargaining" Direct Settlement System in EC Competition Law* », in CD. Ehlermann et J. Atanasiu, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing Oxford, Portland, Oregon.

faits, pourra toujours interjeter appel contre la décision. Ceci est arrivé dans la pratique notamment lorsque seulement certaines des participantes à un cartel avaient accepté de transiger avec l'administration et non d'autres. Celles ayant transigé ont alors attaqué la décision après que les autres aient introduit un recours contre elle. Dans ce scénario, le « *Bundeskartellamt* » retirera sa décision initiale (qui sera normalement trop succincte pour résister à un recours) et en prendra une nouvelle plus détaillée en droit et en fait. Malgré son caractère informel, cette procédure a servi dans la pratique à imposer des amendes d'un montant important (338).

En droit français de la concurrence, le Code de commerce (339) prévoit également une procédure dite de « non-contestation des griefs ». Le bénéfice de la solution négociée est soumis à la double condition que l'entreprise en cause, d'une part, ne conteste pas la réalité des griefs (ce qui est plus que la non-contestation des faits prévue par la communication de la Commission de 1996, puisque l'entreprise doit aussi renoncer à se défendre sur les griefs, sur l'imputabilité, etc.) et, d'autre part, s'engage à modifier son comportement pour l'avenir. Cette procédure peut permettre à l'entreprise en cause de bénéficier d'une réduction significative du montant de l'amende. Les engagements sont négociés avec le Rapporteur général et puis contrôlés et le cas échéant entérinés par le Conseil de la concurrence. Dans sa décision, le Conseil de la Concurrence prend acte des engagements éventuellement précisés devant lui et enjoint l'entreprise de les respecter. Fréquemment, le Conseil de la concurrence a infligé des amendes moindres que celles convenues avec le Rapporteur général. Dans un cas, le Conseil de la concurrence n'a toutefois pas suivi les propositions du Rapporteur général et imposé des amendes plus élevées, ce qui a sérieusement ébranlé la confiance de l'industrie dans cette procédure (340). Le Conseil de la concurrence français a récemment confirmé que cette procédure était applicable aux cas de cartels – ce qui avait été longuement discuté auparavant (341).

Si elles s'en inspirent fortement, ces procédures française et allemande se différencient du « *plea bargaining* » américain par le fait que les parties n'abandonnent pas (du moins légalement) leur droit de recours.

Notons enfin que, dans notre expérience du moins, la Commission a dans le passé occasionnellement eu recours en pratique – et en dehors de tout cadre légal – à des techniques

(338) V. par exemple l'amende de 216 millions d'euros imposée à l'encontre de ProSiebenSat.1 et du Groupe RTL.

(339) Article L. 464-2 III et R. 464-4 du Code de commerce français.

(340) Décision 03-D-45 du 25 septembre 2003 du Conseil de la Concurrence, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires, confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004.

(341) V. décisions n° 07-D-21 du Conseil de la Concurrence français du 26 juin 2007, *Secteur de la location – entretien de linge*.

similaires, par exemple en s'engageant de ne pas imposer d'amendes si les entreprises s'engageaient « *sur l'honneur* » à ne pas attaquer sa décision en justice (342).

b) Les raisons de l'introduction d'une procédure de « *transaction* »

L'introduction d'une procédure de « *transaction* » présente de toute évidence un attrait majeur pour la Commission. Pour elle, cette procédure constituerait en effet un moyen supplémentaire de raccourcir les délais de traitement des dossiers en concentrant ses ressources essentiellement sur les infractions contestées. Ainsi, 35 à 40% du travail de la Commission se rapporte aujourd'hui à la lutte anti-cartels et les procédures prennent généralement plusieurs années (343). La procédure de « *transaction* », moins formelle, permettrait dès lors à la Commission de résoudre les affaires portées devant elle plus rapidement. Elle lui permettrait de simplifier les procédures d'accès au dossier (qui exigent – on le sait – de passer à la loupe des dizaines de milliers de pages et de traiter des demandes complexes de confidentialité), de se dispenser de l'audition, ainsi que de la rédaction de communications de griefs et de décisions détaillées, de ne pas devoir procéder à la traduction de milliers de pages en plusieurs langues, et enfin surtout de ne pas devoir mener de longues procédures judiciaires (avec en plus le risque de désaveu judiciaire). Les ressources ainsi libérées pourraient être utilisées à poursuivre de tâches autres.

Or, actuellement, il est clair que la Commission ne dispose pas de la faculté de négocier avec l'entreprise en dehors du cadre de la procédure de clémence. En d'autres termes, si l'entreprise désire coopérer avec la Commission mais qu'elle n'est plus en mesure de bénéficier du programme de clémence (parce qu'elle n'est que la troisième ou quatrième entreprise et qu'elle n'est plus en mesure d'apporter d'éléments de preuve représentant une valeur ajoutée par rapport à ceux déjà en la possession de la Commission (344)), aucune réduction du montant de l'amende n'est possible. La clémence est donc l'unique outil dont la Commission dispose en cas de volonté de coopération. Quant à la procédure de l'article 9 du Règlement – comme on l'a dit ci-dessus – elle n'est pas applicable aux cas de cartels.

Dans ces circonstances, l'introduction envisagée d'une procédure de « *transaction* » pourrait être pour la Commission un parfait complément à la procédure de clémence. Les entreprises ne pouvant plus bénéficier de la clémence de la Commission pourraient « espérer » un règlement rapide du litige par la voie d'une « *transaction* ». De plus, les sanctions infligées

(342) Nous avons vécu cette expérience par exemple dans l'affaire *Bayer Dental* (Décision de la Commission du 28 novembre 1990, *Bayer Dental*, JOCE, n° L 351, 1990, p. 46). Nous avons vécu aussi cette expérience dans l'affaire du prétendu cartel des banques belges, où la Commission a même accepté – après communication des griefs et audition – à ne pas prendre de décision formelle ni *a fortiori* imposer des amendes si les parties s'engageaient à assurer gratuitement le change des francs belges en euros aux consommateurs. Il en est allé de même pour le prétendu cartel des banques allemandes.

(343) M.-J. Reynolds, D.G. Anderson, « *Immunity and leniency in EU cartels cases : current issues* », *E.C.L.R.*[2006], vol. 27, n.2, p.82.

(344) Point 24 de la Communication de la Commission sur l'immunité d'amende et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE, n° C 298, 2006, p. 17.

par la Commission dans le cadre d'une « *transaction* » ne perdront pas leur caractère préventif et répressif puisque le montant des amendes restera potentiellement très élevé (notons que rien n'empêche d'ailleurs la Commission d'encore augmenter celui-ci, de sorte que la « réduction » offerte en cas de « *transaction* » n'en sera en fait pas une !).

La Commission souligne dans son projet de Communication qu'elle ne serait pas la seule à tirer avantage d'une « *transaction* ». Les entreprises – dit-elle – auraient généralement aussi tout intérêt à ce que l'affaire soit réglée le plus rapidement possible avec des coûts réduits en termes de défense et de procédure. Et l'intérêt sera d'autant plus grand pour l'entreprise – toujours selon la Commission – si la célérité de la procédure permet également de bénéficier d'une réduction du montant de l'amende. La publicité négative sera plus limitée. De même, les décisions d'infractions seront plus brèves et moins motivées. Toutes les parties seront donc – *dixit* la Commission – potentiellement gagnantes. En particulier, il est clair que pour un dirigeant d'entreprise, lorsqu'une entente est décelée dans laquelle son entreprise est impliquée, il est plus facile de vendre le message que ce problème a été « *réglé* » par une soi-disante « *transaction* » avec la Commission que de devoir faire des provisions importantes et faire face de surcroît à des questions récurrentes sur une procédure qui peut durer encore des années.

c) Les propositions de la Commission et le problème de la base juridique

Le 27 octobre 2007, la Commission a publié ainsi ses projets de règlement et communication relatifs aux procédures de transaction dans le cadre de procédures d'ententes (345). Dans ces textes, la Commission envisage des amendes réduites – le pourcentage de réduction n'est toutefois pas encore précisé – lorsque les parties reconnaissent leur participation à une entente ainsi que leur responsabilité en la matière et acceptent en outre d'engager une « *procédure accélérée et simplifiée* ». Le but est donc bien de récompenser les entreprises qui renoncent à divers droits procéduraux. L'intention de la Commission est d'adopter ces documents dès 2008.

Notons d'ailleurs qu'à ce stade, la Commission n'envisage pas d'appliquer cette procédure à des affaires autres que celles d'ententes.

Aucune modification du Règlement 1/2003 n'est envisagée. Les décisions en cause continueraient à être adoptées sur base des articles 7 et 23 du Règlement 1/2003, mais le Règlement procédural 773/2004 serait modifié pour adapter les procédures en conséquence. La procédure d'adoption pourrait donc être rapide puisqu'il ne faudrait pas l'aval du législateur communautaire. En revanche, et eu égard exigences strictes de l'article 27 du Règlement 1/2003 en matière de droits de la défense sous forme de communication des griefs, accès au dossier, audition des parties, etc., on peut s'interroger sur le pouvoir qu'a la Commission d'adopter ces règles de sa propre autorité, et sans modifier le Règlement 1/2003 lui-même. En

(345) V. JOCE, n° C 255, 2007, p. 48.

effet, le Règlement 773/2004 n'est qu'un règlement d'exécution adopté sur base de l'article 33 du Règlement 1/2003 lequel n'habilite la Commission qu'à adopter « *les modalités des auditions prévues à l'article 27* » (346). La procédure formelle de transaction dans le Règlement 1/2003 – à savoir l'article 9 – est d'ailleurs expressément déclarée inapplicable aux cas des cartels (ou dans lesquels une amende est envisagée – v. considérant 13 – probablement parce qu'on a jugé qu'une « *transaction* » sous la menace d'une amende n'en était en fait pas une et n'était dès lors pas acceptable ; v. *supra* Section À (5))

d) Les garanties procédurales pour les parties, les tiers et les États membres

i) Les droits des parties

a) Le système envisagé

Dans le but de protéger les droits des parties, certaines garanties procédurales sont envisagées par la Commission. Dans un premier temps, les parties auront connaissance des « *faits qui leur sont reprochés* » ainsi que des « *principaux documents incriminants* ». Elles pourront aussi demander la communication de certains documents spécifiques pour autant que leur demande soit justifiée et raisonnable. La Commission restera cependant juge de ce que les parties pourront voir ou non.

À la différence par exemple de la procédure française de « *non-contestation des griefs* », les parties n'ont donc pas un accès illimité au dossier. Elles ne bénéficient pas non plus d'une communication des griefs en bonne et due forme avant de « *transiger* ». Or, il est clair que l'amende est fonction d'une série d'éléments tels que le degré de participation, la durée de l'infraction, etc. qui sont difficilement identifiables à défaut de connaître la totalité du dossier (on n'est pas ici en présence d'un « *criminel* » qui est censé savoir ce qu'il a fait ou non mais d'une entreprise dans laquelle un très grand nombre de personnes travaillent et pour laquelle il est beaucoup plus difficile de mesurer l'étendue voire l'existence d'éventuelles infractions). La procédure envisagée par la Commission oblige donc les parties de décider de « *transiger* » ou non avant même d'avoir été mis en mesure de correctement identifier l'étendue de l'infraction.

En outre, pour qu'une entreprise accepte une « *transaction* », elle doit être en mesure de connaître l'amende encourue. Aux États-Unis, dans le système de « *plea bargaining* » la négociation porte ainsi sur un montant maximal d'amendes qui ne pourra pas être dépassé dans la décision finale (347). Une entreprise sera ainsi capable de jauger si la réduction de la peine justifie l'abandon de ses droits que la procédure implique. Il en va également ainsi dans

(346) La Commission tente de contourner cet obstacle aux points 23-27 de son projet de Communication en prévoyant une communication de griefs *ex post* après que l'entreprise ait renoncé à ses droits ce qui rend l'exercice un peu gratuit et n'élimine pas à notre sens le problème.

(347) V. Ted. R. Crim. Proc. Rule 11 (b) (1) (H) selon laquelle la Cour doit informer la partie défenderesse, avant que celle-ci n'accepte de plaider coupable de « *any maximum possible penalty, including imprisonment fine and term of supervised release* ».

les systèmes allemand et français. De même, la Commission envisage désormais d'indiquer dans un nouvel article 10bis du Règlement n° 773/2004 que les parties désireuses de présenter des propositions de transaction seront informées non seulement succinctement des griefs que la Commission envisage de soulever à leur encontre et des principales preuves à l'appui de ceux-ci, mais encore « *des amendes éventuelles* ».

Comme la Commission l'indique dans son projet de communication, cette indication des « *amendes éventuelles* » permettra « *aux services de la Commission de fournir, aux parties participant à des discussions en vue de parvenir à une transaction, une estimation du montant de l'amende qui leur sera sans doute infligée eu égard aux modalités prévues dans les lignes directrices sur les amendes et aux dispositions de la présente communication et de la communication sur la clémence le cas échéant* ».

Notons en revanche que le projet de communication ne prévoit pas que les entreprises soient informées de la teneur précise de la décision avant de transiger définitivement avec la Commission.

Si l'entreprise accepte la transaction, on lui demandera de signer une déclaration, avec

(a) une « *reconnaissance sans équivoque* » de culpabilité, tant quant aux « *faits, leur qualification juridique et la durée de [sa] participation à l'infraction* »;

(b) une « *confirmation* » qu'elle ne demande pas à être informée plus amplement « *sur les griefs* » qu'on lui oppose et qu'elle a « *eu suffisamment l'occasion de faire connaître [son] point de vue à la Commission* »; et

(c) une « *confirmation* » qu'elle n'envisage « *pas de demander l'accès au dossier ou à être entendu [...] lors d'une audition orale* » (348).

Certes, la Commission reconnaît que ceci ne prive pas l'entreprise du droit au juge, mais – vu les restrictions précitées – ce droit est sans doute réduit à son strict minimum (par exemple au cas où la Commission s'écarterait dans la décision finale de la transaction intervenue) (349).

Par ailleurs, pour éviter les difficultés rencontrées avec le concept de non-contestation de faits tel qu'il existait dans la communication de clémence originale, il est prévu que la même réduction sera offerte à toute entreprise transigeant avec la Commission. De la sorte, la Commission pense pouvoir éviter tout reproche de discrimination.

(348) V. point 20 du projet de communication de la Commission sur les transactions.

(349) En plus, on lui demande d'accepter la décision succincte à intervenir « *dans une langue officielle donnée de la Communauté européenne* » et à avoir un avocat unique (s'il y a plusieurs sociétés dans le même groupe). (V. points 12 et 20 (e) du projet de communication de la Commission sur les transactions).

β) La légalité d'une « *prime pour ne pas se défendre* » (ou en d'autres termes d'une « *sanction pour celui qui se défend* »)

La question fondamentale est à notre sens de savoir si une telle procédure de « transaction », dans laquelle les entreprises sont invitées à renoncer à l'essentiel de leurs droits procéduraux – sous peine sinon d'amendes plus lourdes – est du tout compatible avec les droits de la défense et le principe de non auto-incrimination.

En pratique, l'entreprise sera en effet confrontée au classique « *dilemme du prisonnier* », lequel « *prisonnier* » est succinctement informé des griefs qu'on lui oppose, de quelques pièces qui sous-tendent l'accusation, et à qui on promet une peine x s'il accepte :

- de plaider coupable,
- de renoncer à l'accès au dossier complet,
- de renoncer à une communication de griefs en bonne et due forme (350),
- de renoncer à une audition,
- de renoncer à un droit de contrôle judiciaire réel.

Si le prisonnier refuse un tel « *marché* », il n'est pas exclu qu'il encoure une peine beaucoup plus lourde (et encore non définie). Or, il est clair qu'un tel système mettra les parties sous une pression extrêmement forte de « *transiger* ». Ou pour reprendre les mots du Président Badinter à propos de l'introduction en France d'une procédure de « *plaider coupable* » pour les infractions mineures : « *Quel prévenu résistera ? Quel avocat conseillera à son client de refuser la proposition au risque de le voir condamné à une peine plus sévère que celle proposée ? L'égalité des armes, dans cette procédure, c'est le pot de fer contre le pot de terre. Quant au juge, il ne lui restera plus qu'à avaliser "l'accord" ou le rejeter, sans pouvoir même proposer une modification. Un procureur tout-puissant, un avocat suppliant et un juge contrôleur, voilà, pour des dizaines de milliers d'affaires, ce que l'on qualifie de "plaider-coupable" à la française. Le cœur de la procédure pénale, c'est l'audience. C'est le lieu où l'on décide de la valeur des preuves, de la culpabilité, enfin de la peine et de la réparation due à la victime. À l'audience, le procureur n'est pas une partie privilégiée. Le débat est public. Depuis la Révolution, cette publicité est une garantie pour le prévenu et pour le peuple que la justice n'est ni confisquée ni manipulée. Avec le "plaider-coupable", on escamote l'audience, on tombe dans la répression administrée et on ouvre la voie à tous les soupçons » (351).*

(350) Une communication de griefs n'est envoyée qu'après l'engagement de l'entreprise, ceci sans doute pour respecter les exigences de l'article 27 du Règlement 1/2003 et la Commission doit en tenir effectivement compte (v. points 23-27 du projet de communication) mais puisque la transaction a eu lieu en réalité avant, l'exercice devient un peu fictif.

(351) V. R. Badinter, « *On tombe dans la répression administrée et on ouvre la voie à tous les soupçons* », *Le Monde*, 27.1.2004.

Quoiqu'il en soit, il nous paraît loin d'être clair que l'idée d'une telle « *prime* » à celui qui ne se défend pas – qui inversement constitue nécessairement une « *pénalité* » que subit celui qui veut exercer ses droits de la défense – est du tout compatible avec les droits de la défense. Certes, on l'a dit, il est vrai que le Tribunal a considéré dans son arrêt *Mayr Melnhof* précité que « *le seul fait d'indiquer à une entreprise partie à l'enquête, durant la procédure administrative, qu'une réduction du montant de l'amende à intervenir serait possible en cas de reconnaissance de l'essentiel ou de la totalité des allégations de fait, sans préciser l'ampleur de cette réduction, ne saurait constituer une pression exercée sur cette entreprise* » (352). Cependant, on observera que le Tribunal ne s'est ici prononcé que sur un système de « *prime* » pour les entreprises faisant une reconnaissance « *de fait* », et non sur une renonciation à ses arguments de droit et notamment à ses droits de la défense. Or, ces derniers – tout comme le droit au juge – sont incontestablement d'ordre public ; l'affirmation du Tribunal n'a d'ailleurs pas, à notre connaissance, à ce jour été confirmée par la Cour de justice. Plus fondamentalement, on observera que :

– la décision du Tribunal ne paraît guère compatible avec la jurisprudence de la Cour des droits de l'Homme. Ainsi dans son arrêt *Deweere* (353), la Cour des droits de l'Homme a condamné un système de transactions pénales appliqué par la Belgique. Le requérant, boucher de sa profession, avait enfreint un arrêté ministériel sur le prix de vente de la viande aux consommateurs. Il s'était vu proposer par le procureur du Roi de paiement d'un règlement amiable de 10 000 francs belges ou à défaut la fermeture provisoire de la boucherie et l'engagement de poursuites pouvant aboutir à un emprisonnement d'un mois à cinq ans et une amende de 3 000 à 30 000 000 de francs belges, ainsi que la possible fermeture définitive de sa boucherie. Dans son arrêt, la Cour reconnaît que le « *droit à un tribunal* » connaît des exceptions, même en matière pénale, telles que le classement et le non-lieu. La Cour admet aussi que même au pénal, le concept des « *amendes de composition* » est fréquent et présente « *pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables* ». Selon elle, un tel concept « *ne se heurte pas en principe à la Convention* » (354). La Cour constate aussi (au point 51(b) de son arrêt) « *que si la perspective de comparaître devant le juge pénal est assurément de nature à inciter beaucoup d'"accusés" à se montrer accommodants, la pression qu'elle crée sur eux n'a rien d'incompatible avec la Convention* ». Toutefois, ce qui est inadmissible aux yeux de la Cour, c'est « *l'utilisation combinée [...] des procédures de transaction et de fermeture provisoire du commerce* ». Il est essentiel en effet qu'une transaction se fasse en « *l'absence de contrainte* ». Or en l'espèce, « *il existait une disproportion flagrante entre les deux termes de l'alternative offerte au requérant. La relative modicité de la somme réclamée [...] renforçait la pression exercée par l'ordre de fermeture. Elle la rendait si contraignante que l'on ne saurait s'étonner que l'intéressé y ait cédé* » (355). La

(352) TPI, 14 mai 1998, aff. T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH*, Rec. p. II-1751, point 314.

(353) CEDH, 27 février 1980, *Deweere c. Belgique*, Requête n° 6903/75.

(354) V. le point 49 de l'arrêt *Deweere*. On suppose que ce que la Cour entend par « *amendes de composition* » vise les cas classiques de transactions pour contraventions mineures, telles que parking en infraction.

(355) V. point 51 *in fine* de l'arrêt *Deweere*.

Cour en conclut que « *la renonciation de M. Deweer à un procès équitable, entouré de l'ensemble de garanties que la Convention exige en la matière, se trouvait entachée de contrainte* » et qu'« *il y a donc eu violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}* » (356) ;

– de même, dans un arrêt récent, le Bundesgerichtshof a exprimé ses réserves face à la procédure de transaction en ce qu'elle menaçait le droit constitutionnel à la séparation des pouvoirs et souligné l'urgence d'une réforme législative en la matière (357). Selon cet arrêt, on ne saurait admettre qu'une partie transige avec son juge car elle serait alors soumise à des pressions inadmissibles. Toute transaction doit être par ailleurs soumise à un contrôle judiciaire scrupuleux non seulement pour voir si des pressions indues ont été exercées, mais pour s'assurer que les faits ont été établis avec tout le soin nécessaire et que la sanction est appropriée. Il semble en effet qu'en Allemagne, une pratique s'est développée dans le domaine du droit pénal général – et ceci sans aucune base légale claire – par lequel le juge imposait des transactions. Dans une affaire par exemple, un aveu avait été obtenu sous la menace d'une arrestation immédiate (358). Dans une autre, le prévenu se voyait offrir deux ans de prison avec sursis s'il avouait et renonçait à ses droits, et six ans de prison ferme sinon (359). Selon le *Bundesgerichtshof*, de telles méthodes sont irréconciliables avec un État de droit.

– Enfin, en France, plusieurs décisions du Conseil constitutionnel sur la transaction en matière pénale confirment qu'une sanction doit nécessairement être prononcée par un juge ce qui exclut d'office les possibilités de transaction dans un cadre institutionnel tel que le connaît la Communauté où la Commission cumule les fonctions de juge et de procureur. Référence peut par exemple être faite à la décision n° 95360 DC du 2 février 1995 du Conseil constitutionnel censurant la procédure d'injonction pénale (360). Le Conseil a considéré en substance que le parquet ne pouvait prononcer certaines mesures portant atteinte à la liberté individuelle et ayant le caractère de sanctions pénales, lesquelles « requièrent la décision d'une autorité de jugement ». Pour appuyer son raisonnement, le Conseil a invoqué tout à tour i) la présomption d'innocence ii) le rôle de l'autorité judiciaire, garante des libertés individuelles iii) les droits de la défense et iv) la séparation des autorités de poursuite et de jugement, qui est une déclinaison du droit à un procès équitable et « qui concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ». Référence peut aussi être faite ici à la décision n° 2004-492 du 2 mars 2004 sur la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou « CRPC » (361). Le Conseil a admis le principe de la procédure, avec toutefois une réserve d'interprétation et une censure partielle. La réserve d'interprétation concernait le droit à un procès équitable en général, et plus précisément le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement. À ce sujet, le Conseil a

(356) V. point 54 de l'arrêt *Deweer*.

(357) BGH, aff. GSST 1/04, *BGHST* 50, 40; *NJW* 2005, 1440, 1443.

(358) V. affaire *Paderborn* BGH, *NStZ* 2005, 279 ; *StV* 2004, 636.

(359) BGH, *StV* 2004, 470 (471).

(360) Article 35 du projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative devenu la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

(361) Article 137 de la loi « Perben II » du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

constaté que l'homologation de la proposition du parquet par le juge était obligatoire, mais il a en outre souligné que le juge devait conserver un pouvoir d'appréciation conséquent au stade de la validation ou du refus de l'homologation (qualification des faits, prise en compte des déclarations de la victime, des intérêts de la société, etc.). Enfin, le Conseil a censuré les dispositions prévoyant que l'homologation par le juge aurait lieu en Chambre du Conseil, ce qui était contraire au principe de publicité des débats. Une dernière décision n° 2005/520 du 22 juillet 2005 a validé la loi garantissant une audience publique pour la procédure d'homologation avec des motifs similaires.

À ce propos, et selon l'excellent ouvrage de J.F. Dupré, « *la transaction en matière pénale* », il semble généralement admis en droit pénal que, seules les infractions expressément prévues par la loi, d'une gravité relativement limitée et dont la « victime » est en premier lieu l'Administration peuvent faire l'objet d'une transaction (362). Les autres infractions au droit pénal, qu'il s'agisse des contraventions, des délits et a fortiori des crimes sont exclues du champ d'application de la transaction pénale (363). De plus, il sera normalement toujours possible de contester l'accord devant les juridictions administratives ou pénales (364). Enfin, il semble bien que la transaction en matière pénale est de plus en plus soumise à des conditions strictes, la marge de manœuvre de l'Administration pour négocier les termes de l'accord est davantage encadrée et le droit de recours plus étendu (365).

γ) Le problème particulier résultant de ce que l'amende applicable si l'entreprise se défend est inconnue et non prévisible

Notons par ailleurs que pour qu'un tel système de transaction soit admissible, il est indispensable au minimum que les entreprises connaissent non seulement les « amendes éventuelles » qui leur seront appliquées en cas de transaction, mais aussi celles qui leur seraient appliquées à défaut (366). Seule la prévisibilité des amendes permettrait aux entreprises de mettre en balance « *le pour et le contre* » avant de s'engager dans une telle procédure et d'éviter ainsi les dérives du système. Or, les entreprises ne connaissent pas le montant maximal de l'amende éventuelle qu'elles encourent à défaut de transaction. L'existence dans la communication d'un « *taux de réduction* » de l'amende pour transaction ne leur permet donc pas de savoir l'amende qui leur sera infligée si elles ne transigent pas. Or, il est important que ce montant aussi soit connu ou prévisible si l'on veut que la procédure soit transparente et exempte de toute pression.

Ainsi, aux États-Unis, la « *Division anti-cartel* » du « *Department of Justice* » estime que la procédure de fixation des amendes doit être transparente et prévisible pour les entreprises. Par

(362) V. J.F. Dupré, « *La transaction en matière pénale* », Ed. Litec Droit, 1977.

(363) *Ibidem*

(364) *Ibidem*

(365) *Ibidem*

(366) K. Gardiner, B. Calhoun, M. Scarlato, V. Soyez, « *Exchanging glances* », *Global Competition Review*, Août-Septembre 2007, p. 37.

conséquent, les amendes sont fixées en vertu des « *US Sentencing Guidelines* » (367), lignes directrices fixant avec précision les éléments à prendre en compte lors de la fixation du montant de l'amende dans le cadre d'une procédure de « *plea bargaining* » (368).

À cet égard, il ne nous paraît pas que les nouvelles lignes directrices de la Commission sur les amendes (369) soient suffisamment précises et permettent à une entreprise de savoir le montant d'amende qu'elle encourt normalement à défaut de transaction. Déjà pour la détermination du « montant de base » de l'amende, la Commission peut se baser sur le marché en cause « à l'intérieur du territoire de l'EEE », mais aussi sur un territoire plus vaste si elle l'estime utile. Le montant de base de l'amende pourra aller jusqu'à 30% de ce montant, et sera « généralement en haut de l'échelle » pour les infractions les plus graves comme les cartels. Diverses circonstances aggravantes ou atténuantes permettront à la Commission d'ajuster vers le haut ou vers le bas ce montant. Par exemple, la récidive peut être sanctionnée « jusqu'à 100 % par infraction constatée ». Un montant additionnel peut être prévu pour les « entreprises dont le chiffre d'affaires, au-delà des biens et services auxquels l'infraction se réfère, est particulièrement important ». Mais « dans un contexte social et économique particulier », le montant peut aussi être réduit. Il est clair qu'on est donc loin d'une formule mathématique précise et vu les montants des amendes infligées à ce jour, la marge laissée à la Commission peut aisément aller du simple au triple ou quadruple.

Comme on sait, traditionnellement, la Commission a d'ailleurs été opposée à une transparence dans cette matière. Selon elle, une trop grande prévisibilité du montant des amendes aurait en effet pour conséquence un calcul du bilan « coûts-avantages » par les entreprises leur permettant d'évaluer au départ s'il est profitable d'adopter un comportement infractionnel (370). Outre qu'elle est inacceptable dans un système de « transaction », la position de la Commission sur ce point nous paraît critiquable dans son principe. D'une part, il paraît être dans l'ordre naturel du droit que le justiciable connaisse ce qu'il risque en adoptant tel ou tel comportement (c'est le cas par exemple en droit pénal). D'autre part, une entreprise ne peut en tout état de cause jamais connaître ce que lui coûtera réellement une condamnation

(367) V. *US Sentencing guidelines manual*, 1^{er} novembre 2004, §2R1.1, p. 286.

(368) La Partie R des « *US Sentencing Guidelines* » intitulée « *Antitrust offenses* » donne des chiffres précis quant au montant des amendes. Ces dernières sont fixées d'une part en fonction de l'entité responsable de l'infraction au droit de la concurrence (personne physique ou personne morale). D'autre part, chaque type d'infraction se voit attribué un niveau de gravité (« *offense level* ») qui déterminera le montant de base de l'amende. Ce montant de base sera ajusté en fonction de divers facteurs tels que le volume du commerce de l'entreprise ou les gains ou pertes financiers engendrés par l'infraction. Il convient de noter que certaines infractions considérées comme particulièrement graves (par exemple, le « *trucage* » d'appel d'offre) se voient appliquer des critères plus stricts. La « *Division anti-cartel* » du « *Department of Justice* » devra par la suite se référer à un tableau qui récapitule le niveau d'amende de base en fonction de niveau de gravité (Partie C des « *US sentencing guidelines* »).

(369) Cf. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du Règlement (CE) n° 1/2003, *JOCE*, 2006, n° C 210, p. 2.

(370) V. discours de Neelie Kroes, « *The first hundred days* », 7 avril 2005, *SPEECH/05/205* ; V. aussi le discours de M. G. Rocca du mardi 4 février 2003 dans le cadre des « *Mardis de la concurrence* » à l'Institut d'études européennes, Université Libre de Bruxelles.

puisqu'en plus de l'amende de la Commission, il existe un risque d'actions en dommages et intérêts des particuliers et des concurrents dans les différents États membres voire ailleurs.

δ) Conclusions

En pratique, il nous semble donc que le système envisagé par la Commission soulève des doutes sérieux quant à sa légalité. De même, il nous semble vraisemblable pour tous ces motifs qu'une entreprise à qui la prime a été niée eu égard à son refus de signer la déclaration en cause sera un jour amenée à contester le système en justice au motif qu'elle a été soumise de facto à une pénalité illégale.

ii) Les droits des tiers

Il est difficile de voir à quel titre les tiers et notamment les plaignants devraient pouvoir participer à la procédure de transaction. On imaginerait mal par exemple, à l'instar de la pratique de la Commission dans le cadre de l'article 9 du Règlement 1/2003, qu'un projet d'accord soit publié afin de recueillir les observations des tiers (puisque ces derniers ne pourraient s'exprimer que sur le montant de l'amende et non sur des engagements ou autres remèdes).

Au contraire, la Commission insiste d'ailleurs dans son projet de communication sur la confidentialité de la transaction. Ainsi, le point 7 du projet de communication indique que les parties « *ne peuvent révéler à aucune autre entreprise ni à aucun tiers d'un ressort quelconque la teneur des discussions ou des documents auxquels ils ont eu accès en vue de la transaction* ». D'une façon générale, la Commission semble d'ailleurs actuellement encline à limiter les droits des tiers à d'autres titres encore. Ainsi, le point 35 du projet de communication indique que selon la Commission, « *la divulgation de documents et de déclarations écrites ou enregistrées reçus conformément à la présente communication porterait atteinte à certains intérêts publics ou privés, par exemple la protection des objectifs des activités d'inspection et d'enquête* », ce qui justifierait leur non-communication au public, en dépit du règlement « *transparence* » (371), et ce « *même après l'adoption de la décision* ».

La situation des tiers est donc elle aussi beaucoup moins favorable que dans les procédures normales.

iii) Les droits des États membres

Enfin, quant aux droits des États membres, il est clair qu'une entreprise n'acceptera que difficilement une « *transaction* » sans avoir la certitude de ne pas être poursuivie pour les mêmes faits dans les différents États membres. Comme indiqué ci-dessus, les décisions de la Commission prises dans le cadre de l'article 9 du Règlement 1/2003 n'empêchent pas les

(371) Règlement n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès public aux documents du Parlement, du Conseil et de la Commission, JOCE, n° C 210, 2006, p. 2.

autorités ou juridictions nationales de condamner l'entreprise pour les mêmes faits (en théorie du moins). Or ici, comme en matière de clémence, il est important que le principe décrit à l'article 11, paragraphe 6, du Règlement 1/2003 s'applique et que l'ouverture d'une procédure en vue de conclure une « *transaction* » dessaisisse les autorités ou juridictions nationales. Dès lors, selon le récent projet de modification de l'article 2, paragraphe 1, du Règlement 773/2004, lorsque la Commission estime qu'il convient de rechercher l'intérêt que les parties auraient à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, elle engagera la procédure au plus tard à la date à laquelle elle émet une communication des griefs ou à laquelle elle invite les parties à exprimer par écrit leur souhait de participer à de telles discussions, si cette date est antérieure. Ceci garantit donc aux parties que la Commission sera seule compétente pour l'application de l'article 81 du traité CE dans l'affaire en cause (372).

e) Quelle est la marge d'appréciation dont la Commission devrait disposer pour recourir aux « *transactions* » ?

En droit américain, la « *Division anti-cartel* » est encadrée strictement dans son jugement de l'opportunité de conclure une transaction, ce qui limite les abus et accroît la transparence du système. Les « *U.S. Department of Justice's Principles of Federal Prosecution* » (373) indiquent en détail les éléments que devra prendre en compte la « *Division anti-cartel* » afin de déterminer l'opportunité d'un « *plea agreement* »: volonté de coopération du défendeur à l'enquête, antécédents judiciaires, nature et gravité de la sanction, repentance et volonté d'assumer sa responsabilité, justification d'un règlement prompt de l'affaire et probabilité d'obtenir une condamnation devant une Cour. Ce n'est que si la « *Division anti-cartel* », à la lumière des principes énumérés précédemment, estime qu'un « *plea agreement* » est opportun, qu'elle va pouvoir engager les négociations.

Selon les propositions actuelles de la Commission, celle-ci entend en revanche se ménager un large pouvoir d'appréciation d'engager ou non une procédure de « *transaction* » ou d'y mettre fin ou de parvenir à un règlement transactionnel de l'affaire. À cet égard, la Commission indique au point 5 de son projet de communication que :

« Il convient de tenir compte de la probabilité de parvenir, dans un délai raisonnable, à une appréciation commune sur l'étendue des griefs éventuels avec les parties en cause, les divergences de vues prévisibles quant à l'attribution des responsabilités, l'étendue de la contestation des faits, etc. La Commission examinera en outre s'il est probable, à la lumière des progrès accomplis globalement au cours de la phase de discussions, que cette procédure sera plus efficace. D'autres considérations, telles que la création d'un précédent, peuvent également entrer en ligne de compte. »

(372) V aussi points 8 et 9 du projet de communication de la Commission sur les procédures de transaction.

(373) Principles of Federal prosecution, 9-27.420, disponibles sur http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrm.htm#9-27.420

Le point 15 du projet de communication confirme que :

« La Commission dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer, tout au long de la procédure, l'opportunité de mener des discussions bilatérales avec chaque entreprise en vue de parvenir à une transaction et leur rythme [...] [I]l s'agit notamment de définir, à la lumière des progrès accomplis globalement au cours de la procédure de transaction, l'ordre et le rythme des discussions bilatérales menées en vue de la transaction ainsi que les moments de la communication aux parties d'informations comprenant les preuves figurant dans le dossier de la Commission utilisées à l'appui des griefs envisagés, ainsi que le montant potentiel de l'amende. »

Selon le projet de communication, la Commission maintient jusqu'au bout, même lorsqu'un accord est intervenu avec les services de la Commission, la possibilité de refuser la transaction. Tel peut être le cas, soit eu égard aux arguments avancés par le Comité consultatif, soit pour d'autres considérations liées à l'autonomie du collège des commissaires en la matière. Cependant, si elle procède ainsi, la procédure reprendra son cours normal, tous les droits classiques des parties seront respectés, et les « aveux » résultant de la proposition de transaction seront ignorés (374).

Il convient également de s'interroger sur la marge d'appréciation dont devrait disposer la Commission quant au moment où une procédure de « transaction » pourrait être initiée. À l'origine, la Commission a indiqué qu'une telle procédure ne pourrait intervenir avant la notification de la communication des griefs (375). Le projet de communication en revanche envisage que la transaction intervienne avant la communication des griefs. Or – nous l'avons dit ci-dessus – ceci ne nous paraît compatible ni avec l'article 27 du Règlement 1/2003 ni avec le respect des droits de la défense les plus élémentaires. Il est difficile en effet de voir sur quoi une entreprise devrait transiger à défaut de connaître plus précisément le comportement reproché.

f) Quelle réduction du montant de l'amende l'entreprise peut-elle espérer ?

La Commission devra encore déterminer le taux de réduction de l'amende qu'elle daigne accorder aux entreprises acceptant une « transaction » (376). Cette question est fondamentale

(374) V. le point 29 du projet de communication sur les transactions.

(375) Discours de Mme Neelie Kroes du 13 octobre 2006, SPEECH/06/595.

(376) En droit français, le Conseil de la concurrence fait une distinction en ce qui concerne le taux de réduction de l'amende. Si le seul but est de récompenser des efficiences procédurales, le rabais n'excédera pas 10 %. En revanche, si l'entreprise offre des engagements importants afin de remédier aux infractions, les réductions pourront aller jusqu'à 25-30 % (v. Décisions du Conseil de la concurrence français n° 07-D-26 du 26 juillet 2007, *Marché des câbles à haute tension* ; n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, *France Télécom* ; n° 07-D-21 du 26 juin 2007, *Secteur de la location-entretien de linge*). A noter aussi qu'en droit français, lorsqu'une partie opte pour la procédure de non-contestation des griefs, le plafond d'amende maximale est divisé automatiquement par deux (5 % du chiffre d'affaires mondial au lieu de 10 %). Depuis l'affaire *France Télécom* précitée, il semble que le rapporteur général offrira à l'avenir un montant maximum absolu d'amende plutôt qu'une fourchette de réduction. Si le Conseil entend excéder ce montant, il devra sans doute

puisque la raison première pour laquelle les entreprises accepteraient de coopérer est la perspective d'une diminution de l'amende. La Commission a prévu à cet égard que le taux de la réduction devra encore figurer dans sa communication sur les transactions.

Notons à cet égard que les réductions d'amendes résultant de la « *communication sur la clémence* » pourraient se cumuler avec celles de la « *communication sur les transactions* ».

g) Quel rôle pour le juge dans la procédure de « transaction » ?

La question du rôle du juge dans cette procédure est évidemment cruciale. Dans quelle mesure une procédure de « *transaction* » pourrait-elle priver le justiciable de son droit au juge ? Ou en d'autres termes, dans quelle mesure s'agit-il d'une « *prime pour ne pas se défendre* » et « *pour ne pas introduire de recours* » ?

Aux États-Unis, le problème se pose en termes totalement différents puisque c'est le juge qui impose l'amende. La partie incriminée est informée des griefs qui lui sont opposés, ainsi que de la sanction maximale qu'elle encourt si elle plaide coupable. Le juge joue donc un rôle central. Certes, le « *plea agreement* » est négocié par la « *Division anti-cartels* » en l'absence du juge (377) qui ne peut ensuite qu'accepter ou rejeter l'accord, mais celui-ci doit ensuite être approuvé par lui. L'intervention du juge permet ainsi d'éviter les abus et pressions de la « *Division* » sur les entreprises ou les particuliers. Le juge américain contrôle ainsi, selon l'article 11(b)(2) des *Federal Rules of Criminal Procedure* si la transaction « *did not result from force, threats or promises* ». En particulier, il va s'assurer que le défendeur a effectivement renoncé à ses droits de manière volontaire, en toute connaissance de cause et qu'il a été assisté d'un avocat (378). D'autre part, l'intervention du juge constitue un gage de diligence de la part de la « *Division* ». Sachant qu'elle est soumise à un contrôle juridictionnel, on peut espérer que l'autorité administrative soit plus prudente. Elle devrait ainsi veiller à suivre scrupuleusement les « *US sentencing guidelines* » et les « *U.S. Department of Justice's Principles of Federal Prosecution* ». Ceci aurait pour conséquence que les juridictions américaines ne rejettent qu'exceptionnellement les « *plea agreements* » proposés par la « *Division* » (379).

Également en France, c'est le Conseil de la concurrence qui – en tant que tiers indépendant – se prononce sur les transactions proposées sur avis du Rapporteur général (380).

l'indiquer aux parties pour leur permettre de décider si elles maintiennent leur demande de bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs.

(377) L'article 11(c)(1) des *Federal Rules of Criminal Procedure* interdit expressément au juge de participer à la négociation.

(378) V. Scott D. Hammond, « *The US model of negotiated plea agreement : a good deal with benefits for all* », OECD Competition Committee working party n°3, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.htm>

(379) V. Scott D. Hammond, « *The US model of negotiated plea agreement : a good deal with benefits for all* », OECD Competition Committee working party n°3, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.htm>

(380) En France, il existe aussi en droit pénal depuis une loi du 9 mars 2004 pour les délits mineurs une procédure dite de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (ou « *plaider coupable* »), prévue aux articles 495-7 à

La jurisprudence du Conseil constitutionnel exige d'ailleurs – on l'a dit – un tel système en cas de transactions en matière pénale.

En droit communautaire, la situation est évidemment différente puisque ce n'est pas le juge mais bien l'administration qui impose l'amende. Le risque d'abus est donc d'autant plus grand ainsi que la nécessité d'un encadrement judiciaire de la procédure.

Il n'est guère nécessaire en effet de souligner que la possibilité pour un justiciable, dans le cadre d'une procédure purement administrative, de s'engager à abandonner son droit au juge est hautement problématique. D'une part, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue* (381) *équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* » Comme on sait, tout indique d'ailleurs que sont « *pénales* » les amendes en droit de la concurrence (382) en dépit des termes contraires de l'article 23(5) du Règlement 1/2003 (383). D'autre part, et indépendamment de la nature pénale ou administrative des sanctions infligées par la Commission, le considérant 37 du Règlement 1/2003 impose de toute façon le respect des « *droits fondamentaux et principes reconnus en particulier par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». L'article 47 de la Charte prévoit pour sa part que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la*

495-16 du Code de procédure pénale. Cette procédure est applicable aux personnes qui ont commis un délit puni d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de 5 ans. L'intéressé est ainsi convoqué devant le Procureur de la République, obligatoirement assisté de son avocat. La procédure permet au Procureur de la République de proposer l'exécution d'une peine déterminée directement et sans procès à la condition que l'intéressé reconnaisse les faits qui lui sont reprochés. Le Procureur va ainsi proposer soit une peine d'emprisonnement qui ne peut excéder un an et qui ne peut être supérieure à la moitié de la peine encourue, soit une amende qui ne peut excéder le montant de l'amende maximale encourue. Suite à la proposition du Procureur de la République, l'intéressé dispose de trois possibilités :

- soit il refuse la proposition ;
- soit il demande un délai de réflexion qui ne pourra excéder 10 jours ;
- soit il accepte la proposition.

Dans le cas où l'intéressé accepte la proposition du Procureur de la République, un procès-verbal est dressé. S'ouvre alors une phase d'homologation devant le juge. La partie défenderesse est entendue par le Président du Tribunal. Ce dernier doit au préalable vérifier d'une part la reconnaissance des faits, la réalité et d'autre part leur qualification juridique. Le juge pourra alors décider l'homologation ou non de la proposition du Procureur mais il ne peut en aucun cas la modifier. L'homologation de la proposition de peine est réalisée par le biais d'une Ordonnance qui est immédiatement exécutoire et doit être notifiée à l'intéressé qui dispose d'un délai de 10 jours pour interjeter appel. (v. sur les réserves que suscite cette procédure notamment la citation de R. Badinter à la section C (d) (b) ci-dessus).

(381) C'est l'auteur qui souligne.

(382) V. D. Waelbroeck et D. Fosselard, *op.cit.* V. aussi CEDH, *Deweert contre Belgique*, n° 6903/75 ; et les affaires *Société Stenuit contre France*, n° 11598/55 ; et *Lilly France SA contre France*, n° 58892/00.

(383) L'Avocat Général Mayras avait également souligné la nature pénale des amendes bien avant que leur montant ne devienne très important (Conclusions de l'Avocat Général Mayras, 29 octobre 1975, aff. 26/75, *General Motors c/ Commission*, Rec. p. 1367).

loi. » La Commission étant dans l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsqu'elle impose des amendes, la question de la légalité de la procédure de « *transaction* » risque donc de se poser si la décision de la Commission venait à interdire tout recours.

Bien consciente de ce fait, la Commission indique dans ses propositions que rien n'empêcherait les entreprises de contester la décision finale en justice. Tout comme en Allemagne, un recours sera donc de droit. À cet égard, on observera toutefois que les perspectives de succès d'un tel recours seront limitées, puisque les parties auront déjà « *reconnu l'infraction* ». Dès lors, il n'est pas clair que l'entreprise puisse faire appel d'une décision qu'elle a négociée et acceptée, sauf s'il y a abus manifeste ou que les parties ont agi « *sous la contrainte arbitraire* » de la Commission (jurisprudence *Cementbouw* précitée) – ce qui posera des problèmes de preuve difficiles pour les entreprises en cause. La Commission serait ainsi en mesure de prendre une décision beaucoup moins détaillée du type de celles prises dans le cadre de l'article 9 du Règlement 1/2003 (384).

On peut donc en déduire que *les possibilités de recours pour les parties ayant bénéficié d'une prime seront de facto quasiment inexistantes*. Quant aux autres parties qui n'ont pas bénéficié d'une prime car elles ont entendu se défendre, elle pourrait certes introduire un recours contre leur propre amende. Ainsi, la jurisprudence indique que la Commission ne saurait discriminer dans le montant des amendes imposées aux parties à une même infraction (385). Néanmoins, la jurisprudence indique aussi qu'une partie ne saurait se plaindre d'une illégalité commise dans l'imposition d'une amende en faveur d'une autre partie à la même infraction (386). Il n'y a en effet pas d'« égalité dans l'illégalité ». Pour ces autres parties, l'argument devra donc être que l'amende qui leur a été infligée constitue une pénalité illégale imposée parce qu'elles ont entendu se défendre. Il reste à voir si la Cour acceptera l'argument, sinon la Commission pourrait bien avoir mis en place un système qui échappe de facto à tout recours.

Pour tous ces motifs, et comme indiqué ci-dessus, la solution sans doute la plus compatible avec nos traditions juridiques, serait de laisser comme dans la majorité des États, la décision finale au juge. Lors de la première étape, la Commission constaterait l'existence d'un compromis avec l'entreprise (il est possible d'imaginer qu'une communication soit publiée dans cette optique). La seconde étape aurait lieu devant le juge et permettrait d'officialiser l'accord afin de le rendre juridiquement contraignant (elle ferait également l'objet d'une publication).

(384) Néanmoins, il est clair que si recours il y a, la Commission devra sans doute retirer sa décision et lui substituer une décision plus amplement motivée (dès lors qu'une décision avec motivation restreinte aura peu de chances de survivre au contrôle de la Cour). Une telle possibilité pourrait même être expressément réservée dans la décision de transaction.

(385) TPI, arrêt du 19 mars 2003 *CMA-CGM* (« *FETCSA* »), aff. T-213/00, points 413 *sq.* *Rec. II-913*; v. aussi les lignes directrices précitées sur la Commission et qui indiquent que la Commission doit en matière d'amendes appliquer « *une ligne politique cohérente et non discriminatoire* ».

(386) TPI, arrêts du 14 mai 1998, *SCA Holding*, T-327/94, *Rec. II-1373*, point 160; du 29 avril 2004, *Tokai Carbon*, T-236/01 e.a., *Rec. II-1181*, point 316.

Certes, l'intervention du juge risque de ralentir la procédure de plusieurs mois mais ceci assurerait de meilleures garanties procédurales, et limiterait les risques d'abus.

En effet, il est clair que dans un système dans lequel le pouvoir décisionnel final appartient au juge et non à l'administration poursuivante :

– la pression pour transiger est moins forte (puisque c'est le juge qui impose l'amende et non l'administration avec laquelle l'entreprise négocie et qui risque de la « punir » parce qu'elle n'a pas transigé); et

– le juge imposant l'amende, il est automatiquement impliqué dans la décision finale (alors qu'en droit communautaire, il n'y a contrôle du juge que s'il y a recours, ce qui sera exceptionnel, et le contrôle du juge n'est qu'un contrôle d'annulation, dont la jurisprudence montre d'ailleurs les limites en matière d'amendes);

– l'implication automatique du juge permet aussi un contrôle non seulement de la légalité de la procédure suivie mais aussi du respect de l'intérêt public dans la décision finale.

D) Conclusions

Dans la présente contribution, nous avons tenté de mettre en lumière une évolution du droit de la concurrence qui nous paraît fondamentalement dangereuse et peu opportune. En effet, de plus en plus, la tendance de la Commission semble être à favoriser le recours à des solutions « *parallèles* », « *négociées* » échappant aux garanties essentielles de procédure. Or les règles de procédures ne sont pas des exigences « *gratuites* », « *lourdes* » et « *inutiles* ». Particulièrement lorsque des amendes sont en jeu, mais aussi lorsque des engagements importants sont demandés des entreprises, il paraît inadmissible de procéder en dehors de certaines garanties qui seules permettent d'assurer la justice, ainsi que la qualité des décisions.

Dans tous les cas de figure envisagés, une reprise du contrôle par le juge communautaire est essentielle. Ceci vaut pour la procédure de l'article 9 du Règlement 1/2003, où il est clair que le juge doit venir encadrer plus strictement la pratique de la Commission et répondre à des questions capitales comme celle de la nature de l'« *évaluation préliminaire* », son contenu et sa publicité.

Plus encore en ce qui concerne les « *transactions* », la nécessité d'attribuer un rôle au juge communautaire dans la procédure nous semble souhaitable en raison de ses particularités inhérentes.

La Commission européenne a un profil sui generis qui est particulièrement frappant en matière de politique de concurrence. Elle joue le rôle de « *procureur* » qui décide d'instruire ou pas l'affaire et le rôle de « *juge* » puisque c'est elle qui va sanctionner les entreprises à l'égard desquelles sont alléguées des infractions (387).

(387) Voir sur ce point « *The EC Law of Competition* » by J. Faull & A. Nikpay, Oxford, 2nd edition.

Or à notre sens, seule la création d'une autorité distincte, indépendante de la Commission, qui ferait office de « *juge* » suite à l'instruction des services de la Commission serait de nature à respecter les exigences fondamentales de notre ordre juridique. Il ne paraît en effet guère acceptable d'introduire un système de « *transaction* » dans lequel les parties renoncent à des droits importants si le refus de signer la transaction permet à l'autorité sinon arbitrairement de fixer l'amende qu'elle entend.

Une négociation se fait à armes légales. Elle ne se fait pas avec son juge qui a un pouvoir discrétionnaire de fixer les sanctions.

Un système dans lequel une administration échappe à tout contrôle est fondamentalement problématique. Et il est clair que le fait que la Commission s'attaque à des entreprises ayant commis des infractions très graves au droit de la concurrence ne justifie pas les moyens.

Yves CHAPUT.– Merci cher collègue. Notre bel ordonnancement juridique est en train de trembler, non plus seulement sur ses bases. L'ensemble de l'édifice est à présent menacé. Il l'est quand on nous parle de droit de la défense, d'égalité des armes. Mais, il ne l'est pas quand il s'agit de transactions et peut-être d'une recherche qui n'est plus celle de la justice dont il était question ce matin mais qui est simplement une recherche, même plus d'efficacité, mais de rentabilité, puisque est en jeu le coût de la détection et non plus la protection d'une entreprise ou des citoyens et, partant, la protection du marché pour le marché. Ce qui devient l'essentiel c'est évidemment de considérer que la concurrence pour la concurrence, ou le marché pour le marché, fait le bonheur de l'humanité. Pour continuer de débattre de ces questions, je donnerai la parole à Monsieur Hubert Legal, Conseiller d'État, ancien Juge au Tribunal de première instance. J'imagine mal un Conseiller d'État dire foin du droit, foin des juridictions, laissons le marché faire son œuvre.

Hubert LEGAL

Conseiller d'État, ancien juge, président de chambre au Tribunal de première instance des Communautés européennes

J'interviens essentiellement aujourd'hui en qualité d'ancien membre du TPICE, où j'ai achevé mon mandat de six ans en septembre dernier. J'ai été notamment le rapporteur et le président de la chambre en charge de l'affaire Alrosa (388), évoquée par le Professeur Waelbroeck dans son excellente présentation, affaire qui a donné lieu à un contrôle de la proportionnalité (c'est-à-dire de la suffisance mais aussi de la nécessité) d'engagements

(388) TPICE 11 juillet 2007, T-170/06, Alrosa Company Ltd/Commission annulant la décision de la Commission du 22 février 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/B-2/38.381 – De Beers) (JOUE L. 205, p. 24), rendant contraignants les engagements pris par De Beers de cesser ses achats de diamants bruts à Alrosa à partir de 2009, à l'issue d'une phase de réduction progressive de ses volumes d'achats de 2006 à 2008 et mettant fin à la procédure, conformément à l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JOCE, 2003, L. 1, p. 1).

offerts par une entreprise visée par une procédure d'abus de position dominante et rendus obligatoires par la Commission en vertu de l'article 9 du règlement 1/2003. Je souscris à l'idée que, fussent-elles négociées, les solutions qui mettent fin à un litige en matière de concurrence ne doivent pas, au moins dans certaines hypothèses, échapper à tout contrôle juridictionnel. Pour ma part en revanche, je ne tire pas nécessairement du pouvoir de négociation que détient la Commission la conclusion que la décision des affaires devrait lui échapper ni qu'elle devrait se limiter à leur instruction ; mais un développement excessif et anarchique des modes transactionnels de règlement des problèmes de concurrence pourrait aboutir à rendre difficilement évitable une telle orientation et il convient d'y prendre garde.

Trois constats d'évidence enserrent la problématique : (1) Les solutions transactionnelles permettent d'éviter l'engorgement du prétoire et d'obtenir une solution plus rapide d'un problème de concurrence en induisant un comportement vertueux des opérateurs : elles ne sont donc pas à négliger. (2) Elles ne sont pas non plus la panacée et on regroupe sous le vocable de « solutions négociées » des pratiques juridiquement très disparates, notamment du point de vue de leur contrôle. (3) Les litiges de concurrence sont rarement des différends entre deux parties, et, outre l'intérêt du consommateur, dont l'autorité régulatrice à la charge, les intérêts des tiers et particulièrement des concurrents doivent être préservés, ce qu'un règlement négocié n'implique pas automatiquement.

Un thème à la mode du côté des autorités européennes de concurrence (nationales et communautaires) est celui de l'effet bénéfique des engagements volontaires (sinon spontanés...) des entreprises visées par des procédures engagées au titre des règles de concurrence, lesquelles ouvriraient des perspectives nouvelles pour le libre fonctionnement des marchés. Sous-jacente à ces réjouissances doctrinales est l'idée que les mesures décidées sur le fondement des articles 81 et 82 CE, notamment, sont encadrées dans un carcan normatif et procédural très contraignant qui en augmente le coût administratif, en limite la portée et en affecte la sécurité, compte tenu du risque relativement élevé d'annulation contentieuse. En particulier, l'allègement résulterait de ce que le contrôle de proportionnalité trouverait moins à s'appliquer à des engagements comportementaux que l'entreprise concernée a « librement » souscrits.

Pourtant l'encadrement conceptuel et procédural, d'origine principalement jurisprudentielle, que l'on connaît aujourd'hui est indispensable pour éviter l'arbitraire administratif dans des procédures à objet répressif et se présente sous la forme de garanties offertes aux opérateurs concernés, à leurs concurrents et aux tiers intéressés, non seulement dans leur intérêt propre, mais dans l'intérêt général, la concurrence étant une politique publique de l'Union européenne. Il ne s'agit donc évidemment pas de permettre un mode occulte de formation du droit par des pratiques échappant à tout contrôle, du « cas par cas » généralisé interdisant toute intervention normative du juge, c'est-à-dire tout développement jurisprudentiel.

Pour autant, il n'est pas bon que toute enquête se termine inmanquablement au contentieux (à l'initiative de l'entité visée, si elle aboutit à une sanction, ou à l'initiative de concurrents si elle aboutit à un classement) car, premièrement, ceci crée un effet mécanique d'allongement des délais de traitement des dossiers, néfaste à l'économie comme à la bonne administration, et, deuxièmement, il est difficile de contester qu'en principe il est préférable qu'une infraction cesse avant même que son auteur ait été formellement contraint d'y mettre fin. Plus tôt le droit prévaut, et plus il est accepté de bonne grâce, mieux cela vaut pour tout le monde.

Il n'est pas en outre vrai qu'un pourcentage élevé de saisines juridictionnelles soit le corrélat d'un haut niveau de garantie pour les justiciables car il induit une part d'inefficacité croissante avec l'encombrement et la routine. Par conséquent, des solutions transactionnelles peuvent contribuer à une redescende des flux contentieux au pourcentage optimal, à condition qu'elles interviennent dans des contextes déjà très « cadrés » par la jurisprudence, ceci pour éviter que des difficultés fondamentales, non encore tranchées au contentieux, soient réglées discrètement, pour ne pas dire « à la sauvette ». Or le problème vient de ce qu'il n'y a pas de garantie à attendre de ce côté étant donné que la propension d'une entreprise à offrir ou à accepter des engagements volontaires n'est généralement pas fonction de la nouveauté ou de l'intérêt juridique que présente sa situation, mais plutôt du risque économique que présente la poursuite d'une procédure à son encontre dans la conjoncture des marchés sur lesquels elle est présente – ce qui est tout autre chose.

Les autorités de concurrence doivent comprendre que, si le contrôle juridictionnel est un frein à leur action, il est aussi la condition incontournable de sa légitimité et donc de son développement durable à l'abri de l'arbitraire politique. Donc la transaction a sa place, mais seulement dans un cadre juridique solide, pas pour tenter des innovations ou « faire des coups » à l'écart de la sanction juridictionnelle qui est le regard souverain du corps social.

Cela dit, la plupart des solutions dites « négociées » n'échappent en aucune manière au contrôle juridictionnel, que ce soit par leur objet ou par leur effet. Il en va ainsi des réductions d'amendes décidées en raison de l'attitude adoptée par certaines parties à une entente lors de la recherche de celle-ci. L'application des lignes directrices publiées par la Commission, et qui, lui sont dès lors opposables, au cas des entreprises qui facilitent la mise à jour et la répression des ententes et des autres comportements infractionnels par la fourniture d'indices ou de preuves, par une attitude de coopération aux enquêtes de concurrence ou par la reconnaissance des faits est un dispositif très encadré, dont le contrôle juridictionnel est précis et fréquent et qui ne s'apparente pas, juridiquement du moins, à une approche de type transactionnel. Le respect des fourchettes de réduction d'amendes au titre de la clémence ou de la non-contestation est, comme le respect des conditions comportementales y ouvrant droit (puisque c'est d'un droit qu'il s'agit) pleinement vérifiable devant le juge, tant au regard des lignes directrices qu'au regard du traité CE et des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité.

S'agissant des engagements offerts par les entreprises, soit pour rendre une fusion compatible avec le marché commun, soit pour permettre, au titre de l'article 9 du règlement 1/2003, que la Commission, en les rendant obligatoires, mette en même temps fin à la poursuite d'infractions aux articles 81 et 82 CE, ces engagements, dès lors qu'ils s'insèrent dans le dispositif d'une décision réglant un problème de concurrence, doivent pouvoir être contrôlés comme s'ils venaient de l'autorité régulatrice elle-même. Provenance qui, au demeurant, n'est pas contredite par la réalité matérielle des pourparlers entre la Commission et les entreprises sur lesquelles elle enquête.

Naturellement, ce contrôle ne peut être aussi étendu que si la Commission avait mené à bien l'analyse de marché complète que seule une procédure formelle d'examen, non interrompue par l'offre d'engagements, aurait rendue possible. Mais, sous cette réserve, il est important de souligner que c'est la décision d'accepter les offres d'engagements qui leur donne force contraignante et que l'autorité ne devrait pas pouvoir décider, par le procédé des engagements acceptés, des solutions qui lui seraient inaccessibles de sa propre initiative (arrêt *Arosa* du TPICE, point 101).

Symétriquement, elle ne devrait pas pouvoir se satisfaire, fût-ce au nom du réalisme, d'engagements qui ne règlent que partiellement le problème rencontré.

En effet, toute autre solution serait contraire à la construction du système communautaire de la concurrence, qui remet la responsabilité des politiques concurrentielles à une institution politico-administrative, laquelle n'est soumise devant la justice qu'à un contrôle objectif de la légalité de ses actes, qui suppose que ceux-ci soient adoptés de façon prévisible et sûre sur une base vérifiable.

Créer une zone de non-contrôle, de discrétion absolue, dans la mise en œuvre de règles de droit par une autorité administrative ne serait pas acceptable et plaiderait inévitablement pour un modèle à l'américaine, qui a la faveur du Professeur Walbroeck, et qui a le mérite de dissocier l'instruction, administrative, de la décision, judiciaire, et donc de réduire l'arbitraire en scindant les responsabilités.

Il me semble nécessaire d'avoir en tête que le contrôle de légalité a posteriori est un système très efficace si l'administration accepte d'être soumise, pour toute son action, à des règles claires, non ambiguës, universelles et d'application homogène dont le non-respect entraîne la nullité de ses actes. Si l'on entre dans le modèle du droit différencié par négociation ou transaction, on fragilise le système actuel dont le mérite, peut-être le seul mérite, est de pouvoir revendiquer que la loi est la même pour tous.

Ne jetons pas la pierre aux transactions, au moins dans les cas, réels, où elles produisent un surplus économique pour l'intérêt général. Mais n'en faisons pas un procédé échappatoire aux lourdeurs prétendues du droit public car l'avantage concret que la concurrence serait

supposée tirer de l'offre disproportionnée d'une entreprise serait plus qu'annihilé par le désordre institutionnel qui résulterait de l'oubli des garanties procédurales de notre ordre juridique. C'est du moins la mise en garde qu'en observateur attentif je me permettrai de formuler.

Gardons leur logique aux institutions. Toute transaction administrative doit répondre à un objet précis, comme, par exemple, celui d'assurer les rentrées fiscales qui justifie les pouvoirs de transaction de l'administration fiscale dans l'intérêt de la ressource publique. Mais l'engagement d'une entreprise de respecter la concurrence peut-il être comparé à une rentrée sonnante et rébuchante justifiant une entorse à la rigueur de la règle ? Sans doute y a-t-il un gain du point de vue du fonctionnement des marchés. Mais quand l'autorité publique intervient comme régulateur, la solution de difficultés ponctuelles est-elle vraiment plus importante que la clarté de la règle ? D'un autre côté, on conviendra qu'une règle parfaite et d'application impossible n'est guère, non plus, un modèle à préconiser.

Il s'agit d'un problème politique tout autant que juridique, et plus précisément d'un problème lié au rôle social du droit. Je rejoins au moins le Professeur Walbroeck dans l'idée que l'on aurait tort de sous-estimer ses incidences institutionnelles.

Yves CHAPUT.— Merci. Nous voyons quand même que le droit a toujours sa place et que les grands principes évoqués tout à l'heure ne peuvent pas être oubliés même si la question peut se poser de l'instruction, de la décision. Il n'empêche que, notamment, l'indépendance, l'impartialité, l'égalité des armes, les droits de la défense se retrouvent dans cette procédure. Ce qui peut devenir délicat, c'est le rattachement de ce type de procédure à d'autres procédures comme celles de la défense des victimes, qui elles, n'interviennent pas dans ce type d'instances et vont donc se résoudre devant d'autres juridictions. Ces victimes ne disposeront pas forcément de toutes les informations qui ont pu être données lors de la procédure administrative. À l'inverse d'ailleurs, celui qui, trop facilement, a reconnu sa culpabilité, risque de se trouver ensuite en conflit avec une victime qui dira : « de toute façon, le manquement, la faute est démontrée, donc mon indemnisation va de soi ». On retrouve nécessairement, après avoir vu qu'on pouvait appliquer un certain nombre de principes dans ces instances, la question de leur coordination, pour éviter un désordre qui serait incontestablement préjudiciable au marché, parce qu'il peut y avoir des condamnations qui vont déséquilibrer la puissance financière et concurrentielle de l'entreprise. Et puis surtout, il y a les victimes qui peuvent se trouver dans l'ignorance d'un certain nombre d'éléments positifs ou négatifs. Et c'est évidemment le rôle de l'avocat de rappeler ces principes. Donc tout naturellement, je vais donner la parole à Maître Claude Lazarus, qui est avocat à la Cour, Membre du Conseil de l'Ordre et Membre du cabinet Clifford Chance.

Claude LAZARUS

Avocat à la Cour, Membre du Conseil de l'Ordre, Clifford Chance, Paris

Dans ce débat, je suis plutôt tenté de pencher du côté du professeur Waelbroeck que du côté du juge Legal. Ce n'est pas très surprenant. Je voudrais quand même me démarquer un peu du professeur Waelbroeck, en apportant une nuance et un complément à son propos et néanmoins en lui manifestant un soutien très fort quant à l'opposition qu'il a manifestée à l'égard de la procédure de transaction que la Commission se propose d'instaurer. La nuance concerne essentiellement le rôle du juge dans ces procédures négociées. Il n'est pas nouveau de la part de la Commission de chercher à contourner le juge communautaire. Par exemple, dans la communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales, les offres d'*amicus curiae* qui conduisent la Commission à donner son avis aux tribunaux sur les questions d'application du droit de la concurrence, ne sont-elles pas un moyen, une tentative de court-circuiter les questions préjudicielles posées à la Cour de justice des Communautés européennes ? C'est ainsi, en tout cas, qu'un certain nombre de praticiens ont perçu cette prérogative à l'époque. De la même manière, lorsque le Tribunal de première instance a annulé la décision de la Commission, rendue, il est vrai, en matière de concentration, dans l'affaire Tetra Laval, la Commission a fait un recours devant la Cour de justice en estimant que l'arrêt rendu par le Tribunal (389) l'empêchait de travailler, l'empêchait de traiter sérieusement les concentrations de type congloméral, étant donné le niveau du standard de la preuve qui était exigé. Que s'est-il passé ? Et bien, la Cour de justice a confirmé l'arrêt du Tribunal (390) et la Commission a continué à travailler... Mais elle avait tenté. Ça n'a pas marché... Ceci est, pour moi, une position traditionnelle de la Commission.

Et on peut se demander si, au fond, le juge apporte une protection suffisante contre ces tentatives en matière de solutions négociées. Monsieur Legal disait tout à l'heure que toutes ces solutions négociées peuvent faire l'objet de contentieux. Certes, mais le fait est que très peu d'entre elles font l'objet de contentieux. Il n'y en a quasiment pas. Je ne prétends pas avoir

(389) TPICE 25 octobre 2002, aff. T-5/02, Tetra Laval BV/Commission annulant la décision de la Commission du 30 octobre 2001, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun et l'accord EEE (affaire COMP/M.2416 - Tetra Laval/Sidel) : *Rec.* 2002, p. II-4381, et TPICE 25 octobre 2002, aff. T-80/02, Tetra Laval BV/Commission annulant la décision de la Commission du 30 janvier 2002, prise en application de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, ordonnant une séparation d'entreprises (affaire COMP/M.2146 - Tetra Laval/Sidel) : *Rec.* 2002, p. II-4519.

(390) CJCE 15 février 2005, aff. C-12/03, Commission des Communautés européennes/Tetra Laval BV rejetant le pourvoi formé par la Commission demandant l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission (T-5/02, *Rec.* p. II-4381), par lequel celui-ci a annulé la décision 2004/124/CE de la Commission, du 30 octobre 2001, déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et l'accord EEE (Affaire COMP/M. 2416 - Tetra Laval/Sidel : *JOUE* 2004, L. 43, p. 13) : *Rec.* 2005, p. I-987, et CJCE 15 février 2005, aff. C-13/03, Commission des Communautés européennes/Tetra Laval BV rejetant le pourvoi formé par la Commission demandant l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 25 octobre 2002, aff. T-80/02, Tetra Laval BV/Commission annulant la décision de la Commission du 30 janvier 2002, prise en application de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, ordonnant une séparation d'entreprises (affaire COMP/M.2146 - Tetra Laval/Sidel) : *Rec.* 2002, p. II-4519.

une connaissance exhaustive de cette jurisprudence, mais, à part l'arrêt *Alrosa* (391), dont vous avez parlé, à part l'arrêt *Cementbouw* (392), en matière de contrôle des concentrations, il n'y a rien à ma connaissance. Et quand on lit ces deux arrêts, on n'est pas forcément rassuré. Commençons par l'arrêt *Cementbouw* du 23 février 2006. Aux termes de cet arrêt, les engagements ou la décision les rendant obligatoires ne peuvent être annulés que si l'on peut prouver que ces engagements ont été pris sous la contrainte arbitraire de la Commission. Certes ! Mais comment prouve-t-on, en pratique, qu'il y a eu contrainte arbitraire. Pour moi, la réponse est simple : on ne le prouve pas ; on ne peut pas le prouver, que ce soit devant les juridictions européennes, ou devant les juridictions françaises.

L'arrêt *Alrosa* constitue assurément un progrès. Mais l'on est frappé de voir que le Tribunal se contente – pardonnez-moi Monsieur le juge –, d'un jugement un peu approximatif, quand il dit au point 100 de l'arrêt : « Dans le cadre de l'article 9, paragraphe 1, du même règlement, la Commission n'est, certes, pas tenue de démontrer formellement l'existence d'une infraction, ainsi qu'il est d'ailleurs indiqué au considérant 13 du règlement n° 1/2003, mais elle doit néanmoins établir la réalité des préoccupations concurrentielles qui justifiaient qu'elle envisage d'adopter une décision au titre des articles 81 CE et 82 CE et qui permettent qu'elle impose à l'entreprise concernée de respecter certains engagements, ce qui suppose une analyse du marché et une identification de l'infraction envisagée *moins définitives* que dans le cadre de l'application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, même si celle-ci doit être suffisante pour permettre un contrôle du caractère approprié de l'engagement. ». Ce « *moins définitives* » me laisse, je dois le dire, tout à fait perplexe. Dans ma pratique professionnelle, cela ne m'aide pas du tout. De sorte que, non seulement il y a très peu de jurisprudence mais en outre, pour l'instant, la jurisprudence dont on dispose laisse un petit peu sur sa faim quand à la possibilité réelle et à la volonté réelle du juge d'assurer la protection des justiciables en matière de solutions négociées.

Maintenant, comme cela n'a pas encore été fait, je voudrais aborder la situation française. En France, nous avons trois ou quatre types de solutions négociées – quatre si l'on comprend les concentrations, trois si l'on reste dans le droit des pratiques anticoncurrentielles avec la procédure d'acceptation d'engagements, la clémence et la procédure de non-contestation des

(391) TPICE 11 juillet 2007, T-170/06, *Alrosa Company Ltd/Commission* annulant la décision de la Commission du 22 février 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/B-2/38.381 – De Beers) (JOUE L. 205, p. 24), rendant contraignants les engagements pris par De Beers de cesser ses achats de diamants bruts à Alrosa à partir de 2009, à l'issue d'une phase de réduction progressive de ses volumes d'achats de 2006 à 2008 et mettant fin à la procédure, conformément à l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JOUE, 2003, L. 1, p. 1).

(392) TPICE 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV/Commission* rejetant le recours demandant l'annulation de la décision de la Commission du 26 juin 2002, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE (affaire COMP/M.2650 – Haniel/Cementbouw/JV [CVK]) (JOUE 2003, L 282, p. 1, rectificatif au JOUE 2003, L 285, p. 52) : *Rec.* 2006, p. II-319.

griefs qui n'est pas à proprement parler une transaction. Ces trois procédures sont prévues à l'article L. 464-2 du code de commerce. On peut assurément exprimer les mêmes craintes que celles exprimées par le Professeur Waelbroeck quant à la sérénité des conditions dans lesquelles les entreprises acceptent de se lancer dans cette procédure. Et finalement, pour assurer cette sérénité, beaucoup va dépendre, encore une fois, du contrôle exercé par le juge. En l'occurrence, le juge c'est ici, en tout cas pour les pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris. Le fait est que, là aussi, la jurisprudence est assez désertique. Certes, ces procédures sont toutes relativement récentes. Mais enfin, il n'y a pas grand-chose. En matière d'engagements, il n'y a, en tout et pour tout, que deux arrêts tout à fait récents de la Cour de Paris d'octobre (393) et de novembre 2007 (394). Et en matière de non-contestation des griefs, on ne dispose que d'un seul arrêt de la Cour d'appel de Paris, celui rendu en 2004 (395) dans l'affaire *Texas Instrument*.

Hormis la rareté de la jurisprudence, on peut nourrir quelques craintes quand on observe la manière dont le Conseil de la concurrence, lui-même, parle de ces procédures. J'ai été assez surpris – mais pas mécontent – de lire dans son rapport pour 2005 à propos de la procédure d'acceptation d'engagements, que « La mise en œuvre de cette procédure peut s'avérer opportune dans les cas où la ligne de partage entre un comportement conforme aux usages commerciaux et un comportement clairement anticoncurrentiel est tenue » (p. 151). Alors, certes les recours existent, comme l'a dit Monsieur Legal tout à l'heure, en France aussi. Sauf que, pour l'instant, ces recours sont, comme il était prévisible, des recours introduits par des entreprises qui ont saisi le Conseil de la concurrence et qui ne sont pas satisfaites par la réponse apportée à la question qu'elles avaient posée, via des engagements qu'elles estiment inappropriés. Certes les entreprises qui souscrivent à des engagements peuvent elles aussi faire un recours – les termes de la loi le laisse entendre –, même si l'hypothèse est un peu théorique. Et là, que dit – avec ce que j'appellerais une charmante naïveté – le Conseil de la

(393) Paris 16 oct. 2007, la Cour d'appel rejetant le recours formé contre la décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 du Conseil de la concurrence relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France (http://www.conseil-concurrence.fr/doc/ca06d24_bijourama.pdf).

(394) Paris 6 nov. 2007, la Cour d'appel de Paris rejetant le recours formé contre la décision n° 06-D-29 du 6 octobre 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique (http://www.conseil-concurrence.fr/doc/ca06d29_gie_independants.pdf).

(395) Paris 21 sept. 2004. La Cour d'appel de Paris y confirme la décision du Conseil n° 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, en avalisant notamment les conditions dans lesquelles la procédure de transaction avait été mise en œuvre par le Conseil. Aucune violation du principe du contradictoire n'a pu en effet résulter de ce que le Conseil a décidé de baisser le taux de réfaction de la sanction normalement encourue que le Rapporteur général lui avait proposé, conformément à l'engagement pris lors de la signature du procès-verbal de transaction. En effet, « il ne se déduit pas des termes de l'article L. 464-2-II du code de commerce, que l'engagement pris par procès-verbal par le Rapporteur général du Conseil devait conduire la société Texas Instruments France à tenir pour acquis que la proposition de réduction de la sanction émise par celui-ci serait purement et simplement entérinée par le Conseil » et la société ne pouvait ignorer que le Conseil, dans son pouvoir d'appréciation de la sanction, n'était en aucune façon lié par les propositions émises par le Rapporteur général. La Cour a relevé par ailleurs que le contradictoire a été respecté, la société ayant pu présenter des observations, écrites et orales, sur les éléments dont il avait été tenu compte dans la détermination de la sanction (http://www10.finances.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/boccrf/04_09/a0090026.htm).

concurrence – c'est aussi dans son rapport de 2005, à la page 154 : « Sans doute, l'incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours est-elle fortuite et résulte-t-elle d'un oubli du législateur. La philosophie de cette procédure est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il s'agit, non d'une décision au fond, mais d'une sorte de contrat librement consenti entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie ». Voilà ce que le Conseil de la concurrence pense des recours contre ses décisions. C'était une nuance qu'il n'était pas inutile d'apporter. Ajoutons à cela qu'en matière d'engagements, le Conseil de la concurrence se situe un peu en marge de la loi. Car, si, au considérant 13 et à l'article 9 du règlement 1/2003, on trouve bien la notion de « préoccupation de concurrence », en revanche, dans la loi française, on ne trouve que la notion de « pratiques anticoncurrentielles ». Et ce n'est pas tout à fait la même chose. Que le Conseil ait des préoccupations, très bien. Mais ce n'est pas la même chose que d'établir qu'il y a des pratiques anticoncurrentielles. Et pourtant, toutes les décisions du Conseil parlent de « préoccupations de concurrence », ce qui n'existe pas en droit français.

Concernant à présent la non-contestation des griefs, un mot rapide d'une affaire que je connais hélas trop bien, pour en avoir été l'un des acteurs. Il s'agit de l'affaire des calculatrices, qui a donné lieu à une condamnation par le Conseil de la concurrence (396), après une procédure de non-contestation des griefs, par l'entreprise *Texas Instrument*. Il s'est passé une chose extraordinaire dans cette affaire. L'entreprise s'est engagée à modifier ses comportements pour l'avenir : c'était une entente verticale. Et le rapporteur général lui a promis un certain pourcentage de réduction qui tournait autour de 50 %. Qu'a fait le Conseil de la concurrence ? Il a accepté les engagements, mais n'a accordé que 20 % de réduction d'amendes. Et ceci n'a été découvert par l'entreprise que dans la décision, car ce point n'avait absolument pas été mentionné à l'audience. Le contradictoire, semble-t-il, avait été assez clairement violé. Il n'aurait pas été bien difficile aux membres du Conseil de dire en séance à l'entreprise qu'ils estimaient, par exemple, que les faits étaient graves et donc qu'ils n'envisageaient pas de suivre la proposition du rapporteur général, voire de demander à l'entreprise ce qu'elle en pensait. Dans cette affaire, la réponse de la Cour d'appel Paris, suivie par la Cour de cassation (397) – ce sont des arrêts de 2004 et 2005 – a été de dire que l'entreprise ne pouvait pas ne pas savoir que la proposition de réduction formulée par le rapporteur, et sur laquelle les parties et le rapporteur se sont mises d'accord, ne lie pas le Conseil. Autrement dit, on est en présence d'une sorte de hold-up, et même peut-être d'un véritable hold-up, à la faveur duquel le Conseil empoche les engagements, mais accorde de l'autre côté un certain pourcentage de réduction : en l'occurrence c'était 20 %, mais pourquoi pas 10 %, voire 5 %. Cette décision est d'ailleurs tellement étrange qu'elle a conduit le Conseil de la concurrence à dire implicitement – naturellement il ne veut pas désavouer ouvertement la Cour d'appel de Paris –, qu'il s'agissait d'une affaire isolée. Du reste, depuis lors, jamais le

(396) Cons. conc., Déc. 25 sept. 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire (<http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/03d45.pdf>).

(397) Cass. com. 22 nov. 2005 (<http://www.conseil-concurrence.fr/doc/cass03d45calculatrices.pdf>)

Conseil de la concurrence n'a plus procédé ainsi, sauf, dans un cas, où il est allé au-delà de ce qui avait été convenu avec le rapporteur, pour accorder 90% de réduction au lieu de 50 %. Tout ceci pour montrer que, en cette matière, il y a certes un peu de contentieux, mais que, lorsque les voies contentieuses sont exercées, on n'arrive pas à grand-chose.

Je voudrais maintenant consacrer quelques instants au projet de transaction de « *direct settlement* » de la Commission (398). Pour les raisons que vous a indiquées le professeur Waelbroeck, il s'agit là évidemment d'un projet extrêmement dangereux. Tout simplement parce que, en l'état du projet de communication qui est soumis à consultation publique, ainsi qu'en l'état du projet de modification du règlement n° 773/2004, on aboutit à un déséquilibre absolu au détriment des droits de la défense et du droit au juge. Je me contenterais d'un exemple pour illustrer mon propos : que va-t-il se passer lorsque certaines entreprises se lancent dans la transaction et les autres pas ? Comment peut-on être assuré que la Commission ne va, en quelque sorte, non seulement punir les entreprises qui ne transigent pas, mais au-delà vouloir en quelque sorte se rattraper sur ces dernières de la réduction d'amende qu'elle aura été contrainte d'accorder aux autres ?

Ce qui frappe dans ces solutions négociées – et ce sera là ma conclusion –, c'est que l'on se situe quand même très en marge du droit, par une recherche effrénée de l'efficacité. De l'optimum économique, je ne sais pas, mais de l'efficacité, certainement. Ce qui aboutit à des comportements quasiment ou totalement illégaux de la part de l'autorité de concurrence. Par exemple, le Conseil de la concurrence, tout comme la Commission européenne, ont indiqué qu'en cas de demande de clémence, ils peuvent demander aux entreprises de continuer à prendre part au cartel, pendant le temps nécessaire à l'enquête. Et je me pose la question des dommages et intérêts que pourraient être appelé à demander les victimes à l'entreprise qui est restée dans le cartel à la demande de l'autorité de concurrence. Je n'ai pas de réponse. Au final, les juges auront sans doute encore beaucoup de travail en matière de « *private enforcement* », ou en matière de droit de la concurrence classique. En revanche, une chose qui me paraît malheureusement établie, c'est que ces solutions négociées, elles, ne sont pas de la justice.

Yves CHAPUT.– Nous allons à présent demander au professeur Waelbroeck de conclure. On voit bien qu'une autre approche est possible, qui soit celle de la responsabilité, mais la responsabilité de qui ? La responsabilité des juges ? La responsabilité du législateur ? Ou est-ce que ce ne serait pas tout simplement le marché qui éliminerait certains procédés ? Mais ce sera pour la suite. Dans l'immédiat, il s'agit de conclure un débat qui a été très animé.

Denis WAELBROECK.– Merci beaucoup. Très brièvement, le débat n'a peut-être pas été aussi animé qu'il aurait pu l'être, parce que, finalement, dans le panel, nous n'avions pas la Commission européenne ou un des défenseurs du système. Il est certain que les opinions que

(398) <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>

vous avez entendues ici ne sont pas celles de la Commission européenne. Je suis très content de constater une relative convergence entre les orateurs. D'abord une convergence sur l'idée que personne n'est opposé au principe de la transaction. Si nous réagissons aussi fortement aux propositions de la Commission sur les transactions en matière d'amendes, cela ne veut pas dire que nous sommes opposés à toute formule de transaction. Il y a unanimité entre nous. Il y a unanimité aussi pour dire que si on transige, ça doit être dans le cadre de règles procédurales qui doivent être beaucoup mieux garanties qu'elles ne le sont actuellement. C'est-à-dire à la suite d'une identification des griefs, à la faveur d'un accès au dossier, à la suite d'une définition du marché. Sinon, on finit par souscrire des engagements alors même que le problème de concurrence n'a pas été identifié. On prend donc le risque d'instaurer un mécanisme contre-productif pour l'économie et pour la société dans son ensemble. Il m'a semblé qu'il y a eu consensus sur cette question. Il y a eu consensus aussi pour dire que les transactions avaient leur place dans des domaines déjà bien cadrés, alors que le Conseil français de la Concurrence, si j'ai bien compris, a exprimé la position contraire. Deux membres du panel ont fait connaître à ce propos leurs grandes réserves à l'égard de l'idée de transaction sur les amendes, telle qu'elle est envisagée par la Commission. Et j'ajouterais, en guise de réponse à une interrogation de notre président qui se demandait si l'on ne s'agit pas là de récompenser la détection, qu'on ne parle pas ici de récompenser la détection, qui est la prime accordée au titre de la clémence. On parle ici d'une prime pour ne pas aller devant le juge. On parle d'une prime pour ne pas se défendre ou – et c'est l'autre face de la même médaille – d'une sanction pour ceux qui se défendent. Là est le problème. Quant au contrôle du juge, je suis enclin à partager l'avis de mon confrère Lazarus. Actuellement, il y a beaucoup de recours devant le Tribunal sur la question du calcul des amendes dans les affaires de cartel. Toute l'idée du nouveau projet de la Commission, c'est justement qu'il n'y ait plus un seul recours devant le tribunal, puisqu'à l'avenir, une fois qu'on aura accepté de ne pas se défendre en contrepartie de la réduction d'amende, ce sera la fin de ces recours... Ainsi pour répondre à la question que Monsieur Lévi nous a posée : « que va-t-il rester aux juges ? », je dirais qu'il ne va plus rester grand-chose, une fois que la Commission aura fait passer son projet. Mais, vous pouvez toujours faire des observations à la Commission avant le 21 décembre 2007. Si vous êtes opposés ou favorables aux propositions de la Commission, c'est le moment de le dire.

Yves CHAPUT.– Merci beaucoup. À présent que le débat commence.

Débat

Cyril DAVID, *Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne).*– Juste une observation. Il me semble me rappeler – je ne suis pas un spécialiste du droit communautaire et donc je le fais avec réserve – que, dans les arrêts de la Cour de justice, il est une constante en vertu de laquelle toute personne qui a à se plaindre d'une attitude de l'administration nationale peut exercer un recours devant un juge. Je suis un peu étonné que le dispositif issu du règlement 1/2003, en matière de concurrence, n'ait pas été soumis à une contestation

devant la Cour de justice, dans la mesure où ce règlement ne serait pas conforme aux principes du Traité, puisqu'aussi bien le règlement n'a évidemment qu'une portée inférieure aux principes fondamentaux.

Denis WAELBROECK.– Je ne suis pas sûr que l'annulation du règlement soit encourue. Les dispositions du règlement 1/2003 mises en cause sont les décisions prévues à l'article 9 dudit règlement portant sur les engagements négociés avec la Commission. La contestation de ces décisions d'engagements demeure possible devant le Tribunal de première instance comme le montre l'affaire Alrosa/De Beers où une tierce partie affectée par les engagements souscrits qui remettaient en cause la relation contractuelle qu'elle avait avec une autre société a pu obtenir l'annulation de la décision. C'est la même chose avec la procédure de transaction que la Commission envisage d'instaurer en matière d'ententes. Il s'agit d'un système communautaire. Il existe en droit français un dispositif comparable de non-contestation des griefs, mais qui comporte davantage de garanties concernant l'accès au dossier, la communication des griefs ou l'accès au juge que ne le fait le système communautaire qui est beaucoup plus radical puisqu'il n'est prévu ni communication des griefs ni accès aux dossiers alors que l'entreprise doit plaider coupable. Certes, l'entreprise a accès au juge si elle peut démontrer dans les conditions de la jurisprudence *Cementbouw* qu'elle a agi sous une contrainte arbitraire de l'institution.

Hubert LEGAL.– On ne parle là que d'une disposition du règlement 1/2003. D'autres dispositions du règlement 1/2003 ont déjà été invoquées dans de nombreux litiges et le Tribunal a interprété ces dispositions sans y trouver de problèmes de légalité particuliers, ne serait-ce que parce que, comme il a été dit, un bon nombre de dispositions incorporées dans le règlement 1/2003 ne sont que la reprise de la jurisprudence communautaire. Pour ce qui concerne plus particulièrement l'article 9 du règlement 1/2003, la Commission en a fait application dans certaines hypothèses. Le Tribunal, appelé à se prononcer sur cette disposition dans l'affaire *Alrosa*, a interprété ce règlement là encore sans y trouver de problème de légalité. Certes, aucune exception d'illégalité n'était directement dirigée contre cette disposition. Le problème pourrait donc se trouver posé dans une affaire à venir. Mais il n'est pas du tout sûr que, si la question se trouvait posée par une exception d'illégalité formelle de cette disposition, la solution serait nécessairement l'annulation du règlement. J'aurais plutôt tendance à penser que la solution serait inverse.

Christine VILMART, *Avocat à la Cour, Castaldi, Mourre & partners, Paris.*– Tous les praticiens réunis dans cette salle seront assurément unanimes à critiquer ce projet de procédure de transaction de la Commission. Je ne vais pas ajouter mes doléances. Mais il convient de resituer quelque peu la problématique par rapport à la date à laquelle intervient la procédure négociée. La date est absolument fondamentale. Avec la clémence, la dénonciation peut intervenir à tout moment tant que l'autorité de la concurrence n'a pas découvert le cartel. Avec les engagements, on a sans doute tout intérêt – et sur ce point, je ne partage pas le point de vue nuancé de mon confrère Lazarus – à ce qu'ils se situent avant la notification des griefs,

ainsi que l'a décidé avec pragmatisme le Conseil de la concurrence. En effet, à partir du moment où les engagements se situent avant la notification des griefs, ils ne peuvent être proposés qu'à la suite de l'énonciation par le Conseil de préoccupations de concurrence, notions qui, certes, n'existe pas expressément en droit français. Il reste que cela va éviter, en sécurisant l'entreprise, que le comportement de celle-ci soit qualifié de « pratique anticoncurrentielle ». Par suite, les tiers qui voudraient faire un recours en responsabilité contre l'entreprise devront supporter seuls la charge de la preuve du caractère anticoncurrentiel de la pratique qui a donné lieu à engagements. Dès lors, l'opacité sur la qualification des pratiques dans la procédure française d'acceptation d'engagements permet au contraire de sécuriser les entreprises. Et il ne faut pas perdre de vue que, pour les entreprises, ces procédures négociées ont quand même aussi l'avantage de réduire considérablement les amendes, au moment où l'on constate l'inflation de certaines amendes, qui, évidemment, incite les entreprises à chercher des solutions négociées. Car ces amendes peuvent entraîner la mort des entreprises – je ne voudrais pas parler de peine de mort devant le président Badinter –, mais la mort économique d'une entreprise, c'est quelque chose de très grave.

Ce qui est extrêmement blâmable dans le système de transaction proposé par la Commission, c'est que celle-ci entend imposer un *Plea guilty* avant la notification des griefs, de sorte que l'entreprise n'a pas accès au dossier, puisqu'il n'y a pas de griefs, et qu'elle ne sait pas au juste ce que la Commission a à lui reprocher. Elle est donc tenue de s'auto-accuser sans avoir les garanties de la procédure pénale américaine. Il importe donc de bien resituer ces procédures négociées par rapport à la date à laquelle elles doivent avoir lieu. Il faut effectivement que la Commission revoie sa copie et, peut-être, qu'elle prenne exemple sur ce qui a été fait au niveau du Réseau européen de concurrence pour l'extension des engagements à la française. La procédure française, qui n'est pas une procédure de transaction pénale, mais une procédure de non-contestation des griefs, présente l'avantage, à partir du moment où on sait quel va être le quantum de la réduction d'amendes et que l'on peut avoir une certitude sur ce quantum, de permettre, dans une relative sécurité, d'obtenir la réduction de l'amende.

Claude LAZARUS.– Je vais répondre à ce dernier point de votre intervention, sinon ce serait trop long. Il ya beaucoup de choses intéressantes dans ce que vous avez dit. La procédure de non-contestation des griefs en droit français présente, en sus de ce que vous avez dit, un vice fondamental : vous négociez un pourcentage de réduction d'une amende dont vous ne connaissez pas l'assiette... C'est véritablement jouer à l'aveugle ou au poker...

Frédérique DAUDRET-JOHN, *Adjoint au chef du Bureau B1, chargée des affaires communautaires et internationales, DGCCRF.*– J'ai entendu aujourd'hui certaines choses qui ne me semblent pas exactes. Avec tout le respect que je dois au professeur Waelbroeck, le texte sur le « *settlement procedure* » n'est pas présenté tel qu'il est réellement. À cet égard, on ne peut pas dire que les entreprises se trouvent pieds et poings liés dans la procédure ; qu'elles se trouvent contraintes à entrer en voie de transaction. C'est faux ! Il y a des étapes de procédures et l'entreprise peut à tout moment renoncer à la procédure de transaction et en

revenir à la procédure normale. Il y a effectivement beaucoup de choses à dire sur ce texte. Il est vrai qu'il n'est peut-être pas très clair dans sa rédaction. Mais on ne peut pas dire non plus que l'entreprise renonce au juge en acceptant une transaction. La seule chose à laquelle elle ne renonce pas c'est l'accès au juge, au Tribunal de première instance et à la Cour de justice. J'invite les personnes qui ne le connaissent pas à prendre connaissance de ce texte nouveau, qui est encore en voie de discussion. Nous avons déjà commencé à le discuter à Bruxelles. Nous avons posé énormément de questions. Ce texte, il faut le lire. Il n'est pas forcément rédigé dans un français ou un anglais totalement clair, mais on ne peut pas dire que c'est une procédure qui va placer les entreprises pieds et poings liés.

Denis WAELBROECK.— J'étais triste de ne pas avoir de débats et d'animation. Je suis à présent comblé... Je suis désolé si j'ai pu donner l'impression de ne pas avoir cité correctement le texte. Je crois avoir dit que les entreprises avaient un choix – j'ai donné un exemple –, soit elles acceptent une amende qui sera indiquée dans le texte de l'accord avec la Commission – 480 millions d'euros, dans mon exemple –, soit elles se défendent, auquel cas on se retrouve dans la situation exposée par Claude Lazarus à propos du système français, où l'entreprise ne sait pas quelle sera l'amende qui lui sera infligée si elle ne signe pas de transaction avec la Commission : ça peut aller de 500 millions à 1 milliard, voire 1,5 milliard d'euros. Et que fatalement on se retrouve dans la situation de Monsieur Deweer avec sa boucherie. Il s'agit là d'un choix factice. Il faut en être conscient. En l'état des lignes directrices de la Commission sur la définition du montant des amendes, il subsiste trop d'incertitudes sur le montant de l'amende qui va être infligée à l'entreprise : elle ne sait pas quel sera le montant retenu au titre de la récidive, elle ne sait pas quel sera le montant de l'augmentation de l'amende à raison de la taille de l'entreprise ; bref, elle ne sait rien. Par suite, le choix n'est pas grand pour les entreprises. C'est en cela que je trouve que le système est antidémocratique et peu compatible avec l'état de droit tel que je le conçois. Et je pense qu'il y a un problème de légalité, quoique je ne voie pas très bien comment il sera contesté en justice, parce que, comme je l'ai déjà dit, une fois que l'entreprise a signé la transaction avec la Commission, elle ne peut plus attaquer cet accord, non plus qu'un tiers.

Frédérique DAUDRET-JOHN.— On n'est jamais obligé de signer. Si l'entreprise estime qu'elle n'a pas eu accès à ce que l'on pourrait appeler un « pré-SO », ou à quelque chose qui synthétise ce qu'on lui reproche – ce qui est tout de même un minimum, et dans la langue de son choix –, alors, l'entreprise ne doit pas signer, et dès lors, elle entre dans une procédure normale qui présentera toutes les garanties, et ce, d'autant que la réduction d'amende à laquelle l'entreprise aurait pu prétendre et à laquelle elle a renoncé n'aurait sans doute pas été très importante.

Denis WAELBROECK.— Oui, mais par rapport à une assiette qui n'a pas été définie.

Frédérique DAUDRET-JOHN.– Certaines décisions de la Commission prises en application des nouvelles lignes directrices sur le calcul des amendes vont venir éclairer les entreprises sur la façon dont la Commission fait son calcul, très précisément.

Joël MONÉGER, *Professeur à l'Université de Paris-Dauphine.*– Peut-être faut-il aussi rappeler à propos de ces procédures que toutes ces entreprises ont un degré d'innocence qu'elles connaissent parfaitement et que, lorsque l'entreprise se trouve dans la situation de choisir de signer avec la Commission ou avec une autre institution, un mode de règlement de la situation, cela peut présenter pour elle un très grand avantage. Cela offre notamment celui d'éviter une amende qui, de mon point de vue, n'est pas toujours suffisamment importante. Il m'arrive de rêver qu'un jour un président – je ne devrais pas dire cela dans cette grande maison – se trouve conduit à déclarer à ses actionnaires que cette année les bénéfices de l'entreprise ont été pris par la Commission... Cela permettrait peut-être d'avoir des comportements plus sains en amont. Les ententes sont parmi les cancers économiques les plus fâcheux. Alors, quand on est soi-même l'une des cellules cancéreuses, on sait où l'on va. On a une alternative. Si l'on estime qu'il faut une procédure approfondie qui existe, on l'a suivie, on l'assume. Et si l'on ne veut pas la suivre, on accepte une transaction de façon à quitter le débat, et point final.

Yves CHAPUT.– Merci beaucoup. Le débat ne sera pas clos ce soir...

DES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EFFICIENTES EN CONCURRENCE

La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux Handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ?

Filip DE LY

Professeur à l'Université Erasmus de Rotterdam

Mesdames, Messieurs, je dois dire que pour ma part, je ne vois guère la différence entre l'harmonisation et l'unification. Nous dirons donc qu'il y a ce modèle d'une part « harmonisation – unification », et, d'autre part, le modèle traditionnel de coexistence des ordres juridictionnels nationaux, soit au moins 27 à l'heure actuelle.

Il faut quand même dire encore quelques mots sur l'unification ou l'harmonisation européenne puisque tout n'est pas bel et bien à cet égard. Et je vais vous donner quelques exemples. Je ne connais pas très bien la cuisine des institutions européennes, mais ce modèle d'unification présente quelques complexités.

D'abord, il y a les *opt out*. Il y a le problème du Danemark. On ne sait pas pour les nouveaux Règlements. On ne sait pas si la Grande-Bretagne va faire un *opt out* ou non, mais ça complique tellement les choses !

Ensuite, il y a le problème de la croissance continue de cette Union européenne avec maintenant 27 États membres, mais on ne peut pas exclure, à long terme, l'entrée dans l'Union d'autres pays comme la Turquie, la Serbie, la Croatie ; et il y en a beaucoup d'autres. Cela pose quand même un problème en ce qui concerne un des postulats de l'unification procédurale dans l'Union européenne. C'est le postulat qui a été mentionné ce matin de la confiance mutuelle, cette confiance qu'un jugement rendu en Écosse sera de même qualité qu'un jugement rendu en Grèce, en Roumanie ou en Espagne. Il s'agit d'un postulat. Je dirais même, il s'agit d'une religion ou d'une idéologie. C'est quelque chose que l'on ne peut pas prouver mais à laquelle nous voulons bien croire. Et la question est : pourra-t-on, dans cette Union croissante, continuer à opérer avec ce postulat de confiance mutuelle ?

Mais il y a d'autres problèmes : l'unification apporte-t-elle une amélioration du droit de la procédure ? Je vais vous donner un exemple qui concerne l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles ou de Lugano ou maintenant du règlement Bruxelles 1. Cette disposition, vous la connaissez tous, concerne une compétence alternative additionnelle pour le juge du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle en question. Eh bien, en ce qui concerne la Convention de Lugano ou de Bruxelles, il me fallait une heure afin d'expliquer à mes étudiants cette compétence du juge du lieu d'exécution de l'obligation en question. Maintenant qu'on a ajouté, avec le règlement, un F, un 5, un A et un B, il me faut deux heures pour expliquer à mes étudiants quelque chose qui est quand même essentiel pour le monde des entreprises, c'est-à-dire la compétence.

Autre exemple, il y a dans ce même règlement une faute en ce qui concerne les contrats d'emploi, sur laquelle je ne m'étendrai pas. Mais pour la petite histoire, sachez que le représentant néerlandais faisait une pause toilette. À son retour, la discussion de cette disposition de l'avant-projet de règlement était terminée ! Et la faute est là, dans le règlement ! Le gouvernement néerlandais a demandé une modification du règlement pour rectifier cette erreur. Cela a été refusé. Reste donc un règlement avec une petite faute technique.

Dernier exemple : vous le savez tous – et je n'ai pas encore entendu ce mot aujourd'hui – il y a un mot qui est interdit dans l'Union européenne, c'est le mot « fédération », ou « États fédérés d'Europe ». Autant le dire tout de suite, je suis un grand partisan de ce mot interdit. Le mot « fédération » est interdit pour des raisons politiques. Nonobstant mes remarques critiques, je suis partisan d'une fédération européenne. La seule chose sur laquelle il faut bien s'entendre, c'est le périmètre du domaine réservé des États membres. C'est essentiel afin de calmer les craintes de souveraineté des États membres. Mais si on définit bien les domaines réservés des États membres, je ne vois pas d'obstacle à l'utilisation de ce mot interdit.

Ma dernière critique concernant le modèle d'unification est la suivante : vous avez entendu parler ce matin du règlement TEE, Titre exécutoire européen. Ce règlement a été arrêté le 21 avril 2004, soit exactement une dizaine de jours avant l'entrée de dix nouveaux États membres dans l'Union européenne. Et pourquoi a-t-on pris ce règlement si rapidement ? Afin de pouvoir l'imposer aux dix nouveaux États membres comme partie de l'acquis communautaire. Donc, vous voyez, s'il le faut, ça peut aller vite. Par contre, depuis 27 ans, on a la Convention de Rome en matière d'obligations contractuelles, droit applicable, convention extrêmement importante pour le milieu des affaires. Est-ce qu'on a déjà la transposition de cette convention dans un règlement ? Non ! On a le règlement Rome 2 – et mon ami Philippe Marchandise va en parler – mais on attend encore le règlement Rome 1. Et, s'il arrive avant la fin de l'année prochaine, j'en serais très heureux ! Il est vraiment scandaleux que la transposition, assez simple, d'une telle convention n'ait pas pu être faite nonobstant son importance. Quelle est sa position par rapport à la Convention de Rome ? Personne ne le sait. Un des plus grands spécialistes de droit international privé aux Pays-Bas a écrit un article avec toutes les références. Ce qu'il n'a pas vu c'est qu'il y a une Convention de Bruxelles qui étend la Convention de Rome aux dix nouveaux États membres qui sont entrés dans l'Union européenne le 1^{er} mai 2004. Et la raison est toute simple : cette Convention de Bruxelles ne se trouve pas sur le site internet de la Commission mais dans une banque de données du Conseil ; il faut donc bien savoir où regarder. Voilà donc mes critiques.

L'autre modèle, c'est la concurrence entre les États membres en matière de procédure civile. Et c'est là qu'on reparle du problème du *forum shopping*.

Le *forum shopping* a au moins deux sens : le sens traditionnel, où on fait le rapport avec les conflits de loi, où on dit : « bon, on va chercher – sur la base des règles de compétences internationales – un juge qui, en vertu de ses propres règles de conflit de loi, va appliquer un droit favorable à la position de la partie demanderesse dans une procédure ». Dans ce sens traditionnel, vous voyez immédiatement le rapport entre d'une part, l'unification des règles de compétence, les conflits d'autorité et, d'autre part, l'unification nécessaire par rapport aux règles de conflit.

Mais il y a le *forum shopping* dans un sens probablement beaucoup plus important, et dans un sens plutôt économique. Je vais vous soumettre un cas pratique pour identifier le problème. Il y a deux ans, un juriste d'entreprise qui travaillait pour une entreprise dans le secteur pharmaceutique, m'a appelé en me demandant : « Monsieur le Professeur, il y a des chefs de compétence qui nous amènent soit au Danemark, soit au Royaume-Uni. Où faut-il engager l'action, au Danemark ou au Royaume-Uni ? ». C'est un exercice de droit procédural comparé très difficile. Pendant une heure on a donc parlé de tous les aspects. Par exemple, les coûts. Sans doute il est bien meilleur marché de procéder au Danemark qu'au Royaume-Uni, vu le cours de la monnaie ou les honoraires des avocats en Angleterre. Mais il y a aussi des questions d'efficacité de la procédure. Par exemple, combien y a-t-il de degrés de juridictions ? Est-ce qu'il y a première instance, appel, cassation ? Ou est-ce qu'il n'y en a que deux, et peut-

être des voies de recours plus limitées ? Faites vous-mêmes l'exercice ! Combien de temps va-t-il s'écouler en France, si on a le Tribunal de commerce par exemple, la Cour d'appel et la Cour de cassation ? Et bien, aux Pays-Bas, cela va prendre entre 4 et 7 ans suivant la complexité de l'affaire ; en Belgique, un peu plus de temps, en France probablement aussi, en Italie aussi. Eh bien, pour un tel contentieux au Royaume-Uni, les délais seront beaucoup plus courts, puisque les voies de recours sont beaucoup plus limitées. Cet exercice de droit de procédure comparée inclut d'autres possibilités. Il faut voir s'il y a des mesures provisoires. Et comme on le sait, par exemple, aux Pays-Bas, il y avait le référé provision – assez différent du référé provision qu'on connaît en France. Le référé néerlandais connaît l'encaissement en référé de factures non contestées pour le montant global et les intérêts de la facture. Un instrument très efficace qui était très fréquemment utilisé mais qui a été condamné par la Cour de justice européenne dans l'arrêt *Van Uden* que vous connaissez sans aucun doute. Autre exemple, on connaît les sanctions en Angleterre comme les *anti-suit injunctions* où un juge anglais peut interdire des procédures parallèles dans d'autres États membres ; attractive dans certains cas, cette position a été condamnée dans l'arrêt *Turner* de la Cour de justice de 2004. Et, affaire pendante à l'heure actuelle, en vertu du règlement est-il encore possible d'avoir des *anti-suit injunctions* par rapport à des procédures arbitrales ? C'est une autre affaire qui sera jugée probablement en 2008 par la Cour de justice européenne. Autre spécificité du droit néerlandais, c'est la possibilité d'avoir un témoignage provisionnel devant un juge, afin de tester son cas, de savoir si le témoignage est bon et est une bonne base pour entamer une procédure au fond. Cette procédure provisoire de témoignage provisionnel a aussi été condamnée en vertu du règlement 44 dans l'affaire *Paul Dairy Industries* en 2005. Et on pourrait continuer...

Tous les États ont, quelque part, probablement, des instruments de procédure qui peuvent être attractifs dans une procédure internationale. Deux derniers exemples : il est très facile d'obtenir une saisie conservatoire aux Pays-Bas. La seule contrainte est d'entamer une procédure au fond dans les 15 jours qui suivent la saisie conservatoire. Procédure qui n'est pas possible en Belgique par exemple, ou en France, je crois. En matière de preuve on peut aussi citer le *pre-trial discovery* en droit anglais.

Comme vous le voyez, il y a des avantages et des désavantages compétitifs dans différents centres juridictionnels nationaux. Ce modèle de concurrence présente donc des atouts mais aussi des risques. Pour une partie demanderesse, ce peut être un modèle beaucoup plus attractif que l'unification.

Il y a donc, me semble-t-il, des avantages et des désavantages en matière d'unification procédurale dans l'Union européenne. Mais il y a aussi des avantages correspondants et des désavantages correspondants à laisser les systèmes en concurrence. Et je crois que puisque ces deux modèles coexistent, il faut en profiter, et trouver une synthèse dans ce processus de coexistence.

Yves CHAPUT.– Merci. C'est quand même impressionnant de voir que le droit et les juridictions deviennent un produit ou un service banalisé, pourrait-on dire. Le choix se ferait simplement sur des questions de prix, de durée. Encore qu'on peut se demander quel est le marché pertinent – puisque c'est le terme qu'il convient d'employer. Est-ce que ce sont des produits et services substituables ? Vous nous avez parlé de la durée et du coût, mais le résultat lui-même, c'est-à-dire la décision et la pertinence de la décision ne peuvent quand même pas être ignorées. C'est peut-être là qu'il est difficile d'appliquer l'analyse économique.

Mais donnons tout de suite la parole à Philippe Marchandise, qui est non seulement à la direction juridique de Total mais aussi Maître de conférences à l'Université de Liège et ancien Président de l'Association européenne des juristes d'entreprise. Il a donc toute légitimité pour donner son point de vue sur cette concurrence.

Philippe MARCHANDISE

Direction juridique TOTAL, Maître de conférences à l'Université de Liège, ancien Président de l'Association européenne des juristes d'entreprise

Le monde des entreprises ne cherche pas la marchandisation de la justice, mais a besoin de sécurité juridique, a besoin d'efficacité dans les décisions et dans leur mise en œuvre. Le Premier Vice-Président Wathelet l'a rappelé ce matin, l'aspect des coûts est essentiel. Alors je crois qu'il n'y a pas beaucoup de problèmes dans les juridictions nationales. J'en veux simplement pour preuve les tribunaux de commerce qui ne connaissent quasiment pas d'arriérés judiciaires : qu'ils soient constitués uniquement d'un juge consulaire, comme en France, ou de manière mixte, comme en Belgique, avec deux juges consulaires et un magistrat de carrière, ou encore sous forme de chambre spécialisée, comme aux Pays-Bas, ces tribunaux tranchent les litiges dans des délais tout à fait raisonnables. Par conséquent, je crois qu'il n'y a pas besoin de mise en concurrence des ordres juridiques nationaux. Mais dès qu'il y a un élément d'extranéité, dès que le litige a une coloration internationale, les choses diffèrent. Évidemment, reste intact le souci d'une sécurité juridique, élément essentiel, et je crois préalable à tout investissement d'une entreprise. Mais le choix du droit applicable et le lieu de la dispute reste primordial. Sans oublier le principe du *non bis in idem*. Je ne pense pas que les entreprises souhaitent une fois qu'une procédure ou qu'un litige est tranché, qu'il se ré-ouvre ailleurs, fût-ce sous forme de *class actions* – dont on a vu quand même les dérives inacceptables aux États-Unis, puisqu'elles enrichissent beaucoup plus les mandants que les mandataires. L'entreprise ne souhaite pas que les feux s'ouvrent ou se réactivent dès qu'une procédure est terminée. Alors l'Union européenne cette fois-ci, au contraire de ce qu'on a dit dans le panel précédent, nous aide : il y a Rome II qui entrera en vigueur en janvier 2009, qui concerne tous les pays de l'Union européenne sauf le Danemark. C'est une avancée majeure sur deux plans : désormais, les commerçants pourront régler à l'avance tous leurs litiges extra-contractuels (art. 14). En outre, Rome II permet d'avoir une solution en cas de responsabilité pré-contractuelle, puisqu'il est prévu, dans cette hypothèse, d'appliquer la loi qui se serait appliquée si le contrat avait été signé. Ne croyez pas que le Professeur De Ly vous dit des

bêtises. J'ai eu le dossier d'une usine qu'on a construite, grande comme la cathédrale de Paris. Investissement : un milliard d'euros. On tourne le bouton, ça ne marche pas. La faute est pré-contractuelle. On peut donc mettre le contrat à la poubelle. On a passé deux ans, usé beaucoup de cabinets d'avocats et de professeurs d'universités pour déterminer quel était le droit applicable, et pour savoir dans quelle ville il fallait commencer. Rome II nous donne la solution.

Dans les dossiers internationaux, ceux qui ont la solution en main sont les juristes d'entreprise, les rédacteurs des contrats. C'est eux qui peuvent, dans une rédaction soignée, prévoir le lieu de la dispute, le droit applicable. Et on va très loin : prévoir pour les contrats existants, prévoir pour des groupes de contrats, prévoir pour des contrats futurs, prévoir pour des obligations extra-contractuelles. Mais il reste des cas où cette sécurité juridique manque. Je vais prendre trois exemples.

Premier exemple, revenons à ce cher droit de la concurrence. Efficacité, efficience, un juge qui décide. Oui, mais s'il se trompe ? Il y a des cas récents de jeunes fiancés qui veulent se marier. Deux entreprises qui veulent fusionner. Et le soir de la veille du mariage, on leur dit : non ! Et quelques années plus tard, le juge intervient et dit oui ! L'amour avait disparu. Les dégâts sont considérables. Comment réparer les dégâts d'une décision prise par une autorité de la concurrence qui s'est trompée ?

Deuxième exemple, un endroit unique pour prendre une décision, oui mais où ? On va quitter la France, on va voir aux Pays-Bas. Vous avez pour l'instant une banque qui fait l'objet d'une double OPA. La banque est néerlandaise, et les dents longues sont espagnoles, belges et britanniques. Et la cible décide pendant la procédure d'OPA de vendre son principal actif aux États-Unis. Peut-elle faire cela ? Qui tranche ? Alors je m'incline : la Cour de cassation des Pays-Bas. Sans vouloir être iconoclaste, on peut se poser la question de savoir si c'est le meilleur endroit pour juger avec toute l'autorité de la chose jugée un dossier aussi complexe ? Je ne fais pas le procès de la Cour de cassation des Pays-Bas, je fais seulement le procès de la délimitation ; car quelle est la matière ? S'agit-il de droit des sociétés, avec des actionnaires qui attaquent le management ? S'agit-il de droit financier des OPA ? Ou s'agit-il de droit de la concurrence, posé par la définition des marchés ?

Troisième et dernier exemple – ou plutôt, un contre exemple sur un sujet qui m'est cher, cela ne vous étonnera pas – le secret professionnel. C'est, je crois, une des mailles essentielles du tapis de tout procès équitable. Tous, nous sommes conscients de l'importance du secret professionnel dans les dossiers. Tous, nous assistons impuissants à sa maltraitance sous les coups de buttoir de lois récentes ou de décisions surprenantes. La toute dernière vient du Tribunal de Première Instance de Luxembourg qui va refuser le secret professionnel à un avocat, au prétexte qu'il est salarié. Allez comprendre ! Et au prétexte, j'emploie le mot à dessein, que le droit au secret professionnel est une notion de droit communautaire. J'ai la faiblesse de croire que le raisonnement n'est pas correct. Je prendrai, comme allié, le Premier

Président Canivet, quand il dit que le juge est quand même le dépositaire d'une tradition nationale. C'est donc au niveau des pays que doit se définir et se préciser le secret professionnel. Je crois aussi qu'il faudra réfléchir, dans le sillon des réflexions menées par le CREDA, à créer un nouveau juge, auquel je crois beaucoup, et dont on a un exemple en France en matière criminelle : un juge du secret, un juge qui aurait pour fonction d'examiner des pièces délicates, qui ne serait pas un juge du fond, et qui dirait : « cette pièce-là, on la laisse dans l'enveloppe, ou cette pièce-là, on la remet dans le dossier ».

Permettez à l'ancien Président des juristes d'entreprise européens que je suis de souligner l'importance et le rôle des juristes d'entreprise. Je crois que le juriste de l'entreprise – qui est une profession tout à fait complémentaire de celle de l'avocat – est – et je pèse mes mots, ce n'est pas moi qui l'ai dit, donc je n'ai pas à me targuer de corporatisme – un collaborateur de la justice au même titre que l'avocat. C'est le Président du Tribunal de Première Instance de Luxembourg qui l'a dit en 2003. Le rôle du juriste d'entreprise est très en amont. Pierre Charreton, en France, a trouvé le nouveau slogan, « c'est le juriste qui a la passion de la solution ». Trouver la solution n'est pas toujours simple. Et il doit, comme dit Christian Roth, revenir vers son client avec un résultat économique efficace. Il a des choses importantes à dire.

Et je terminerai là. Je crois qu'il relève de l'intérêt général de favoriser la consultation des juristes. Il relève des droits fondamentaux des entreprises de consulter qui elles veulent. Et le choix est difficile. Et comparaison ici est raison. Quand une personne est malade, quelle immense difficulté pour elle d'aller identifier le bon médecin, celui qui aura la bonne compétence pour soigner exactement la maladie qu'elle a. Elle fera ce choix sur la base de la compétence et de la confiance. Confiance aussi profonde que celle du justiciable quand il s'en remet à un magistrat pour régler un conflit. Cela fait partie des droits fondamentaux des entreprises que ce droit soit respecté aussi par les institutions européennes. Parce que lorsque la loi paraît, le juriste d'entreprise tremble, car il est le premier à appliquer la loi. Il n'y a pas encore de jurisprudence, pas d'articles de doctrine. Il doit trouver des solutions. Il doit construire des solutions. Et il le fait : les incoterms, ont été écrits par des juristes d'entreprises, les garanties à première demande sont des créations du monde de l'entreprise. Et cela fonctionne. Enfin, il joue un rôle énorme, au même titre que les avocats, pour désencombrer les tribunaux. Il est là pour essayer de trouver des solutions, des médiations, pour essayer de mettre en place des règlements alternatifs, sans revolver sur la tempe. Il est là pour trouver des solutions susceptibles de réinstaurer la confiance entre les parties au litige. Je vous remercie.

Yves CHAPUT.– Je vous remercie. Je vais maintenant passer la parole au Professeur Corapi qui doit nous parler, lui aussi, de la mise en concurrence des ordres juridiques nationaux.

Diego CORAPI

Avocat au Barreau de Rome, Professeur à l'Université La Sapienza

Je désire vous donner simplement le fruit d'une réflexion et une observation.

La réflexion c'est simplement la réponse à la question que le titre de cette séquence du colloque nous pose : « La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux, handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ? ». Bien sûr, la réponse est claire. C'est certainement un avantage, pour un opérateur économique, d'avoir le choix entre différents ordres juridictionnels nationaux en compétition.

La véritable question, à mon sens, est autre. Il faut, en effet, examiner non pas un, mais deux types différents d'avantages que les ordres juridictionnels nationaux sont prêts à offrir aux opérateurs économiques. Et je crois que l'expression de *forum shopping* qu'on emploie couramment est significative. Les opérateurs économiques, il faut le rappeler, ne cherchent pas seulement l'efficience de la justice. Ils cherchent plutôt avec leurs avocats, l'efficacité. Ils veulent obtenir un résultat favorable, que ce résultat soit obtenu de façon efficiente, ou d'une façon un peu moins efficiente.

Dès lors, le problème à l'heure actuelle, ce n'est pas de favoriser simplement le « shopping », afin d'offrir comme une marchandise, comme un produit, les différents ordres juridictionnels, mais c'est plutôt de veiller à ce que cette offre soit réalisée dans un cadre de valeurs et de principes communs, qui doivent être sauvegardés: la recherche de l'efficience ne peut pas porter atteinte à des valeurs fondamentales de la justice. Pour cela, naturellement, il faut avoir un certain tapis de base, une base de valeurs, de principes et des règles de procédure communs qui sont encore en train de se développer dans la Communauté européenne.

La question alors est de savoir si ce développement est suffisant pour éviter que la mise en compétition des différents ordres juridictionnels des pays européens ne produise des effets pervers. Nous apprécions d'avoir ce développement sans déclencher ce que aux États-Unis on a appelé un *rush to the bottom* : une course vers le bas. L'exemple de ce pays est, je crois, utile dans une vision de droit comparé : il est toujours intéressant de voir ce qu'on fait de l'autre côté de l'océan, pas nécessairement pour copier, mais pour acquérir de l'expérience. Aux États-Unis, on a des conditions de base, des sortes de règles du jeu social, communes. Cette nation présente une communauté de langue, de culture, de tradition juridique, de valeurs sociales (mais il faut quand même rappeler qu'on l'a atteinte à l'issue d'une guerre civile qui a été l'une des plus désastreuses de l'Histoire). L'ordre juridique est basé sur une Constitution écrite (la plus ancienne entre les constitutions en vigueur à l'heure actuelle dans les différents pays du monde). Le cadre juridique qui s'en est suivi peut être défini comme une sorte de pluralisme coordonné entre la juridiction fédérale et les juridictions étatiques.

La nécessité de choix entre les différentes juridictions et la concurrence entre elles est donc dans ce pays une situation normale. On en discute beaucoup pourtant parce qu'on s'est justement aperçu que très souvent le choix amène à une sorte de *rush to the bottom*. On peut en donner trois exemples.

Premier exemple : le droit des sociétés. Le droit des sociétés aux États-Unis d'Amérique est, en ce qui concerne leur organisation un droit étatique. Le Delaware en a fait une sorte de produit parce qu'il a introduit une législation très simple pour attirer les entreprises. De l'autre côté, le droit financier est un droit fédéral et la protection des épargnants se trouve plutôt assurée par le droit financier que par le droit des sociétés au sens strict du terme.

Deuxième exemple. Aux États-Unis, il y a la possibilité de se présenter devant les juges fédéraux chaque fois qu'il s'agit d'une situation de *diversity*, c'est-à-dire quand les parties sont des ressortissants d'États différents : s'il y a un litige sur un contrat de vente entre deux parties qui sont toutes les deux californiennes, le juge étatique est compétent ; si une des parties n'est pas de Californie mais de New-York, le juge fédéral est compétent. L'application de ce principe contribuait au développement d'une *common law* fédérale différente des *common laws* étatiques, mais de l'autre côté permettait aux parties de recourir très aisément au *forum shopping*. En effet, il est très simple de transférer sa résidence dans un autre État, et d'acquiescer ainsi le droit de se présenter devant le tribunal fédéral, ou au contraire de changer et d'intégrer le même État que la partie demanderesse ou défenderesse, et de se présenter devant le juge étatique. Cela a été résolu par une sentence historique, *Erie Railroad Co. v. Tompkins* dans les années 1930 : quel que soit le juge devant lequel on se présente, le droit qui va être appliqué sera le même. On ne peut pas chercher à avoir une solution différente en appliquant une soi-disant (qui en réalité n'existe pas) *common law* fédérale si on est devant le juge fédéral, et la *common law* d'un des 50 États si on est devant le juge d'un État. Quel que soit le juge amené à décider, la *common law* d'un État doit trouver application.

Troisième exemple, l'exemple le plus actuel, la *class action*, l'action collective. Pour l'action collective c'est le législateur fédéral qui est intervenu et a décidé que lorsqu'il s'agit d'une *class action* supérieure à un certain montant (considérable), le juge du tribunal fédéral est compétent. On évite ainsi que des problèmes très délicats de dommages causés à une très large collectivité de personnes soient tranchés par des juges ou pire par des jurys plutôt sujets à des réactions émotionnelles.

Les trois exemples nous montrent comment aux États-Unis il est possible de choisir le *forum* compétent mais que l'on y a essayé quand même d'éviter que le choix puisse favoriser la course vers le bas.

Qu'en est-il de la situation européenne ? Je crois que nous sommes loin de ce type de situation. Même si on apprécie les efforts qui ont été faits pour atteindre un certain niveau d'harmonisation ou d'unification des différents ordres juridictionnels nationaux, on est encore

loin d'avoir trouvé cette base de règles du jeu social communes qui donne la possibilité d'examiner sans aucune perplexité, sans aucune arrière pensée, le choix, je dirais mieux, la possibilité d'élection de for. Cela arrive – et le Professeur De Ly a mentionné dans son rapport à ce colloque des cas dans lesquels des sociétés multinationales font ce choix sans beaucoup de difficulté – mais dans la plupart des cas, nous observons que les opérateurs économiques européens préfèrent jouer sur leur terrain. L'opérateur italien préférera rester en Italie parce qu'on parle et on pense en Italien, même s'il est douteux qu'y obtenir un jugement sera moins coûteux et plus rapide que devant le tribunal d'un autre pays européen. C'est un peu comme au foot : on préfère jouer à domicile. Le chemin sera assez long pour que cette situation soit renversée.

Maintenant, une observation : si la mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux est sûrement un avantage, il n'empêche – comme je l'ai souligné – qu'elle entraîne aussi des dangers : on n'est pas encore arrivé à donner un avantage en termes d'efficacité, plutôt qu'en termes d'efficacités. Ce qui me semble être arrivé, d'un autre côté, c'est que les opérateurs économiques ont effectivement, à l'heure actuelle, le choix d'un *forum* en termes d'efficacité. Il s'agit de l'arbitrage et je dirais plutôt de l'arbitrage juridictionnel, qui peut donner la possibilité de développer une procédure nouvelle qui prendrait aux différentes expériences nationales : c'est, en quelque sorte, un mélange entre la procédure de *common law* et la procédure continentale. Aussi l'arbitrage peut développer une sorte de droit commun des affaires avec l'évolution des principes sur le droit des contrats commerciaux internationaux.

A cet égard, la décision de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-125/04 du 27 janvier 2005, *Collège d'arbitrage de la Commission de litiges Voyages*, selon laquelle un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction et partant que les arbitres ne peuvent pas présenter devant la Cour de justice une demande en interprétation du Traité n'est pas admissible. Certes, une petite porte est laissée ouverte par cette décision, parce qu'elle se réfère seulement aux arbitrages qui ne sont pas des arbitrages forcés. Je trouve la solution quand même un peu hypocrite parce que « arbitrage forcé » me semble plutôt relever de l'oxymore : l'arbitrage est quand même, par essence, un choix conventionnel libre. J'espère que cette décision sera changée et que l'arbitrage continuera son évolution.

Mais mon espoir le plus fort est que, plus généralement, la situation du droit européen évolue vers la construction de bases communes qui permettront la mise en compétition des différentes juridictions sans les effets négatifs d'une course vers le bas.

Yves CHAPUT.– On a bien compris que le droit n'était pas forcément une science ; que c'était certainement un art. On préfère évidemment plaider devant des juges qui vous comprennent. Mais on peut aussi considérer que c'est une science que d'évaluer les juridictions économiques européennes. C'est ce que nous allons envisager maintenant.

Peut-on évaluer les juridictions économiques européennes ?

Jean-Paul JEAN

Avocat général près la Cour d'appel de Paris, Président du Groupe des experts de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Professeur associé à l'Université de Poitiers

L'étude comparative du CREDA met en évidence que l'espace judiciaire européen se caractérise, du côté des acteurs économiques, par une demande de régulation forte et diversifiée, qu'elle soit extra-juridictionnelle ou juridictionnelle. Face à cette demande, l'offre de régulation juridique et judiciaire s'est adaptée, selon des modèles mis en concurrence, que ce soient des modes négociés alternatifs au procès, ou des procédures mises en œuvre dans un cadre quasi juridictionnel – les autorités administratives indépendantes – ou juridictionnel.

Si l'on exclut la compétence quasi-juridictionnelle de la Commission, assez critiquée dans son principe même, et si l'on réduit la focale aux seules instances juridictionnelles, une distinction très nette doit être faite entre, d'une part, le Tribunal de première instance et la Cour de justice des communautés européennes, dont la place est tout à fait spécifique, et, d'autre part, les juridictions économiques des systèmes nationaux, qui sont, quant à elles, en concurrence directe. L'évaluation des juridictions de Luxembourg mériterait une étude en soi qui n'est pas l'objet de ce propos.

En ce qui concerne les juridictions nationales, la pratique du *forum shopping* ou du *treaty shopping* met en évidence combien cette concurrence concerne tout autant le droit applicable que l'organisation judiciaire d'un pays ; donc la compétence estimée et la confiance mise dans une juridiction et en ses juges.

L'approche utilitaire des acteurs économiques

L'évaluation est un point de vue. Il convient donc de distinguer deux situations, selon que le regard porté est strictement utilitaire, guidé par le seul intérêt, ou si une approche plus objective est possible.

La première situation est celle où un acteur économique a pu imposer à l'autre le système juridique applicable et la juridiction amenée à trancher le litige. Ce, soit en conséquence de la clause compromissoire du contrat, soit en saisissant du litige la juridiction qui correspond le mieux à ses intérêts en vertu d'une stratégie procédurale (399). Il s'agit ici d'une application ordinaire de la théorie utilitariste benthamienne, dans la balance coût/avantage des intérêts de l'acteur économique qui effectue ce choix. Dans ce cas, personne ne peut se substituer à sa propre évaluation, qui va s'effectuer sur la base de ce seul critère utilitaire : obtenir le meilleur résultat possible au moindre coût.

(399) Pour illustration, cf. Justice à la carte, Pascale Robert-Diard, *Le Monde* du 25 octobre 2007.

L'évaluation ne saurait ici aider à définir objectivement un niveau de qualité puisqu'elle dépend uniquement d'un résultat attendu, dans le cadre d'une stratégie d'entreprise. Les directions juridiques, les cabinets d'avocats qui conseillent les entreprises choisissent délibérément tel système juridique plutôt que tel autre, telle juridiction nationale plutôt que telle autre. Ou bien, semble-t-il comme critères de plus en plus déterminants, en intégrant d'autres effets induits par ces choix, tels la crainte de la procédure de *discovery*, ou le régime de la charge de la preuve qui va déterminer la solution du litige.

Le niveau de qualité d'une juridiction n'est pas ici en cause. Il s'agit plutôt d'un ensemble d'éléments directement liés aux résultats : probabilité forte de décision favorable, délai, coût, effectivité de l'exécution. Cette hypothèse d'aide à la décision stratégique au service d'un intérêt particulier ne peut pas constituer la base d'un système d'évaluation objectif de la qualité d'un système ou d'une juridiction.

Une deuxième situation paraît plus opérationnelle pour aider à évaluer de façon comparative la qualité supposée d'une juridiction économique. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les différentes parties ont trouvé un accord sur la juridiction qui va trancher leur différend, sans préjuger de son issue, ou bien encore lorsque la compétence juridictionnelle est d'ordre public. Les critères peuvent être ici beaucoup plus objectifs et rejoignent ceux habituellement retenus dans toute évaluation de la qualité d'une juridiction : l'absence de corruption, l'impartialité, le procès équitable, les délais, le coût, la facilité d'exécution de la décision... Situation que l'on peut résumer en d'autres termes : une justice de qualité, fondée pour l'essentiel sur la confiance, la compétence et l'objectivité des juges.

Ce choix doit être remis en perspective. Le contentieux juridictionnel, seul ici évoqué, ne constitue que l'éventuelle ultime étape d'une stratégie incluant au préalable tous les modes négociés alternatifs au procès (transaction, médiation, arbitrage). Il peut s'agir aussi, par rapport à la première hypothèse, d'une stratégie, non pas à court terme, pour une seule décision, mais d'une volonté de faire évoluer la jurisprudence et les normes sur des questions essentielles pour les intérêts de l'entreprise.

Cette approche systémique, centrée autour des stratégies des acteurs et des institutions, dans une approche en termes d'économie de la justice, paraît adéquate pour aborder la problématique de l'évaluation des juridictions économiques européennes.

L'approche étatique

Vu du côté de la puissance publique, l'intérêt objectif des acteurs économiques et des parties au procès à s'adresser à une justice de qualité, ne peut que correspondre à l'intérêt du pays concerné. Car c'est à partir de l'expérience et des résultats obtenus au contentieux devant ces juridictions économiques que vont s'effectuer nombre de choix stratégiques ultérieurs des acteurs économiques. On peut aussi noter que, dans l'enquête du CREDA menée auprès

d'avocats et de juristes d'entreprise, ce sont les praticiens qui ont la plus grande expérience de l'activité contentieuse qui portent le jugement le plus positif sur les juridictions économiques européennes, et qui vont donc conseiller leurs clients ou employeurs à partir de cette connaissance. Ces praticiens constituent le relais d'opinion sans doute le plus influent pour asseoir la réputation d'un système juridique ou d'une juridiction.

Chaque État doit donc tout mettre en œuvre pour améliorer son offre de service public de justice économique, qui soit reconnu au niveau de sa qualité et de son efficacité. Une justice économique évaluée positivement par les acteurs économiques au niveau international favorise l'attractivité de tout investisseur potentiel et constitue un outil indiscutable de compétitivité. C'est pourquoi, entre autres, le rapport *Doing business* de la Banque Mondiale est devenu un enjeu aussi important. Cette justice économique inclut à la fois le système juridique – il est inutile d'insister ici sur la concurrence entre système romano germanique et système de *common law* – et l'organisation judiciaire dans ses différentes composantes : juridictions de première instance, d'appel et de cassation, ainsi que l'ensemble de ses personnels, juges, ministère public, greffe. Dans cette approche globale, il revient à l'État de se donner les moyens d'assurer un niveau de justice économique digne des enjeux en cause. Et c'est à l'appui de cet objectif que la mise en œuvre de mécanismes d'évaluation constitue un outil essentiel de politique publique (400).

Une fois ces préalables posés, la question de l'évaluation des juridictions économiques européennes peut être abordée sous ses différents paramètres : objectifs, méthodes et résultats, avant la formulation de quelques propositions.

Les objectifs de l'évaluation

La recherche du CREDA tend à définir le mode de régulation judiciaire qui favorise au mieux l'investissement et le développement économique. Ce, en respectant les règles de la concurrence loyale et parfaite, dans le cadre d'un système respectant les standards élevés de la justice européenne. Les références ne peuvent être que celles des règles garantissant un procès équitable au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et permettant aux parties d'obtenir dans un délai raisonnable une décision qu'elles pourront faire exécuter.

Pour la mise en œuvre de cette finalité, un système juridique, un modèle de juridiction, peut-il être évalué comme plus pertinent qu'un autre ? Il convient ici d'éviter un débat franco-français, et il est donc nécessaire de laisser de côté la question de la défense et illustration du système de justice commerciale, selon l'antienne, « créé sous l'égide de Michel de l'Hospital en 1536 ». Ce débat récurrent aurait pu être conclu depuis longtemps si les propositions de Robert Badinter, il y a 25 ans, de mixer les juridictions de première instance et d'appel, en

(400) Evaluer la justice (E. Breen, dir.), PUF, 2002 ; J.-P. Jean, *Evaluation et qualité*, in *Dictionnaire de la justice* (L. Cadiet, dir.) PUF 2004.

associant juges professionnels et praticiens élus, n'avaient fait l'objet de tels enjeux de pouvoirs. Tout le système de justice économique aurait gagné à confronter positivement les qualités des juges judiciaires et celles du monde de l'entreprise pour un enrichissement réciproque qui aurait eu bien d'autres effets positifs à terme sur l'évolution des deux cultures et du droit économique. La diversité des systèmes existant en Europe permet de s'abstraire de la spécificité française pour voir s'il est possible de déterminer objectivement le système le plus à même de répondre aux besoins d'une justice économique en concurrence dans l'espace juridique et judiciaire aux niveaux européen et mondial.

Les acteurs et les méthodes de l'évaluation des juridictions

Qui peut estimer, en s'appuyant sur quelle légitimité, qu'un système de justice économique fonctionne mieux, est plus performant qu'un autre ? Les points de vue sont différents selon l'intérêt des acteurs et les méthodes utilisées pour appuyer leurs stratégies.

Le fait que l'évaluation soit institutionnelle ou effectuée par des acteurs privés constitue une première distinction fondamentale mais non suffisante car les logiques institutionnelles et les finalités sont différentes. Ainsi en est-il lorsque les exercices d'évaluation sont conduits par le Conseil de l'Europe (CEPEJ) (401), par l'UE (pour les pays candidats), l'OCDE (402), la Banque Mondiale (403) ou le FMI (404). Leur point commun est qu'elles s'appuient sur des indicateurs dont le choix est à la fois révélateur de leurs objectifs et déterminant pour leurs résultats.

Ces indicateurs, tout comme les méthodes de recueil des données et d'analyse des résultats sont toujours critiquables, mais généralement critiqués par un pays lorsque son classement, explicite ou implicite, est mauvais. Ainsi les résultats du *ranking* de la Banque Mondiale en 2004 ont-ils conduit à une action diplomatique forte et à la mise en œuvre d'un programme gouvernemental « Attractivité économique du droit » (405) qui a abouti à modifier les classements et à produire un investissement intellectuel important (406). D'autres rapports gênent mais sans que personne ne conteste la nécessité d'investir dans le domaine concerné (rapport de la CEPEJ et les budgets de la justice, classement de Shanghai pour les universités) (407). Par contre, la méthode n'est pas contestée quand les résultats sont positifs, ainsi lorsque l'OMS dit que le système de santé français est le meilleur au monde.

(401) Systèmes judiciaires européens (édition 2006 – données 2004), Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Conseil de l'Europe, octobre 2006 www.coe.int/CEPEJ.

(402) *Employment protection regulation and labour market performance*, 2004.

(403) L'indicateur *Enforcing contracts* inclut : *procedures, time and cost to resolve a commercial dispute*, *Ease of doing business*, in *Doing business*, data pages 72-77 www.doingbusiness.org.

(404) *Global integrity in the judiciary*, in *Global Integrity*, 2004.

(405) <http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm>.

(406) Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports *Doing business*, B. du Marais (dir.), La Documentation Française, 2006.

(407) Cf. les analyses critiques formulées dans la revue trimestrielle du Centre d'analyse stratégique, octobre 2006, www.strategie.gouv.fr.

Mais selon quelles méthodes peut-on estimer qu'un système de justice économique fonctionne mieux, est plus performant qu'un autre ? Les travaux existant en matière d'évaluation de performance des systèmes juridiques et de l'activité juridictionnelle nous permettent de dire ce que l'on sait évaluer, mais aussi de définir les limites de tout exercice d'évaluation (408).

L'approche la plus aisée est la mesure statistique de l'activité des juridictions économiques (409). Mais le contenu réel de l'activité ne peut s'évaluer qu'à l'aune de la nature des contentieux, de l'importance et de la complexité des affaires soumises. La difficulté s'accroît lorsque l'on veut comparer des juridictions de taille différente, et devient d'une toute autre nature lorsque l'on veut comparer des juridictions de pays différents, voire de systèmes juridiques différents.

La méthodologie appliquée par le Conseil de l'Europe – CEPEJ – peut apparaître comme la plus approfondie dans l'analyse des systèmes judiciaires, et servir de base pour un travail d'évaluation (cf. encadré).

L'évaluation des juridictions économiques

L'évaluation spécifique des juridictions économiques ne peut se comprendre que dans une approche beaucoup plus large de concurrence des outils juridiques de régulation, qui met en évidence la puissance et la cohérence des agences américaines ou des organismes internationaux dominés par les États-Unis, face à la dispersion d'initiatives européennes (410).

Si l'on se contente de confronter uniquement les méthodes de mesure de la performance des systèmes juridiques ou des institutions judiciaires par les différents organismes européens et centres de recherche, il se dégage qu'un niveau de qualité et d'efficience de juridictions ne peut résulter que du croisement des différentes techniques employées, correspondant à chaque fois à l'objet assigné par le commanditaire. Et l'on revient très classiquement à la mesure de l'activité comme premier niveau, à la mesure de la performance comme second niveau, s'appuyant sur les techniques de *benchmarking*. Nombre de pays européens, à l'instar des Pays-Bas, ont mis en place des systèmes très sophistiqués afin de promouvoir une politique de qualité. La France ne s'est pas encore donnée les moyens de cette politique, même si certains outils existent, tels ceux mis en place par le Premier président Canivet à la Cour de cassation pour suivre très précisément la production de chaque Cour d'appel, voire

(408) A.-L. Sibony, *Quelles leçons tirer des expériences étrangères ?*, in *Evaluer la justice*, *op. cit.*

(409) L'activité des juridictions commerciales en 2005, B. Milan et C. Poutet, *Infostat justice* n° 91, novembre 2006.

(410) Séminaire *Measuring law and Institutions*, 15 et 16 décembre 2006, organisé au Conseil d'Etat, co-organisé par le programme Attractivité économique du droit (Paris X), qui a notamment permis de comparer les méthodes et les stratégies américaines et européennes de : la Banque mondiale, USAID (*United States for International Development*) et son programme *Trade and commercial law assessments of the Central America countries*; *Judicial reform Index* (programme très offensif de l'*American Bar Association*) www.abaceeli.org ; la Commission européenne, l'OCDE, le Conseil de l'Europe (CEPEJ).

des différentes chambres des grandes Cours d'appel. La définition d'indicateurs permanents dans le cadre de la LOLF (la loi organique relative aux lois de finances) aurait pu aussi aider à cette politique de suivi, mais leur choix fournit peu d'informations réellement qualitatives et cette politique a même pour effet pervers d'orienter les évalués sur les moyens d'obtenir le meilleur résultat possible pour leur service en concentrant leurs moyens sur ces quelques indicateurs clés.

Pour aboutir à une véritable évaluation de la performance d'une juridiction, il convient donc de doubler ces méthodes quantitatives par des méthodes qualitatives : audits, recherches, observation participante, évaluation par les pairs. Une approche coûteuse, mais à forte valeur ajoutée, s'appuie sur les enquêtes nationales et locales auprès des usagers. Quelle que soit la qualité des systèmes judiciaires, le respect ou l'acceptation de la décision de justice ne s'appuie plus en effet seulement sur sa légitimité institutionnelle, elle doit aussi bénéficier de la confiance des citoyens. Le niveau d'exigence des citoyens européens vis-à-vis des institutions est aujourd'hui plus élevé. C'est ce que montrent en particulier les enquêtes qualitatives auprès des usagers effectuées régulièrement dans un nombre de plus en plus grand de pays en Europe (411), par delà les enquêtes générales d'opinion, qui n'apportent rien sinon l'état médiatique à un moment donné. Ces « usagers » sont des professionnels, les avocats et conseils juridiques des entreprises comme dans l'enquête du CREDA, mais aussi les magistrats et les personnels de greffe, les experts, les huissiers, et bien sûr les justiciables usagers effectifs. La France ne s'est donné qu'une seule fois, en 2001, les moyens d'une enquête approfondie auprès des usagers effectifs de la justice, qui concernait le tribunal de grande instance en matière civile et pénale (412).

Ces méthodes d'évaluation appliquées aux juridictions de droit commun sont tout à fait reproductibles pour les juridictions économiques. Mais ces dernières sont en France les grandes absentes des évaluations globales. Dans le domaine de la recherche qualitative, il n'existe qu'une enquête sociologique conduite sur les juges consulaires parisiens (413). Les juridictions économiques sont pourtant en première ligne dans certains exercices internationaux d'évaluation (*Doing business, Judicial reform index*).

L'étude du CREDA, qui s'appuie sur un questionnaire très approfondi auquel ont répondu des avocats et juristes spécialisés, usagers professionnels des juridictions économiques européennes, dont les résultats et la méthode sont clairement exposés, présente un grand

(411) L'administration de la justice et l'évaluation de sa qualité en Europe (Fabri, Jean, Langbroeck, Pauliat dir.), LGDJ, 2005.

(412) Institut Louis Harris/Mission de recherche droit et justice, Enquête menée en mai 2001 auprès des usagers de la justice www.gip-recherche-justice.fr; J.-P. Jean, Les demandes des usagers de la justice et M. Bénichou, Les demandes des professionnels de la justice, in *La qualité de la justice* (Cavrois, Dalle, Jean dir.) *La Documentation française* 2002.

(413) Partage des compétences et des usages du monde des affaires entre juges consulaires au Tribunal de commerce de Paris, E. Lazega, L. Mounier, A.-M. Falconi (CNRS, Université Paris-Dauphine), rapport pour la *Mission de recherche droit et justice*, janvier 2007.

intérêt, même si des remarques méthodologiques peuvent toujours être effectuées. Des prolongements seraient souhaitables, pour définir des méthodes et des indicateurs d'évaluation fiables et permanents applicables à ces juridictions. Des données permanentes (respect des standards européens, délais, coût, effectivité...), si elles étaient mises à disposition des acteurs économiques européens, pourraient constituer l'esquisse d'un observatoire de la justice économique européenne. Il serait sans doute utile que l'Europe se dote d'un tel instrument avant que les organismes internationaux n'incluent l'espace juridique et judiciaire comme un sous-produit des leurs.

Méthodologie du rapport de la CEPEJ sur les systèmes judiciaires européens (414)

Le rapport 2006 de la CEPEJ sur les systèmes judiciaires européens ne constitue pas en soi un travail d'évaluation, mais a vocation à devenir l'instrument de référence pour l'évaluation des systèmes judiciaires en Europe. C'est ainsi que le considèrent les responsables du Conseil de l'Europe qui ont voulu et soutenu ce travail pionnier. La Commission européenne estime qu'il s'agit d'un instrument désormais incontournable pour toutes les évaluations à venir. D'autres institutions comme la Banque mondiale, les observateurs d'autres continents, suivent de très près ces travaux et s'en inspirent.

Dans les objectifs de tout système d'évaluation se trouve au premier rang l'amélioration de la qualité du produit de ce système. Pour la justice, il s'agit de la qualité des décisions judiciaires, tant sur le produit fini (le jugement) que sur le processus qui y conduit.

Aujourd'hui, ce rapport est d'abord un état des lieux, une base de données unique pour aider à comprendre comment sont organisés et ce que produisent les systèmes judiciaires en Europe. Il s'agit d'une photographie de 46 systèmes judiciaires concernant 800 millions d'habitants, ayant chacun leur histoire, leur tradition juridique, leur niveau de développement.

La prochaine étape permettra de passer de la photographie au film, par la production de rapports tous les deux ans, sur des indicateurs permettant de suivre des séries significatives. Ce, afin de pouvoir ainsi analyser les grandes tendances et les évolutions des systèmes judiciaires dans l'espace de droit du Conseil de l'Europe.

Difficultés et limites de l'étude comparée

Il est évidemment difficile de mettre en chiffre et d'analyser des systèmes judiciaires parfois très différents entre eux. D'où des précautions méthodologiques nombreuses qui sont développées en détail tout au long du rapport. Un bref rappel de quelques une de ces précautions est indispensable avant toute comparaison hâtive.

Tout d'abord, il convient d'éviter le nombrilisme franco-français. La comparaison sur des bases fiables est toujours utile. Il ne faut pas prendre les comparaisons qui nous arrangent et refuser celles qui nous dérangent. La lecture d'un tel outil doit toujours se faire en ayant à l'esprit qu'il doit pouvoir s'appliquer à 46 pays dont certains ont des approches très différentes des nôtres.

Toutes les données sont présentées pour permettre de comparer des pays comparables. Par niveau de richesse et de développement (PIB par habitant) ou par taille (Andorre, San Marin, Monaco, le Lichtenstein ne peuvent se comparer qu'entre eux). Les pays fédéraux ont plus que les autres des difficultés à rassembler les données nationales (Allemagne et Länder, Espagne et régions autonomes, impossibilité cette année pour la Suisse et ses cantons). Le Conseil de l'Europe a l'obligation politique d'évoquer l'ensemble des pays. L'essentiel est que chaque pays peut désormais se comparer aux pays qu'il estime comparables au sien. Ainsi, la France peut parfaitement se comparer à l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, la Belgique ou l'Autriche.

L'exercice comparatif entrepris ici pour la justice l'a été dans d'autres domaines tout aussi délicats. Les plus proches concernent le domaine universitaire et celui de la santé, dans lesquels l'indépendance du médecin ou de l'enseignant-chercheur dans sa prestation doivent se conjuguer avec les demandes des

(414) www.coe.int/CEPEJ.

usagers, des objectifs de qualité, de maîtrise des coûts et de mesure de l'efficacité. Ainsi les indicateurs qui fondent le classement de Shanghai des universités ouvre-t-il à de multiples discussions mais, comme l'écrit Daniel COHEN, « *ignorer ce classement au titre qu'il est imparfait tiendrait de la politique de l'autruche* ».

Pour évoquer l'état d'esprit qui a présidé à l'élaboration du rapport de la CEPEJ, il paraît fondamental de souligner que la conception de ce travail n'est pas que quantitative. Les contraintes « productivistes » de l'institution judiciaire ne doivent pas l'emporter sur ce qui fait l'essence de la justice, la décision d'un juge, dans des conditions permettant au citoyen de reconnaître la valeur justice, pas simplement le label.

Le processus

Les correspondants nationaux, qui remplissent le questionnaire appartiennent aux ministères de la justice, ce qui assure le caractère officiel des données transmises, même si des problèmes d'interprétation peuvent toujours se présenter. Ces réponses au questionnaire très détaillé, sont revues et corrigées au cours du processus à partir des échanges avec les pays et les observateurs de la CEPEJ que sont toutes les associations européennes des professionnels de la justice (magistrats judiciaires et administratifs, greffiers, avocats, huissiers). À partir de ce questionnaire, le processus d'évaluation commence, car chaque ministère national de la justice peut se confronter aux autres. Quels sont les éléments clé de compréhension du fonctionnement d'un système judiciaire ? Quelles sont les questions que se posent les autres pays ? Nous posons-nous les mêmes ?

Ainsi, par exemple, une série de questions concerne la gestion et l'administration des juridictions, les responsabilités respectives des chefs de juridiction et des administrateurs. Ce débat traverse nombre de pays européens, tout comme celui des attributions respectives des ministères de la justice par rapport aux conseils supérieurs de justice dans l'affectation et le contrôle des moyens, encore plus dans la période de contrainte budgétaire qui touche tous les pays.

L'approche comparée montre aussi les différences de culture judiciaire. Pour un magistrat français, le budget des services judiciaires inclut à l'évidence parquets et tribunaux. Mais cela n'est la réalité que dans une minorité des pays du Conseil de l'Europe. C'est pourquoi, même si parquet et siège font l'objet d'une place institutionnelle différente, les données ont été recueillies et traitées en distinguant deux groupes parmi 45 pays, selon qu'ils faisaient ou non l'objet d'une gestion administrative et budgétaire commune (13 dont la France) ou séparée (32 autres pays).

Le questionnaire met en évidence des problématiques déterminantes pour le Conseil de l'Europe. Ainsi en est-il de la place des citoyens (usagers en général, justiciables et victimes en particulier). Une série de questions concerne l'accès aux droits. Par exemple pour déterminer s'il existe une obligation d'information des parties concernant les délais prévisibles de la procédure, notion essentielle pour certaines catégories d'affaires déterminées. Ou encore pour mettre en évidence la nécessité d'enquêtes locales de satisfaction permettant de mesurer les conditions de traitement du courrier, d'accueil, du temps d'attente aux audiences...), de procédures d'indemnisation en matière de durée excessive de procédure, d'arrestation injustifiée, les conditions de dépôt de plainte pour dysfonctionnement...

La diffusion de normes

La CEPEJ diffuse ainsi auprès de tous les pays un système de normes de références pour analyser les dispositifs que doit intégrer tout système judiciaire s'inscrivant dans le cadre de la Convention ESDH. Comme la nécessité d'instaurer un système d'aide judiciaire dans les pays d'Europe de l'Est qui n'en disposent pas encore.

La partie consacrée à l'évaluation insiste essentiellement sur les instruments dont doivent se doter les pays. Elle distingue un premier niveau, indispensable, celui relatif au suivi d'activité : tableaux de bord, rapport d'activité, données disponibles en permanence, d'un second niveau, plus sophistiqué, consacré à l'évaluation pour lesquels certains pays (Bénélux, Europe du nord) sont très avancés. Tous les adeptes de la LOLF et les férus de « fongibilité asymétrique » pourront vérifier que figurent des questions relatives aux indicateurs de performance, aux objectifs fixés, aux autorités chargées de l'évaluation.

Ces références montrent à tous les États, même les moins avancés, quelles sont les méthodes d'évaluation vers lesquelles elles doivent tendre. Et si des pays comme les Pays-Bas ou la Finlande disposent de ces éléments issus du New public management, nous ne pouvons pas actuellement en France répondre positivement à ces trois questions : standards de qualité sur les jugements prononcés ; moyens de mesurer les temps morts dans la procédure ; système permettant de mesurer le stock des affaires et de repérer celles non traitées dans un délai acceptable, en matières civile, pénale, administrative.

En ce qui concerne la notion de qualité, l'approche est simple, s'appuyant sur la qualité du procès au sens de la Cour EDH. Le rapport, dans la partie consacrée au procès équitable, distingue ainsi le respect des principes fondamentaux de la question spécifique de la durée des procédures.

Malgré toutes les précautions méthodologiques, ce travail ne peut bien entendu être qu'imparfait et ponctuellement critiquable. Mais la masse des données quantitatives et qualitatives qu'il contient laisse une large place aux explications, aux exemples, aux références complémentaires. Des études de cas sont effectuées, par exemple sur la question des délais de procédures concernant des faits compris partout de la même façon, même s'ils sont qualifiés juridiquement de façon différente : les homicides (excluant les tentatives), les vols avec violences, les divorces contentieux (ni administratifs, ni consentement mutuel), les licenciements. Une étude sur les contrats commerciaux n'a pu être réalisée faute de distinction statistique, dans nombre de pays, par nature de contrat.

Yves CHAPUT.— Merci, d'autant que la France présidera, au deuxième semestre 2008, aux destinées de l'Europe... Une simple remarque concernant l'enquête du CREDA : il ressort très clairement que l'opinion des praticiens interrogés à propos des juridictions économiques, est souvent négative lorsque ces derniers n'ont pas eu de contact avec ces juridictions et positives dans le cas contraire. Ce qui prouve bien qu'il y a parfois des préjugés, d'où l'intérêt d'études objectives. Je vais donner la parole à Madame Carole Xueref, qui est Directeur juridique d'ESSILOR International et Président d'honneur du Cercle Montesquieu. Les entreprises estiment-elles que l'on peut évaluer les juridictions économiques européennes, et comment ?

Le point de vue de l'utilisateur

Carol XUEREF

Directeur juridique d'ESSILOR International, Président d'honneur du Cercle Montesquieu

Je vais peut-être dire des choses iconoclastes et simplistes par rapport à tout ce qui a été présenté pendant cette journée importante, mais je vais raisonner comme une entreprise.

La réponse, simple, à la question qui m'est posée par l'intitulé de mon exposé « Peut-on évaluer les juridictions économiques européennes ? », est « oui » ; tout utilisateur le fait, que cela soit de manière très subjective, à la suite d'une utilisation unique, ou dans la foulée d'un commentaire médiatique, un peu comme Monsieur Jourdain faisait de la prose (donc sans le savoir).

Le professionnel que je suis se doit de faire cette évaluation régulièrement (j'espère de manière plus scientifique que Monsieur Jourdain...) car une de mes fonctions est d'analyser, de gérer et de prévenir les risques de l'entreprise, le risque judiciaire en étant un.

L'évaluation des juridictions que l'on peut être amené à confronter est donc une aide à la décision stratégique de l'entreprise ; il faut déterminer s'il est utile d'engager une action en justice, si oui, dans quelles conditions ou s'il vaut mieux s'abstenir.

Soyons clairs. Rien n'est blanc, ni noir, dans un litige. Mais, on préfère évidemment choisir une instance et des compétences capables de comprendre et traiter au mieux une affaire.

Plus précisément, le juriste analyse les critères immédiats : le choix du droit applicable et le choix de la juridiction.

Je n'y reviens pas, nous en avons parlé et le sujet est clair après cette journée de débats.

Citons plutôt les critères de pratiques et de procédures :

- Coût de la justice et indemnisation des parties.
- Qualité de l'administration et la gestion des systèmes judiciaires.
- Délais de temps morts dans la procédure.
- Charge de travail des juridictions et des juges.
- Délais de traitement et qualité du stock d'affaires, autrement dit, l'expérience et l'importance des dossiers.
- Information des parties sur les délais prévisibles de la procédure (la pérennité de l'entreprise peut en dépendre).
- L'utilisation de technologies modernes d'information, y compris avec les justiciables.
- Les tâches non judiciaires des tribunaux et des juges.
- Délais de délivrance des jugements et de l'exécution des décisions, ainsi que l'harmonisation des procédures.

Mais encore :

- Formation et compréhension des juges (y compris pas trop de recours à des expertises pour former une décision).
- Les juges connaissent-ils le monde de l'entreprise ? Y ont-ils travaillé ? Y ont-ils fait des stages ?
- Comprennent-ils les exigences de commerce international du secret des affaires, le traitement égal des agents économiques ?
- L'adaptation des solutions aux besoins économiques et les conséquences économiques d'une décision (nous en avons déjà parlé).

Au vu de ces éléments d'évaluation et du travail d'analyse des risques de justice, on peut alors se poser la question de savoir si la démarche de certaines entreprises d'imposer tel ou tel droit applicable relève seulement du nationalisme juridique, d'une peur de l'inconnu ou plutôt de cette évaluation que je viens de décrire.

Qui dit évaluation, dit conclusions – on tire des conclusions pour revivre, ou ne pas revivre, la même expérience. Et si l'on ne souhaite pas revivre une certaine expérience, car les risques sont trop importants, alors on compare et si on compare, on met en concurrence et, donc, si je

suis mon propre raisonnement (... !) on est dans un marché pour parler en termes du droit de la concurrence.

La notion de marché est au cœur de toute analyse concurrentielle. Un marché se caractérise par la somme des comportements des consommateurs et des producteurs, en l'espèce l'usager et la juridiction nationale.

L'ensemble des concepts relatifs à ces comportements, leurs déterminants et leurs conséquences sur le fonctionnement des marchés est donc mobilisé par l'analyse concurrentielle. Si l'on transpose cela à une concurrence entre les juridictions nationales et que l'on procède à l'évaluation des juridictions, il faut alors adapter en permanence l'offre à la demande dans le cadre du contentieux économique.

À mon avis d'utilisateur, il faut une justice accessible, impartiale, moderne et efficace pour mériter la confiance des opérateurs économiques. Il faut des jugements de qualité. Il ne faut pas que l'appel soit la vraie décision de justice.

Pour faire écho à l'intervention de Monsieur de LY, on voit bien pourquoi les entreprises font du « legal forum shopping » dans un sens économique : elles sont à la recherche de la justice la plus efficiente sur les coûts, l'efficacité de la procédure, la langue, l'expertise du juge, la confiance, la spécialisation, l'impartialité, la probabilité de la décision.

Il faut se rappeler qu'en tant que directeur juridique, j'ai un budget à obtenir et à gérer et j'ai surtout à défendre au mieux les intérêts de l'entreprise que je représente. Pour parler en termes « business », je souhaite obtenir le meilleur résultat possible au moindre coût, non seulement sur le produit fini (le jugement), mais aussi sur le processus qui y conduit.

Ceci va amener l'usager également à réfléchir et donc à évaluer toutes les sorties possibles d'une affaire – qu'il s'agisse de comparer des modes négociés alternatifs au procès (transaction, médiation, arbitrage) ou, comme nous l'avons débattu tout à l'heure, regarder, dans le cadre de discussions avec des autorités administratives indépendantes, les différentes procédures qui peuvent être mises en œuvre tels que les engagements, la clémence, etc.

En aparté, je ferai dans le cadre du débat sur l'évaluation, un petit clin d'œil, sans prendre position, aux rapports de la Banque Mondiale. Une justice économique évaluée positivement par les acteurs économiques favorise néanmoins l'attractivité pour des investisseurs potentiels et constitue un outil de compétitivité.

Qu'il soit bien compris, je ne fais pas une plaidoirie « valeur »/« productivité », mais je vois que les entreprises (tout comme leurs propres clients à leur égard) ne se contentent pas de prendre ce qui est proposé tel quel. Il est clair que l'essence de la justice est la décision d'un juge, rendue dans des conditions permettant de comprendre la valeur justice.

André POTOCKI

Conseiller à la Cour de cassation (Chambre commerciale)

Mesdames et Messieurs

Permettez-moi d'ouvrir mon propos par une brève anecdote, qui m'a profondément marqué. Nous étions en 1987. La Cour d'appel de Paris venait de recevoir compétence pour connaître des recours formés contre les décisions du nouveau Conseil de la concurrence : responsabilité nouvelle et considérable au regard des multiples enjeux en cause. Son Premier Président, M. Pierre Drai, avait décidé d'expliquer aux milieux économiques comment il entendait l'assumer. Ce jour-là, il prenait la parole devant un parterre de chefs d'entreprises. Je l'accompagnais en qualité de secrétaire général de la Première Présidence de la Cour d'appel. Ses propos, faits d'analyses juridiques et de considérations économiques, étaient accueillis avec un intérêt courtois et mesuré. Au moment de terminer son intervention, le Premier Président a prononcé ces paroles : « Je m'engage personnellement devant vous à ce que tout recours soumis à la Cour d'appel de Paris reçoive jugement dans un délai de 6 mois ».

Un flottement d'incrédulité a suivi cette déclaration puis un tonnerre d'applaudissements a traversé la salle. Je venais de bénéficier de la plus belle leçon d'évaluation d'une juridiction économique par ses utilisateurs !

Le temps qui m'est imparti est bref. Je me limiterai donc à trois constats simples.

En premier lieu, en matière économique au moins, les juridictions économiques sont en situation de forte concurrence, à l'échelle mondiale. Cette évidence, qui est au cœur de nos travaux, vient d'être développée par les orateurs précédents.

Mais il faut savoir que peu de magistrats professionnels sont conscients de cette réalité, encore moins l'acceptent et ceux qui l'intègrent dans leur pratique sont rares.

En deuxième lieu, du côté des entreprises, les sources d'informations des décideurs sont mal connues et sans doute pas toujours d'une rigueur absolue. Quel est le « réseau cognitif » d'un directeur juridique ou d'un chef d'entreprise qui le conduit à choisir tel juge, à préférer les juridictions de tel pays, à exclure la compétence de telles autres ? À ma connaissance, cette décision est essentiellement fondée sur les expériences personnelles, le réseau des responsables de services juridiques, les avocats et la presse spécialisée. Se constitue ainsi une « renommée commune », une bonne ou une mauvaise réputation qui, si elle est souvent globalement exacte, ne permet pas une appréciation fine et actualisée indispensable à une prise de décision.

En troisième lieu, on assiste dans les processus contentieux à une évolution caractérisée par le décloisonnement des rôles respectifs des acteurs.

Je m'explique : traditionnellement, la partie adverse était un ennemi, l'avocat un technicien du droit exécutant des instructions du client, le procès une arène et le juge un personnage hiératique, inaccessible et imprévisible.

Aujourd'hui, la partie adverse est le plus souvent un partenaire avec lequel il faut composer, l'avocat est fréquemment intégré dans l'élaboration de la stratégie de l'entreprise, le procès, lui-même concurrencé par des modes alternatifs de résolution, se gère comme n'importe quelle crise et le juge pourrait bien s'ouvrir à un échange constructif avec les parties et leurs conseils. Cela signifie que les frontières traditionnelles s'estompent. Les rôles s'interpénètrent et des convergences fonctionnelles se dégagent.

Quelles orientations concrètes peut-on dégager de ces trois constats élémentaires en termes d'évaluation des juridictions économiques ?

Premier constat, je le rappelle : les juges sont insuffisamment conscients du contexte concurrentiel dans lequel ils évoluent et de la place (du classement pourrait-on dire) qu'ils y occupent. Ils ne savent pas l'opinion que l'on a de leurs prestations et l'effet attractif ou répulsif de cette opinion. En France, une sorte de black-out règne sur cette question.

Eh bien, il faut briser ce tabou !

J'estime qu'il appartient aux professionnels du droit, avocats, responsables de services juridiques, professeurs de droit de rendre publiques leurs appréciations sur la qualité des systèmes judiciaires. Ils doivent le faire avec courtoisie, avec sérénité mais avec clarté et précision. Ces appréciations doivent être largement diffusées. Elles doivent ouvrir un débat avec les juges selon des formes déontologiquement acceptables. Ces exercices doivent être menés régulièrement et les progrès qui en résulteront devront être valorisés.

Je garde un souvenir très fort des échanges auxquels j'ai participé entre les juges du Tribunal de première instance des Communautés européennes et les représentants du Comité consultatif des barreaux européens. De part et d'autre, les choses étaient dites et parfois de façon très directe.

C'est bien un exercice d'évaluation des juridictions économiques ouvert, dynamique et public qui m'apparaît indispensable. Ce ne serait pas une remise en cause de l'autorité des juges mais, au contraire, une opportunité pour eux de fonder cette autorité sur des bases solides.

Deuxième constat : les usagers des juridictions économiques ne disposent pas d'une information fine leur permettant de savoir ce qu'ils peuvent en attendre.

Eh bien, cette information, il faut la leur donner !

Il serait indispensable que les responsables de services juridiques et les avocats, d'une part, les responsables des juridictions économiques, d'autre part, déterminent ensemble quelques informations essentielles que ces juridictions diffuseraient de façon aisément accessible et tiendraient régulièrement à jour. Importance et vitesse de rotation du stock des affaires en cours, durée moyenne des litiges par type de contentieux, possibilité ou non de bénéficier d'une priorité et sur quels critères, spécialisation ou non des juges et en quelles matières, etc.

Ces informations doivent être peu nombreuses, définies d'un commun accord par les acteurs concernés, standardisées au moins au niveau national, strictement tenues à jour et vérifiables. Elles permettraient une évaluation permanente des juridictions économiques par elles-mêmes et par leurs utilisateurs, sur des critères dont la pertinence serait avérée. Bien sûr, il serait bon qu'à terme ces informations soient collectées et diffusées au niveau européen par un organisme ad hoc. Mais alors, il faudra veiller à ce que la gestion de ce système d'évaluation ne l'éloigne pas des véritables préoccupations des acteurs de la justice économique.

Troisième constat : les rôles des acteurs du processus contentieux se sont ouverts au profit d'une dynamique commune.

Eh bien, le juge doit s'insérer pleinement dans ce mouvement.

Comment le peut-il ? En étant accessible et réactif.

Dès sa saisine, parfois même avant d'être saisi, il doit pouvoir évaluer avec les parties l'adéquation entre leur demande et le service qu'il peut fournir. Un échange doit s'établir, bien sûr dans le respect absolu du contradictoire, afin que le juge comprenne ce qui lui est véritablement demandé : a-t-on surtout besoin de son autorité ou de sa capacité d'interpréter le droit ? Est-ce principalement son *imperium* ou sa *juridictio* qui est sollicité ? Quel rythme est le bon pour cette affaire ? Certains points essentiels peuvent-ils être tranchés immédiatement pour ouvrir une phase intermédiaire de négociation ? C'est une évaluation commune, menée par le juge et les parties qui s'instaure alors.

De même, le cloisonnement entre l'audience et le délibéré est en train de s'estomper. Classiquement, on le sait, les avocats avaient seuls la parole durant l'audience mais étaient exclus de la phase quasi sacrée de l'élaboration intellectuelle de la décision, qui se déroulait dans le secret de la salle des délibérés. Le véritable intérêt des audiences interactives qui se développent maintenant n'est pas seulement d'informer le juge sur tel ou tel point particulier. Le changement est beaucoup plus fondamental : il s'agit de transformer l'audience en une phase de pré-délibéré, public et contradictoire, à laquelle les avocats participent activement.

Autre point essentiel : il n'est plus crédible de soutenir que le juge ne crée pas de droit. La vraie question est maintenant la suivante : lorsqu'il produit de la norme, le juge doit-il rester

avec des méthodes faites pour traiter des cas singuliers ou doit-il intégrer des pratiques de *law-maker*? La réponse est déjà là : *amicus curiae*, consultation des milieux économiques intéressés, débat sur les conséquences multiples des décisions envisagées ouvrant l'audience aux dimensions d'un forum, modulation dans le temps de l'effet de certaines décisions... En agissant ainsi, le juge ne concurrence pas le législateur mais il prolonge son action et en assure l'effectivité.

Cette capacité de décloisonnement, de repositionnement des acteurs est un élément d'appréciation essentiel de la qualité des juridictions économiques.

Je ne dirai qu'un mot sur la dimension européenne de cette évaluation des juridictions économiques : il est indispensable de renforcer les échanges entre les juges européens ! Les outils existent : réseaux spécialisés, participation aux travaux des cours des autres États membres, études et réflexions menées en commun, etc. Tout cela conduit à des évaluations croisées très favorables au progrès de tous. Je peux en témoigner personnellement.

Mesdames et Messieurs : évaluer les juridictions économiques c'est lever les frontières anciennes, instaurer de la transparence, créer des échanges et réguler la concurrence qui existe entre les lieux de justice.

À la question qui nous a été posée : peut-on évaluer les juridictions économiques européennes, je réponds sans hésiter : il est indispensable de le faire !

Débat

Yves CHAPUT.– Il y a un mot, finalement, qui ressort de toute cette journée, c'est le mot « communication » ou « échanges ». Nous allons donc échanger maintenant.

Robert BADINTER.– J'aurai, si vous le permettez, une question à poser parce que tout ce qui a été dit m'a passionné et surpris.

Pas sur les évaluations. L'évaluation de juridiction est une nécessité pour l'amélioration du service public de la justice, cela ne fait aucun doute. Et tout ce qui a été dit à cet égard me paraît important.

Mais là où je sombre dans la perplexité, c'est lorsque l'on parle d'amélioration de la productivité des juridictions pour mieux se placer sur un marché concurrentiel de la justice. J'avoue que je peux, à l'extrême rigueur, le concevoir s'agissant des institutions qui – pour employer des formulations de ce type – produisent de l'arbitrage. Si tel centre d'arbitrage apparaît comme mieux organisé, plus rapide, moins coûteux, plus sûr, je conçois que les plaideurs le choisissent pour résoudre leurs différends. Mais quand on arrive à la justice étatique, je pose la question : comment est-ce qu'on peut concevoir l'exercice du *forum*

shopping au regard des règles de compétence qui s'imposent aussi bien sur le plan national qu'en matière conventionnelle ? Est-ce qu'on peut, à discrétion, au regard des règles de compétence étatique, décider que parce qu'à Strasbourg on juge plus vite qu'à Laval, on ira à Strasbourg pour les plaideurs de la Mayenne ? Réfléchissons, qu'est-ce que veut dire, concrètement, le *forum shopping* sur le plan national et même sur le plan international ? Autant je conçois le *forum shopping* quand il s'agit de juridictions arbitrales, autant ma perplexité est grande s'agissant de juridictions étatiques. D'autant – je vais être cynique – que magistrats et personnels de justice se retrouveront avec un rôle plus chargé dès lors qu'ils seront plus attractifs ; cela se traduira nécessairement par plus de travail pour eux. Ils ne vendent pas leurs services. Je rappelle qu'ils touchent des traitements. Et autant, au regard des services publics de la justice, je comprends qu'on s'interroge sur les conditions dans lesquelles on produit les décisions, autant, encore une fois, l'idée d'un marché compétitif de justice qui fait que les Japonais décideraient de s'établir en France, parce que la justice y est plus efficace, cela me paraît véritablement hors de la réalité. Si les entreprises japonaises choisissent de s'établir en France, je veux bien admettre que les transports, les routes, les communications, de même les services de santé, et les golfs peuvent jouer un rôle particulier. Mais, très franchement, l'idée qu'on va établir ses bureaux dans tel coin parce que les juges sont plus productifs et plus compétents qu'ailleurs paraît singulière.

Luigi IMPALLOMENI, *Avocat à la Cour.* – Je viens d'entendre les interrogations que Monsieur le Président Badinter formule sur le *forum shopping*. Je peux vous donner deux exemples pratiques que j'ai vécus pour des raisons professionnelles. En matière d'agence commerciale, Monsieur le Président, il y a un règlement qui a donné uniformité de traitement en droit interne français et italien. Ce règlement laisse liberté aux États d'établir le barème et le montant du traitement de fin de rapport. Que se passe-t-il ? En Italie, pays pauvre, la jurisprudence donne un an de commissions au titre de traitement de fin de rapport, alors qu'en France, pays riche, on donne deux ans de traitement de fin de rapport. Que se passe-t-il ? Les agents commerciaux italiens d'entreprises françaises demandent que soit insérée une clause de choix de juridiction, choisissent la compétence du juge français pour avoir deux ans de traitement de fin de rapport au lieu de la petite année de traitement de fin de rapport que le juge italien pourrait leur accorder.

Deuxième exemple, en matière de transport routier international. L'article L132-8 du Code de commerce donne action directe aux voituriers contre le chargeur ou le destinataire français. On a donc des voituriers italiens qui viennent en France se faire payer par le chargeur ou par le destinataire, du fret qu'ils n'ont pas encaissé. Je dois ajouter que cette règle de l'article L132-8 est l'unique règle de droit interne existant en Europe, qui accorde une action directe aux voituriers. Le droit italien, le droit espagnol, le droit interne anglais n'ont pas un principe de droit qui accorde l'action directe aux voituriers contre le chargeur français ou contre le chargeur italien.

Robert BADINTER.– Une réaction à cet exemple : ici, c'est la générosité du juge qui détermine le choix de la juridiction, mais pas la qualité ou la rapidité de la décision ; ce n'est pas l'amélioration des procédures, ce n'est pas le *forum shopping* au regard des critères de productivité. On a vu cela, s'agissant des dommages et intérêts, à l'époque où les jurisprudences du Conseil d'État et des juridictions civiles divergeaient. Là, c'est la même chose. Ce n'est plus du *forum shopping* ; c'est autre chose. Cela n'a plus rien à voir avec la qualité du procès ; cela a tout à voir avec le montant de ce qu'on obtient.

Alors si c'était cela le *forum shopping* cela deviendrait effrayant.

André POTOCKI.– Il me semble, Monsieur le Président, que vous avez posé deux questions. La première : mais comment peut-on choisir son juge ? Et accessoirement : pourquoi le choisit-on ? Mais il me semble que la réponse qui vous a été faite porte plutôt sur le choix du droit, ce qui est autre chose. Il y a bien un choix du juge. Comment peut-on le faire ? La réponse est très simple.

Premièrement, dans ce domaine règne le primat de l'autonomie de la volonté. Notamment en matière internationale, la plupart des conventions prévoient que les parties peuvent choisir le for, et, dans le champ national, entre commerçants, selon certaines conditions qui sont assez légères, elles le peuvent également.

Le second élément de réponse est qu'en matière internationale, la complexité de ces règles permet des jeux extrêmement subtils qui autorisent certains à orienter le litige vers tel ou tel for. Pourquoi le choisit-on ? À mon sens, on se pose deux questions.

Premièrement, est-ce que je vais devant un juge étatique, ou est-ce que je l'évite ?

Deuxièmement, je suis absolument convaincu, pour l'avoir vécu moi-même, que certaines pratiques judiciaires attirent les parties : si on sait qu'un juge est ouvert, qu'on peut parler avec lui des modalités selon lesquelles le procès se déroulera, qu'on ne sera pas complètement dépossédé par la machine judiciaire de l'affaire qu'on lui confie, alors il peut-être intéressant d'aller devant ce juge.

Vous avez également posé une autre question, Monsieur le Président, que je n'ai jamais osé poser publiquement. Au fond, le juge agissant dans un système public, qu'est-ce qui le motive à être le meilleur ? Qu'est-ce qui le pousse à être le meilleur ? Dans une analyse strictement économique, la démarche rationnelle devrait plutôt consister à dire : je dois être dans une honnête moyenne pour n'avoir ni problème avec ma « structure », ni surcharge avec mes « clients », puisque de toute façon il y a peu de chance que j'en obtienne un résultat tangible favorable. Ma réponse est un peu platonicienne : c'est l'éthique. Il me semble qu'il y a un plaisir profond – que nous avons tous, un jour ou l'autre, éprouvé, plus ou moins fréquemment, de façon plus ou moins illusoire –, lorsque l'on réalise que ce qu'on cherche à

façonner pour répondre à la demande du justiciable est en parfaite adéquation avec ce qu'il souhaite.

Quant à la portée des conséquences que pourrait entraîner cette concurrence internationale, je crois qu'on la mesure mal. Tout à l'heure, l'un des intervenants a parlé de la spécialisation développée par l'État du Delaware, aux États-Unis en matière d'incorporation des sociétés. Maintenant, on fait un pas de plus. Un professeur de Yale, dans une étude, s'est demandé si l'État du Delaware ne pourrait pas aider, au-delà de son territoire, ceux qui utilisent son droit des sociétés en obtenant des accords lui permettant d'installer sur des territoires étrangers, des tribunaux du Delaware avec des juges de cet État qui savent bien appliquer le droit des sociétés, créant ainsi une sorte d'enclave diplomatico-judiciaire. On viendrait à Paris se faire juger par des juges du Delaware. Bien entendu, on est à la limite de la justice fiction. Mais cela montre ce qui est en train de se développer et dont nous devons avoir conscience.

Jean-Paul JEAN.— Je voulais juste faire une remarque pour terminer sur l'évolution des compétences territoriales dans les différents droits. Je connais mieux le droit pénal et la procédure pénale, mais en matière civile le *forum shopping* existe, les justiciables se domicilient à Paris, pour venir y divorcer (les délais étant moins longs qu'ailleurs). En matière de procédure pénale, les critères de compétence sont aujourd'hui extrêmement larges. Sont notamment critères de compétence : le lieu de transfèrement, le lieu où la personne est détenue, etc. En matière économique et financière aussi, les critères de compétence sont larges, et la marge de compétence territoriale pour saisir une juridiction, considérable. Donc, ce ne sont pas simplement des règles d'ordre public.

Deuxièmement, et je crois qu'entre qualité et évaluation il y a un sujet, qui me semble extrêmement important, qui n'a pas été abordé, c'est celui de la spécialisation. Est-ce que pour les juridictions économiques comme pour les autres juridictions, la spécialisation est un critère de qualité ? Je pense que oui. C'est un débat extrêmement important, dont il est dommage qu'il soit si peu posé dans le débat sur la carte judiciaire.

Robert BADINTER.— Et dans la remodification des compétences, c'est une donnée que l'on ne prend pas assez en considération. Oui je disais que c'est injuste, et je marque que dans le projet de restructurer la carte judiciaire après coup à partir des compétences, le critère de spécialisation jusqu'ici ne m'est pas apparu assez pris en compte. Mais c'est un autre débat.

Réflexions conclusives

Robert BADINTER

Professeur émérite de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), ancien Président du Conseil constitutionnel, ancien Garde des Sceaux.

Nous voilà arrivés au terme d'une journée chargée. J'aime beaucoup l'exercice universitaire classique du rapport de synthèse. Les réflexions conclusives c'est autre chose. C'est partir de ce qui est, pour essayer de voir ce vers quoi l'on ira. Alors, très franchement, d'abord, hommage rendu à tous ceux que j'ai entendus : les exposés introductifs, les rapporteurs, et notamment le rapport tout à fait remarquable du Professeur Cadiet. J'ai écouté, avec toujours le même bonheur, le Premier Président Canivet. Il a des idées sur la justice que je trouve – ce qui est pour moi un réconfort – si proches des miennes, que je me disais : « s'il existait encore, comme dans ma jeunesse – ça existe après tout – des tournois de tennis du Palais, je lui proposerais de faire équipe avec moi ». Vous iriez au filet, moi au fond, je préférerais servir. Mais il faut aussi remercier nos hôtes. Et surtout, bien entendu, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, dans laquelle nous sommes pour tout l'apport si positif d'une journée comme celle-là. Je suis convaincu que chacun des participants s'en trouvera enrichi.

Alors, pour conclure, ouvrir les voies de la prospective, la question posée c'est : « vers quoi allons-nous ? » On a fait aujourd'hui le point sur : « où en sommes-nous ? », c'est la radiographie. Ce que, maintenant, il faut essayer de dérouler, c'est le film, la prospective. Alors, sur le premier point, la synthèse de : « où en sommes-nous ? », je me disais c'est très commode, on pourrait reprendre l'habitude du concours d'agrégation : deux parties. Première partie, c'est la diversité dans l'unité. Deuxième partie, c'est l'unité dans la diversité. Je pense qu'il est plus intéressant de partir de ce qui figure dans ce petit livre, dont certains se souviennent peut-être avec une dose de mélancolie, qui était le *vade mecum* de tous les partisans du « oui » à la Constitution, pendant la campagne qui s'est finie, comme on le sait, par, hélas, une défaite marquée des partisans de la Constitution européenne. Pourquoi partir de la Constitution européenne maintenant défunte ? Parce que dans l'article symbole de l'Union, il y avait la devise de l'Union. Je dis : « il y avait », à l'imparfait, parce qu'elle va disparaître du traité modificatif, comme les autres symboles, ce qui est fort regrettable. Et là, c'était : « unis dans la diversité ». Alors, cela posait un problème bizarre, intéressant, linguistique, parce qu'en anglais, « unis », c'est singulier ou pluriel, comme on veut : « united ». En français, « uni », était-ce l'Union qui était unie, étaient-ce ses États qui étaient unis ? Vous n' imaginez pas les ravissements lors des discussions qu'ont eu les conventionnels – parmi lesquels j'avais le bonheur de me trouver – sur cette question : est-ce l'Union qui est unie, ou sont-ce ses États qui sont unis ? Et finalement, dans la version française, c'est unie, unie dans la diversité. L'Union est donc unie dans la diversité. Je pense que les États aussi me paraissent unis dans la diversité. Mais la formule est très révélatrice, très saisissante et tout à fait applicable à notre problème. Pourquoi ? Parce que les conclusions auxquelles on aboutit après une journée si riche, s'agissant des juridictions économiques – mais à mon avis, cela pourrait

valoir pour toute la justice en Europe ou dans l'Union européenne toute entière – c'est bien que les institutions juridictionnelles, les juridictions, sont diverses. On l'a dit, on l'a répété, il y a des formules multiples. On le sait, nous, particulièrement en France, qui connaît une importante diversité institutionnelle, une palette tout à fait remarquable. Je laisse de côté les questions de la justice économique conventionnelle et l'arbitrage. Mais nous avons quand même une justice économique avec des tribunaux ordinaires – tribunal de grande instance dans certains cas – et des juridictions commerciales. Parmi les juridictions commerciales, certaines comportent un échevinage, d'autres non. Il y a ensuite le contrôle des Cours d'appel et des chambres spécialisées de la Cour de cassation.

Est-ce qu'on aurait intérêt, pour toute l'Europe, où il n'y a pas de modèle unique, à uniformiser le tout ? Cela a fait l'objet de grandes discussions. Je n'y crois pas. J'ai toujours considéré qu'il y avait entre la justice d'un État, d'un pays, d'une nation, et sa culture particulière, des rapports étroits. Il y a un certain attachement aux formes traditionnelles de la justice pas seulement parce qu'il y a une sorte d'esprit conservateur qui règne volontiers dans le corps judiciaire – il n'y a qu'à voir les cérémonies – mais simplement parce que c'est lié à une très longue histoire. C'est une façon de juger qui correspond à une longue tradition. Et cela a laissé dans la culture du pays, de la société, une marque, une empreinte profonde qu'on hésite à changer. Vous êtes, dans ce domaine, très conscients qu'il existe des attachements et peut-être une forme d'inconscient collectif qui seraient à analyser de près. Ce n'est pas simplement le fait de toucher à un Palais de justice, et de dire qu'on jugera à 50 kilomètres de là. C'est beaucoup plus profond. Cela n'exclut pas du tout l'amélioration nécessaire dans le traitement de la matière judiciaire. Mais modifier, uniformiser avec un seul modèle, non seulement dans chaque État, mais pour toute l'Union européenne, je n'en vois pas l'avantage. J'en vois, au contraire, certains inconvénients, et surtout une difficulté de mise en œuvre considérable. Certains d'entre nous pensent à une collégialité universelle dans l'Union européenne. Je ne suis pas sûr que nos amis britanniques qui sont très attachés, en première instance, au juge unique, l'acceptent un jour. De la même façon, faire disparaître, au profit de l'échevinage, certaines juridictions qui marchent fort bien, dans lesquelles il n'y a pas d'échevin, mais des juges consulaires ou des juges étatiques ne me paraît pas souhaitable. Chacun, dans ce domaine, doit être libre de conserver ses modes traditionnels de juridiction, étant entendu qu'il ne doit pas cesser – et c'est la réflexion que je voulais faire – de les mettre au service du justiciable. Quand j'évoquais, cher ami Potocki, le fait que cela ne rapportait rien aux magistrats, vous avez eu raison de rappeler qu'il y a l'éthique. J'avais rappelé que c'était le service public de la justice, et que je vois mal des services publics de la justice se livrer notamment à des opérations de concurrence, sinon, en ce moment, pour des raisons qui tiennent à la fierté nationale. Voilà pour la diversité, mais où est l'unité ?

L'unité, elle est très simple, elle est très profonde, elle est essentielle. C'est l'unité des principes fondamentaux sur lesquels repose aujourd'hui le fonctionnement de toutes les institutions juridictionnelles dans l'Union européenne. Nous sommes liés, et heureusement d'ailleurs, par les mêmes principes fondamentaux qui s'imposent à nous. Ce n'est même pas, je

dirais, un choix pour améliorer le fonctionnement de la justice, c'est le fondement même de nos justices dans l'Union européenne. Nous vivons selon les mêmes principes, et nous sommes tenus de le faire. Ce sont les principes du procès équitable. Ce sont les contrôles opérés par les juridictions et les Cours suprêmes nationales et/ou la Cour européenne des droits de l'homme, et la Cour de Luxembourg. Nous tous savons cela parfaitement. Une des grandeurs d'ailleurs – et c'est délibérément que j'utilise le terme en Européen convaincu, pas en intégriste mais en militant absolu des progrès de l'Union européenne vers toujours plus d'intégration et d'unification, je le dis franchement –, une des fiertés que doivent ressentir les Européens, et plus particulièrement ceux qui œuvrent dans les institutions judiciaires de l'Europe, à quelque niveau que ce soit, avocats, magistrats, etc., c'est le fait que nous sommes la région du monde où les droits fondamentaux des justiciables sont le mieux garantis. Je le dis sans crainte d'être démenti. Parce que nous avons adopté ce système extraordinaire et admirable en même temps, qui est un contrôle international sur le fonctionnement des juridictions nationales, de telle manière que, partout, ce qui fait l'identité européenne au plus fort sens du terme, en matière de droits fondamentaux et de justice, soit respecté de la même façon. Alors je sais bien qu'il y a toujours des réticences, des résistances. Je me souviens avoir entendu aux Communes Madame Thatcher se mettre dans un état de fureur évident, en dénonçant les juges « cosmopolites » – l'adjectif était fort – qui avaient osé condamner l'Angleterre pour le traitement des détenus irlandais à cette époque là, dans une affaire très brûlante. Il a fallu que le lendemain, le ministre des affaires étrangères vienne s'excuser en disant que par « cosmopolites », on avait voulu dire « internationaux », et qu' « internationaux » était en soi une vertu... Tout cela pour dire simplement la résistance assez forte qu'il y a eu à ce qui est, en réalité, notre sauvegarde et notre patrimoine commun.

Donc, diversité, assurément, dans l'unité des principes fondamentaux, voilà je crois le stade où nous en sommes.

Ceci dit, allons-nous maintenant vers l'unité, cette fois-ci dans la diversité, c'est-à-dire vers plus d'unité encore ? Je crois que nous sommes portés par un vent favorable, et favorable à tous égards. D'abord, parce qu'il y a une demande de justice qui ne cesse de croître dans l'Union européenne. Et la demande de justice, lorsqu'on y répond, par définition on y répond en améliorant, je pense, la qualité de la justice européenne. Ensuite, parce que ce qui est plus important encore, en termes de vent porteur, c'est l'harmonisation, dont on a parlé toute la journée. Qu'est-ce qui la rend indispensable ? C'est ce qui est au cœur même de la demande des justiciables. C'est-à-dire, la reconnaissance mutuelle des décisions rendues. Ce que demandent les justiciables, c'est de ne pas avoir à recommencer une deuxième fois le procès, dans l'État de l'exécution, après avoir fait le procès, dans l'État qui avait compétence pour rendre la décision. C'est une première exigence, du côté des justiciables, en même temps qu'une garantie d'efficacité. Pour que cette reconnaissance mutuelle intervienne, il faut que des conditions soient remplies. C'est là où joue un mouvement, qui nous emportera, heureusement, toujours plus loin. Déjà, le simple fait que le droit applicable au fond soit de plus en plus conventionnalisé ou européenisé, comme on voudra, dans le cadre de l'Union, est un facteur.

Mais il y a plus dans l'exigence d'harmonisation. Il y a l'exigence d'harmonisation du traitement judiciaire, lui-même. Et, à cet égard, on doit bien mesurer que l'harmonisation, s'agissant de l'exécution des décisions rendues dans un autre État par l'État où cette exécution est poursuivie sans passer par le filtre et la complexité de l'exequatur, exige la confiance. C'est le mot-clé de la justice européenne aujourd'hui : la confiance. Car pour que vous acceptiez, dans un État, que s'exerce et que soit exécutée la décision rendue par des juges d'un autre État, il faut, bien entendu, que la confiance règne. Et la confiance implique certaines conditions.

Confiance dans quoi ? D'abord dans les principes généraux de l'organisation judiciaire, recours, etc. Confiance ensuite, au-delà de l'organisation juridictionnelle, dans ce qui est aussi important : les procédures. Être sûr que les procédures garantiront les droits des justiciables. Confiance, enfin, dans les personnes. Le troisième niveau, qui est le plus difficile, et peut-être le plus important : confiance dans les acteurs judiciaires eux-mêmes, confiance dans le juge, dans le juge étranger dont la décision sera appliquée ailleurs que sur son territoire national. L'expression la plus dramatique de cette exigence de confiance – et c'est pour cela que j'utilise le terme – c'est évidemment le mandat d'arrêt européen. Puisque vous êtes arrêté en France, par un mandat d'arrêt qui aura été décerné par un juge étranger, là, véritablement, il faut, entre les partenaires européens, un degré de confiance extrêmement élevé. Et on sait que ça n'a pas été si facile ; on se souvient de l'arrêt du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe et des problèmes que cela avait posé à nos amis allemands. Mais là vous saisissez véritablement la justice européenne à l'œuvre : c'est le juge de Milan, qui va faire arrêter à Nice, telle ou telle personne. A partir de là, comment inscrire la confiance dans le système judiciaire et surtout dans les juges d'un autre État, serai-il membre de l'Union européenne ? D'où, l'immense effort qui est fait, à l'heure actuelle, pour que l'on puisse, partout en Europe, avoir confiance dans les acteurs de la justice. D'abord confiance dans leurs compétences, évidemment, cela n'est pas si simple. Il faut qu'on soit sûr que leur compétence professionnelle est au niveau requis dans l'État où la décision sera exécutée. Ensuite confiance dans leur intégrité. On dira que cela va de soi, je le veux bien. Mais il y a des interrogations, sans vouloir polariser sur tels ou tels États dans lesquels on se dit : mais est-ce qu'on est absolument sûr de l'incorruptibilité – terme si aimé des Révolutionnaires, j'entends ceux de 89 – dans ce système judiciaire ? Et troisièmement, il y a la nécessité de l'indépendance. De l'indépendance vis-à-vis de l'État, du pouvoir de l'État, des maîtres de ce pouvoir, à tous les niveaux, voire des puissances économiques. Mais là c'est autre chose. Et on retrouve à ce niveau l'aspect plutôt corruption qu'exigence d'indépendance. Mais ici, elle est essentielle.

Face à cette exigence, les systèmes judiciaires européens sont donc tenus de prendre les dispositions qui assurent à ceux qui jugent, compétence, intégrité, indépendance. Voilà les trois piliers de l'espace judiciaire européen, que, nous tous ici, nous appliquons assez modestement chacun dans son coin, mais qui est une exigence première. Car je crois, que la justice est un des éléments clés de l'identité européenne. Là-dessus, il y a des pages très belles écrites les unes par Weber, les autres par Valéry : dans les fondements de la culture européenne, disait Valéry, vous avez d'abord la philosophie grecque, vous avez ensuite la religion chrétienne avec

sa composante juive de l'Ancien Testament, et puis le troisième élément, le droit romain. Et c'est vrai que le droit romain, pour une grande part, a structuré la civilisation européenne. Or, de ce droit romain, nous sommes les héritiers, les uns et les autres. Il a existé. Il n'a jamais disparu d'une culture judiciaire commune. Il restait à mettre en œuvre, dans le XX^e siècle, dans le cadre de la Communauté puis de l'Union européenne.

Reste la question que pose le nombre de langues pratiquées maintenant dans l'Union pour l'unification ou le progrès vers l'espace judiciaire européen. En définitive, il me semble que si le nombre de langues officielles est important, nos amis britanniques n'ont pas tort de penser qu'ils tiennent culturellement le bon bout parce que c'est la langue anglaise et les concepts anglais qui l'emportent. Et c'est là, où, comme le rappelait leur chancelier (le *Lord chancellor*), le triomphe du droit britannique est certain en l'Europe. Ce n'est pas une question indifférente. Mais, après tout, à l'époque de l'Empire romain, sauf erreur de ma part, on plaissait beaucoup en grec, dans une très grande partie de l'Empire. On appliquait le droit romain mais on le faisait avec des avocats qui s'exprimaient en grec. À Alexandrie, on jugeait en grec, même si on respectait certains principes des jurisconsultes romains. Donc, c'est intéressant de voir comment peuvent se diffuser ainsi des principes d'une culture dans une langue qui n'est pas nécessairement la sienne.

Je reviens maintenant à l'essentiel. Pourquoi suis je optimiste sur les progrès que j'ai évoqués : la reconnaissance mutuelle, l'harmonisation, et à partir de l'harmonisation, le travail fait par les juges eux-mêmes mais aussi celui des avocats. On a évoqué les réseaux. C'est vrai qu'on aime parler « réseau ». On est au temps du « Net ». C'est le triomphe de Bill Gates sur Kelsen. À la hiérarchie des normes, on préfère le réseau, qui n'a pas toujours bonne presse. Les réseaux ont été beaucoup dénoncés, dans de nombreuses circonstances. Mais ici le réseau judiciaire a toute sa valeur. Il est tout à fait important que les magistrats, jeunes et moins jeunes, bénéficient d'une culture judiciaire commune. Ils jugent dans des juridictions différentes et selon des règles qui reposent sur les mêmes principes, mais qui sont aussi différentes. Il faut absolument qu'on développe la culture, je dirais, l'identité européenne judiciaire chez tous les magistrats. Je souhaite, pour ma part, que, au cours du second semestre 2008, la France, qui aura alors la Présidence de l'Union européenne, prenne l'initiative de créer un institut des hautes études judiciaires ou un institut judiciaire, à Luxembourg, capitale judiciaire de l'Europe. Dans un tel institut se retrouveraient les magistrats des 27 pays de l'Union concernés par les problèmes de droit européen, et qui là, pendant un certain nombre de mois, auraient l'occasion de vivre ensemble et d'étudier ensemble les principes qu'ils sont amenés à appliquer, qui leur sont communs. Ce serait un apport très utile à la création de l'espace judiciaire européen auquel nous devons œuvrer.

Je terminerais en vous disant que j'ai une passion, celle du tourisme judiciaire. Chaque fois que je vais dans une ville étrangère, je cours au musée, mais je cours aussi au Palais de justice. Voir juger n'a jamais cessé de me fasciner. Quand vous regardez nos établissements judiciaires européens, vous retrouvez là aussi une sorte de compétition heureuse, entre les

magistrats européens et les avocats européens. On a une certaine fierté, je vais dire presque patriotique, de sa justice. Et, vous me permettrez de terminer en disant que sur ce point, nous, Français, nous ne savons pas faire. S'il y a un corps et un monde judiciaire qui a l'art de se dénigrer dans l'Union européenne, c'est le notre. Nous valons beaucoup mieux que la réputation que nous-mêmes nous créons. Pour avoir beaucoup visité les juridictions européennes, je pense notamment, que, en matière civile, principalement, et commerciale aussi, non seulement, nous ne serions pas la lanterne rouge, mais nous aurions notre très bonne place sur le podium. Or, quand vous écoutez les Français, ils n'ont pas de mots assez durs pour leur justice. Mais ce qu'il y a de pire, c'est que quand vous écoutez les magistrats français, eux-mêmes se mortifient, s'auto-flagellent avec une constance et une inconscience sans pareille. Je ne suis pas sûr que ce soit la meilleure façon, puisqu'on parlait de forum-shopping, d'attirer vers notre pays les plaideurs les plus désireux de s'établir en France ou de connaître les juridictions françaises. De plus, c'est absurde, parce que contraire à la vérité. Il y aurait une étude intéressante à faire sur le masochisme judiciaire culturel français et ses causes.

Enfin, le traité signé à Lisbonne, le traité modificatif, ouvre la voie, à ce qui n'a pas été jusqu'ici utilisé et qui était pourtant possible dans le cadre du traité de Nice, celle de la coopération renforcée. Or, je crois pour ma part, puisqu'on parle de confiance, qu'il est plus facile d'avoir une confiance très forte les uns dans les autres quand on est 8, 10, 12. Il ne s'agit pas de créer une espèce d'espace de coopération judiciaire dans ce que Monsieur Rumsfeld aurait appelé la vieille Europe. Il faut aller au-delà. Il faut associer aussi les bonnes justices d'Europe centrale. Mais je crois qu'il faut, dans ce domaine, avoir le réalisme de se dire qu'à 27, les progrès sont difficiles, et qu'à 10, 12, 14, un véritable espace judiciaire européen intégré peut naître à l'intérieur de l'Union européenne. Les autres la rejoindront, comme cela s'est passé pour Schengen. Mais il faut commencer à 8 ou à 10. Je milite ardemment pour une coopération judiciaire renforcée. Tout le monde ne s'y précipitera pas. Je sais par expérience qu'il est vraiment très difficile de faire comprendre à nos amis britanniques que la barbarie judiciaire ne commence pas de l'autre côté du « Channel » ! Cela exige beaucoup de persévérance. De toute façon, connaissant leur pragmatisme et leur sens des réalités, dès que la coopération judiciaire renforcée à laquelle nous pensons aura pris corps – vous pouvez être sûr que ce sera la marque de notre succès – vous aurez une adhésion britannique. Mais, pour l'instant, c'est à nous de prendre le flambeau et d'aller de l'avant.