

## 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

**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* (1), 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*) (2) qui ont établi des principes très importants que le Règlement 1/2003 a essayé de codifier.

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

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

(2) 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*

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 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 collègue, en outre, délibère à la majorité. Mais ce collègue 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* (3), 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 (4).

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* (5). 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 (6).

(3) 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.

(4) 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).

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

(6) 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

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 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 (7).

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 Tesaurò, 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 collèges 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.

---

*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 ».*

(7) 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 ».

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.

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* (8), *Schneider/Legrand* et *Impala* (9) 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

(8) 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.

(9) 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.

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 conclues 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.

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 juridictionnelles. 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 (10).

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!

(10) 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.

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.