

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

Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non-contestation des griefs Que va-t-il rester aux juges ?

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 (1).

– 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.

* 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.

(1) 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* ».

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.

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 (2). 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* » (3). 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

(2) 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* ».

(3) 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.

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 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 (4).

À terme – nous l'avons écrit ailleurs (5) – 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 (6). 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 ;

(4) 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.

(5) 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.

(6) Outre la multiplication des Etats où des peines d'emprisonnement sont prévues.

- 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* »).

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 (7). 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 réglés de manière informelle (8).

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 :

(7) 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.

(8) 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.)

(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 ; (9) et

(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 (10).

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 (11) 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*

(9) Communication publiée au JOCE, n° C 343, 1982, p. 4 et onzième Rapport sur la Politique de concurrence.

(10) 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.

(11) 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.

propre initiative » (12), 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 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) (13).

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'eu 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 :

(12) Article 9, paragraphe 2(b), du Règlement 1/2003.

(13) 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 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 ;
- 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]. » (14)

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 qu'il n'était pas « *enforceable by any other natural or legal person or any authority or agency* » (15).

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 (16). 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 (17).

(14) 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.

(15) 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.*)

(16) 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.

(17) 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).

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 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. » (18)

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. » (19)

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 (20) :

(18) C'est l'auteur qui souligne.

(19) *Idem*.

(20) 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.

– 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 (21) ; ainsi que

– avec l'objectif d'uniformité poursuivi par l'article 16 du Règlement 1/2003 (22). 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 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* ».

(21) 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.

(22) 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.

dans le cadre de l'évaluation préliminaire de la Commission » (23), 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 ;

– 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 (24).

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 (25).

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 (26)) ;

– 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

(23) Arrêt précité, point 111.

(24) CJCE, 15 mai 1997, aff. C-355/95 P, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD)*, Rec. p. I-2549.

(25) 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.

(26) 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* ».

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 (27).

Dans chaque cas, les pouvoirs des juridictions et autorités nationales seront donc strictement circonscrits par ce que la Commission a effectivement décidé (28). 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'encore 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 (29). 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 (30).

(27) Rappelons toutefois que l'article 3 du Règlement 1/2003 permet en toute hypothèse aux Etats membres d'avoir des lois nationales plus strictes que les articles 81 ou 82 « *qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise* ».

(28) 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.

(29) 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.

(30) 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).

(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.

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* » (31).

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 (32), dans d'autres elle est nettement plus affirmative (33).

(31) 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.

(32) 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 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 (34).

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

– 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 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).

(33) 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* ».

(34) Arrêt *Masterfoods* précité.

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 (35). On pouvait en effet estimer que les tiers étaient déjà suffisamment protégés à plusieurs titres, et notamment :

– 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 (36) ;

– 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 (37) ;

(35) 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 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.

(36) 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.

– 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 (38) ;

– 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* (39)).

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* (40)), 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

(37) 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 d'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* ».

(38) 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.

(39) 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.

(40) 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.

d'engagements contraignante au titre de cette disposition (41). Un tiers qui serait indûment 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 (42).

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 (43).

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

(41) 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 concurrence 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).

(42) 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).

(43) 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.).

également de fournir « *l'occasion, pour les entreprises concernées, d'adapter les pratiques incriminées aux règles du Traité* » (44). 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 :

– 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*) (45) ;

– 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 :

(44) V. par ex. CJCE, 8 novembre 1983, aff. 96-102, 104, 105, 108, *ANSEAU c/ Commission*, Rec. p. 3369.

(45) Dès lors qu'elles risquent sinon une procédure longue et coûteuse, des amendes significatives, des recours en indemnités subséquents, etc.

– 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 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* » (46).

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 (47). 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 (48). 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 (49). 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 (50). Ceci permettrait d'éviter que la

(46) C'est l'auteur qui souligne.

(47) 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.

(48) Mais un recours pour non respect de cette exigence reste sans doute purement théorique – voir *infra*.

(49) 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.

(50) 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* ».

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 (51).

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 « *dérapage* ».

– 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 (52). 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 (53) ? Un système de négociations et d'engagements ne nous paraît donc admissible que si le pouvoir décisionnel de

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.

(51) 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.

(52) 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*.

(53) V. D. Waelbroeck, « *Microsoft Round 12 – Is the Commission now trying to preempt the judges?* », *Competition Law Insights*, 2007.

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) (54).

– 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 (55). 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 (56). 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

(54) 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 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.

(55) 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).

(56) En ce sens, v. notamment J. Temple Lang, *op.cit.*

moins en théorie) (57). 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* » (58). 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 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* » (59). 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 (60).

(57) 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* ».

(58) Arrêt *Cementbouw Handel & Industrie BV*, précité, points 313-319.

(59) V. aussi les points 101 et 140 de l'arrêt qui montre que le Tribunal entend contrôler si les engagements ne sont pas excessifs.

(60) 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.

Certes, on peut se demander si la Commission accepterait des solutions négociées si les parties pouvaient ensuite les contester en justice (61). 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);

– 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* (62), 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 (63).

(61) 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)).

(62) TPI, 18 septembre 1992, aff. T-24/90, *Automec srl c/ Commission*, Rec. p. II-2223.

(63) 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

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 (64). La phase précitée du considérant 13 ne semble donc pas être prise à la lettre (65). Il n'en reste pas moins que dans les cas où les entreprises 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 (66).

– *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* (67). 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

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 »).

(64) 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.

(65) 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 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*).

(66) Ceci exigerait toutefois sans doute une modification du Règlement 1/2003 qui ne prévoit pas de base juridique pour les autorisations conditionnelles.

(67) TPI, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, *Alrosa Company Ltd c/ Commission*, non encore publié.

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 » (68).

– 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 (69).

– 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 n'apparaît pas qu'une pression indue aurait été exercée sur les entreprises. On ne saurait en effet arguer d'une discrimination dès lors que les situations factuelles diffèrent (70).

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'encre 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) (71).

(68) 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).

(69) V. aussi J. Temple Lang, *op.cit.*

(70) 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.

(71) 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* ».

Certes, un bref résumé de l'accord est généralement publié (72). 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* » (73).

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 (74) 75. 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* (76) 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. » (77). 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 (78). Vu ce qui a été dit ci-dessus à propos du droit au juge, ceci nous semble souhaitable.

(72) V. ci-dessus point 5(a)(ii).

(73) 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.

(74) 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.

75

(76) C'est l'auteur qui souligne.

(77) 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.

(78) 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.

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 (79), a rencontré un succès inespéré, comme le montre le nombre de demandes introduites à ce jour (80). Mais la collaboration avec la Commission oblige également l'entreprise à coopérer tout au long de la procédure de manière « *totale, permanente et rapide* » (81). 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 a elle-même admis (82). 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 les 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'écartier 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.

(79) 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.

(80) J.-S. Sandhu, « *The European Commission's leniency policy: a success?* », *E.C.L.R.*[2007], v.3, n.3, p.148-157.

(81) Point 12 des Lignes directrices précitées.

(82) 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 abouti à l'élimination des numéros 2 et 3 du marché – conformément à l'objectif que ABB s'était fixé !).

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 (83) 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 (84).

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 (85), 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* » (86). 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* » (87). 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* » (88). 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

(83) 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.

(84) 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.

(85) TPI, 14 mai 1998, aff. T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH*, Rec. p. II-1751.

(86) V. le point 307 de l'arrêt précité.

(87) V. le point 313 de l'arrêt précité.

(88) V. le point 314 de l'arrêt précité.

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* » (89), comme il sera dit dans la Section C ci-après.

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 (90).

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* » (91).

Le projet d'introduire une procédure de « *transaction* » s'inspire très indirectement apparemment de la procédure américaine dite de « *plea bargaining* » fréquemment utilisée par

(89) 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.

(90) 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.

(91) V. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 novembre 2007, p. 22.

la « *Division anti-cartels* » du « *Department of Justice* ». Cette procédure – depuis que sa légalité a été admise par la justice américaine – (92) 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 (93). 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 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 (94).

En droit français de la concurrence, le Code de commerce (95) 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

(92) 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>.

(93) V. J. Burrichter 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.

(94) V. par exemple l'amende de 216 millions d'euros imposée à l'encontre de ProSiebenSat.1 et du Groupe RTL.

(95) Article L. 464-2 III et R. 464-4 du Code de commerce français.

procédure (96). 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 (97).

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 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 (98).

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 (99). 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

(96) 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.

(97) V. décisions n° 07-D-21 du Conseil de la Concurrence français du 26 juin 2007, *Secteur de la location – entretien de linge*.

(98) 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.

(99) 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.

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 (100)), 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 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 (101). 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

(100) 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.

(101) *V. JOCE*, n° C 255, 2007, p. 48.

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 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* » (102). 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 A (5))

d) Les garanties procédurales pour les parties, les tiers et les États membres

i) Les droits des parties

α) 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

(102) 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.

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 (103). 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 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* » (104).

(103) 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* ».

(104) V. point 20 du projet de communication de la Commission sur les transactions.

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) (105).

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.

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 (106),
- 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*

(105) 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).

(106) 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.

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 » (107).

Quoiqu'il en soit, il nous paraît loin d'être clair que l'idée d'une telle « *prime* » à celui qui 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* » (108). 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 *Deweer* (109), 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* » (110). La Cour

(107) V. R. Badinter, « *On tombe dans la répression administrée et on ouvre la voie à tous les soupçons* », *Le Monde*, 27.1.2004.

(108) TPI, 14 mai 1998, aff. T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH*, Rec. p. II-1751, point 314.

(109) CEDH, 27 février 1980, *Deweer c. Belgique*, Requête n° 6903/75.

(110) V. le point 49 de l'arrêt *Deweer*. 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.

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* » (111). La 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}* » (112) ;

– 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 (113). 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 (114). 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 (115). 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 (116). 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

(111) V. point 51 *in fine* de l'arrêt *Deweer*.

(112) V. point 54 de l'arrêt *Deweer*.

(113) BGH, aff. GSST 1/04, BGHST 50, 40; NJW 2005, 1440, 1443.

(114) V. affaire *Paderborn* BGH, NSt Z 2005, 279 ; St V 2004, 636.

(115) BGH, St V 2004, 470 (471).

(116) 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.

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 » (117). 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 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 (118). 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 (119). De plus, il sera normalement toujours possible de contester l'accord devant les juridictions administratives ou pénales (120). 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 (121).

y) 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 (122). Seule la prévisibilité des amendes permettrait aux

(117) Article 137 de la loi « Perben II » du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

(118) V. J.F. Dupré, « *La transaction en matière pénale* », Ed. Litec Droit, 1977.

(119) *Ibidem*

(120) *Ibidem*

(121) *Ibidem*

(122) K. Gardiner, B. Calhoun, M. Scarlato, V. Soyez, « *Exchanging glances* », *Global Competition Review*, Août-Septembre 2007, p. 37.

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 conséquent, les amendes sont fixées en vertu des « *US Sentencing Guidelines* » (123), 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* » (124).

À cet égard, il ne nous paraît pas que les nouvelles lignes directrices de la Commission sur les amendes (125) 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

(123) V. *US Sentencing guidelines manual*, 1^{er} novembre 2004, §2R1.1, p. 286.

(124) 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* »).

(125) 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.

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 (126). 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 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* » (127), et ce « *même après l'adoption de la décision* ».

(126) 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.

(127) 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.

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 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 (128).

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* » (129) 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 :

(128) V aussi points 8 et 9 du projet de communication de la Commission sur les procédures de transaction.

(129) 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

« 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. »

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 (130).

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 (131). 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.

(130) V. le point 29 du projet de communication sur les transactions.

(131) Discours de Mme Neelie Kroes du 13 octobre 2006, SPEECH/06/595.

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* » (132). Cette question est fondamentale 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 (133) 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 (134). 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

(132) 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 l'indiquer aux parties pour leur permettre de décider si elles maintiennent leur demande de bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs.

(133) L'article 11(c)(1) des *Federal Rules of Criminal Procedure* interdit expressément au juge de participer à la négociation.

(134) 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>

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* » (135).

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 (136). 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 (137) 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

(135) 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/aip/public/speeches/219332.htm>

(136) 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 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).

(137) C'est l'auteur qui souligne.

en droit de la concurrence (138) en dépit des termes contraires de l'article 23(5) du Règlement 1/2003 (139). 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 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 (140).

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 (141). 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 (142). Il n'y a en effet pas d'« égalité dans l'illégalité ». Pour ces autres parties,

(138) 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.

(139) 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).

(140) 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.

(141) TPI, arrêt du 19 mars 2003 *CMA-CGM (« FETTCSA »)*, 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* ».

(142) 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.

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). 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 (143).

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.

(143) Voir sur ce point « *The EC Law of Competition* » by J. Faull & A. Nikpay, Oxford, 2nd edition.