

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 ?

Hubert LEGAL

Conseiller d'État, ancien juge, président de chambre au Tribunal de première instance des Communautés européennes

J'interviens essentiellement aujourd'hui en qualité d'ancien membre du TPICE, où j'ai achevé mon mandat de six ans en septembre dernier. J'ai été notamment le rapporteur et le président de la chambre en charge de l'affaire Alrosa (1), évoquée par le Professeur Waelbroeck dans son excellente présentation, affaire qui a donné lieu à un contrôle de la proportionnalité (c'est-à-dire de la suffisance mais aussi de la nécessité) d'engagements offerts par une entreprise visée par une procédure d'abus de position dominante et rendus obligatoires par la Commission en vertu de l'article 9 du règlement 1/2003. Je souscris à l'idée que, fussent-elles négociées, les solutions qui mettent fin à un litige en matière de concurrence ne doivent pas, au moins dans certaines hypothèses, échapper à tout contrôle juridictionnel. Pour ma part en revanche, je ne tire pas nécessairement du pouvoir de négociation que détient la Commission la conclusion que la décision des affaires devrait lui échapper ni qu'elle devrait se limiter à leur instruction ; mais un développement excessif et anarchique des modes transactionnels de règlement des problèmes de concurrence pourrait aboutir à rendre difficilement évitable une telle orientation et il convient d'y prendre garde.

Trois constats d'évidence enserrant la problématique : (1) Les solutions transactionnelles permettent d'éviter l'engorgement du prétoire et d'obtenir une solution plus rapide d'un problème de concurrence en induisant un comportement vertueux des opérateurs : elles ne sont donc pas à négliger. (2) Elles ne sont pas non plus la panacée et on regroupe sous le vocable de « solutions négociées » des pratiques juridiquement très disparates, notamment du point de vue de leur contrôle. (3) Les litiges de concurrence sont rarement des différends entre deux parties, et, outre l'intérêt du consommateur, dont l'autorité régulatrice à la charge, les

(1) TPICE 11 juillet 2007, T-170/06, Alrosa Company Ltd/Commission annulant la décision de la Commission du 22 février 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/B-2/38.381 – De Beers) (JOUE L. 205, p. 24), rendant contraignants les engagements pris par De Beers de cesser ses achats de diamants bruts à Alrosa à partir de 2009, à l'issue d'une phase de réduction progressive de ses volumes d'achats de 2006 à 2008 et mettant fin à la procédure, conformément à l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JOCE, 2003, L. 1, p. 1).

intérêts des tiers et particulièrement des concurrents doivent être préservés, ce qu'un règlement négocié n'implique pas automatiquement.

Un thème à la mode du côté des autorités européennes de concurrence (nationales et communautaires) est celui de l'effet bénéfique des engagements volontaires (sinon spontanés...) des entreprises visées par des procédures engagées au titre des règles de concurrence, lesquelles ouvriraient des perspectives nouvelles pour le libre fonctionnement des marchés. Sous-jacente à ces réjouissances doctrinales est l'idée que les mesures décidées sur le fondement des articles 81 et 82 CE, notamment, sont encadrées dans un carcan normatif et procédural très contraignant qui en augmente le coût administratif, en limite la portée et en affecte la sécurité, compte tenu du risque relativement élevé d'annulation contentieuse. En particulier, l'allègement résulterait de ce que le contrôle de proportionnalité trouverait moins à s'appliquer à des engagements comportementaux que l'entreprise concernée a « librement » souscrits.

Pourtant l'encadrement conceptuel et procédural, d'origine principalement jurisprudentielle, que l'on connaît aujourd'hui est indispensable pour éviter l'arbitraire administratif dans des procédures à objet répressif et se présente sous la forme de garanties offertes aux opérateurs concernés, à leurs concurrents et aux tiers intéressés, non seulement dans leur intérêt propre, mais dans l'intérêt général, la concurrence étant une politique publique de l'Union européenne. Il ne s'agit donc évidemment pas de permettre un mode occulte de formation du droit par des pratiques échappant à tout contrôle, du « cas par cas » généralisé interdisant toute intervention normative du juge, c'est-à-dire tout développement jurisprudentiel.

Pour autant, il n'est pas bon que toute enquête se termine inmanquablement au contentieux (à l'initiative de l'entité visée, si elle aboutit à une sanction, ou à l'initiative de concurrents si elle aboutit à un classement) car, premièrement, ceci crée un effet mécanique d'allongement des délais de traitement des dossiers, néfaste à l'économie comme à la bonne administration, et, deuxièmement, il est difficile de contester qu'en principe il est préférable qu'une infraction cesse avant même que son auteur ait été formellement contraint d'y mettre fin. Plus tôt le droit prévaut, et plus il est accepté de bonne grâce, mieux cela vaut pour tout le monde.

Il n'est pas en outre vrai qu'un pourcentage élevé de saisines juridictionnelles soit le corrélat d'un haut niveau de garantie pour les justiciables car il induit une part d'inefficacité croissante avec l'encombrement et la routine. Par conséquent, des solutions transactionnelles peuvent contribuer à une redescende des flux contentieux au pourcentage optimal, à condition qu'elles interviennent dans des contextes déjà très « cadrés » par la jurisprudence, ceci pour éviter que des difficultés fondamentales, non encore tranchées au contentieux, soient réglées discrètement, pour ne pas dire « à la sauvette ». Or le problème vient de ce qu'il n'y a pas de garantie à attendre de ce côté étant donné que la propension d'une entreprise à offrir ou à accepter des engagements volontaires n'est généralement pas fonction de la nouveauté ou de

l'intérêt juridique que présente sa situation, mais plutôt du risque économique que présente la poursuite d'une procédure à son encontre dans la conjoncture des marchés sur lesquels elle est présente – ce qui est tout autre chose.

Les autorités de concurrence doivent comprendre que, si le contrôle juridictionnel est un frein à leur action, il est aussi la condition incontournable de sa légitimité et donc de son développement durable à l'abri de l'arbitraire politique. Donc la transaction a sa place, mais seulement dans un cadre juridique solide, pas pour tenter des innovations ou « faire des coups » à l'écart de la sanction juridictionnelle qui est le regard souverain du corps social.

Cela dit, la plupart des solutions dites « négociées » n'échappent en aucune manière au contrôle juridictionnel, que ce soit par leur objet ou par leur effet. Il en va ainsi des réductions d'amendes décidées en raison de l'attitude adoptée par certaines parties à une entente lors de la recherche de celle-ci. L'application des lignes directrices publiées par la Commission, et qui, lui sont dès lors opposables, au cas des entreprises qui facilitent la mise à jour et la répression des ententes et des autres comportements infractionnels par la fourniture d'indices ou de preuves, par une attitude de coopération aux enquêtes de concurrence ou par la reconnaissance des faits est un dispositif très encadré, dont le contrôle juridictionnel est précis et fréquent et qui ne s'apparente pas, juridiquement du moins, à une approche de type transactionnel. Le respect des fourchettes de réduction d'amendes au titre de la clémence ou de la non-contestation est, comme le respect des conditions comportementales y ouvrant droit (puisque c'est d'un droit qu'il s'agit) pleinement vérifiable devant le juge, tant au regard des lignes directrices qu'au regard du traité CE et des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité.

S'agissant des engagements offerts par les entreprises, soit pour rendre une fusion compatible avec le marché commun, soit pour permettre, au titre de l'article 9 du règlement 1/2003, que la Commission, en les rendant obligatoires, mette en même temps fin à la poursuite d'infractions aux articles 81 et 82 CE, ces engagements, dès lors qu'ils s'insèrent dans le dispositif d'une décision réglant un problème de concurrence, doivent pouvoir être contrôlés comme s'ils venaient de l'autorité régulatrice elle-même. Provenance qui, au demeurant, n'est pas contredite par la réalité matérielle des pourparlers entre la Commission et les entreprises sur lesquelles elle enquête.

Naturellement, ce contrôle ne peut être aussi étendu que si la Commission avait mené à bien l'analyse de marché complète que seule une procédure formelle d'examen, non interrompue par l'offre d'engagements, aurait rendue possible. Mais, sous cette réserve, il est important de souligner que c'est la décision d'accepter les offres d'engagements qui leur donne force contraignante et que l'autorité ne devrait pas pouvoir décider, par le procédé des engagements acceptés, des solutions qui lui seraient inaccessibles de sa propre initiative (arrêt *Arosa* du TPICE, point 101).

Symétriquement, elle ne devrait pas pouvoir se satisfaire, fût-ce au nom du réalisme, d'engagements qui ne règlent que partiellement le problème rencontré.

En effet, toute autre solution serait contraire à la construction du système communautaire de la concurrence, qui remet la responsabilité des politiques concurrentielles à une institution politico-administrative, laquelle n'est soumise devant la justice qu'à un contrôle objectif de la légalité de ses actes, qui suppose que ceux-ci soient adoptés de façon prévisible et sûre sur une base vérifiable.

Créer une zone de non-contrôle, de discrétion absolue, dans la mise en œuvre de règles de droit par une autorité administrative ne serait pas acceptable et plaiderait inévitablement pour un modèle à l'américaine, qui a la faveur du Professeur Walbroeck, et qui a le mérite de dissocier l'instruction, administrative, de la décision, judiciaire, et donc de réduire l'arbitraire en scindant les responsabilités.

Il me semble nécessaire d'avoir en tête que le contrôle de légalité a posteriori est un système très efficace si l'administration accepte d'être soumise, pour toute son action, à des règles claires, non ambiguës, universelles et d'application homogène dont le non-respect entraîne la nullité de ses actes. Si l'on entre dans le modèle du droit différencié par négociation ou transaction, on fragilise le système actuel dont le mérite, peut-être le seul mérite, est de pouvoir revendiquer que la loi est la même pour tous.

Ne jetons pas la pierre aux transactions, au moins dans les cas, réels, où elles produisent un surplus économique pour l'intérêt général. Mais n'en faisons pas un procédé échappatoire aux lourdeurs prétendues du droit public car l'avantage concret que la concurrence serait supposée tirer de l'offre disproportionnée d'une entreprise serait plus qu'annihilé par le désordre institutionnel qui résulterait de l'oubli des garanties procédurales de notre ordre juridique. C'est du moins la mise en garde qu'en observateur attentif je me permettrai de formuler.

Gardons leur logique aux institutions. Toute transaction administrative doit répondre à un objet précis, comme, par exemple, celui d'assurer les rentrées fiscales qui justifie les pouvoirs de transaction de l'administration fiscale dans l'intérêt de la ressource publique. Mais l'engagement d'une entreprise de respecter la concurrence peut-il être comparé à une rentrée sonnante et rébuchante justifiant une entorse à la rigueur de la règle ? Sans doute y a-t-il un gain du point de vue du fonctionnement des marchés. Mais quand l'autorité publique intervient comme régulateur, la solution de difficultés ponctuelles est-elle vraiment plus importante que la clarté de la règle ? D'un autre côté, on conviendra qu'une règle parfaite et d'application impossible n'est guère, non plus, un modèle à préconiser.

Il s'agit d'un problème politique tout autant que juridique, et plus précisément d'un problème lié au rôle social du droit. Je rejoins au moins le Professeur Walbroeck dans l'idée que l'on aurait tort de sous-estimer ses incidences institutionnelles.