

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 ?

Claude LAZARUS

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

Dans ce débat, je suis plutôt tenté de pencher du côté du professeur Waelbroeck que du côté du juge Legal. Ce n'est pas très surprenant. Je voudrais quand même me démarquer un peu du professeur Waelbroeck, en apportant une nuance et un complément à son propos et néanmoins en lui manifestant un soutien très fort quant à l'opposition qu'il a manifestée à l'égard de la procédure de transaction que la Commission se propose d'instaurer. La nuance concerne essentiellement le rôle du juge dans ces procédures négociées. Il n'est pas nouveau de la part de la Commission de chercher à contourner le juge communautaire. Par exemple, dans la communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales, les offres d'*amicus curiae* qui conduisent la Commission à donner son avis aux tribunaux sur les questions d'application du droit de la concurrence, ne sont-elles pas un moyen, une tentative de court-circuiter les questions préjudicielles posées à la Cour de justice des Communautés européennes ? C'est ainsi, en tout cas, qu'un certain nombre de praticiens ont perçu cette prérogative à l'époque. De la même manière, lorsque le Tribunal de première instance a annulé la décision de la Commission, rendue, il est vrai, en matière de concentration, dans l'affaire Tetra Laval, la Commission a fait un recours devant la Cour de justice en estimant que l'arrêt rendu par le Tribunal (1) l'empêchait de travailler, l'empêchait de traiter sérieusement les concentrations de type congloméral, étant donné le niveau du standard de la preuve qui était exigé. Que s'est-il passé ? Et bien, la Cour de justice a confirmé l'arrêt du Tribunal (2) et la

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

(2) CJCE 15 février 2005, aff. C-12/03, Commission des Communautés européennes/Tetra Laval BV rejetant le pourvoi formé par la Commission demandant l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission (T-5/02, *Rec.* p. II-4381), par lequel celui-ci a annulé la décision 2004/124/CE de la Commission, du 30 octobre 2001, déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et l'accord EEE (Affaire COMP/M. 2416 – Tetra Laval/Sidel : *JOUE* 2004, L. 43, p. 13) : *Rec.* 2005, p. I-987, et CJCE 15 février 2005, aff. C-13/03, Commission des Communautés européennes/Tetra Laval BV rejetant le pourvoi formé par la Commission demandant l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 25 octobre 2002, aff. T-80/02, Tetra Laval BV/Commission annulant la décision de la

Commission a continué à travailler... Mais elle avait tenté. Ça n'a pas marché... Ceci est, pour moi, une position traditionnelle de la Commission.

Et on peut se demander si, au fond, le juge apporte une protection suffisante contre ces tentatives en matière de solutions négociées. Monsieur Legal disait tout à l'heure que toutes ces solutions négociées peuvent faire l'objet de contentieux. Certes, mais le fait est que très peu d'entre elles font l'objet de contentieux. Il n'y en a quasiment pas. Je ne prétends pas avoir une connaissance exhaustive de cette jurisprudence, mais, à part l'arrêt *Alrosa* (3), dont vous avez parlé, à part l'arrêt *Cementbouw* (4), en matière de contrôle des concentrations, il n'y a rien à ma connaissance. Et quand on lit ces deux arrêts, on n'est pas forcément rassuré. Commençons par l'arrêt *Cementbouw* du 23 février 2006. Aux termes de cet arrêt, les engagements ou la décision les rendant obligatoires ne peuvent être annulés que si l'on peut prouver que ces engagements ont été pris sous la contrainte arbitraire de la Commission. Certes ! Mais comment prouve-t-on, en pratique, qu'il y a eu contrainte arbitraire. Pour moi, la réponse est simple : on ne le prouve pas ; on ne peut pas le prouver, que ce soit devant les juridictions européennes, ou devant les juridictions françaises.

L'arrêt *Alrosa* constitue assurément un progrès. Mais l'on est frappé de voir que le Tribunal se contente – pardonnez-moi Monsieur le juge –, d'un jugement un peu approximatif, quand il dit au point 100 de l'arrêt : « Dans le cadre de l'article 9, paragraphe 1, du même règlement, la Commission n'est, certes, pas tenue de démontrer formellement l'existence d'une infraction, ainsi qu'il est d'ailleurs indiqué au considérant 13 du règlement n° 1/2003, mais elle doit néanmoins établir la réalité des préoccupations concurrentielles qui justifiaient qu'elle envisage d'adopter une décision au titre des articles 81 CE et 82 CE et qui permettent qu'elle impose à l'entreprise concernée de respecter certains engagements, ce qui suppose une analyse du marché et une identification de l'infraction envisagée *moins définitives* que dans le cadre de l'application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, même si celle-ci doit être suffisante pour permettre un contrôle du caractère approprié de l'engagement. ». Ce « *moins définitives* » me laisse, je dois le dire, tout à fait perplexe. Dans ma pratique professionnelle,

Commission du 30 janvier 2002, prise en application de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, ordonnant une séparation d'entreprises (affaire COMP/M.2146 - Tetra Laval/Sidel) : *Rec.* 2002, p. II-4519.

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

(4) TPICE 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV/Commission* rejetant le recours demandant l'annulation de la décision de la Commission du 26 juin 2002, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE (affaire COMP/M.2650 – Haniel/Cementbouw/JV [CVK]) (JOUE 2003, L 282, p. 1, rectificatif au JOUE 2003, L 285, p. 52) : *Rec.* 2006, p. II-319.

cela ne m'aide pas du tout. De sorte que, non seulement il y a très peu de jurisprudence mais en outre, pour l'instant, la jurisprudence dont on dispose laisse un petit peu sur sa faim quand à la possibilité réelle et à la volonté réelle du juge d'assurer la protection des justiciables en matière de solutions négociées.

Maintenant, comme cela n'a pas encore été fait, je voudrais aborder la situation française. En France, nous avons trois ou quatre types de solutions négociées – quatre si l'on comprend les concentrations, trois si l'on reste dans le droit des pratiques anticoncurrentielles avec la procédure d'acceptation d'engagements, la clémence et la procédure de non-contestation des griefs qui n'est pas à proprement parler une transaction. Ces trois procédures sont prévues à l'article L. 464-2 du code de commerce. On peut assurément exprimer les mêmes craintes que celles exprimées par le Professeur Waelbroeck quant à la sérénité des conditions dans lesquelles les entreprises acceptent de se lancer dans cette procédure. Et finalement, pour assurer cette sérénité, beaucoup va dépendre, encore une fois, du contrôle exercé par le juge. En l'occurrence, le juge c'est ici, en tout cas pour les pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris. Le fait est que, là aussi, la jurisprudence est assez désertique. Certes, ces procédures sont toutes relativement récentes. Mais enfin, il n'y a pas grand-chose. En matière d'engagements, il n'y a, en tout et pour tout, que deux arrêts tout à fait récents de la Cour de Paris d'octobre (5) et de novembre 2007 (6). Et en matière de non-contestation des griefs, on ne dispose que d'un seul arrêt de la Cour d'appel de Paris, celui rendu en 2004 (7) dans l'affaire *Texas Instrument*.

Hormis la rareté de la jurisprudence, on peut nourrir quelques craintes quand on observe la manière dont le Conseil de la concurrence, lui-même, parle de ces procédures. J'ai été assez surpris – mais pas mécontent – de lire dans son rapport pour 2005 à propos de la procédure d'acceptation d'engagements, que « La mise en œuvre de cette procédure peut s'avérer

(5) Paris 16 oct. 2007, la Cour d'appel rejetant le recours formé contre la décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 du Conseil de la concurrence relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France (http://www.conseil-concurrence.fr/doc/ca06d24_bijourama.pdf).

(6) Paris 6 nov. 2007, la Cour d'appel de Paris rejetant le recours formé contre la décision n° 06-D-29 du 6 octobre 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique (http://www.conseil-concurrence.fr/doc/ca06d29_gie_independants.pdf).

(7) Paris 21 sept. 2004. La Cour d'appel de Paris y confirme la décision du Conseil n° 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, en avalisant notamment les conditions dans lesquelles la procédure de transaction avait été mise en œuvre par le Conseil. Aucune violation du principe du contradictoire n'a pu en effet résulter de ce que le Conseil a décidé de baisser le taux de réfaction de la sanction normalement encourue que le Rapporteur général lui avait proposé, conformément à l'engagement pris lors de la signature du procès-verbal de transaction. En effet, « il ne se déduit pas des termes de l'article L. 464-2-II du code de commerce, que l'engagement pris par procès-verbal par le Rapporteur général du Conseil devait conduire la société Texas Instruments France à tenir pour acquis que la proposition de réduction de la sanction émise par celui-ci serait purement et simplement entérinée par le Conseil » et la société ne pouvait ignorer que le Conseil, dans son pouvoir d'appréciation de la sanction, n'était en aucune façon lié par les propositions émises par le Rapporteur général. La Cour a relevé par ailleurs que le contradictoire a été respecté, la société ayant pu présenter des observations, écrites et orales, sur les éléments dont il avait été tenu compte dans la détermination de la sanction (http://www10.finances.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/boccrf/04_09/a0090026.htm).

opportune dans les cas où la ligne de partage entre un comportement conforme aux usages commerciaux et un comportement clairement anticoncurrentiel est tenue » (p. 151). Alors, certes les recours existent, comme l'a dit Monsieur Legal tout à l'heure, en France aussi. Sauf que, pour l'instant, ces recours sont, comme il était prévisible, des recours introduits par des entreprises qui ont saisi le Conseil de la concurrence et qui ne sont pas satisfaites par la réponse apportée à la question qu'elles avaient posée, via des engagements qu'elles estiment inappropriés. Certes les entreprises qui souscrivent à des engagements peuvent elles aussi faire un recours – les termes de la loi le laisse entendre –, même si l'hypothèse est un peu théorique. Et là, que dit – avec ce que j'appellerais une charmante naïveté – le Conseil de la concurrence – c'est aussi dans son rapport de 2005, à la page 154 : « Sans doute, l'incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours est-elle fortuite et résulte-t-elle d'un oubli du législateur. La philosophie de cette procédure est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il s'agit, non d'une décision au fond, mais d'une sorte de contrat librement consenti entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie ». Voilà ce que le Conseil de la concurrence pense des recours contre ses décisions. C'était une nuance qu'il n'était pas inutile d'apporter. Ajoutons à cela qu'en matière d'engagements, le Conseil de la concurrence se situe un peu en marge de la loi. Car, si, au considérant 13 et à l'article 9 du règlement 1/2003, on trouve bien la notion de « préoccupation de concurrence », en revanche, dans la loi française, on ne trouve que la notion de « pratiques anticoncurrentielles ». Et ce n'est pas tout à fait la même chose. Que le Conseil ait des préoccupations, très bien. Mais ce n'est pas la même chose que d'établir qu'il y a des pratiques anticoncurrentielles. Et pourtant, toutes les décisions du Conseil parlent de « préoccupations de concurrence », ce qui n'existe pas en droit français.

Concernant à présent la non-contestation des griefs, un mot rapide d'une affaire que je connais hélas trop bien, pour en avoir été l'un des acteurs. Il s'agit de l'affaire des calculatrices, qui a donné lieu à une condamnation par le Conseil de la concurrence (8), après une procédure de non-contestation des griefs, par l'entreprise *Texas Instrument*. Il s'est passé une chose extraordinaire dans cette affaire. L'entreprise s'est engagée à modifier ses comportements pour l'avenir : c'était une entente verticale. Et le rapporteur général lui a promis un certain pourcentage de réduction qui tournait autour de 50 %. Qu'a fait le Conseil de la concurrence ? Il a accepté les engagements, mais n'a accordé que 20 % de réduction d'amendes. Et ceci n'a été découvert par l'entreprise que dans la décision, car ce point n'avait absolument pas été mentionné à l'audience. Le contradictoire, semble-t-il, avait été assez clairement violé. Il n'aurait pas été bien difficile aux membres du Conseil de dire en séance à l'entreprise qu'ils estimaient, par exemple, que les faits étaient graves et donc qu'ils n'envisageaient pas de suivre la proposition du rapporteur général, voire de demander à l'entreprise ce qu'elle en pensait. Dans cette affaire, la réponse de la Cour d'appel Paris, suivie par la Cour de cassation

(8) Cons. conc., Déc. 25 sept. 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire (<http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/03d45.pdf>).

(9) – ce sont des arrêts de 2004 et 2005 – a été de dire que l'entreprise ne pouvait pas ne pas savoir que la proposition de réduction formulée par le rapporteur, et sur laquelle les parties et le rapporteur se sont mises d'accord, ne lie pas le Conseil. Autrement dit, on est en présence d'une sorte de hold-up, et même peut-être d'un véritable hold-up, à la faveur duquel le Conseil empêche les engagements, mais accorde de l'autre côté un certain pourcentage de réduction : en l'occurrence c'était 20 %, mais pourquoi pas 10 %, voire 5 %. Cette décision est d'ailleurs tellement étrange qu'elle a conduit le Conseil de la concurrence à dire implicitement – naturellement il ne veut pas désavouer ouvertement la Cour d'appel de Paris –, qu'il s'agissait d'une affaire isolée. Du reste, depuis lors, jamais le Conseil de la concurrence n'a plus procédé ainsi, sauf, dans un cas, où il est allé au-delà de ce qui avait été convenu avec le rapporteur, pour accorder 90% de réduction au lieu de 50 %. Tout ceci pour montrer que, en cette matière, il y a certes un peu de contentieux, mais que, lorsque les voies contentieuses sont exercées, on n'arrive pas à grand-chose.

Je voudrais maintenant consacrer quelques instants au projet de transaction de « *direct settlement* » de la Commission (10). Pour les raisons que vous a indiquées le professeur Waelbroeck, il s'agit là évidemment d'un projet extrêmement dangereux. Tout simplement parce que, en l'état du projet de communication qui est soumis à consultation publique, ainsi qu'en l'état du projet de modification du règlement n° 773/2004, on aboutit à un déséquilibre absolu au détriment des droits de la défense et du droit au juge. Je me contenterais d'un exemple pour illustrer mon propos : que va-t-il se passer lorsque certaines entreprises se lancent dans la transaction et les autres pas ? Comment peut-on être assuré que la Commission ne va, en quelque sorte, non seulement punir les entreprises qui ne transigent pas, mais au-delà vouloir en quelque sorte se rattraper sur ces dernières de la réduction d'amende qu'elle aura été contrainte d'accorder aux autres ?

Ce qui frappe dans ces solutions négociées – et ce sera là ma conclusion –, c'est que l'on se situe quand même très en marge du droit, par une recherche effrénée de l'efficacité. De l'optimum économique, je ne sais pas, mais de l'efficacité, certainement. Ce qui aboutit à des comportements quasiment ou totalement illégaux de la part de l'autorité de concurrence. Par exemple, le Conseil de la concurrence, tout comme la Commission européenne, ont indiqué qu'en cas de demande de clémence, ils peuvent demander aux entreprises de continuer à prendre part au cartel, pendant le temps nécessaire à l'enquête. Et je me pose la question des dommages et intérêts que pourraient être appelé à demander les victimes à l'entreprise qui est restée dans le cartel à la demande de l'autorité de concurrence. Je n'ai pas de réponse. Au final, les juges auront sans doute encore beaucoup de travail en matière de « *private enforcement* », ou en matière de droit de la concurrence classique. En revanche, une chose qui me paraît malheureusement établie, c'est que ces solutions négociées, elles, ne sont pas de la justice.

(9) Cass. com. 22 nov.2005 (<http://www.conseil-concurrence.fr/doc/cass03d45calculatrices.pdf>)

(10) <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>