

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
DEPARTEMENT DE SCIENCES JURIDIQUES

Rosso

VOLUME 1 - 2

LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES
EN DROIT COMMUNAUTAIRE
DE LA CONCURRENCE

Bénédicte BEAUCHESNE

Membres du jury:

Prof. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE (Université de Paris X-Nanterre)
Prof. Fausto CAPELLI (Université de Parme)
Prof. Peter MÜLLER-GRAFF (Université de Trier)
Prof. Jürgen SCHWARZE (Supervisor - EUI)
Prof. Jean VERGÈS (Université de Paris I)

Thèse soumise à l'approbation du jury en vue de l'obtention du doctorat de
l'Institut universitaire européen

Florence, le 19 décembre 1991.

LAW
ECr9
BEA

European University Institute



3 0001 0034 5311 7

**INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
DEPARTEMENT DE SCIENCES JURIDIQUES**

LAW ECr9
BEA

VOLUME 1



**LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES
EN DROIT COMMUNAUTAIRE
DE LA CONCURRENCE**

Bénédicte BEAUCHESNE

Membres du jury:

Prof. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE (Université de Paris X-Nanterre)

Prof. Fausto CAPELLI (Université de Parme)

Prof. Peter MÜLLER-GRAFF (Université de Trier)

Prof. Jürgen SCHWARZE (Supervisor - EUI)

Prof. Jean VERGÈS (Université de Paris I)

Thèse soumise à l'approbation du jury en vue de l'obtention du doctorat de
l'Institut universitaire européen

Florence, le 19 décembre 1991.

ECr9

Cette étude n'aurait pu se faire sans le soutien de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel de Paris à qui je tiens à témoigner ma sincère gratitude.

Parmi toutes les personnes qui m'ont aidée à la rédaction de cette thèse, je suis particulièrement reconnaissante au Professeur J.Schwarze, de l'Institut universitaire européen, pour ses précieux conseils et la confiance qu'il m'a témoignée.

Je souhaite également remercier M. H.Johannes de la Commission CEE pour le temps qu'il m'a si gentiment consacré et les éclaircissements apportés.

Parmi les chercheurs et le personnel de l'Institut universitaire européen, je dois beaucoup au Docteur A.Seck qui, en plus de son amitié, m'a accordé une aide indispensable dans le domaine de l'informatique.

Enfin, ces trois années de travail se seraient révélées difficilement supportables sans L.Pasi. Je lui dois mon équilibre et l'absence de regrets de devoir quitter Florence et la Badia Fiesolana.

A ma grand-mère

LISTE DES ABREVIATIONS UTILISEES

A.D.I.F.	Annuaire de droit international français
A.F.C.E.-I.C.C.	Association française d'étude de la concurrence- Institut du Commerce et de la Consommation
Aff.	Affaire
A.F.D.I.	Annales françaises de droit international
A.J.Comp.Law	American Journal of Comparative Law
A.L.J.	Antitrust Law Journal
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale de cassation)
B.L.Rev.	Business Law Review
B.O.C.C.R.F.	Bulletin officiel du Conseil de la concurrence de la République française
Bull.CE.	Bulletin des Communautés européennes
Cass.	Cour de cassation
C.A.	Cour d'appel
Cah.	Cahiers
Cah. Eur.	Cahiers européens
C.C.B.E.	Commission consultative des Barreaux européens
C.D.E.	Cahiers de droit européen
C.E.	Conseil d'Etat
CEE	Communauté économique européenne
CECA	Communauté européenne du Charbon et de l'Acier
CEEA	Communauté européenne de l'Energie atomique
Chr.	Chronique
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.J.F.E.	Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation
C.M.L.R.	Common Market Law Report
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
Com.	Commission des Communautés européennes
Cons.	Conseil des Communautés européennes
D.C.S.I.	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali
Déc.	Décision
Doctr.	Doctrine
D.S.	Recueil Dalloz Sirey
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat
E.C.L.R.	European Competition Law Review
Ed.	Editeur/Editions
E.L.Rev.	European Law Review
Eu.R.	European Review
F.C.L.I.	Fordham Corporate Law Institute
F.I.D.E.	Fédération internationale de droit européen
Foro it.	Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbschränkungen
Hte aut.	Haute Autorité
ibid	ibidem
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
J.B.L.	Journal of Business Law

J.D.I.	Journal de droit international
J.Cl.D.I	Juris Classeur de droit international
J.C.P.	Juris Classeur périodique
J.O.C.E.	Journal Officiel des Communautés européennes
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République Française
K.G.	Kammergericht (Cour d'Appel de Berlin)
Law Soc. Gaz.	Law Society Gazette
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.I.E.I	Legal Issues of European Integration
N.C.P.C.	Nouveau Code de procédure civile
non rep.	non reporté
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de Développement économique
O.F.T.	Office of Fair Trading
ord.	ordonnance
P.A.	Les Petites Affiches
préc. cit.	précédemment cité
P.U.B.	Presses universitaires belges
P.U.F.	Presses universitaires françaises
P.U.Q.	Presses de l'Université du Québec
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
R.C.C.	Revue de la concurrence et de la consommation
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.E.	Rivista di Diritto Europeo
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes
Rev. Eur.	Revue européenne
Rev. Sc. Crim.	Revue de Science criminelle
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.D.E.	Revue internationale de droit économique
Riv. dir. ind.	Rivista di diritto industriale
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
R.M.C.	Revue du Marché commun
R.S.	Revue suisse du droit international de la concurrence
R.T.D.Comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
S.J.	La Semaine juridique.
T.C.	Tribunal de Commerce
T.P.I.	Tribunal de Première Instance
Y.E.L.	Yearbook of European Law
WuW	Wirtschaft und Wettbeverb
WuW/E	WuW. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht

LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT
COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

Titre I L'INSTRUCTION DES INFRACTIONS

Ch. 1 La saisine de la Commission par les entreprises

- I La notification
- II L'action de l'entreprise victime d'une infraction

Ch. 2 La défense dans l'enquête

- I Les pouvoirs d'enquête de la Commission
- II Les droits des entreprises face aux pouvoirs de la Commission

Ch. 3 La procédure contradictoire

- I L'ouverture de la procédure contradictoire
- II La mise en oeuvre du droit d'être entendu
- III La divulgation des documents
- IV L'audition des entreprises

Titre II LE REGLEMENT INDIVIDUEL DES AFFAIRES EN DROIT COMMUNAUTAIRE
DE LA CONCURRENCE

Ch. 1 Les règles du jeu de la concurrence

- I La délimitation des règles communautaires de la concurrence
- II Les ententes anticoncurrentielles
- III La création, le renforcement et l'abus de position dominante

Ch. 2 L'application des règles du jeu par la Commission

- I Le règlement formel des affaires
- II Le règlement amiable des affaires

Titre III LE CONTROLE JUDICIAIRE DU RESPECT DES DROITS DES ENTREPRISES

Ch. 1 L'accessibilité du contrôle judiciaire

- I Conditions de recevabilité du recours en annulation
- II Conditions de recevabilité du recours en carence

Ch. 2 L'exercice du contrôle judiciaire

- I Le contrôle de la légalité des actes de la Commission
- II Interprétation et hiérarchie des normes communautaires

Ch. 3 L'efficacité du contrôle judiciaire

- I L'accessibilité de la procédure
- II La connaissance de la procédure de contrôle
- III L'efficacité des décisions judiciaires
- IV L'indemnisation des dommages causés par la Commission

INTRODUCTION GENERALE

Le droit communautaire interdit aux entreprises tout comportement anticoncurrentiel, accord, pratique concertée ou abus de position dominante susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. A ces règles établies en 1957 par les articles 85 et 86 du Traité de Rome, s'ajoute, depuis l'adoption en décembre 1989 du règlement du contrôle des concentrations, l'interdiction formelle de créer, ou de renforcer, une position dominante incompatible avec le Marché commun.

Cet ultime développement de la législation communautaire est significatif de l'importance croissante de la concurrence. Bien que celle-ci ne soit pas un objectif de la Communauté mais un simple moyen faisant partie d'une politique économique d'ensemble, elle est en réalité essentielle : Sans son maintien dans la Communauté d'après 1992, les résultats qui sont attendus du marché unique, notamment une productivité accrue, des prix plus bas et de meilleures possibilités d'emploi, seraient inmanquablement compromis. Pour mener à bien cette politique qui suppose de détecter, d'interdire et de réprimer les agissements anticoncurrentiels, la Commission peut promulguer des règlements, diligenter des enquêtes, déclarer une entente ou une opération de concentration illégale, imposer des amendes ou des astreintes.

Devant de tels pouvoirs qui autorisent l'administration communautaire à intervenir dans les droits essentiels des entreprises, ces dernières doivent bénéficier d'une protection adéquate. La Commission doit être liée par des règles claires, précises et fiables, c'est à dire suffisamment déterminables pour leurs destinataires, et obéir à certains principes tel celui du respect des droits de la défense. Si besoin est, les entreprises

doivent pouvoir mettre en oeuvre un contrôle judiciaire apte à assurer le respect de ces règles.

Notre thème de recherche, "La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence", se doit d'être précisé. Il ne s'agit pas de considérer les intérêts des seules entreprises contre lesquelles une procédure d'interdiction et de sanction est dirigée; les tiers sont également concernés, qu'il s'agisse de victimes d'infractions, d'associations professionnelles ou de groupements de consommateurs. Le droit communautaire de la concurrence sera par contre circonscrit aux règles de droit commun en excluant les secteurs régis par des règles spécifiques comme celui des transports ou de l'agriculture. Il comprend l'ensemble des textes législatifs, Traité CEE et règlements d'application, des décisions de Commission, des arrêts de la Cour et du Tribunal, des analyses doctrinales. Ses prolongements dans les ordres juridiques internes, sous forme de mesures d'exécution ou de jurisprudence nationale relative à l'application des articles 85 et 86 du traité, seront également pris en compte.

Le but de notre recherche consiste à s'assurer dans un premier temps, que la protection juridique des entreprises est satisfaisante en droit communautaire de la concurrence et, dans un second temps, à déterminer les mesures susceptibles de l'améliorer. D'un point de vue doctrinal, l'intérêt de ce travail est de se situer au lendemain des plus importantes réformes législatives depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome. Il s'agit de l'instauration d'un Tribunal de première instance en 1988 et de l'entrée en vigueur du règlement du contrôle des concentrations en 1990. Il intervient également après plusieurs décisions jurisprudentielles qui ont marqué la reconnaissance de droits fondamentaux remettant en question le cadre procédural de la concurrence.

D'un point de vue méthodologique, nous suivrons le cours de la procédure en partant du principe qu'il ne peut exister une analyse indifférenciée pour des règles d'application qui empruntent des canaux multiples. L'instruction, qui comprend les phases de saisine, d'enquête et d'audition, fera l'objet du Titre I ; le règlement formel ou négocié des affaires de la concurrence sera étudié au Titre II ; enfin, nous terminerons au Titre III par le contrôle exercé par le Tribunal et la Cour de justice.

Evaluer l'efficacité de la protection offerte aux entreprises suppose d'examiner concrètement et de façon détaillée l'application de ces règles. Toutefois, pour mieux juger leur pertinence, nous nous référerons aux procédures en vigueur dans d'autres ordres juridiques. Les droits nationaux seront à cet égard privilégiés : Ils constituent à la fois la matrice et le terrain d'élection du droit communautaire. Plus particulièrement, nous nous intéresserons au droit français qui, avant de prendre modèle sur le droit communautaire avec la réforme de 1986, a lui-même inspiré les rédacteurs du Traité CEE pour l'élaboration des systèmes administratif et contentieux. La législation allemande sera étudiée pour ses règles de la concurrence si précisément rédigées. Enfin, nous nous tournerons vers le droit britannique qui, depuis l'adhésion de 1973, a exercé une influence tardive, mais déterminante, sur le droit communautaire.

Ces références sont d'autant plus nécessaires pour notre étude que le droit communautaire ne se substitue pas aux règles nationales de la concurrence dont sont dotés la plupart des Etats membres. Ces dernières continuent en principe d'être applicables tandis que les règles communautaires, qui ont un effet direct dans les ordres juridiques internes, y sont créatrices de droits et d'obligations.

De fait, la protection juridique des entreprises est elle-même éminemment concernée par la multiplicité des règles et des procédures. Or, si le rapprochement des législations nationales

est voulue par le Traité dans la mesure nécessaire au fonctionnement du Marché commun¹, l'intégration de systèmes juridiques différents n'est pas exempte de difficultés. Façonnés par leur propre réalité historique, économique et culturelle, les ordres juridiques expriment d'abord leur diversité au niveau de la reconnaissance des droits fondamentaux. Contrairement aux Traités instituant les Communautés, la loi fondamentale allemande offre une protection très complète des droits individuels. Le système dominé par une conception dualiste pourrait remettre en cause la suprématie du droit communautaire ; en France, la constitution, fortement inspirée d'une conception moniste à primauté du droit international, ne comporte pas ce type d'obstacle.

Ces différences se retrouvent dans le domaine particulier de la concurrence. Aucun consensus ne peut être trouvé parmi les Etats membres quant à l'importance de son efficacité dans la vie économique et sociale. Surtout, l'interprétation des principes utilisés, les cadres institutionnels spécifiques et les procédures d'application et d'exécution diffèrent souvent de façon radicale. En Allemagne, le Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen du 27 juillet 1957 est toujours en vigueur après cinq amendements successifs². Il a été adopté pour remplacer les ordonnances militaires issues du programme de décartéllisation établi par les gouvernements alliés après la chute du régime national socialiste. Cette législation rompt avec la longue tradition juridique allemande axée sur le principe de la liberté de contracter. Elle doit garantir à l'entreprise individuelle la possibilité de se développer librement dans une économie de concurrence. Celle-ci doit donc également être protégée en empêchant la création ou le renforcement des

1. Article 3, alinéas f et h, du Traité de Rome.

2. Lois du 15 sept.1965, 3 août 1973, 28 juin 1976, 26 avr.1980 et du 22 déc.1989.

puissances économiques nocives. Cette tâche incombe principalement au Bundeskartellamt qui agit sous le contrôle de la Cour d'Appel de Berlin.

En France, l'actuelle législation sur la concurrence prend source avec les ordonnances sur la liberté du commerce et des prix du 30 juin 1945 qui permettaient de réprimer pénalement la pratique de prix illicites à laquelle les méthodes anticoncurrentielles étaient assimilées. Ces règles étaient alors essentiellement conçues comme un moyen d'intervention des pouvoirs publics dans le fonctionnement des marchés et la formation des prix. Les réformes successives marquent un recul du rôle de l'Etat et le transfert progressif de la répression des ententes illicites et des abus de position dominante à une autorité administrative indépendante¹. Le Conseil de concurrence, qui est désormais compétent, applique, sous le contrôle de la Cour d'Appel de Paris, une législation largement inspirée du droit communautaire.

Le système anglais n'a pas encore franchi cette étape. Son développement historique s'est, pendant longtemps, caractérisé par une succession de vicissitudes qui ont marqué l'attribution de l'appréciation de l'atteinte portée à la concurrence au pouvoir judiciaire ou à une autorité administrative². Il se distingue actuellement par la diversité de ses principaux instruments législatifs³ et de ses

1. Commission technique des ententes et des positions dominantes selon le décret 54-97 du 27.1.1954 remplacée par la Commission de la concurrence selon la loi n°77-806 du 19.7.1977 et le décret n°77-1189 du 25.10.1977, puis par le Conseil de la concurrence suivant l'ordonnance du 1er.12.1986.

2. "Monopolies and Restrictive Practices Act" de 1948, "Restrictive Trade Act" de 1956, "Monopolies and Mergers Act" de 1965, "Restrictive Trade Practices Act" de 1968 et "Fair Trading Act" de 1973.

3. "Restrictive Trade Practices Act" de 1976, "Competition Act" de 1980, "Resale Prices Act" de 1976, "Monopolies and Mergers Act" de 1965, "Fair Trading Act" de 1973.

intervenants¹. Très critiqué, le droit de la concurrence britannique a fait l'objet d'un Livre blanc posant les bases d'une réforme qui devrait le rapprocher de la législation communautaire.

Ce bref aperçu de différents systèmes juridiques en vigueur dans la Communauté a un double objectif. D'une part, il aide à comprendre que la protection juridique des entreprises en droit de la concurrence communautaire doit être recherchée dans un système de droit complexe qui s'inscrit dans un environnement culturel, économique, sociologique et politique très diversifié. D'autre part, à l'enseigne du droit comparé qui inculque l'humilité, il permet de mieux dimensionner le droit communautaire de la concurrence et d'apprécier la pertinence des réformes proposées.

1. "Office of Fair Trading", "Restrictive Practice Court", "Department of Trade and Industry", "Monopolies and Mergers Commission".

TITRE I. L'INSTRUCTION PRELIMINAIRE

Les droits de la défense sont-ils suffisamment garantis lo de l'instruction des infractions au droit de la concurrence Cette étape de la procédure comprend normalement trois phas dont les deux dernières peuvent, en pratique, se chevaucher. première, qui correspond à la saisine de la Commission par l entreprises, semble marquée par l'incertitude des règl applicables et la difficulté à les faire respecter. La second qui est celle de l'enquête, c'est à dire de la recherch d'informations par la Commission par le biais des demandes renseignements et des vérifications, oppose le respect des droi individuels à l'efficacité de l'action administrative.

Enfin, la troisième phase répond à la mise en oeuvre du dro d'être entendu de l'entreprise lors de la procédu contradictoire que la Commission est tenue de suivre avant prendre une décision au titre des articles 85 et 86 du trait Dans cette confrontation, souvent inéquilibrée, les tiers trouvent pas toujours les conditions nécessaires à la défense leurs intérêts.

Chapitre I. LA SAISINE DE LA COMMISSION

L'application aux entreprises des règles de la concurren peut les conduire à saisir la Commission en notifiant une enten ou en demandant les mesures appropriées pour faire cess l'infraction. Il s'avère qu'en pratique, la multiplicité et diversité des règles et des procédures envisageabl compromettent tant le respect de l'application d'une politique

libre concurrence qu'une protection juridique satisfaisante des intéressés. De fait, ni les notifications, ni les plaintes ne portent sur les violations les plus graves aux règles de la concurrence. Tandis que les premières n'auraient aucune chance d'aboutir à une approbation administrative, on constate pour les secondes que, souvent, les plaignants potentiels n'ont pas connaissance de l'infraction, s'estiment incapables de la prouver ou encore craignent des conséquences défavorables d'une telle action¹. Si les difficultés tant politiques que techniques demeurent considérables, plusieurs mesures, il est vrai ponctuelles, ont déjà contribué à l'amélioration des procédures de saisine. Il reste à savoir si cela est pour autant suffisant ?

Section 1. La notification

La saisine des autorités compétentes varie suivant les systèmes juridiques concernés. En droit communautaire, les entreprises ont, depuis l'adoption du règlement 4064/89, l'obligation de notifier à la Commission les opérations de concentration tandis que la procédure reste facultative pour les ententes relevant de l'article 85 du traité. En France, seules les concentrations sont notifiables volontairement, la Grande-Bretagne connaissant encore un système d'enregistrement obligatoire qui devrait être réformé prochainement², l'Allemagne ayant opté pour un régime mixte.

1. J.Temple Lang "Community Antitrust Law - Compliance and Enforcement", C.M.L.Rev. (18), 1981, p.336; voir cependant, R.Merkin & K.Williams, Competition Law: Antitrust Policy in United Kingdom and the EEC, Sweet & Maxwell, 1984, p.392, pour qui la plus importante source d'informations du RTPA est constitué par les plaintes.

2. R.J.Taylor "UK Competition Law and Procedures - An Overview", E.C.L.R. 1988, p.457.

L'emploi du terme "notification" en droit communautaire n'est d'ailleurs pas anodin. Utilisé au sens large, pour désigner la communication d'un accord ou d'une pratique à la Commission pour obtenir une exemption, une attestation négative ou l'autorisation de procéder à une opération de concentration, techniquement, faut parler de "demande" pour les attestations négatives. L'affaire Tetra Pak² rappelle très clairement que l'exemption vise que les accords relevant de l'article 85 et l'entreprise doit en fait être très attentive, lorsqu'elle saisit la Commission, d'indiquer clairement la décision qu'elle souhaite obtenir³.

§ 1. L'entreprise doit-elle notifier à la Commission ?

Alors que le règlement sur les concentrations prévoit l'imposition d'une amende en cas de non-déclaration d'une opération devant être soumise au contrôle communautaire, le règlement 17/62 laisse à l'entreprise la faculté de ne pas notifier une entente mais introduit de fortes incitations pour qu'elle choisisse de le faire. Pourtant, les notifications communautaires ne dépassent pas une moyenne de 200 par an⁴, ce qui est très peu au regard du potentiel d'affaires offert par le Marché commun, et la Commission ne rend pas plus d'une quinzaine de décisions chaque année⁵. Il faut donc s'interroger sur l'intérêt d'une entreprise à notifier un accord à la Commission.

1. M.Siragusa, "Notification of agreements in the EEC: To notify or not to notify" in United States and the Common Market Antitrust Policies, Fordham University School of Law, Bar E.Hawk Editor 1986, p.244.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, non rep.

3. Voir le paragraphe 2. III, de cette section.

4. Voir l'annexe B-1.

5. Voir l'annexe B-3.

I. Avantages et inconvénients de la notification

Les bénéfices attachés à la notification sont une immunité en matière d'amende, la possibilité d'obtenir une attestation négative ou une exemption individuelle. La notification limite également les possibilités de plainte d'un concurrent. En Grande-Bretagne, les commentateurs mentionnent à ce propos que le non-enregistrement peut éveiller le "syndrome de l'employé désanchanté"¹ : Selon la jurisprudence, ce dernier peut être relevé du devoir de ne pas divulguer les secrets d'affaire de son employeur en cas d'exploitation d'un accord indûment non-enregistré du fait que l'intérêt public est alors concerné.

Mais, comme le relève la Cour de Luxembourg², les avantages de la notification "constitue(nt) la contrepartie du risque encouru par l'entreprise en dénonçant elle-même l'accord ou la pratique concertée. Cette entreprise risque en effet, non seulement de faire constater que l'accord ou la pratique viole l'article 85 §1 et de se voir refuser l'application du paragraphe 3, mais également d'être sanctionnée par une amende pour ses agissements antérieurs à la notification". Mais, le principal inconvénient de la notification pour les entreprises, vient du fait même de soumettre leurs accords ou pratiques au scrutin de l'administration. Pour celles qui sont rôdées au droit de la concurrence, on peut constater une tendance à moins rechercher et à moins se soumettre au jugement de la Commission. Aussi, plus les entreprises sont soucieuses de la conformité de leur action aux règles du traité, moins il est probable qu'elles notifient³.

1. Voir N.Green Commercial Agreements and Competition Law: Practice and Procedure in the UK and EEC, Graham & Trotman, 1986, l'auteur parle du "disenchanted employee problem".

2. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125.

3. M.Siragusa, op. cit., p.283-285.

De plus, l'absence de systématisation dans la pratique de la Commission peut en fait entraîner l'entreprise dans une procédure longue et contraignante qui n'aurait jamais eu lieu d'être sans une notification. La Commission, avec sa compétence exclusive pour accorder une exemption individuelle et son application rigide de l'article 85 §1, a créé un goulot d'étranglement et les entreprises préfèrent éviter en courant le risque, si besoin est, d'être prises en violation des règles de la concurrence. I. Van Bael¹ fait la même constatation en citant l'affaire Campari² dans laquelle la Commission a mis près de quinze mois pour prendre une décision. A cet égard, il met en garde la Commission avec ses velléités de contrôle des concentrations qui aboutirait à un allongement des délais. S'il est trop tard pour revenir sur ce point, il est vrai que l'édiction de dates butoirs par le nouveau règlement peut polariser l'attention de la Commission sur ces affaires.

Par ailleurs, la notification implique un risque de publicité indésirable pour l'entreprise. On constate aussi que l'examen d'une entente par la Commission ne signifie pas nécessairement une décision nette et définitive puisque celle-ci peut être accompagnée de conditions et obligations et n'a qu'une durée limitée. Enfin, la notification d'une entente oblige l'entreprise à communiquer des secrets d'affaires à des tiers, ce qui, quelque soient les précautions prises entraîne toujours un risque de divulgation.

En définitive, bien que l'on puisse constater l'existence de différentes politiques appliquées par les entreprises en matière de notification, certaines évitant par tous les moyens de devoir le faire tandis que d'autres choisissent de collaborer plus

1. "EEC Antitrust Enforcement and Adjudication as seen by Defense Counsel" R.S. 1989, n°7, p.3.

2. Déc. du 23.12.1977, J.O.C.E. 1978 L70/69.

activement et ouvertement avec la Commission, le fait de décider de notifier ou non, une entente à Bruxelles ne peut être prise qu'au cas par cas. Pour ce faire, l'entreprise devra elle-même analyser divers facteurs : L'entente comporte-t'elle un risque de violer les articles 85 §1 et 86 du traité, tenant compte de ce que la limite entre ces deux dispositions peut être difficile à tracer ? Est-elle couverte par une exemption par catégorie, et le cas échéant, l'accord peut-il être modifié pour en bénéficier. L'entreprise doit également s'interroger sur l'intérêt d'obtenir une exemption individuelle, car si l'entente paraît violer l'article 85 §1, il peut être difficile d'apprécier les possibilités de bénéficier des dispositions de l'article 85 §3. Pour la Commission, admettre comme elle le fait que l'évaluation demandée est particulièrement difficile, doit aussi entraîner une approche plus flexible de l'application de l'article 85 §1 et une utilisation plus systémique de ces règles. Enfin, l'entreprise tiendra compte de l'intérêt d'une immunité en matière d'amende, d'une protection contre les actions privées et la possibilité de demander l'exécution forcée de l'accord, tenant présent que la notification n'a en elle-même aucun effet et qu'une décision formelle devra être recherchée. En conclusion, les entreprises ne devraient notifier que les seules ententes pour qui l'octroi d'une exemption dépend de considérations politiques de la Commission et dont le degré d'incertitude laissé en la matière n'est pas tolérable.¹

II. Quels sont les accords notifiables ?

L'article 4 du règlement 4064/89 oblige les entreprises à notifier toutes les opérations de concentration de dimension

1. M. Siragusa, op. cit., p.283-285.

communautaire visées par le règlement. L'article 4 §1 du règlement 17/62 pose une simple invitation à notifier tous les accords, décisions et pratiques concertées visées à l'article 85 §1 du traité (..) en faveur desquels les intéressés désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85 §3. Le problème est donc de savoir si l'accord concerné entre dans le champs d'application du règlement 17 et s'il est de l'intérêt réel de l'entreprise de le notifier.

1. Les opérations de concentration de dimension communautaire

Le régime de notification obligatoire des opérations de concentration communautaires est directement inspiré du système allemand, très soucieux de la sécurité juridique mais également très lourd¹. La première difficulté pour les entreprises est de déterminer si l'opération constitue une concentration de dimension communautaire telle que définie par le règlement 4064/89. Selon l'article 3 §1, la concentration est réalisée lorsque une ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ou lorsque, une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.² L'opération doit être notifiée lorsque "le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan

1. Selon l'article 25 du règlement, les entreprises doivent obligatoirement notifier à la Commission, les opérations de concentration de dimension communautaire, qui n'ont pas fait l'objet d'un accord ou d'une publication ou qui n'ont pas été réalisées par voie d'acquisition, ou qui n'ont pas déjà été l'objet d'un engagement de procédure par une autorité nationale compétente avant l'entrée en vigueur du règlement, soit le 21 septembre 1990.

2. L'article 3 §2 apporte quelques précisions relatives à des opérations qui constituent ou ne constituent pas une opération par prise de contrôle, alors que les diverses opérations exclues de la notion de concentration sont énumérées par l'article 3 §5.

mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus et que le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus". Mais l'opération n'est pas notifiable si "chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre"¹.

Or, la ligne de partage entre les concentrations communautaires et les autres n'est pas toujours très nette². Compte-tenu des difficultés soulevées, la notification simultanée de l'opération à la Commission de Bruxelles et aux autorités nationales concernées est conseillée par certains commentateurs pour éviter les retards de procédure³. Il reste que la solution n'apparaît guère satisfaisante et ce d'autant plus, si l'on considère la charge de travail et les frais⁴ ainsi entraînés. Une étude menée par l'"American Bar Association"⁵ conclut que les honoraires légaux à prévoir pour notifier une opération de concentration à la Commission devraient s'échelonner entre 150.000 à 600.000 \$ et dépasser le million de dollars en cas de transaction complexe. Même, si on sait que les dépenses légales

1. Article 1 §1 et 2 du règlement CEE n°4064/89.

2. L.Cartou "Le contrôle communautaire des concentrations de dimension communautaire", P.A. 21.3.1990, n°35, p.7 ; voir également cette thèse, titre II, Ch.I, section 1, §.3, II, 2.

3. J.-P.de La Laurencerie, "Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux", Recueil Dalloz, 1990, Chronique XXVI, p.143.

4. Il ne faut pas oublier que certaines législations nationales, comme la loi allemande de 1957 et désormais la législation britannique, prévoient la perception de droits et taxes en la matière. XIXe rapport sur la politique de la concurrence, point 107.

5. "Comments of the American Bar Association with Respect to the Draft Form Notification of a Concentration", A.J.L. Vol.59, 1990(1), p.264.

sont largement supérieures aux Etats-Unis qu'en Europe, ces chiffres donnent un aperçu du coût susceptible d'être supporté par les entreprises communautaires.

2. Les ententes devant être notifiées au titre des articles 4 et 5 du règlement 17.

Une entreprise doit notifier à la Commission, les accords ou contrats qui ne peuvent bénéficier d'un règlement d'exemption par catégorie, si les clauses du contrat ne concordent pas parfaitement avec celles agréées par le règlement, lorsque les accords risquent de restreindre le jeu de la concurrence communautaire.

Une première difficulté résulte des accords relevant de l'article 86 qui n'ont pas en principe à être notifiés à la Commission. Dans la pratique, l'imprécision considérable des catégories juridiques issues de ce texte peut pousser les entreprises à notifier. Saisie du problème de savoir si l'application d'un accord, susceptible en tant que tel de relever de l'interdiction de l'article 85 §1, peut aussi constituer un abus de position dominante, la Cour a décidé dans l'arrêt Ahmed Saeed¹, que "l'applicabilité simultanée des articles 85 et 86 ne saurait être écartée". Les entreprises notifient donc par souci de sécurité juridique. Dans l'affaire Hoffmann-La Roche², la Cour a admis qu'un opérateur vigilant pouvait, en cas de doute, notifier un comportement susceptible d'être qualifié d'exploitation abusive de position dominante. Il faut d'ailleurs mentionner qu'à la suite de cet arrêt, la Commission a modifié l'article 4 du règlement 27³ par un nouveau règlement

1. C.J.C.E. arrêt du 11.4.1989, aff.66/86, att.34 et 37, Rec. 1989, p.838 ; voir aussi la déc. Verre plat du 7.12.1988, J.O.C.E. 1989, L.33/44.

2. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Rec. 1979, p.461, att.134.

3. Règlement du Conseil du 3.5.1962.

n°2526/85¹ précisant que la notification doit comporter un exposé complet de la pratique qui suscite des doutes, et de la position occupée par l'entreprise dans le Marché commun.

La deuxième difficulté ressort des contrats successifs. Quels sont dans ce cas les accords devant être notifiés à la Commission?

Tout d'abord, la notification d'un accord cadre ne vaut pas notification des accords pris en son application. Dans l'affaire Stichling Sigarettenindustrie², la Cour a ainsi refusé que la notification d'un accord concernant la concertation entre le secteur des tabacs manufacturés et l'administration néerlandaise couvre l'accord sur les prix entre les producteurs eux-mêmes intervenu deux ans plus tard. La notification ne peut valoir que pour les accords identiques : Dans l'arrêt Brasserie de Haecht II³, la Cour constate "qu'il résulte du règlement 27/62 (...) et des formulaires y annexés que la Commission a estimé que, tout en constituant un allégement administratif, la notification d'un contrat type est suffisante pour permettre la surveillance efficace des accords susceptibles de contrevenir à l'article 85"; elle admet donc que "la notification régulièrement faite d'un accord type vaut notification de tous les accords du même contenu, même antérieurs, conclus par la même entreprises".

En cas modification de circonstances, l'entreprise doit effectuer une nouvelle notification. Il s'agit de prévenir une décision fondée sur l'article 8 du règlement 17 qui autorise la Commission à réexaminer le dossier lorsqu'elle estime que la

1. Règlement de la Commission du 5.8.1985, J.O.C.E. 1985 n° L.240/1.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.12.1985, aff.240 à 242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. 1985, p.3661, att.68-69.

3. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Rec. 1973, p.77, att.20 et 23.

situation initiale a évolué¹. Cela concerne les modifications qui touchent à l'ensemble de l'accord, ou qui le rendent sensiblement plus restrictif en élargissant son champs d'application², comme par exemple l'entrée d'un nouvel associé dans la filiale³. En cas d'expiration du délai accordé par une précédente décision d'exemption⁴, l'entreprise doit procéder à une nouvelle notification pour demander la prorogation de l'exemption. Mais, à condition qu'aucune modification importante ne soit apportée au contrat initial, elle pourra se contenter de former une simple demande présentant les modifications mineures envisagées⁵.

3. Accords simultanément notifiables aux autorités nationales

La détermination des accords devant être notifiés à la Commission de Bruxelles doit être conjuguée avec les législations des Etats membres qui peuvent également imposer aux entreprises de notifier certains accords aux autorités nationales. La législation est particulièrement complexe en Grande-Bretagne où le "Restrictive Trading Practice Agreement" de 1976 oblige les entreprises à notifier tous les accords inter-entreprises auprès du directeur général de l'O.F.T.⁶. Celui-ci n'enregistre que les

1. Tel a été le cas à la suite du traité d'adhésion du Royaume Uni pour un contrat conclu entre une société française et une société britannique, notifié avant l'élargissement du Marché commun. Bull.CE. 10, 1976, p.31.

2. Xe rapport sur la politique de la concurrence, point 41.

3. Déc. du 11.12.1980, Vacuum interrupters Ltd, J.O.C.E. 1980 L.383/1.

4. Déc. Transocean Marine Paint Association des 27.6.1967, J.O.C.E. 1967 L163/10, 21.12.1973, J.O.C.E. 1974 L19/18, 12.12.1979, J.O.C.E. 1980 L.39/73.

5. C.J.C.E. arrêt du 22.10.1986, aff.75/84, Metro II, Rec. 1986(9), p.3021, att.31.

6. Ces accords font l'objet d'une énumération exhaustive que le secrétaire d'Etat peut étendre par règlement après avis obligatoire du Parlement.

accords qui lui paraissent restrictifs de la concurrence et qu'il doit alors soumettre à la Restrictive Practice Court¹. Cependant, dans le cadre d'un effort d'harmonisation des législations des Etats membres et pour remédier à l'inefficacité du système, un projet de réforme est actuellement examiné. Il prévoit l'abandon de l'enregistrement des accords restrictifs dans leur forme, pour un principe d'interdiction avec une possibilité d'exemption pour les accords qui présentent des avantages économiques ou techniques². En Allemagne, les entreprises doivent faire inscrire au Registre des ententes tous les accords qui ne sont pas interdits en raison de certaines caractéristiques qu'ils présentent³, ce qui correspond largement aux ententes dispensées de notification par application de l'article 4 §2 du règlement 17, et les accords pouvant bénéficier d'une autorisation spéciale de l'autorité de contrôle des ententes, comme par exemple en cas de régression des ventes dues à une modification durable de la demande⁴. En matière de fusion⁵, seules les opérations d'une certaine importance sont l'objet d'une procédure de notification obligatoire.

III. Quels sont les accords dispensés de notification ?

1. Il peut demander au ministre de le décharger de son obligation lorsque les restrictions à la concurrence lui semblent minimales.

2. Voir "Opening Markets: New Policy on Restrictive Trade Practices" de juillet 1989 et le XIXe rapport sur la politique de la concurrence, point 107.

3. Voir par exemple, l'article 5a visant l'application uniforme de normes ou de types, la spécialisation et la rationalisation des processus économiques.

4. Voir l'article 4 de la loi du 27.7.1957.

5. Il n'existe pas de contrôle général de la concentration des entreprises mais seulement un contrôle des fusions sous l'angle de la concurrence.

L'entreprise est dispensée de notifier les accords visés par l'article 4 §2 du règlement 17 et les accords qui tombent sous le coup d'un règlement d'exemption catégorielle.

1. Les dispenses prévues par l'article 4 §2 du règlement 17.

Les dispenses de notification prévues à l'article 4 §2 et 3 du règlement 17/62¹ visent les accords "très nombreux et (qui) ne pourront donc pas être examinés simultanément, parce qu'ils revêtent des caractères particuliers qui peuvent les rendre moins dangereux pour le développement du marché commun"². La Cour a précisé que la simplification administrative ainsi établie concernait les "contrats qui, tout en pouvant relever de l'article 85 §1, apparaissent (...) de façon générale, en raison de leurs particularités, comme moins nocifs au regard des objectifs de cette disposition et, dès lors, très probablement aptes à bénéficier du paragraphe 3 du même article 85"³. Les dispenses peuvent être regroupées en trois catégories, qui doivent être conçues très restrictivement.

La première concerne les ententes "nationales", c'est à dire celles auxquelles ne participent que des entreprises ressortissant à un seul Etat membre. Si une seule des parties a une filiale en dehors de l'Etat membre dans lequel l'entreprise a son siège principal, ou si l'entente est conclue par des entreprises qui sont toutes extérieures au Marché commun,

1. L'article 5 §2 écarte le principe de la notification des ententes existantes avant l'entrée en vigueur du règlement 17/62., lorsqu'elles entrent dans le champs d'application de l'article 4 §2.

2. 4e considérant du règlement 17/62.

3. C.J.C.E. arrêt du 3.2.1976, aff.63/75, Fonderies Roubaix-Wattrelos, Rec. 1976(I), p.111.

l'accord n'est pas dispensé de notification¹. Il faut que les ententes ne concernent ni l'importation ni l'exportation entre Etats membres.² La jurisprudence en la matière est particulièrement abondante. En règle générale, la Cour considère que la disposition "doit s'interpréter en fonction de l'économie de l'article 4 et des objectifs de simplification administrative qu'il poursuit en n'obligeant pas les entreprises" à notifier systématiquement³. Ne remplissent pas cette condition, les accords horizontaux relatifs à l'importation ou l'exportation en commun vers, ou en dehors, du Marché commun, les clauses interdisant ou restreignant les livraisons transnationales à l'intérieur de la Communauté⁴, les ententes sur les prix et les conditions de transaction qui s'étendent aux produits importés ou exportés⁵, les accords portant discrimination collective de produits extérieurs au marché commun, les engagements verticaux de livraisons et d'achats transfrontaliers⁶, les accords de distribution rendant impossible l'achat de produits étrangers ou l'approvisionnement de clients étrangers⁷, les clauses de non concurrence dont le champs d'application déborde le territoire d'un Etat membre⁸, tout accord qui restreindrait sensiblement les importations parallèles dans un Etat membre et tendrait à

1. Thiesing, Schröter et Hochbaum, Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE, Paris, Ed. Jupiter, éd. de Navarre, 1977, p.392.

2. Sur l'absence de cette seconde disposition, voir la déc. du 26.11.1986, Meldoc n°74, J.O.C.E. 1986, L.348/50.

3. C.J.C.E. arrêt du 8.11.1983, aff.96-102, 104, 105, 108 et 110/82, IAZ, Rec. 1983, p.3369.

4. Déc. du 1.12.1976, Miller International, J.O.C.E. 1976 L357/40.

5. Déc. du 22.12.1972, GISA, J.O.C.E. 1972 L303/45.

6. C.J.C.E. arrêt du 18.3.1970, aff.43/69, Bilger c.Jehle, Rec. 1970, p.127.

7. Déc. du 21.1.1973, Industrie européenne du sucre, J.O.C.E. 1973 L140/17.

8. Déc. du 26.7.1976, Reuter c.BASF, J.O.C.E. 1976 L254/40.

isoler le marché national¹.

La dispense de notification s'applique ensuite aux ententes verticales conclues entre deux entreprises seulement, qui ont pour seul effet de limiter leur liberté de fixation des prix, des conditions de revente ou l'exercice de leurs droits en matière de propriété industrielle ou d'utilisation d'un savoir-faire technique. La première condition, commune à la troisième catégorie d'ententes dispensées de notification, a été discutée dans l'affaire Fedetab². La Cour a confirmé que n'était pas dispensée de notification, la coalition d'une association regroupant environ cent cinquante importateurs et distributeurs belges et une entreprise luxembourgeoise au motif qu'elle ne regroupait que deux coalisés. Dans l'affaire des Parfums Marcel Rochas³, la Cour admît par contre, le caractère non notifiable des contrats prévoyant des restrictions à l'égard d'un seul fournisseur avec un grand nombre de revendeur. Quant à la seconde condition, on se contentera de noter que les accords relatifs à des droits de propriété industrielle peuvent en principe être visés par l'interdiction communautaire des ententes, que seule l'existence du droit protégé est intangible⁴.

Enfin, l'entreprise est dispensée de notifier à la Commission, les ententes horizontales entre deux parties seulement et qui ont pour objet l'élaboration ou l'application uniforme de certaines normes ou types, des activités communes de

1. C.J.C.E. arrêt du 8.11.1983, aff.96-102, 104, 105, 108 et 110/82, IAZ, Rec. 1983, p.3369.

2. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Rec. 1980, p.3125, att.46 à 58.

3. C.J.C.E. arrêt du 30.6.1970, aff.1/70, Rec. 19870, p.515.

4. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56/64 et 58/64, Grundig Consten, Rec. 1966, p.429; et arrêt du 29.2.1968, aff.24/67, Parke Davis, Rec. 1968, p.82.

recherche et de développement, la spécialisation dans la fabrication, sous réserve dans ce dernier cas de ne pas dépasser un certain seuil.

Sans entrer dans les détails, puisque cette disposition du règlement 17 est désormais remplacée par les règlements d'exemptions catégorielles¹, on notera que la "normalisation" consiste en la standardisation des caractéristiques qualitatives ou quantitatives de pièces ou d'éléments d'un produit, ou l'élaboration de "types" de produit c'est à dire la standardisation de l'ensemble du produit. Elle peut concerner indifféremment la couleur, la forme, les règles de sécurité ; l'important est que cela concerne le produit et non ce qui lui est extérieur, comme par exemple ses conditions de transaction². La recherche et le développement participent en la découverte de produits, de procédés de fabrication ou techniques d'application, ou en leur mise au point jusqu'au stade de l'exploitation industrielle.

2. Les règlements d'exemptions catégorielles

Sur autorisation du Conseil, la Commission a arrêté de nombreux règlements définissant les catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées dispensés de notification. Ils visent des restrictions de concurrence reposant sur des éléments de faits communs ou comparables qui, en raison de l'ample similitude des intérêts des entreprises concernées, des concurrents et des utilisateurs, se prêtent à une appréciation normalisatrice au regard de l'article 85 §3 du traité.³ Par exemple, les accords de spécialisation comportent une entrave à

1. Les premiers étaient les règlements 2822/71 et 2779/72, J.O.C.E. 1971 L.285/49 et 1972 L.292/23.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.400.

3. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.144.

la concurrence par la réduction de l'autonomie des co-contractants mais contribuent à améliorer la fabrication ou la distribution des produits. Ces règlements sont pris pour une durée limitée et sont le plus souvent complétés par une communication ultérieurement publiée au Journal officiel pour préciser les critères d'application. Ils prévoient en général une procédure d'opposition.

Pour reprendre la formule utilisée par le Tribunal de première instance dans l'affaire Tetra Pak¹, "l'exemption par catégorie a notamment pour objectif, outre les préoccupations liées à la simplification administrative, de garantir la sécurité juridique des entreprises parties à un accord, en ce qui concerne la validité de cet accord précisément au regard de l'article 85, tant que la Commission n'a pas retiré le bénéfice de l'exemption par catégorie". De fait, la dispense n'est pas définitive. S'il apparaît que la présomption de licéité établie par la voie réglementaire est contestable, la Commission a la possibilité de déclarer l'accord incompatible avec les règles du Marché commun. Confrontée à de nombreuses plaintes dans le secteur de distribution automobile, elle a ainsi indiqué qu'elle pourrait "engager une procédure de retrait d'abus de l'exemption catégorielle", modifier la communication, voire le règlement concernés."²

Les règlements d'exemptions catégorielles, qui constituent la principale originalité du droit communautaire de la concurrence, sont désormais nombreux. La première catégorie d'accords visée par un règlement du Conseil a été celle des accords

1. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Tetra Pak, Rec. 1990, p.347, att.37.

2. XIXe rapport sur la politique de concurrence, 1989, point 21.

d'exclusivité, avec le règlement n°67/67¹ qui a été substitué par deux règlements du 21 juin 1983 applicables jusqu'au 31 décembre 1997. Le premier précise à quelles conditions les accords de distribution exclusive² peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, tandis que le second concerne les accords d'achat exclusif³. Le Conseil a ultérieurement pris une mesure identique au sujet des accords de spécialisation⁴ en précisant que, "lorsque la Commission se propose d'arrêter un règlement, elle publie le projet afin de permettre à toutes les personnes et organisations intéressées de lui faire connaître leurs observations dans le délai qu'elle fixe et qui ne peut être inférieur à un mois". La Commission a défini les mesures d'application correspondantes par le règlement n°2779/72 du 21 décembre 1982, remplacé par le règlement n°3604/82 du 23 décembre 1982 en vigueur jusqu'au 31 décembre 1997⁵.

Puis, sont intervenus le règlement n°2349/84 du 23 juillet 1984 sur les catégories d'accords de licence de brevet⁶ qui prévoit une procédure d'opposition, le règlement n°123/85 du 12 décembre 1984 sur les accords de distribution et de service, de vente et d'après vente de véhicules automobiles⁷, le règlement n°417/85 du 19 décembre 1984 sur les accords de spécialisation⁸, qui prévoit une procédure d'opposition, de même que le règlement

1. Règlement du 22.3.1967 mettant en oeuvre le règlement du Conseil n°19/65 du 2.3.1965. Le règlement a été prorogé jusqu'au 30.6.1983.

2. J.O.C.E. 1983, L.173/1 rectifié au J.O.C.E. 1983 L.281/24. Communication au J.O.C.E. 1984, C.101/2.

3. Règlement n°1984/83, J.O.C.E. 1983, L.173/5 rectifié au J.O.C.E. 1983, L.281/24. Communication au J.O.C.E. 1984, C.101/2.

4. Règlement n°2821/71 du 20.12.1971.

5. J.O.C.E. 1982, L.376/33.

6. J.O.C.E. 1985, L.219/15 et rectificatif J.O.C.E. 1985, L.113/34.

7. J.O.C.E. 1985, L.15/16 et la communication concernant ce règlement au J.O.C.E. 1985 C.17/4.

8. J.O.C.E. 1985, L.53/1.

n°418/85 du 19 décembre 1984 concernant les accords de coopération en matière de recherche et de développement¹.

Enfin, on peut mentionner, sans que la liste soit exhaustive, les différents règlements d'exemption par catégorie à certains accords dans le domaine des transports aériens², celui concernant les accords de licence de savoir-faire³, et celui en matière de franchise⁴.

L'utilisation massive des règlements d'exemptions par catégories n'a pas été sans soulever des critiques. Ils constitueraient en effet une solution contestable que la Commission a été contrainte d'imaginer du fait de l'"incroyable formalisme" dont elle a fait preuve pour l'application de l'article 85 §1 du traité provoquant un afflût de notification qui ont engorgé ses services⁵. Quoiqu'il en soit, il s'agit certainement d'un des moyens les plus efficaces pour résoudre les difficultés pratiques nées du rôle central de la Commission⁶. Ce faisant, ces règlements participent à la systématisation des règles de la concurrence et renforcent par là même la sécurité juridique des entreprises.

IV. L'entreprise doit-elle demander à bénéficier de la procédure d'opposition ?

-
1. J.O.C.E. 1985, L.53/5.
 2. Règlements n°2671 à 2673/88 du 26.7.1988, J.O.C.E. L.239 du 30.8.1988, remplacés par les règlements 82/91 et 83/91 du 5.12.1990, J.O.C.E. L10 du 15.1.1991.
 3. Règlement 556/89, J.O.C.E. L61/1 du 4.3.1989.
 4. Règlement n°4087/88, J.O.C.E. L359/46, du 28.12.1988.
 5. V. R.Kovar, "Le droit de la concurrence et la règle de raison", R.T.D.E. 23(2), 1987, p.241.
 6. G.Wills "Rule of Reason : Une règle raisonnable en droit communautaire ?", C.D.E. 1990, n°2, p.22.

Récemment introduite en droit communautaire de la concurrence, la procédure d'opposition reste très peu utilisée. A tort ou à raison ?

1. Genèse de la procédure

Le nouveau formulaire A/B invite l'entreprise notifiante à indiquer si elle estime que sa demande d'exemption peut bénéficier d'une procédure d'opposition. Cette procédure, qui est inspirée du droit allemand, a pour la première fois été introduite dans un règlement d'exemption en droit communautaire en 1984, et est dès lors devenue commune. Selon D.G.Goyder¹, la Commission avait bien pensé l'utiliser dès l'entrée en vigueur du règlement 17/62 mais avait renoncé en considérant que la procédure d'opposition s'écartait trop du principe de l'article 85, selon lequel toute entente restreignant la concurrence (à l'exception de celles couvertes par une exemption spécifique) est interdite. Il était par ailleurs difficile pour un organe administratif comme la Commission, de suivre une telle procédure sans une expérience pratique adéquate et une gamme d'ententes ou de clauses restrictives servant de référence. J.S.Venit² met, quant à lui, en doute la compétence de la Commission pour adopter de telles procédures par voie réglementaire. Il constate que le règlement du Conseil 19/65 en matière de licence de brevet autorisait la Commission à adopter des blocs d'exemption ; il ne lui permettait pas d'introduire une procédure accordant des

1. E.E.C. Competition Law, Oxford European Community, 1988, p.39.

2. Voir J.S.Venit "The Commission's opposition procedure - between The Schylla of "Ultra vires" and the Charybdis of perfume: legal consequences and tactical considerations", C.M.L.Rev., 1985(22), p.177 et svtes ainsi que le "Compte-rendu de l'audition de l'article 85 §3 à des accords de licence de brevets" Document de la Commission IV/40/81, p.9-10, dans lequel la Commission exprimait des doutes sur sa compétence à adopter de telles procédures.

"exemptions individuelles" à des ententes non exactement conformes au règlement d'exemption par catégorie. En d'autres termes, la procédure d'opposition tourne le règlement 17 en permettant d'aboutir à une exemption sans passer par la procédure formelle pour adopter une décision. Enfin, J.S.Venit¹ conteste la compétence de la Commission du fait du manque de publicité à l'égard des tiers et du fait que la Commission doit faire opposition lorsqu'un Etat membre le demande.

En fait, la procédure d'opposition présente deux avantages majeurs auxquels la Commission pouvait difficilement renoncer. D'une part, elle doit permettre d'accélérer les procédures de notification en les rendant moins formelles et de réduire du même coup la charge de travail administratif. C'est d'ailleurs la raison principale qui a dicté l'introduction d'une procédure d'opposition dans le règlement d'exemption en matière de brevets: La commission espérait pouvoir traiter de la sorte, les quelques 2.300 notifications en instance². D'autre part, elle permet de rendre plus flexible les procédures d'exemption par catégorie, en donnant la possibilité de traiter les clauses que la Commission ne souhaite pas exclure de l'exemption, mais qu'elle veut toutefois pouvoir examiner individuellement grâce à une procédure accélérée³.

Différents critères sont susceptibles d'être instaurés pour décider du bénéfice d'une procédure d'opposition. Ils peuvent d'abord s'appliquer à la teneur des clauses du contrat. C'est ainsi que le règlement⁴ portant exemption pour les contrats de franchise organise en son article 6, une procédure de notification simplifiée pour les accords qui, sans concorder parfaitement aux dispositions du règlement, ne comporte pas de

1. Idem.

2. XIIIe rapport sur la politique de concurrence, point 71.

3. J.S.Venit, op. cit., p.175.

4. Règlement CEE n°4087/88, J.O.C.E. 1988 L.359/46.

clauses formellement interdites. La procédure ne peut être utilisée que pour les accords qui ne remplissent pas les conditions de l'article 4 (clauses obligatoires) et qui contiennent des conditions restrictives de concurrence qui ne sont pas couvertes par les article 2 et 3 (clauses autorisées) sans pour autant relever de l'application de l'article 5 (clauses interdites). Ainsi, dès que le contrat comporte des clauses interdites ou s'il ne comporte pas les clauses obligatoires, l'entreprise doit procéder à une notification classique auprès de la Commission. Les critères peuvent aussi regarder la taille des entreprises concernées. Par exemple, le règlement portant exemption des accords de spécialisation¹ réserve l'utilisation de la procédure d'opposition aux entreprises à l'accord faisant un chiffre d'affaires qui dépasse les 500 millions d'écus.

2. Déroulement de la procédure

Techniquement, la procédure d'opposition est très simple. Il suffit à l'entreprise de demander à en bénéficier lorsqu'elle notifie. A compter du jour de la réception de l'acte, la Commission dispose d'un délai de six mois pour faire opposition à l'application du règlement d'exemption. L'opposition peut être retirée à tout moment et elle n'entraîne pas automatiquement la levée de l'immunité en matière d'amende. Selon M.Siragusa², il faut pour cela que la Commission se soit, dans le délai de six mois qui lui est imparti, exprimée négativement sur la possibilité d'octroyer une exemption. Si l'opposition est formée dans le seul but d'éviter la forclusion et ne contient aucune précision sur l'intention de la Commission d'infliger une pénalité, l'opposition n'aura pas d'effet sur l'immunité en matière d'amende.

1. Règlement n°417/85, J.O.C.E. 1985, L53/1

2. Op. cit., p.262.

L'opposition peut également intervenir sur demande d'un Etat membre, qui dispose à cet égard d'un délai de trois mois à compter de la date de transmission qui lui a été faite. Il faut que l'opposition soit fondée sur des considérations relatives aux règles de la concurrence communautaire. Si la Commission estime que l'accord peut bénéficier du règlement d'exemption et que l'Etat membre maintient sa demande d'opposition, la Commission ne pourra procéder à sa levée qu'après consultation du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes.

En pratique, le taux d'utilisation de cette procédure reste très faible. Cette constatation est d'autant plus surprenante que l'opposition est supposée frustrer les véritables buts des règlements d'exemptions catégorielles, qui sont d'éviter les notifications et de décentraliser l'application de l'article 85.¹ En fait, trop d'incertitudes entourent cette procédure. Certains auteurs² conseillent son utilisation aux entreprises car elle ne présente pas le même inconvénient de durée de la procédure de notification traditionnelle, soit en général dix-huit mois, et ce pour un résultat qu'ils jugent analogue et de très loin supérieur aux effets attachés aux lettres de classement. Il subsiste cependant des doutes quant au degré de sécurité juridique atteint lorsque la Commission ne fait pas opposition dans le délai imparti. Un problème se pose alors pour les tiers : Même en étant informés de la non-opposition de la Commission à une demande d'exemption, pourront-ils contester un tel acte ? Si la non-opposition présente la même valeur qu'une exemption par catégorie, elle suppose néanmoins un examen

1. M.Siragusa, op. cit., p.286.

2. Voir C.-S.Kerse, EEC Antitrust Procedure, European Law Centre Ltd, London, scd ed. 1988, p.75; M.-C.Boutard-Labarde, "Existe-t'il un droit à la procédure pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle?", S.J. 1988. 3360, point 29.

individuel de la Commission¹. Pour d'autres auteurs², la Commission fait plus que déterminer si l'entente rentre dans la catégorie exemptée et moins que d'octroyer une exemption individuelle.

§ 2. Quand, et comment notifier à la Commission ?

Outre certains délais auxquels l'entreprise peut être tenue pour notifier à la Commission, elle doit respecter certaines conditions tant en ce qui concerne la forme que le contenu de la saisine.

I. Délais pour notifier

En ce qui concerne les accords et pratiques visés par le règlement 17, les entreprises ne sont formellement tenues à aucun délais pour notifier : "La notification ne constitue pas une formalité imposée aux entreprises, mais une condition indispensable pour obtenir certains avantages"³. Il est cependant clair, qu'après une certaine limite, l'entreprise n'aura plus aucun avantage à notifier une entente, qu'elle l'ait déjà exécutée de longue date ou que la Commission ait entamé une procédure à son sujet. De plus, il faut faire exception des accords antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement et des accords dits "d'adhésion" pour lesquels des dates butoirs sont fixées. Les délais institués lors de l'entrée en vigueur du règlement 17⁴ avaient suscité les critiques -justifiées- des

1. M.-C. Boutard-Labarde, idem et cette thèse, titre III, Chp. I, Section 1, §.2, II.

2. J.S. Venit ", op. cit., p.186.

3. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125.

4. Les anciennes ententes multilatérales devaient être notifiées avant le 1.11.1962, les accords bilatéraux, qui constituaient la majorité des cas, avant le 1.2.1963.

intéressés, pour qui la Commission n'était pas capable de faire face à l'afflût de notifications que l'entrée en vigueur du règlement 17 allait provoquer. Quarante mille notifications¹ lui sont ainsi parvenues entraînant des délais de traitement extrêmement longs. Dans le second cas, les entreprises disposaient après l'adhésion, d'un délai de six mois pour notifier².

La situation est différente avec le règlement de contrôle des concentrations qui prévoit le prononcé d'une amende en cas de non-notification dans les délais. Le règlement instaure un système de notification préventive bien accepté en doctrine³, mais qui soulève toutefois des difficultés pratiques. L'article 4 §1 impose un délai très court, soit une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat, ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle". Il mentionne que "Le délai commence à compter de la survenance du premier de ces éléments". Or, cette précision, qui renvoie en fait aux règles des droits nationaux et internationaux privés, est problématique car il n'est pas toujours aisé de distinguer la conclusion de l'accord, de l'entente elle-même. Par exemple, selon le droit français⁴ applicable en matière de contrat de vente, l'échange des consentements emporte le

1. Il est vrai que sur ces 40 000 notifications, 31 000 concernaient des accords d'exclusivité verticaux que la Commission avait proposé d'exclure des catégories d'accords notifiables. V.Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.126.

2. Voir l'article 25 du règlement 17/62.

3. Voir A.Toffolletto "Le concentrazioni nel diritto comunitario 'antitrust'", Giurisprudenza commerciale, maggio-giugno 1990, p.521, qui mentionne que l'opposition majeure à cette disposition venait du gouvernement italien.

4. Par contre le droit allemand ne connaît pas ce type de difficulté puisque le transfert de propriété est réalisé lors de la phase déclarative qui suit la phase consensuelle. C.Ducouloux-Fay, "Le transfert de propriété, objet du contrat de vente en droit français, allemand et italien", P.A. 1990, n°51, p.23.

transfert de propriété de la chose vendue, ce qui fait que la notification du contrat interviendra en pratique après sa réalisation. La disposition peut donc obliger les parties, soit à conclure un contrat préliminaire soumis à une condition résolutoire en cas de décision d'incompatibilité de la Commission, soit à insérer au contrat définitif, une condition suspensive du prononcé d'une décision de compatibilité¹.

Si l'on tient compte de la masse d'informations considérable que les entreprises sont tenues de fournir, le délai est extrêmement bref. Il est également beaucoup plus court que dans certains Etats membres² et il apparaît criticable³. La sanction du non respect des délais fixés par le règlement n'est pas très claire. Bien sûr, l'entreprise peut se voir infliger une amende prévue par l'article 14 §1. Le problème concerne l'article 7 §5 qui peut être interprété contradictoirement⁴. Selon l'article 7 §3, les entreprises peuvent, en matière d'offres publiques d'achat ou d'échange, réaliser l'opération pour autant que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées ou ne les exerce qu'en vue de sauvegarder la pleine valeur de son investissement et sur la base d'une autorisation octroyée par la Commission. D'un côté, on peut considérer que la réalisation de l'opération avant l'expiration de la période de suspension rend les transactions illégales, du moins jusqu'à ce qu'intervienne une notification et/ou l'approbation de la Commission. D'un autre côté, on peut considérer qu'elles ne deviennent pas automatiquement invalides mais demeurent susceptibles d'être déclarées incompatibles par la

1. A.Toffolletto, idem, p.520.

2. Par ex. en droit français (art. 40 de l'ord. du 1.12.1986, qui reprend l'art. 4 de la loi du 19.7.1977), l'accord doit être enregistré au plus tard 3 mois après sa conclusion.

3. B.E.Hawk "The EEC Merger Regulation: the First Step Toward one-stop Merger Control" A.J.L. Vol.59-1990(10), p.215.

4. B.Hawk, op. cit., p.219.

Commission jusqu'à ce qu'elle prenne un acte, ou manque de prendre un acte dans le délai suivant une notification postérieure.

II. Quelles sont les parties tenues de notifier ?

L'article 1 du règlement 27 s'adresse à "toutes les entreprises participant à un accord, à une décision d'association d'entreprises ou à des pratiques concertées visées par les articles 85 ou 86 du Traité de Rome." La notification peut être effectuée à titre individuel ou collectif, mais il doit être justifié par écrit du pouvoir de représentation. Les notifiants doivent informer les autres participants à l'entente et la notification produit ses effets à l'égard de tous. Cependant, la légalisation "a posteriori" d'une entente interdite non susceptible d'exemption ne peut être opposée qu'aux entreprises qui ont donné leur accord exprès à la notification¹. Le problème se complique avec le règlement sur le contrôle des concentrations dont l'article 4 §2 spécifie que les fusions, ou l'établissement d'un contrôle en commun au sens de l'article 3 §1b, doivent être notifiées conjointement par les parties concernées. Dans les autres cas, la notification doit être présentée par la personne ou l'entreprise qui acquiert le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises. Or, la notification conjointe présente un important échange d'informations, souvent confidentielles, sur la concurrence, le chiffre d'affaires, les parts de marché, les prix, les activités de recherche et développement, les clients, producteurs, qui peut comporter des risques significatifs si le projet de concentration n'est pas réalisé.²

1. Article 7 §1 du règlement 27.

2. B.Hawk, op. cit., p.215.

III. Conditions de forme

Pour notifier un accord, l'entreprise est tenue d'utiliser le formulaire officiel A/B qui a fait l'objet d'une révision pour permettre aux entreprises un usage facile et simplifié, et d'améliorer la célérité d'instruction des procédures¹. On peut d'ailleurs noter que, pour une fois, la procédure européenne, apparaît beaucoup plus formaliste, que celle prévue par la législation allemande qui autorise la notification orale².

La validité du règlement d'application pris par la Commission et instituant l'utilisation obligatoire de ce formulaire A/B en matière de notification, avait été contestée sans succès devant la Cour.³ Celle-ci considéra que "l'utilisation du formulaire A/B est obligatoire et constitue une condition préalable indispensable à la validité de la notification. Cette condition tient compte de la nécessité exprimée à l'article 87 §2b du traité dans le cadre d'application de l'article 85 §3, d'assurer une surveillance efficace et de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif."⁴ La Cour poursuit, "le cas d'espèce fournit un exemple frappant de la confusion et des malentendus auxquels pouvait donner lieu une notification par un moyen autre que le formulaire prescrit. En effet, ce n'est que dans sa réponse du 22 septembre 1975 à la première communication des griefs que Fedetab a affirmé pour la première fois que la lettre du 26 janvier 1971 constituait une notification"⁵.

1. Règlement n°1133/68 du 26.7.1968, J.O.C.E. 1968, n°L.189/1. Auparavant, les demandes d'exemption et d'attestations négatives faisaient l'objet de formulaires séparés, dont l'utilisation n'était cependant pas exclusive l'une de l'autre.

2. Article 9 §5 du GWB. Il faut noter cependant que la remise de documents peut parfois s'avérer obligatoire.

3. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1980, aff.30/78, Distillers Compagny, Rec. 1980, p.2229, att.22.

4. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125, att.62.

5. Idem, att.62, et R.Joliet "Lord Bethell devant la Cour de justice: en avion ou en bateau?" C.D.E. 1982 (18), p.559.

L'obligation d'utiliser le formulaire interdit par conséquence de considérer que la réponse à une demande d'information de la Commission, même si elle comporte la communication intégrale du texte de l'accord, puisse valoir notification et permettre d'obtenir une exemption individuelle¹. Une solution identique s'applique aux observations écrites consécutives à la communication des griefs.² La Cour admet cependant que l'obligation d'user du formulaire ne doit pas être trop rigide : "Un accord peut être considéré comme dûment notifié dans son ensemble et (...) peut bénéficier des effets d'un accord notifié, si son texte intégral a été annexé au formulaire de notification même si, seuls, quelques-uns des articles de l'accord sont cités sur le formulaire pourvu que la description figurant sur ce dernier rapporte de manière loyale et correcte les informations sur les dispositions qui, à l'époque, étaient censées être les plus importantes".³

IV. Informations à communiquer

Les informations requises lors d'une notification doivent être distinguées suivant qu'il s'agit d'obtenir une exemption ou une attestation négative, ou une décision de conformité.

Dans le cadre du règlement 17, le formulaire A/B a pour d'abord pour objet de fournir l'identité des participants à l'entente ou à la pratique concertée notifiée à la Commission. L'entreprise notifiante doit préciser si elle demande "une attestation négative ou, à défaut, une "exemption". Il faut noter

1. C.J.C.E. arrêt 16.6.1981, aff.126/80, Salonia, Rec. 1981, p.1563.

2. Déc. du 20.12.1977, Distillers Compagny, J.O.C.E. 1978, L.50/16.

3. C.J.C.E. arrêt du 20.3.1980, aff.106/79, Eldi Records, Rec. 1980, p.1137.

qu'il est, en règle générale, recommandé d'associer les deux démarches¹. En effet, les entreprises qui se bornent à demander une attestation négative s'exposent, si la Commission ne satisfait pas leur requête, aux inconvénients juridiques inhérents à la non-notification, tout en signalant leur accord à la Commission. Par contre, la seule demande d'une exemption individuelle peut être insuffisante pour les cas où l'application de l'article 85 §1 est douteuse², et pour ceux, où sur l'intervention de la Commission, les entreprises modifieraient leur accord de telle sorte qu'il ne serait plus visé par l'interdiction des ententes. Les entreprises doivent enfin indiquer clairement si la demande présentée peut bénéficier d'une procédure d'opposition, et si le cas échéant, une lettre administrative de classement serait jugée suffisante.

L'annexe au formulaire A/B comporte un certain nombre de rubriques que l'entreprise doit également remplir, en fournissant successivement des informations précises sur "le marché" ainsi que "des données détaillées sur la ou les parties" en cause, et apporter "des détails complets" sur l'entente. L'entreprise qui demande une attestation négative au sujet d'un comportement imputable à une entreprise en position dominante susceptible d'être visé par l'article 86, n'est pas tenue d'utiliser cette annexe bien que son emploi soit recommandé sous réserve d'apporter les quelques modifications qui s'imposent. Enfin, après cette présentation descriptive, l'entreprise doit indiquer les motifs qui justifient sa demande d'attestation négative ou d'exemption, et spécifier l'éventuelle existence d'une procédure

1. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.348.

2. La Commission a pu considérer la notification comme valant demande d'attestation négative ou demander aux intéressés de confirmer leur demande. Voir par ex. les déc. du 14.6.1973, Dupont de Nemours Deutschland, J.O.C.E. 1973, L.194/27 et du 25.6.1969, VVVF, J.O.C.E. 1969, L.168/22.

antérieure engagée auprès des autorités ou juridictions nationales.

Il est très important de cibler exactement les activités qui doivent être exercées. La Cour a jugé à ce propos que "la réintroduction d'une catégorie de marchandises, qui était incluse dans le champs d'application d'un accord lors de sa notification mais qui en a ensuite été exclue volontairement par les parties pendant un certains laps de temps, est couverte par les effets de la notification originale"¹.

Dans le cadre du règlement des concentrations, le contrôle préventif instauré se traduit pour les entreprises en l'obligation de fournir des informations considérables². Même en tenant compte des brefs délais laissés à la Commission pour juger de l'effet anticoncurrentiel de la concentration et de la dimension particulièrement importante de celle-ci pour justifier le contrôle, la portée des renseignements requis lors de la notification est excessivement large. Celle-ci devient trop lourde et trop coûteuse pour les entreprises. Le point le plus délicat pour ces dernières est de définir "les marchés susceptibles d'être affectés" par l'opération. La demande³ peut ainsi nécessiter des dizaines, voire des centaines de pages d'écritures, qui représenteront une charge de travail considérable pour l'entreprise, d'autant plus qu'elle pesera au niveau directorial et des conseils. Tout dépendra des critères de définition imposés par la Commission, qui, comme on l'a vu, est très critiquée à ce sujet pour ce qui est de l'application du

1. C.J.C.E. arrêt du 20.3.1980, aff.106/79, Eldi Records, Rec. 1980, p.1137.

2. Voir F.C.Jeantet, "Le rôle préventif du contrôle communautaire des concentrations", Recueil Dalloz, Sirey, 1991, n°1, Chr.II, p.4.

3. Voir Valor International Ltd v. Application des Gaz SA (1978) 3 CMLR 87, et F.Jacobs op. cit., p.356-357.

règlement 17/62. Plus large sera la définition du produit, plus restreinte sera celle du marché en cause, ce qui aura pour effet de réduire le travail des parties et de prodiguer des informations plus sélectives et donc plus utiles à la Commission. Celle-ci pourra le cas échéant utiliser les procédures de demandes d'informations et de vérifications. L'"American Bar Association"¹ recommande de ne considérer dans la notification que les seuls marchés présentant une relation horizontale, de façon à restreindre les demandes prévues aux paragraphes 8 et 9 du formulaire.

Consciente de ces inconvénients, la Commission accepte pour l'instant d'accorder des dispenses de communiquer des indications requises qui n'apparaissent pas nécessaires pour l'examen du cas. Le fait, comme elle l'indique², que cette faculté s'est révélée d'une importance pratique considérable souligne d'avantage la nécessité de réduire la masse des informations demandées.

§ 3. Effets de la notification

La notification présente des effets différents à l'égard de la Commission et dans les Etats membres.

I. Effets de la notification au niveau communautaire

Tandis que la dispense de notification n'a aucun effet matériel, puisque l'entente n'est pas soustraite pour autant à l'interdiction de l'article 85 §1 et ne bénéficie pas des possibilités d'exemption de l'article 85 §3, la notification présente un triple intérêt pour les entreprises. D'une part, elle est indispensable pour que la Commission prononce une attestation

1. Op. cit., p.265.

2. XXe rapport sur la politique de concurrence, point n°23.

négative ou une exemption individuelle. D'autre part, elle assure une impunité en matière d'amendes prévues à l'article 15 §5 du règlement 17. Enfin, c'est la condition préalable à une homologation rétroactive que seule la Commission a le pouvoir de prononcer, en cas d'ententes déjà conclues lors de l'entrée en vigueur du règlement 17, à la suite de la ratification du Traité ou d'un acte d'adhésion ultérieure.

1. Déclenchement de certains délais de procédure

La Cour ne s'est jamais prononcée sur le fait de savoir si la Commission était liée par la requête d'attestation négative ou d'exemption. Il est certain que le règlement 17 et les textes d'application, ne prévoient aucun délai¹, si ce n'est en matière de procédure d'opposition où la réception de la notification fait partir le délai de six mois imparti à la Commission pour prendre position. On touche là un des défauts majeurs des procédures d'application des articles 85 et 86 du traité qui a été vivement dénoncé en doctrine² ; une des propositions de réforme les plus sérieuses tient ainsi à l'introduction des délais impératifs.³

Au contraire, le règlement sur le contrôle des concentrations introduit un échéancier précis pour le déroulement de la procédure. C'est la notification de l'opération qui fait partir les délais ainsi impartis à la Commission. Un premier délai de un mois⁴ est ouvert pour qu'elle constate que l'opération de concentration ne relève pas du règlement, ou qu'elle la déclare compatible avec le Marché commun, ou enfin qu'elle engage la

1. Idem, en droit français de la concurrence.

2. Voir par ex. I. Van Bael "EEC Antitrust Enforcement and Adjudication as seen by Defense Counsel, R.S. 1989, n°7, p.3.

3. Voir I. Forrester & C. Norall "The Laicization of Community Law: Self-help and the Rule of Reason: How Competition Law is and Could be Applied", C.M.L.Rev. 1984, p.11 et s.

4. Il est porté à six semaines si la Commission est saisie d'une demande d'un Etat membre conformément à l'article 9 §2. L'article 10 précise que le délai part du lendemain de la notification.

procédure. Dans ces deux derniers cas, cette décision fait courir un délai de quatre mois dans lequel l'administration communautaire doit se prononcer sur la compatibilité de l'opération¹. En cas de non-respect de cette obligation, la concentration est réputée être compatible avec le Marché commun.² La période fixée apparaît très brève par rapport aux procédures fixées dans les Etats membres. En France, l'article 40 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, précise que "le silence gardé pendant deux mois vaut décision tacite d'acceptation de l'opération de concentration. Ce délai est porté à six mois si le ministre (de l'Economie) saisit le Conseil de la concurrence. En Allemagne³, selon l'article 24a du GWB, la notification préalable d'un projet de concentration obligatoire contraint l'Office fédéral des cartels à se prononcer sur une éventuelle interdiction dans un délai de quatre mois⁴. Selon l'article 23 du GWB, la déclaration "a posteriori" déclenche un contrôle plus lent pouvant s'étendre sur une période de un an. Il est vrai qu'en matière de concentration, tout retard peut comporter des conséquences difficilement réparables pour les entreprises concernées. Or, plusieurs suspensions peuvent intervenir, comme par exemple "lorsque la Commission, en raison de circonstances dont une des entreprises participant à la concentration est responsable, a été contrainte de demander un renseignement par voie de décision (...), ou d'ordonner une vérification"⁵.

1. Art. 10 §3 du règlement 4064/89.

2. Art. 10 §6 du règlement 4064/89.

3. Voir M.Pédamon, "De quelques traits essentiels du droit allemand de la concurrence", S.J. Cahiers de droit de l'entreprise, 1987(2), p.28.

4. Ce délai peut être reporté si la fusion n'est pas réalisée, si les informations fournies étaient inexactes etc.

5. Art. 10 §4 du règlement 4064/89.

La notification marque aussi le début du délai de trois semaines pendant lequel la réalisation de la concentration est suspendue sauf dans certaines conditions, s'il s'agit d'une offre publique d'achat ou d'échange, de transactions sur des titres sur un marché réglementé. Dans ce dernier cas, il faut que les acheteurs et les vendeurs aient ignoré que la transaction réalisée ait éventuellement été faite en violation de l'article 7 §1 et 2. La rédaction du texte semble indiquer qu'en l'espèce, les deux parties doivent avoir eu connaissance de ce fait. Une telle interprétation apparaît d'ailleurs nécessaire pour éviter que la déclaration de nullité de l'entière opération puisse atteindre le fonctionnement du marché boursier et entraîner des préjudices graves à des tiers. En règle générale, la réaction de la doctrine est favorable, certains auteurs¹ notant toutefois que la fixation du délai jusqu'à la prise de position de l'administration en vertu de l'article 6 §1 aurait été plus logique.

La disposition prévue est très flexible : La Commission a le pouvoir d'octroyer une dérogation "en vue d'éviter un préjudice grave à une ou plusieurs entreprises concernées par une opération de concentration ou à une tierce partie. Elle (la demande de dérogation) peut être accordée à tout moment, que ce soit avant la notification ou après la transaction." La Commission peut également accorder une prorogation le sursis à la réalisation de la concentration "afin d'assurer pleinement l'effet utile de toute décision" constatant la compatibilité ou l'incompatibilité de l'opération². La sanction, pour les entreprises qui ne respectent pas le délai, dépend en fait de la position que la Commission prendra ultérieurement au fond. Elles ne supporteront

1. A.Toffoletto, op. cit., p.523.

2. Article 7 §2 du règlement n°4064/89; voir également cette thèse, Titre II, chp.II, section 1, § 3 consacré aux mesures provisoires.

aucune conséquence si l'opération est déclarée compatible ; elles pourront, dans le cas contraire, être forcées de revenir à l'état antérieur de la réalisation de la concentration.

Enfin, la notification d'une opération de concentration fait partir le délai de trois jours ouvrables qui est imparti à la Commission pour la transmission aux autorités nationales des Etats membres, de la copie et les pièces les plus importantes qui lui sont adressées.¹

2. Possibilité d'obtenir une exemption ou une attestation négative

La notification permet à l'entreprise d'obtenir de la Commission une attestation négative, une exemption individuelle, ou une décision de compatibilité pour les opérations de concentration. Au titre des articles 2 et 4 §1 du règlement 17, l'exemption et l'attestation négative ne peuvent être accordées par la Commission qu'après la notification de l'accord. Mais, même si l'entreprise souhaite obtenir un simple avis de la Commission sur la non-applicabilité des articles 85 et 86 et que de simples contacts informels pourraient suffire, elle est en pratique poussée à notifier².

La règle est strictement appliquée par la Cour de justice³. Cette dernière a toutefois rappelé, dès le début de sa jurisprudence⁴, que le droit dérivé "n'ayant pu ajouter aux prohibitions édictées par l'article 85 §1, l'absence de notification à la Commission prévue par règlements, ne saurait entraîner l'interdiction de plein droit d'un accord mais seulement porter éventuellement effet au regard de la dérogation

1. Article 19 §1 du règlement n°4064/89.

2. M.Siragusa, op. cit., p.278.

3. Voir par exemple, C.J.C.E. arrêt du 16.6.1981, aff.126/80, Salonia, Rec. 1981, p.1563.

4. C.J.C.E. arrêt du 30.6.1966, aff.56/65, LTM c.MBU, Rec. 1966, p.337.

de l'article 85 §3, s'il devait être établi que cet accord est frappé par l'interdiction de l'article 85 §1".

3. Immunité en matière d'amende

L'entreprise bénéficie d'une immunité en matière d'amendes, pour les agissements postérieurs à la notification, tant que la Commission n'a pas pris de décision finale ou provisoire sur l'applicabilité de l'article 85. Cette règle vaut pour autant que ces agissements restent limités à l'activité décrite par l'entreprise dans la notification.

Alors que la notification d'une entente ne concerne en principe que l'article 85 du traité, elle semble également offrir une immunité en matière d'amende en cas de violation de l'article 86. Dans sa décision sanctionnant United Brands¹, la Commission n'a imposé aucune pénalité pour la période suivant la notification bien qu'en principe, comme le Tribunal l'a rappelé dans l'affaire Tetra Pak², l'exemption, et "a fortiori" la notification, "n'exonère(nt) pas les entreprises en position dominante de l'obligation de se conformer à l'article 86."

Par contre, les entreprises qui sont parties contractantes à un accord dispensé de notification au titre de l'article 4 §2 du règlement 17 ne peuvent pas bénéficier de l'immunité comme si l'accord avait été notifié. Deux raisons peuvent être avancées. "Dans le cas d'accords couverts par l'article 4 §2, la Commission peut, aux termes de l'article 6 §2, donner à sa décision d'exemption un effet rétroactif illimité : pour les accords soumis à l'article 4 §1, la décision d'exemption ne peut, selon l'article 6 §1 "in fine", rétroagir au delà de la date de la notification. De plus, l'impunité doit être réservée aux entreprises qui ont notifié leurs accords, "car en les révélant

1. Décision Chiquita, J.O.C.E. 1976, L95/1.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Rec. 1990, p.347.

ainsi, elles prennent le risque de devoir y mettre fin et réduisent par ailleurs d'autant les tâches d'investigation de la Commission"¹. Ainsi, "même si les accords en cause étaient couverts par l'article 4 §2 (...), la Commission pouvait infliger des amendes aux requérants qui y ont pris part, dès lors que ces accords n'avaient pas été notifiés"². La protection dure jusqu'à ce que la Commission notifie elle-même une décision formelle ou qu'elle prenne une décision par application de l'article 15 §6 avertissant l'entreprise qu'un premier examen fait apparaître que l'accord notifié ne pourra bénéficier de l'exemption de l'article 85 §3.

Il est difficile d'apprécier l'effet incitatif de l'immunité sur les entreprises. Il faut noter qu'en Grande-Bretagne, le système de notification inspiré du modèle européen actuellement à l'étude ne prévoit aucune immunité pour les accords qui se révéleraient inaptes à bénéficier d'une exemption³. En droit communautaire, l'intérêt de l'immunité varie suivant les affaires. Il est particulièrement limité, voire inexistant, lorsqu'il apparaît que les articles 85 et 86 ne sont probablement pas applicables et qu'il y a peu de chances que la Commission prononce une amende. De plus, si l'on en croit l'affaire Pioneer⁴, la Commission semble ne pas infliger pas d'amende aux accords non notifiés qui auraient pu bénéficier d'une exemption. En principe également, on ne constate pas de sanction pécuniaire lorsque l'entreprise pouvait croire qu'elle ne commettait pas

1. C.J.C.E. arrêt du 10.12.1985, aff.240 à 242, 261, 262, 268 et 269/82, Stichling Sigarettenindustrie, Rec. 1985, p.3861, att.75 et 76.

2. Idem, att.78.

3. Voir pour une critique de cette disposition R.J.Taylor, op. cit., p.457.

4. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff. 100 à 103/80, Rec. 1983, p.1825.

d'infraction aux règles de la concurrence en raison de l'absence de décision pouvant servir de référence¹.

En définitive, l'immunité en matière d'amendes est intéressante lorsque l'octroi de l'exemption visée dépend de considérations de politique de la concurrence et laisse donc une large marge d'appréciation à la Commission pour prendre sa décision.

4. Effets limités aux informations fournies

Quel que soit le type d'accord concerné, les effets de la notification sont conditionnés par le caractère complet et exact des informations fournies.

Si l'entreprise a communiqué des informations incomplètes, les effets de la notification sont restreintes aux données qui ont été présentées. La rédaction de l'article 15 du règlement 17 ne prévoit pas de sanction à cet égard. Notons qu'"une lettre de la Commission demandant, en vertu de l'article 11 du règlement n°17/62, des renseignements supplémentaires concernant un accord notifié n'a aucune incidence sur les effets de la notification"². Par contre, en matière de contrôle des concentrations, la notification ne fait courir le délai imparti à la Commission pour que celle-ci prenne position, que si les informations fournies sont complètes. Dans le cas contraire, ce n'est qu'à compter du lendemain du jour de la réception des renseignements complets que partira le délai pour l'application de l'article 6 §1³.

L'entreprise qui fournit des informations inexactes ou

1. Voir cette thèse, Titre II, Ch.II, section 1, § 1, II.

2. C.J.C.E. arrêt du 20.3.1980, aff.106/79, Eldi Records, Rec. 1980, p.1137.

3. Voir l'article 10 §1 du règlement.

dénaturées est passible d'une amende¹. Plus important, la Commission pourra révoquer ou modifier une décision qui reposerait sur de telles informations².

En cas d'opposition, l'entreprise peut soit démontrer que les conditions prévues à l'article 85 §3 sont remplies et obtenir ainsi une exemption qui prendra effet du jour de la notification³. Elle peut aussi modifier l'accord de manière à remplir les conditions de l'article 85 §3 et l'exemption prendra effet du jour des modifications. Si la Commission ne lève pas son opposition, les effets de la notification sont régis par le règlement 17/62. En d'autres termes, l'accord se retrouve dans la position d'une entente notifiée ne faisant pas l'objet d'une procédure d'opposition.

II. Effets à l'égard des procédures nationales

La notification effectuée par une entreprise auprès de la Commission de Bruxelles, interdit-elle aux juridictions nationales d'appliquer les règles du droit communautaire ou leur propre législation ?

1. Effets quant à l'applicabilité des articles 85 et 86 du traité

Les juridictions nationales ne peuvent déclarer une opération de concentration compatible ou incompatible avec le Marché commun. L'article 21 du règlement précise en effet, que "Sous réserve du contrôle de la Cour de justice, la Commission a

1. Article 15 §1a du règlement 17/62 et 14 §1b du règlement sur le contrôle des concentrations. Voir aussi le Titre II, Ch.II, §I.

2. Articles 8 §3c du règlement 17/62 et 8 §5 du règlement sur le contrôle des concentrations. Voir aussi le titre II, Ch.II, §II.

3. Conclusions de l'A.G.Mancini dans l'aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, arrêt du 17.11.1987, Rec. 1987(10), p.4487, 4566.

compétence exclusive pour arrêter les décisions prévues au présent règlement". Les dispositions de ce dernier étant ainsi privées d'effet direct¹, le problème de l'applicabilité du droit communautaire après une notification se pose pour les seuls articles 85 et 86 du traité.

A cet égard, analyser les effets de la notification d'une entente à l'égard des autorités nationales revient à s'interroger sur la validité provisoire de l'entente jusqu'à ce que la Commission prenne une décision à son égard. En effet, si les accords frappés d'interdiction sont nuls de plein droit, la pérennité du retard des services administratifs de la Commission pour traiter des affaires qui lui étaient notifiées, a amené la Cour de justice à trouver des solutions prétoriennes face à l'incertitude et à la perplexité des opérateurs économiques. La jurisprudence distingue les ententes dites "anciennes", c'est à dire qui existaient avant l'entrée en vigueur du règlement 17/62 et les ententes nouvelles. Les premières ayant perdu presque tout intérêt avec les années, leur étude ne se justifie que si les ententes dites "d'adhésion", c'est à dire celles qui du fait de l'accession d'un Etat membre au Marché commun, entrent dans le champs d'application de l'article 85, sont soumises au même régime. Or, la doctrine est divisée sur le sujet. H.W.Wertheimer² estime que le principe est le même contrairement à J.Thiesing, H.Schröter et I.-F.Hochbaum³ qui s'appuient sur le fait que les règles ont été fixées par la jurisprudence de la Cour, qu'elles sont connues des entreprises concernées et que celles-ci n'auront pas à subir de retard dans le traitement de leur affaire puisque la Commission ne sera pas surchargée par un

1. J.B.Blaise, op. cit., p.777.

2. "The Haecht II Jugement and its Repercussions", C.M.L.Rev. 1973(10), p.131.

3. Op. cit., p.131.

flot de notifications, comme c'était le cas pour la mise en oeuvre du règlement 17/62.

Dans le doute, il importe de rappeler l'évolution de la jurisprudence communautaire. Dans l'arrêt De Geus c. Bosch¹, la Cour, après avoir affirmé que les accords non notifiés à temps devenaient nuls de plein droit avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur du règlement 17/62, considéra, compte-tenu des retards dans les procédures administratives traitées par la Commission, que les ententes régulièrement notifiées devaient bénéficier d'une validité provisoire jusqu'à ce que la Commission prenne une décision à leur égard. En conséquence, les entreprises intéressées pouvaient demander l'exécution forcée de l'accord et la réparation du préjudice causé par la rupture abusive du contrat ou le paiement d'indemnités contractuelles. Le juge national ne peut dans ce cas, ni constater la nullité d'un accord, ni l'exempter en utilisant l'article 85 §3. Il doit considérer l'accord comme provisoirement valable sans ordonner le sursis à statuer en attendant la décision de la Commission². Cela ne veut pas dire qu'il constate la validité de l'accord³ ; la validité de l'entente n'est que provisoire puisqu'une décision d'application de l'article 85 §1 fera rétroagir la nullité jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement.

Cette jurisprudence a été très critiquée⁴ en ce que les entreprises obtiennent, par la simple formalité de la notification, la possibilité de mettre en oeuvre au détriment de tiers, des dispositions apparaissant illégales et ne pouvant visiblement pas être exemptées. La solution aboutirait ainsi à

1. C.J.C.E. arrêt du 6.4.1962, aff.13/61, Rec. 1962, p.89.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.12.1977, aff.59/77, De Bloos-Bouyer, Rec. 1977, p.2359.

3. J.Boulouis et R.-M.Chevallier, Les grands arrêts de la Cour européenne de justice, Tome 2, Dalloz, 1988, p.210.

4. Voir Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.126, et J.Boulouis et R.-M. Chevallier, op. cit., p.209.

inverser le principe d'interdiction du traité en le transformant en un principe d'abus. Elle se justifie cependant si l'on considère que les entreprises pouvaient ignorer une législation qui devait mettre leurs engagements en cause après qu'ils aient été pris. La sécurité juridique des entreprises parties à l'entente a donc prévalu.

La solution, confirmée par l'affaire Portlange¹, allait changer avec l'arrêt Brasserie de Haecht II². Contrairement à ce qu'elle avait fixé dans sa jurisprudence antérieure, la Cour juge que la notification n'a pas d'effet suspensif. "Il suffit en l'occurrence de constater que l'article 9, se référant à l'engagement d'une procédure en application des articles 2, 3 ou 6, vise évidemment un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de procéder à une décision en vertu des articles cités ; qu'un simple accusé de réception qui, loin d'être une manifestation de volonté, ne constitue qu'un acte de correction administrative, ne saurait être considéré comme un tel acte"³. En conséquence, tant que la Commission n'a pas rendu de décision telle que l'octroi d'une exemption individuelle formelle ou qu'il n'a pas été déterminé que l'entente est couverte par un bloc d'exemption, les tribunaux nationaux peuvent constater que l'accord, qui leur est soumis, est interdit par l'article 85 §1 et nul par application de l'article 85 §2 du traité. La Cour semble néanmoins suggérer, et ce en contradiction avec l'arrêt De Bloos-Bouyer⁴, que la juridiction doit surseoir à statuer en raison du risque latent de contrariété de positions, à moins que l'on puisse prévoir sans risque d'erreur, la décision que la Commission prendra. Il doit apparaître clairement que l'entente n'a pas d'effets perceptibles sur la concurrence ou le commerce

1. C.J.C.E. arrêt du 9.7.1969, aff.10/69, Rec. 1969, p.309.

2. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Rec. 1973, p.77.

3. Idem, att.17-18.

4. C.J.C.E. arrêt du 14.12.1977, aff.59/77, Rec. 1977, p.2359.

entre Etats membres et ne tombe donc pas sous le coup de l'article 85 §1 ou, au contraire, qu'il ne fait aucun doute que cette disposition est applicable et que l'entente ne pourra bénéficier d'aucune exemption.

Le même principe s'applique en matière de procédure d'opposition jusqu'à l'expiration du délai laissé à la Commission.

2. Application des législations nationales

Selon le règlement 17, la notification d'une entente à la Commission de Bruxelles n'a en principe aucun effet sur l'application des lois nationales, tout du moins dans les limites fixées par la Cour dans l'arrêt *Walt Wilhem contre Bundeskartellamt*¹ : "Les autorités nationales peuvent procéder également à l'égard de situations susceptibles de faire l'objet d'une décision (...). Toutefois (...), en vertu du respect de la finalité générale du traité, cette application parallèle du système national ne saurait être admise que pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le Marché commun, des règles communautaires en matière d'ententes et du plein effet des actes pris en application de ces règles".

Les législations nationales sont dans ce domaine concordantes. En droit britannique, l'accord enregistré bénéficie en principe d'une validité provisoire et les parties ont le droit de demander l'exécution forcée du contrat jusqu'à ce que la Cour le déclare contraire à l'ordre public et interdise sa poursuite². Cependant, la jurisprudence est incertaine puisqu'il n'est pas exclu que les juges de droit commun puissent prendre des injonctions destinées à prévenir un comportement "a priori"

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1969, aff.14/68, Rec. 1969, p.1, att.4.

2. Voir *British Concrete Pipe Association's Agreement* (1983) ICR 215.

condamnable par la "Restrictive Practice Court"¹. Les droits allemands et français accordent une présomption de validité à l'accord notifié.

Avec le règlement sur le contrôle des concentrations, le législateur communautaire n'a pu, malgré la volonté exprimée, aboutir à une claire répartition des compétences et l'entreprise se trouve confrontée à un système assez complexe de dérogations ou de tempéraments. En principe², les concentrations de dimension communautaire relèvent du seul droit communautaire et donc de la Commission, tandis que les concentrations au dessous des seuils fixés relèvent de la compétence exclusive de la loi nationale et des autorités idoines. Mais celles-ci ont la possibilité de renvoyer l'affaire à la Commission, si l'opération de concentration doit affecter le commerce entre Etats membres, et créer ou renforcer une position dominante de nature à entraver de manière significative, la concurrence effective sur le territoire d'un Etat membre. Cette extension de la compétence du droit communautaire, édictée par l'article 22 §3, 4 et 5, est prévue jusqu'à ce que les seuils de la dimension communautaire soient révisés .

Par ailleurs, les autorités nationales peuvent demander à la Commission de leur renvoyer l'affaire pour appliquer leur propre législation. Cette disposition appelée la "clause allemande" traduit, avec un certain embarras, un compromis politique³. Le renvoi est purement facultatif⁴. L'article 9 du règlement

1. Voir N.Green op. cit. p.141 se référant à l'affaire Daily Mirror Newspapers v.Gardner 1968 2QB 762(CA).

2. Voir l'article 21 §2 : "Les Etats membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux opérations de concentration de dimension communautaire".

3. Voir Lord Denning dans "Application des Gaz v.Falks Veritas Ltd (1974) Ch.381, p.396 (CA).

4. Pour un refus de transmission aux autorités allemandes, voir l'affaire Varta Batterie AG & Robert Bosch GmbH, C.M.L.R. June 1991, p.407.

précise qu'il vise les opérations de dimension communautaire qui menacent de créer ou de renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans un marché présentant les caractéristiques d'un marché distinct¹ à l'intérieur d'un Etat membre.

Enfin, le règlement prévoit une clause de sauvegarde des intérêts fondamentaux des Etats membres. Là encore, le dispositif traduit un compromis politique mais il apparaît cette fois tout à fait inhabituel en droit de la concurrence dans la mesure où aucune procédure dérogative au contrôle communautaire n'est en principe permise. Il faut spécifier que l'application du droit national de la concurrence ne saurait constituer un intérêt au sens de l'article 21 §3, qui circonscrit la notion à "la sécurité publique, la pluralité des médias et (...) règles prudentielles". L'extension à d'autres cas d'intérêt public nécessite un examen favorable de la Commission².

Section 2. Action de la victime d'une infraction aux règles des articles 85 et 86

La victime d'une infraction aux règles de la concurrence qui veut en obtenir la cessation, ou la réparation du préjudice causé, se trouve dans une situation que l'on pourrait qualifier de critique. Confrontée à un dédale procédural, elle ne trouve que peu d'encouragements dans un système qui ne comporte aucune simplification, aucune unification. Ces défauts ne profitent pas forcément aux auteurs des infractions qui peuvent faire l'objet

1. Voir l'article 7 du règlement 4064/89.

2. F.-C.Jeantet, op. cit., p.7.

de procédures parallèles. Il semble qu'il faille cependant moduler ces critiques. D'une part, des améliorations, il est vrai ponctuelles, ont été apportées ; d'autre part, la victime, qui peut, ne l'oublions pas, constituer le coupable de demain, dispose de plusieurs armes à sa disposition.

§ 1. Articulation des actions privées communautaires et nationales

Les règles de procédure, voire les règles de fond, sont déterminées par les autorités ou les juridictions saisies. La compétence concurrente de celles-ci comporte des risques de contrariété de décisions et ne représente pas forcément une arme pour les victimes. D'ailleurs, celles-ci n'utilisent que très peu la large gamme de recours à leur disposition. Mais peut-on améliorer l'efficacité du système de saisine ?

I. Une pluralité de procédures utilisables

La victime d'une infraction est confrontée à la compétence concurrente de la Commission de Bruxelles, des autorités nationales et des juridictions des Etats membres. Tandis que la compétence de ces dernières a pour fondement le principe de l'effet direct des règles du traité et des règlements communautaires, celle des autorités nationales est tirée de l'article 9 §3 du règlement 17/62 et ce, "aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure". De par cette triple

compétence¹, l'entreprise victime d'une infraction peut, suivant le but poursuivi, envisager plusieurs types d'action, qui présentent chacune des avantages et des inconvénients. Si rien n'empêche le dépôt simultané de plaintes auprès de la Commission, et dans l'Etat membre concerné, l'entreprise victime d'une infraction doit en principe déterminer la procédure la plus appropriée à son action, pour des raisons financières et pour éviter les risques liés à la friction de deux systèmes juridiques². Deux types de critères peuvent être établis : La procédure communautaire est-elle préférable à une procédure nationale ? Vaut-il mieux engager une action devant une autorité administrative ou judiciaire ?

1. Procédure communautaire ou nationale ?

Plusieurs éléments militent en faveur de l'action communautaire. Les autorités nationales peuvent décider que les éléments constitutifs d'une infraction aux articles 85 et 86 sont réunis mais elles ne peuvent prononcer des sanctions pécuniaires. La Commission est le seul organe spécialisé en droit communautaire. L'entreprise ne risque pas de se heurter à la prudence, voire la résistance encore marquée par les autorités ou juridictions nationales pour qui l'appréciation de l'affectation du commerce entre Etat membre peut être délicate. De même, elles peuvent reculer devant la complexité de certains contentieux

1. La possibilité de saisir les tribunaux arbitraux est très controversée. Voir X. De Mello, "Arbitrage et droit communautaire", Revue de l'arbitrage, 1982, n°4, 349-403 et J.Thieffry "L'application du droit communautaire par les juridictions nationales françaises", Gaz. Pal. du 4.6.1985, p.311. Ce dernier leur dénie la faculté d'appliquer le droit communautaire à titre principal.

2. La saisine concomitante de plusieurs autorités doit être maniée avec précaution. N.Paines, "Enforcing EEC Competition Law in English Courts", Law Soc. Gaz. 2 Feb.1983, p.285, la recommande en Grande-Bretagne lorsque la victime se heurte à un problème de preuve.

lorsque des pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles d'être couvertes par des réglementations européennes (par exemple dans le domaine agricole). Le risque de sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la Commission ou pour faire une demande préjudicielle à la Cour de justice est donc très présent¹ même si la jurisprudence communautaire incite nettement les juridictions nationales à ne pas suspendre leur procédure lorsque la question du droit communautaire est claire. Le problème vient du fait qu'elles ne sont pas en position d'anticiper la façon dont la Commission exercera son pouvoir discrétionnaire et en cas d'absence de précédents². Enfin, la Commission dispose de moyens d'enquête très puissants qui peuvent faire défaut aux autorités nationales³, de même que les possibilités pour les entreprises plaignantes d'obtenir la divulgation de documents sont peu développées dans certains Etats-membres⁴.

Néanmoins, les juges des Etats membres sont les juges de droit commun du système communautaire. La Commission n'est pas obligée d'engager une procédure et de prendre des mesures d'urgence qui peuvent être obtenues devant le juge des référés du tribunal national compétent⁵. Il semble même que dans le cas où ces mesures peuvent être prononcées par les juridictions

1. Voir T.P.I. arrêt du 10.7.1990, T.51/89, Tetra Pak, Rec. 1990, p.347.

2. N.Paines, op. cit., p.285 qui relève que selon la section 2 du "Civil Evidence Act 1968", une condamnation prononcée par un tribunal britannique constitue une présomption de preuve mais que la Commission CEE ne relève pas de cette définition.

3. Particulièrement les autorités britanniques, N.Paines op. cit., p.285.

4. Voir cependant la réforme du droit allemand de la concurrence, Ve amendement du 22.12.1989, Bgb 1989 I, p.2486, qui assouplit les règles relatives au secret d'affaires.

5. N.Paines, op. cit., p.272, se référant à l'arrêt Garden Cottage Foods v.the Milk Marketing Board.

nationales, la Commission refuse alors d'agir¹. "Selon la jurisprudence de la Cour, c'est aux juridictions nationales qu'il incombe, par application d'un principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire". "Toute disposition d'un ordre judiciaire national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires" serait incompatible avec le droit communautaire.²

2. Procédure administrative ou judiciaire ?

La Commission et les autorités nationales sont chargées d'apprécier l'influence des pratiques sur un marché et sont saisies "in rem" par la victime. Contrairement à ce qui se passe devant le juge judiciaire, qui est chargé de régler un litige entre des parties faisant valoir des droits personnels, les entreprises ne peuvent pas définir l'objet et les limites de l'affaire. Elles ne pourront donc pas disposer du pouvoir de réclamer des mesures d'instruction, comme c'est le cas devant les juridictions³. Par ailleurs, puisque l'autorité est le plus souvent chargée d'appliquer une politique de la concurrence qui

1. N.Paines, op. cit., p.272 se référant à l'affaire Garden Cottage Foods v. the Milk Marketing Board.

2. C.J.C.E. arrêts du 19.6.1990, aff. C-213/89, Queen c.Factortame, Rec. 1990, p.I.2466, att.20. et du 9.3.1978, aff.106/77, Simmenthal, Rec. 1978, p.629, att.22 et 23.

3. Voir par exemple, les articles 143 et suivants du NCPC français.

se doit d'être cohérente, elle peut être amenée à refuser de prendre des sanctions dans un cas isolé ou quand l'affaire dépasse manifestement les intérêts en cause. Ainsi, dans une affaire Holmes Mac Douglas Ltd concernant le refus d'une maison d'édition d'accepter des annonces publicitaires, le D.G.F.T. britannique constatant qu'un autre éditeur appliquait une politique analogue, indique qu'il juge "inopportun de prendre des mesures contre un seul éditeur et s'efforce de remédier par d'autres moyens à ces pratiques anticoncurrentielles"¹.

La procédure administrative présente également l'inconvénient majeur de ne pouvoir obtenir l'octroi de dommages et intérêts. Il est vrai que les procédures nationales, notamment britanniques², peuvent présenter le même défaut et que des transactions peuvent toujours intervenir. L'affaire Macron Augus fut ainsi clôturée sans décision formelle de la Commission après l'engagement de la société incriminée de modifier ses pratiques et le versement d'une compensation financière au plaignant.³ Mais, la constatation s'applique également devant les tribunaux des Etats membres⁴.

Enfin, le manque d'homogénéité des règles procédurales peut faire intervenir d'autres éléments dans le choix de l'action. Parmi eux, le coût devant être supporté est difficile à évaluer, certains commentateurs⁵ estimant qu'il serait plus avantageux de

1. XVe rapport sur la politique de la concurrence, point n°164.

2. Du moins les entreprises peuvent, à juste titre, vouloir éviter de devoir établir elles-mêmes la reconnaissance de ce droit au prix d'une bataille juridique difficile et coûteuse.

3. XVIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°81.

4. Voir par ex., l'affaire portée devant la High Court, par American Airlines contre British Airways plc sur le fondement de l'article 86, qui fut réglée amiablement. XVIIIe rapport sur la politique de concurrence, 1988, point 160.

5. J. Temple Lang, "Community Antitrust Law - Compliance and Enforcement", C.M.L.Rev. (18) 1981, p.349.

saisir les juridictions nationales tandis que d'autres¹ considèrent que la saisine de la Commission de Bruxelles serait moins coûteuse. La victime peut également tenir compte de la longueur des procédures, des règles de protection du secret d'affaires applicables à la procédure, suivant qu'elle doive se protéger ou risque de se voir opposer le principe par l'adversaire. A cet égard, le droit britannique apparaît particulièrement favorable au plaignant. Enfin, le problème de la prescription peut intervenir : Le délai est de cinq ans pour le droit communautaire, de trois ans pour les infractions pénalement réprimées en droit français, de dix ans pour une action en dommages et intérêts intentée par un commerçant.

II. Mécanismes destinés à réduire les risques de contrariété de décisions

Les systèmes nationaux se caractérisent, en général, par la dualité des procédures offertes du fait des compétences concurrentes des autorités administratives et judiciaires. Avec la coexistence du droit communautaire et le problème de la définition des règles substantielles applicables, les risques de contrariété des décisions se multiplient. Car, à moins que le système procédural dans son ensemble soit unifié, ce qui semble encore improbable, la détermination de l'intention délictuelle, les standards et les niveaux de preuve seront fixés par les juridictions nationales façonnées par leur propre tradition juridique.² A cet égard, l'arrêt BRT c. Sabam³ laisse aux juges des Etats membres une large marge d'appréciation de la validité

1. F.Jacobs "Damages for breach of Article 86 EEC", E.L.Rev. 1983, n°8, p.356.

2. E.Picañol "Remedies in National Law for Breach of articles 85 and 86 of the EEC Treaty: a Review", L.I.E.I., 1982/3, p.28.

3. C.J.C.E. arrêt du 30.1.1974, aff.127/73, Rec. 1974, p.51.

et des effets des contrats. Plusieurs "garde-fous" sont destinés à limiter ces risques. Le premier est le principe même de la primauté du droit communautaire¹ : Les divergences sont moins probables entre les instances nationales et communautaires que celles existant à l'intérieur d'un même Etat. Par ailleurs, la théorie de la simple barrière est de plus en plus appliquée et les droits nationaux ont tendance à s'aligner sur le droit communautaire. Les procédures nationales restent également soumises au principe de non discrimination et conditionnées par la nécessité de préserver la possibilité d'exercice des droits individuels dérivant du traité. Les systèmes juridiques concernés organisent des procédures de "passerelle" entre les différents organes chargés d'appliquer le droit de la concurrence². En France, le Conseil de la concurrence peut demander aux juridictions d'instruction et aux formations de jugement de lui communiquer les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les affaires dont il est saisi. Il peut également intervenir en cours de procédure mais il n'existe pas d'obligation systématique. En Allemagne, les juridictions doivent informer le Bundeskartellamt qui dispose également d'un droit d'intervention. L'article 89 §1 et 2 du GWB prévoit en outre des possibilités d'étendre la compétence des tribunaux de grande instance (Landesgerichte) "s'il apparaît qu'une telle centralisation puisse être utile au respect du droit en matière

1. Voir notamment C.J.C.E. arrêt du 15.7.1964, aff.6/64, Costa c.ENEL, Rec. 1964, p.1164.

2. En droit français, le principe posé par l'article 4 du Code de procédure pénale, selon lequel "Le criminel tient le civil en l'état", oblige le juge civil à surseoir à statuer dès que la décision à intervenir est susceptible d'influer sur celle qui sera rendue par la juridiction civile. Voir les trois arrêts Cass. Com. du 16.2.1988 sur le refus de surseoir à statuer. Bull. Com. n°73, p.51 (Loire Diffusion c.Estée Lauder, L.D. c.Parfums Dior, Centre Leclerc c.Parfums Rochas).

d'ententes et, en particulier, dans le but d'assurer une jurisprudence uniforme".

Selon l'article 9 §3 du règlement 17, les autorités nationales doivent surseoir à statuer dès lors que la Commission a ouvert une procédure. Et, si les juridictions nationales ne constituent pas une autorité d'un Etat membre au sens dudit article, elles peuvent toujours appliquer volontairement la règle. Le sursis peut être ordonné dans l'attente d'une décision de la Commission, comme dans l'affaire Plessey v.GEC & Siemens, dans laquelle la High Court a refusé d'interdire en référé une acquisition de société avant que la Commission n'ait examiné l'affaire¹, pour avis d'une autorité administrative nationale², ou pour former une demande préjudicielle à la Cour de Luxembourg³. Le renforcement de ce type de consultation au niveau communautaire est perçu par la Commission comme un des moyens d'améliorer l'application du droit de la concurrence dans les Etats membres⁴. Or, cette diminution des risques de contrariété des décisions, qui constituent un facteur d'insécurité non négligeable pour les entreprises, se traduit par le fait que les sursis à statuer contraignent les plaignants à supporter des délais de procédure particulièrement longs, de nature à compromettre l'efficacité de leurs actions.

Certains auteurs⁵ souhaitent l'instauration d'un tel mécanisme entre la Commission et les juridictions nationales lorsqu'une question relevant de l'application de l'article 85 §3

1. XVIIIe rapport sur la politique de concurrence, point n°160.

2. Par exemple, voir la saisine du Conseil de la concurrence par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire "des producteurs de veaux", XVIIe rapport sur la politique de concurrence, point n°144.

3. Voir par ex. la décision de la High Court dans l'affaire AB Volvo v.Erik Veng (UK), XVIIe rapport sur la politique de concurrence, point n°168 et J.O.C.E. C227 du 25/8/1987.

4. XIIIe rapport sur la politique de concurrence, point n°217.

5. I.Forrester et C.Norall, op. cit., p.43.

est posée. Les tribunaux concernés pourraient ainsi obtenir une ligne de conduite précise sans qu'une décision formelle ait été prise. Dans l'arrêt *Delimitis-Henniger Brau*¹, la Cour de justice a exhaussé leur attente, du moins en principe, en déclarant que "lorsqu'un risque de décision contradictoire se présente dans le cadre de l'application des articles 85 §1 et 86 (...), la juridiction nationale a toujours la possibilité, dans les limites du droit national de procédure applicable et sous réserve de l'article 214 du traité, de s'informer auprès de la Commission sur l'état de la procédure, que cette institution aura éventuellement engagée, et sur la probabilité que celle-ci se prononce officiellement sur le contrat litigieux en application des dispositions du règlement 17. La juridiction nationale peut, dans les mêmes conditions, contacter la Commission, lorsque l'affaire rencontre des difficultés particulières, afin d'obtenir les données économiques et juridiques que cette institution est en mesure de lui fournir. La Commission est en effet tenue, en vertu de l'article 5 du traité², à une obligation de coopération loyale avec les autorités judiciaires des Etats membres chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national". Malgré l'importance de cette nouvelle interprétation de cette disposition du traité, il ne faut pas s'illusionner sur les retombées de cette jurisprudence. Il s'agit, en effet, plus d'un arrêt de principe que les juridictions nationales auront du mal à mettre en oeuvre.

1. C.J.C.E. arrêt du 28.2.1991, aff.C.234/89, non rep., att.52 et 53.

2. Les Etats membres prennent toutes les mesures, générales ou particulières, propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité".

III. Perspectives pour les actions privées

On constate que le nombre total des saisines¹ et des décisions rendues², malgré une nette augmentation, reste très faible.

Plusieurs raisons peuvent expliquer la tendance des entreprises à faire preuve de peu d'agressivité en Europe. La première est que jusqu'aux années 1979-1980, il n'était pas certain qu'une action engagée par une entreprise dans les Etats membres soit recevable. La seconde tient à ce que les plaignants ne peuvent, contrairement aux Etats-Unis, espérer obtenir des compensations financières particulièrement importantes. Par contre, ils peuvent craindre des répercussions tant sur le plan commercial que légal. En droit français, l'article 373 du Code pénal réprime les dénonciations calomnieuses faites "à toute autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente", par une peine d'emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 500 à 20.000 francs³. En Grande-Bretagne, la victime est protégée de ce type de risque mais les difficultés de saisine sont alors là pour la décourager. Enfin, les entreprises sont mal informées du fait du peu de publicité donnée aux affaires en droit de la concurrence et du secret

1. L'O.F.T. britannique reçoit environ 1000 plaintes par an, la Commission CEE et le Conseil de la concurrence français (y compris les saisines faites par le ministre de l'Economie mais il faut tenir compte de l'existence très récente de l'organisme) ne sont pas saisis de plus d'une centaine de plaintes par an ; voir N.Green, op. cit., p.114 et l'annexe B-1.

2. La Commission CEE rend en moyenne 25 décisions fondées sur les articles 85 et 86 par an. Dans les Etats membres, on compte 5 décisions pour le Conseil de la concurrence français, une référence faite par le Bundeskartellamt, et environ 5 décisions rendues par les tribunaux français, britanniques et allemands. J.-L.Dechery "L'application des règles communautaires en matière de concurrence dans les Etats membres à l'horizon 1992", R.C.C. 1989,n°52, p.11 et voir l'annexe B-2.

3. La disposition joue à l'égard des autorités étrangères. Crim. 18.5.1928, D.H.1928.385.

entourant les nombreux accords amiables intervenant. Il ne faut pas en effet sous-estimer les actions "officieuses". N.Green¹ mentionne la possibilité pour les entreprises d'utiliser la voie du "lobby", qui serait plus particulièrement utilisée dans les pays de religion protestant, pour que le secrétaire d'Etat britannique, ou le ministre de l'Economie français demandent à l'autorité administrative compétente d'ouvrir une enquête. La victime peut aussi se servir de son droit de porter plainte comme une arme capable de menacer son concurrent. Cette conduite fut adoptée par la firme Horizons Holidays qui, en novembre 1984, fit savoir publiquement à la presse qu'elle allait déposer plainte contre British Airways qui s'apprêtait à fausser les prix par l'intermédiaire d'une filiale. La tactique s'avéra efficace et n'eut pas de suite.

Les études doctrinales² soulignent pourtant dans une grande majorité que l'action privée en matière de droit de la concurrence a une importance décisive pour l'élaboration et l'application de ce droit. L'accroissement du nombre des recours individuels devant les juridictions nationales aurait des effets particulièrement appréciables tant au niveau de l'utilisation plus adéquate des moyens de la Commission que d'une meilleure application spontanée des règles de la concurrence par les entreprises. En l'état, il faut constater qu'il n'existe aucune harmonisation des législations et la réalisation de cet objectif apparaît particulièrement difficile à atteindre. J.Temple Lang avait préconisé en 1981 de prendre une directive européenne pour

1. Op. cit., p.115.

2. Voir, pour une revue doctrinale sur l'importance de l'action privée, J.Temple Lang, op. cit. note p.341. Voir cependant, F.Jacobs, op. cit. p.356, qui doute de l'avantage tiré d'un développement des actions privées devant les juridictions nationales, en brandissant le risque de "forum shopping" dénoncé aux USA.

l'harmonisation des recours en indemnités dans les différents Etats membres.¹ De leur côté, la Commission et les Etats membres semblent beaucoup plus modérés. Dans son treizième rapport sur la concurrence², la Commission reconnaissait que les possibilités d'obtenir une indemnisation en cas d'infraction aux règles de la concurrence, n'avaient pratiquement pas été exploitées. En indiquant qu'elle examinait les initiatives pouvant être prises pour faciliter les actions en dommages et intérêts, la Commission ne faisait référence qu'à la seule intensification et amélioration de ses liens avec les juridictions nationales, c'est à dire le développement des saisines pour avis.

En réalité, le développement de l'action privée et notamment des actions en réparation, suppose dans le système actuel des bouleversements considérables. Deux voies sont possibles : Soit, on instaure une procédure en réparation communautaire ce qui suppose une refonte globale du système, soit on oblige les Etats membres à harmoniser leur procédure. Mais là aussi, une révision complète de certains droits nationaux de la réparation, notamment celui britannique, s'imposerait. Or les obstacles sont considérables. Le gouvernement français avait ainsi indiqué, avant la réforme du droit de la concurrence, "qu'il n'apparaît pas possible d'aboutir à une unification du droit national en ce domaine, fût-ce dans le cadre limité de la réparation du préjudice. Une telle tentative, à un moment envisagée a dû être différée en raison des difficultés rencontrées"³.

Est-ce à dire que le droit communautaire de la concurrence doit présenter une action privée chaotique et disparate ?

1. J.Temple Lang, "Community Antitrust Law - Compliance and Enforcement", C.M.L.Rev. (18), 1981, p.341.

2. XIIIe rapport, 1983, points 217-218.

3. Réponse à M.Pierre-Bernard Cousté, J.O., A.N., 14.5.1984, n°20, p.226.

L'harmonisation étant incontournable, il semble en fait nécessaire que le législateur communautaire oblige les Etats membres à agir plus radicalement en ce sens.

§ 2. La saisine par la victime d'une infraction

Quel que soit le mode de saisine, l'entreprise doit, pour que sa plainte soit recevable et examinée, avoir qualité pour agir et démontrer un intérêt légitime. A un degré variable, elle supporte la charge de la preuve des faits allégués.

I. Forme et contenu de la plainte

La forme et le contenu d'une plainte présentée devant les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence sont en général identiques. L'acte peut être très informel, voire anonyme, mais il est certain que cela conditionne les effets qui y sont attachés.

1. Forme

Bien que la Commission ait instauré un formulaire spécial - formulaire C-¹, la plainte n'est soumise en principe à aucune condition de forme. Le seul point, qui ne pose pas de difficultés particulières, est que le plaignant doit avoir qualité pour agir. Lorsque la demande est diligentée par un représentant de l'entreprise, celui-ci doit justifier du pouvoir adéquat, ce qui sera par exemple le cas pour les avocats de certains Etats membres dont le pouvoir n'est pas présumé. En droit national de la concurrence, on retrouve la même exigence. Dans une affaire

1. Règlement n°1133/68 du 26.7.1968, J.O.C.E. 1968, n°L.189/1. Auparavant, les demandes d'exemption et d'attestations négatives faisaient l'objet de formulaires séparés, dont l'utilisation n'était cependant pas exclusive l'une de l'autre.

Mignot¹ concernant la saisine du Conseil de la concurrence émanant d'une entreprise de centralisation d'offres et de demandes particulières qui avait cessé ses activités du fait d'agissements anticoncurrentiels, le Conseil déclara la saisine irrecevable en estimant que le requérant n'était plus une entreprise du fait de sa radiation du registre du commerce, ce que la Cour d'appel de Paris confirma en déclarant que "la qualité pour procéder", distincte de l'intérêt à agir, doit s'apprécier à la date d'introduction de la demande.

2. Contenu de la plainte

Devant les autorités chargées d'appliquer les règles de concurrence, le plaignant n'est en général tenu à aucune obligation formelle. Pourtant, la masse des renseignements que doit contenir une plainte dépend en fait de la capacité de traitement par l'organisme saisi et de la gravité de l'infraction alléguée. L'O.F.T., qui est ainsi saisie d'un millier d'affaires par an exigera, une production d'informations consistante avant de vouloir se forger une opinion². S'il ne veut pas que sa requête soit classée ou rejetée, le plaignant devra fournir des informations qui peuvent s'avérer lourdes à supporter.

Le plaignant peut réclamer des mesures provisoires. Il doit demander clairement à être tenu informé des suites de la procédure et spécifier le caractère confidentiel des informations fournies, le cas échéant en séparant les documents concernés.³ Il échet également de ne pas oublier les possibles répercussions sur le plan national. Si, en Grande-Bretagne, la Cour d'Appel a affirmé que les documents remis dans le cadre d'une plainte sur

1. Décision du Conseil n°88 D 34, B.O.C.C.R.F. du 30.9.1988, et C.A. Paris, arrêt du 23.2.1989, B.O.C.C.R.F. n°5 du 3.3.1989.

2. N.Green, op. cit., p.115.

3. Voir C.J.C.E arrêt du 7.11.1985, aff.145/83 et 63/84, Stanley George Adams, Rec. 1985, p.3539

une infraction à la concurrence étaient couverts par le privilège absolu de ne pouvoir être utilisés dans une procédure en diffamation¹, la législation française, par exemple, n'est pas aussi protectrice.

II. L'entreprise plaignante doit faire valoir un intérêt légitime

Selon l'article 3 §2 du règlement 17, les entreprises, qui veulent demander à la Commission de constater et faire cesser une infraction aux articles 85 et 86 du traité, doivent faire valoir un intérêt légitime. Il est présumé pour les Etats membres.² Jusqu'à présent, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur le concept, si ce n'est de façon indirecte dans l'affaire Metro³, pour indiquer la relation entre les articles 3 §2b du règlement 17/62 et 173 du traité. La catégorie de personnes ayant un intérêt à agir s'entend communément de toutes celles qui subissent un dommage du fait de l'infraction. S'il ne fait pas de doute qu'elle inclut les parties à l'accord⁴, le cas des associations et organisations professionnelles, dont la saisine peut constituer une formule adaptée pour les consommateurs et les nombreux petits détaillants confrontés à un grossiste en position dominante, ou de consommateurs peut s'avérer plus problématique. Si l'on en croit E.Paulis⁵, la notion d'intérêt légitime ne devrait pas être interprétée plus largement que la condition d'un recours en annulation de la part du plaignant que si l'infraction

1. Hasselblad (G.B.) Ltd. v. Orbinson, (1985), All E.R. 173, (1984) 3 C.M.L.R. 679.

2. C.J.C.E. arrêt 16.6.1981, aff.126/80, Salonia, Rec. 1981, p.1563.

3. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1977, aff.26/76, Rec. 1977, p.1875.

4. Conclusions de l'A.G.Mancini dans l'aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, arrêt du 17.11.1987, Rec. 1987(10), p.4487, 4566.

5. Op. cit., p.631.

alléguée était susceptible d'affecter sa position sur le marché en cause d'une manière substantielle. Il semble qu'en réalité, la notion soit plus large. Dans l'affaire BP c.TGWU¹, un des principaux syndicats britanniques TGWU soutenait que British Petroleum s'était entendu avec Texaco pour fermer une raffinerie et que les accords de raffinage conclus entre les deux firmes enfreignaient les règles communautaires de la concurrence. La Commission a reconnu que TGWU, en tant que représentant de travailleurs licenciés à la suite de la fermeture d'une entreprise avait un intérêt légitime à porter plainte au sens de l'article 3 §2 du règlement 17, contre l'entente ayant eu pour objet la fermeture constatée. Par contre, elle a déclaré que le demandeur n'avait pas d'intérêt légitime à contester les accords avec Texaco sa plainte dans la mesure où de tels contrats n'avaient pas d'incidence sur la fermeture de la raffinerie.

Mais, en général, la Commission a tendance à ne pas prendre de décision du tout plutôt que de multiplier les décisions d'irrecevabilité. Il est vrai qu'elle a tout intérêt à encourager les personnes informées d'une infraction à se manifester auprès d'elle, pour recueillir les données les plus larges nécessaires à la poursuite d'une politique de la concurrence. Au contraire, les entreprises dénoncées n'ont aucun moyen d'attaquer, en droit communautaire, la recevabilité de la plainte. Dans l'affaire BMW², la Cour a en effet jugé que, "peu import(ait) de savoir si (les plaignants) avaient en l'espèce un "intérêt légitime" à demander l'ouverture d'une procédure, la Commission étant en droit d'engager celle-ci d'office."

L'entreprise plaignante a la charge de prouver son intérêt légitime en établissant, au minimum, le rapport qui la lie à aux

1. XVIe rapport sur la politique de concurrence, point n°43.

2. C.J.C.E. arrêt du 12.7.1979, aff.32, 36 à 82/78, Rec. 1979, p.2435, att.17 et 18.

entreprises visées par l'acte. Elle doit préciser s'il s'agit d'un rival, d'un fournisseur, détaillant et détailler l'accord ou le comportement critiqué, qu'il soit question de ventes, d'achats, d'un contrôle sur les prix et fournir le texte de l'accord, ou de la circulaire ou les minutes de réunion. Enfin, l'entreprise doit indiquer les effets anti-compétitifs allégués, soit en quoi l'accord ou la pratique visé affecte le commerce dans le Marché commun. Cette fois encore, elle devra fournir tous documents, statistiques montrant les tendances des prix, parts de marché, profits etc. De fait, le droit communautaire conditionne implicitement la recevabilité de la plainte à ce que la victime rapporte la preuve des infractions qu'elle allègue. Si elle veut par la suite intenter un recours en nullité contre une décision classant sa plainte, elle devra établir l'infraction alléguée ou, du moins, présenter des indices suffisamment caractérisés. Comme l'a établi la Cour dans l'affaire CICCE¹, "la Commission était fondée à exiger que l'abus allégué par le CICCE soit prouvé ou, tout au moins, confirmé par des exemples".

III. Demande d'application des articles 85 et 86 dans les Etats membres.

La demande d'application des règles de la concurrence communautaires par les victimes d'une infraction reçoit un traitement bien différent d'un Etat membre à l'autre. Ne pouvant obtenir la réparation de leur préjudice auprès des institutions de la Communauté, la protection du droit des victimes semble encore insuffisamment assurée.

1. Saisine des autorités nationales

1. C.J.C.E. arrêt du 28.3.1985, aff.298/83, CICCE ,Rec. 1985, p.1105.

La possibilité pour les autorités administratives nationales d'appliquer les règles des articles 85 et 86 était loin d'être évidente. Jusqu'à la réforme de la loi allemande sur la concurrence du 22 décembre 1989¹, le Bundeskartellamt n'était pas compétent pour appliquer le droit communautaire². La victime ne dispose pas d'un droit de saisine formellement reconnu mais peut, en principe³, se voir allouer des dommages et intérêts par la Cour d'Appel de Berlin statuant dans le cadre d'un recours contre une décision du Bundeskartellamt. En France, la situation de la victime d'une infraction s'est nettement améliorée. Avant la réforme de 1986, l'entreprise individuelle ne pouvait saisir directement la Commission de la concurrence : elle devait utiliser un stratagème en passant par une organisation professionnelle ou une association de défense des consommateurs. Elle se trouvait ainsi confrontée à l'incertitude et la lenteur particulièrement importante de la procédure. Disposant désormais d'un droit de saisine directe du Conseil de la concurrence, l'entreprise doit répondre à une double condition : Les faits invoqués doivent entrer pas dans le champs de compétence du Conseil et être appuyés d'éléments suffisamment probants. Or, la victime peut se trouver dans l'impossibilité de se procurer des éléments de preuve comme cela est souvent le cas pour les organisations de défense des consommateurs.⁴ Ces dernières, mais aussi les organisations professionnelles ou syndicales, sont bien sûr habilitées à poser des questions de principe au Conseil de la concurrence mais une telle saisine ne peut déboucher que

1. BGBI, I, p.2486.

2. Voir la décision du Kammergericht de Berlin du 4.11.1988, Kart.11/88, KG WuW/E OLG 4291 "Landesgebühr", XIXe rapport sur la politique de concurrence, 1989, point n°97.

3. En pratique, cette disposition n'est jamais utilisée.

4. V.Selinsky "La victime des pratiques anticoncurrentielles face à la diversité des procédures" P.A., N°39, 30 mars 1988, p.19.

sur une procédure non contentieuse. L'impossibilité d'obtenir la répression des coupables déçoit régulièrement leur attente¹. La charge de la preuve supportée par les plaignants était d'ailleurs tellement lourde que les bénéficiaires de la réforme risquaient d'être annihilés : Durant ses deux premières années d'exercice, le Conseil de la concurrence rendait en moyenne deux décisions d'irrecevabilité sur trois saisines². Heureusement, la Cour d'appel censura cette pratique tout en lui permettant d'écarter les saisines procédant par simples affirmations. Seuls des éléments suffisamment probants doivent être rapportés³. Ce qui doit donc être prouvé, ce n'est pas l'existence de l'infraction mais sa vraisemblance.

2. Saisine des juridictions nationales

La saisine d'une juridiction nationale par la victime d'une infraction répond largement aux mêmes conditions de qualité et d'intérêt à agir. Celles-ci sont largement appliquées en Allemagne, plus strictement en France. Dans l'affaire CFTD c. Air France/Air Inter/UTA⁴, n'a pas été admis l'intérêt à agir d'un syndicat professionnel contestant une opération de concentration au motif qu'il n'avait pas démontré qu'"il pourrait se présenter dans un but autre que celui de défendre les intérêts professionnels dont il a statutairement la charge". L'opération, qui reste plus problématique pour l'entreprise, est de déterminer les règles de compétence applicables, tant d'un point de vue

1. L.Idot "L'interférence du droit interne et du droit communautaire de la concurrence", P.A., N°39, 30 mars 1988, p.13.

2. L.Idot et M.-C.Boutard-Labarde "Bilan de deux ans d'application du nouveau droit de la concurrence" in Liberté des prix et concurrence, AFEC-ICC, juin 1989, p.47.

3. C.A. Paris, arrêt du 17.12.1987, Société des lubrifiants du Midi, B.O.C.C.R.F. n°35 du 29.9.1987.

4. TGI Paris ord. de référé du 29.1.1990, R.C.C. 1990, n°53, p.37 et s.

territorial que d'attribution. A cet égard, seul le droit allemand limite expressément la compétence des juridictions au fait que l'infraction a eu lieu ou a produit ses effets sur le territoire national. Pour faciliter cette tâche, les législateurs communautaires ont adopté la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Limitant l'application des règles exorbitantes de compétence tirées de la nationalité telles que les articles 14 et 15 du Code civil français, la Convention place le domicile en tant que fondation du système de compétence juridictionnelle. Le juge applique les règles de son propre droit international privé et l'entreprise se trouve confrontée à des éléments de rattachement variables suivant les Etats. La France et l'Allemagne retiennent le critère du siège social réel, soit l'endroit où se trouve le centre de direction de la personne morale, tandis que le Royaume-Uni y ajoute un critère dit de l'"incorporation", c'est à dire le rattachement au système britannique par un acte volontaire¹. Une compétence multiple est en pratique parfaitement envisageable et des règles de litispendance et de connexité, prévues aux articles 21 et suivants de la Convention s'appliqueront en cas de saisines parallèles. La compétence du tribunal pourra dépendre de la saisine initiale ce qui, compte-tenu du caractère hétéroclite des législations européennes, oblige la victime à connaître les règles applicables dans chaque Etat membre. On perçoit ainsi les bénéfices qui seraient tirés d'une harmonisation des législations nationales. En ce qui concerne la compétence d'attribution, l'article 87 de la loi allemande sur la concurrence donne compétence exclusive aux tribunaux de grande instance (Landesgerichte), statuant en matière commerciale ou civile, quelle que soit la valeur du litige. D'autres systèmes permettent

1. Article 42 §3 et 6 du "Civil Jurisdiction and Judgements Act".

à l'entreprise victime d'une infraction de saisir également les juridictions répressives. Cette possibilité reste exceptionnelle en Grande-Bretagne¹ puisque l'infraction doit s'apparenter à une escroquerie ; en France, la réforme de 1986, a facilité la constitution de partie civile. Sur le fondement des dispositions de l'ordonnance de 1945, elle n'était possible, que par voie d'intervention, si le ministre de l'Economie décidait de transmettre le dossier au parquet, ce qu'il ne faisait pratiquement jamais².

Quel que soit le système juridique concerné, la victime doit supporter la charge de la preuve. Ce qui est varié, c'est le niveau de preuve qui est exigé³. Or, si les parties peuvent demander des mesures d'instruction, comme les expertises, celles-ci s'avèrent rares en pratique. Aussi, lorsqu'il ne dispose pas de jurisprudence ou de décision de la Commission, le plaignant se heurte à de véritables difficultés. Il peut en outre se voir opposé le secret d'affaires, le secret professionnel, voire parfois le droit de ne pas s'auto-incriminer. Par exemple dans l'affaire La Ferme c.Sacem⁴, la défenderesse opposa avec succès à l'expert son devoir de confidentialité à l'égard des autres parties contractantes non représentées à la procédure.

La preuve de l'éventuelle justification de l'infraction repose par contre sur le défendeur. Il doit justifier du caractère anormal de la demande, de la mauvaise foi du demandeur, de l'existence d'un texte législatif ou réglementaire pris par son application, de la contribution au progrès économique présumé par un décret d'exemption⁵, ou de "motifs justificatifs" ou de la prescription de l'action. La jurisprudence, tant en France

1. N.Green, op. cit., p.404.

2. L.Idot, op. cit., p.12 et 18.

3. Voir E.Picañol, op. cit., p.30.

4. Revue internationale du droit d'auteur, 1980, n°171.

5. Art.10 de l'ordonnance du 1er.12.1986.

qu'en Allemagne¹, montre que la preuve mise à la charge de la victime est très lourde à supporter et que les possibilités d'exonération sont très nombreuses. L'interprétation des règles sert plutôt les intérêts des grands fabricants que ceux des distributeurs.

La victime d'une infraction n'est toutefois pas totalement dépourvue. Elle peut ainsi trouver une aide appréciable dans les procédures de passerelle instaurées dans les divers systèmes juridiques. Il en est ainsi en France des dispositions de l'article 36 de l'ordonnance qui permettent au Parquet, au ministre de l'Economie ou au président du Conseil de la concurrence, de saisir le tribunal ou d'intervenir dans la suite de la procédure en déposant des conclusions ou autres pièces d'enquête. La jurisprudence montre que les magistrats sont très sensibles à ce genre d'interventions, au point d'ailleurs qu'elles suffiraient d'être exprimées pour emporter leur adhésion². L'action pénale peut également représenter un avantage intéressant pour la victime qui pourra bénéficier de l'instruction menée par le juge³. En France, celui-ci "dispose de pouvoirs considérables : celui de perquisitionner, de procéder à des écoutes téléphoniques sans aucune limitation (...), de décerner des mandats pour faire comparaître les dirigeants de société (...), de les mettre sous contrôle judiciaire, c'est à dire de leur interdire de diriger leurs entreprises, d'user de la menace de détention préventive dans ce même but".⁴

1. R.Bouscant "Existe-t'il un Contrôle des Entreprises en Position Dominantes dans la République Fédérale d'Allemagne?", Gaz.Pal. du 4-6.2.1990, p.5.

2. L.Ídot, op. cit., p.18 se référant à l'arrêt du 18.12.1987, Paris, 4e ch., aff. Technisom c.Serap.

3. Dans l'aff. MP c.Michelin, cons.Planet, 1981 ECR, 9, une expertise fût ainsi ordonnée pour évaluer le dommage.

4. X. de Mello "L'ordonnance (modifiée) sur la concurrence et la constitution", Gaz. Pal. du 15.1.1987, p.28.

La demande de mesures provisoires pose des difficultés spécifiques lorsqu'il s'agit de faire appliquer les articles 85 et 86 du traité. Le juge des référés national a, comme tout juge du fond, l'obligation d'appliquer la norme communautaire. Dans l'affaire Factortame¹, la Cour a affirmé qu'il doit, si besoin est, écarter l'application de la règle de droit national qui ferait obstacle à l'ordonnance de mesures provisoires. En l'espèce, il s'agissait d'une "vieille règle de la common law, selon laquelle aucune mesure ne peut être ordonnée contre la Couronne, c'est à dire contre le gouvernement, combinée avec la présomption selon laquelle les lois nationales sont conformes au droit communautaire, tant qu'il n'est pas statué sur leur compatibilité avec ce droit". Mais, les problèmes résultant de la dualité du droit de la concurrence ne sont pas toujours résolus harmonieusement : La Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé d'accorder un sursis à statuer jusqu'au prononcé de la décision de la Commission de Bruxelles au motif que "l'ensemble des règles de droit interne et de droit communautaire invoqués par les parties ne se distinguent pas suffisamment"²; par contre, des entreprises ont pu obtenir le report d'une réunion du conseil d'administration de la société défenderesse devant statuer sur le projet de cession des actions à un tiers, jusqu'à la décision de la Commission des Communautés européennes sur la plainte de la demanderesse³.

1. C.J.C.E. arrêt du 16.6.1990, aff.213/89, Queen c.Factortame Ltd, Rec. 1990, p.I.2466.

2. Arrêt du 18.11.1986, cité par J.-Cl.Fourgoux, "Inutilité du droit interne de la concurrence?", Revue de Jurisprudence Commerciale, avr.1989, n°4, p.150.

3. C.A. Nancy, arrêt du 27.11.1987, Schmalbach Lubeca c.Sofreb, Gaz. Pal. 9 avr.1988.(I), p.251

II. La difficile reconnaissance du droit à réparation de la victime

Ni le traité, ni le règlement 17 ne prévoit expressément que la victime d'une infraction aux règles de la concurrence communautaire a droit à être indemnisée de son préjudice. En 1966, la Commission avait publié une étude sur le sujet dans laquelle elle affirmait qu'une "violation des règles de la concurrence instituées par le Traité ouvre, aux personnes lésées par cette infraction, des voies judiciaires de droit interne leur permettant d'obtenir réparation sous toutes les formes reconnues par les droits nationaux des six Etats membres : indemnités, actions en cessation, astreintes, publications du jugement"¹. Pourtant, les conclusions de l'étude différaient radicalement suivant les pays concernés². Et, si en 1974, la Cour de justice a affirmé à l'occasion de l'affaire BRT c. Sabam³ que "le droit communautaire fait naître, au profit des justiciables, des droits individuels que les tribunaux doivent sauvegarder", encore faut-il que les règles nationales permettent une indemnisation de la victime.

En France, la violation d'une loi constitue une faute dont l'auteur peut être tenu de réparer les conséquences. La victime peut se fonder tant sur l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui engage spécifiquement la responsabilité de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle et l'oblige à réparer le préjudice causé de ce fait, que sur l'article 1382 du Code civil qui prévoit un régime général de responsabilité. La victime ne rencontre pas de difficultés spécifiques en invoquant le droit

1. Commission des Communautés européennes, "La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE".

2. Le rapport distinguait deux groupes de pays: d'une part, la France, la Belgique, le Luxembourg et l'Italie, d'autre part, l'Allemagne et les Pays-Bas

3. C.J.C.E. arrêt du 30.1.1974, aff.127/73, Rec. 1974, p.51.

communautaire et plusieurs arrêts font une application exclusive des articles 85 et 86 du traité, que cela concerne une action en nullité, en injonction ou en remboursement.¹

En Allemagne, la responsabilité extra-contractuelle ne peut être actionnée que si la victime fait partie du groupe d'individus que la loi entend protéger. L'article 35 de la loi sur la concurrence, dispose à cet égard que "Celui, qui intentionnellement ou par négligence, enfreint une disposition (..aux règles fixées par la loi), est tenu, dans la mesure où la disposition ou la décision a pour but la protection d'une tierce personne, de réparer les dommages qu'elle a subis en raison de l'infraction." De nombreux doutes se posaient quant à la possibilité de considérer les articles 85 et 86 du traité comme une protection pour les entreprises, auquel cas une indemnité pouvait être accordée au niveau national, ou s'il s'agissait d'une loi de protection de l'intérêt général. Bien que le Traité CECA ait un but plus limité et une structure différente du Traité CEE, la décision du Bundesgerichtshof du 14 avril 1959² concernant les articles 4b et 60 du Traité CECA pouvait servir de référence. Un client demandait la réparation du préjudice qu'il avait subi du fait de prix discriminatoires, sur la base de ce que l'article 60 du Traité CECA interdisait une telle pratique. En raison notamment de la diversité des législations des Etats membres, la Cour jugea que la disposition invoquée ne pouvait comporter de conséquences au niveau du droit civil national. Elle ne pouvait être considérée comme une loi de protection au sens de l'article 823 §2 BGB du fait que l'objet de l'interdiction n'était pas tant de protéger les intérêts individuels, que de permettre aux organes de la Communauté de prendre des mesures nécessaires pour assurer la réalisation d'un marché unique et une

1. Voir E.Picañol, op. cit., p.6.

2. BGHZ 30,74.

concurrence non faussée. En conséquence, aucun recours, tant en indemnités qu'en cessation, ne pouvait être intenté. Vingt-ans plus tard, soit après le prononcé de l'arrêt BRT c.Sabam¹, le Bundesgerichtshof jugea que les articles 85 et 86 constituaient une loi protectrice des intérêts privés². Mais des difficultés subsistent. Si plusieurs arrêts ont été rendus en matière d'injonction, de remboursement et de dommages-intérêts, la jurisprudence ne tranche pas le fait de pouvoir obtenir la nullité sur la seule base du droit communautaire.

En Grande-Bretagne, la Chambre des Lords a reconnu que la violation des règles communautaires peut donner lieu à une action privée pour violation d'une obligation légale³. Cependant, même si cette reconnaissance peut être perçue comme un motif de développement de l'action privée dans ce pays, le fait même que l'affaire ait dû aller jusqu'à la Chambre des Lords est révélateur des difficultés rencontrées. D'une part, le juge doit s'assurer du respect de l'intérêt public, ce qui le conduit à mettre en balance les demandes présentées et la solution la plus adaptée à l'intérêt public. Compte-tenu des particularités du droit britannique de la réparation qui, comme on le verra, s'accorde mal avec les règles communautaires, le juge privilégiera systématiquement les injonctions sur les réparations pécuniaires. D'autre part, le droit britannique oblige le plaignant à démontrer que le défendeur a utilisé des méthodes illégales et qu'il a délibérément et spécifiquement interféré dans ses affaires. Cette dernière condition est de toute évidence particulièrement difficile à établir dans le cas des infractions du droit communautaire : Si deux firmes s'accordent sur le prix

1. C.J.C.E. arrêt du 30.1.1974, aff.127/73, Rec. 1974, p.51.

2. Re BMW Cars (1980), ECC 213.

3. Voir Garden Foods v.milk Marketing Board °1983§ 3 WLR 143 (HL), voir aussi James Budgett & Son Ltd v.British Sugar Corporation Ltd 1979, E.L.Rev. 417, qui fût cependant transigée après la prise de mesures provisoires.

de leurs marchandises et qu'un tiers décide de les acquérir au prix anormalement fixé, il est délicat de soutenir que les deux firmes en question, ont délibérément interféré dans son commerce. Pourtant, l'acheteur aura subi un préjudice correspondant au manque à gagner du fait de la surfacturation, directement causé par un acte constitutif d'une violation de la loi. En cas d'abus de position dominante, le droit britannique est toutefois moins problématique. Si le défendeur est un producteur qui occupe une position dominante sur un marché et qui amène, par une politique de prix anormalement élevés, une nouvelle entreprise au dépôt de bilan, l'action de cette dernière sera recevable.

Pour résoudre le problème, des praticiens ont proposé une nouvelle théorie de la faute, spécifique au droit communautaire, pouvant amener les juridictions britanniques à octroyer des dommages et intérêts¹. Cette solution, largement contestée², a du moins le mérite de rapprocher la législation britannique de la concurrence de celles des autres Etats membres. Pour le moment, les juridictions accordent des injonctions, non une réparation financière.

§ 3. Effets de la plainte

Le droit communautaire en vigueur ne permet pas à la victime d'obtenir une décision définitive sur sa plainte mais il lui donne le pouvoir d'exiger d'être informée du résultat.

De telles règles sont-elles satisfaisantes ? De meilleurs modèles peuvent-ils être trouvés dans les systèmes nationaux ?

1. Voir Lord Denning dans "Application des Gaz v. Falks Veritas Ltd (1974) Ch.381, p.396 (CA).

2. Voir Valor International Ltd v. Application des Gaz SA (1978) 3 CMLR 87, et F.Jacobs op. cit., p.356-357.

I. La Commission est elle liée par cette saisine ?

Le dépôt d'une plainte auprès de la Commission par une entreprise n'a en principe aucun effet au niveau national : La saisine de la Commission ne constitue pas un acte au sens de l'article 9 §3 du règlement 17. Si le plaignant peut toujours retirer sa plainte, explicitement ou implicitement, la Commission reste libre de poursuivre la procédure.¹ Elle peut aussi statuer par une décision unique sur une même infraction faisant l'objet de plusieurs plaintes successivement déposées au cours d'une même procédure². Mais la victime peut-elle l'obliger à instruire et prendre une décision ?

1. Absence du droit de réclamer une décision définitive

Le règlement 17/62 autorise certes les personnes ayant un intérêt légitime à présenter une "demande" de constatation d'infraction, mais il ne se prononce pas sur le pouvoir final du plaignant à obliger la Commission à adopter une décision finale sur l'infraction dénoncée. L'existence de ce droit faisait l'objet d'un vif débat doctrinal que la Cour a tranché à l'occasion de l'affaire Gema³. Elle a jugé qu'"un plaignant au titre de l'article 3 du règlement 17, n'a pas le droit d'exiger de la Commission une décision formelle et définitive, clôturant la procédure engagée, qu'il s'agisse d'une décision faisant droit à la plainte ou la rejetant." La Cour suit donc les conclusions de son avocat général pour qui "la communication prévue par l'article 6 "présuppose l'adoption d'une décision de fond sur

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207, att.163 et la déc. Baccarat au J.O.C.E. 1991, L.97/16, où l'entreprise doit fournir des renseignements sous astreinte malgré le retrait de la plainte et la transaction intervenue.

2. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125.

3. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, GEMA, Rec. 1979, p.3173.

l'issue de la procédure, mais (...) elle l'est expressément d'un droit du particulier non pas à la décision mais au contraire à la connaissance de cette décision et des motifs qui l'ont suscitée"¹.

Or, les arguments de la Cour sont contestables tant du point de vue légal que de celui des conséquences pratiques.

Le premier argument tient à ce que l'article 3 du règlement 17 dispose que la Commission "peut", et non "doit", obliger les entreprises à mettre fin aux infractions ; elle n'est pas tenue de prendre une décision et peut se contenter d'adresser une recommandation aux entreprises concernées. Mais, on peut considérer que le mot "peut" est relatif à la formulation d'un ordre de faire cesser une infraction et ne donne pas à la Commission un pouvoir discrétionnaire à cet égard.²

Le second argument est d'ordre matériel : Une obligation de statuer peut entraîner un surchage de travail pour la Commission, certainement inopportune du fait de ses ressources limitées. Or, le travail serait en réalité négligeable. La Commission n'a que la seule obligation de se prononcer sur les éléments qui lui sont communiqués et non un devoir d'entreprendre une quelconque procédure d'enquête.

Le troisième aspect du débat, qui regarde l'opposition entre les intérêts de l'administration et ceux des particuliers, tient à la nature même des pouvoirs de la Commission. Celle-ci voit son action limitée par le fait qu'elle est chargée d'appliquer une politique générale de la concurrence qui doit répondre à l'intérêt général de la Communauté et qui ne coïncide pas forcément avec l'intérêt spécifique de la victime. Mais, on peut rétorquer que l'article 3 donne à l'entreprise un droit de

1. Voir les conclusions de l'avocat général Caportorti dans l'affaire GEMA du 18.10.1979, Rec. 1979, p.3173, 3196.

2. Idem, att.62, et R.Joliet "Lord Bethell devant la Cour de justice: en avion ou en bateau?" C.D.E. 1982 (18), p.559.

plainte que la Commission est tenue d'examiner¹. Cela démontre que les règles de la concurrence ont été arrêtées, pas seulement pour défendre l'intérêt général, mais aussi dans l'intérêt des particuliers.

Le dernier point de discussion tient aux conséquences de l'interprétation du texte. Si la Commission ne peut être contrainte à statuer définitivement sur une plainte, elle échappe alors à tout contrôle juridictionnel. Elle peut ainsi rester inactive pour des raisons politiques ou du fait de pressions d'entreprises puissantes.

Le choix de ne pas reconnaître au plaignant un droit d'obliger la Commission à prendre une décision finale est regrettable. Deux éléments devraient toutefois tempérer cette critique. D'une part, les articles 85 et 86 étant directement applicables dans l'ordre juridique des Etats membres, les victimes de pratiques anticoncurrentielles disposent d'un recours direct devant les juridictions nationales. A moins qu'un tel recours n'existe pas ou n'ait été rendu impraticable du fait d'une décision d'exemption en vertu de l'article 85 §3 du traité, l'obligation de statuer pour la Commission n'est pas justifiée. D'autre part, la Commission est tenue au titre de l'article 6 du règlement 99/63 d'informer les entreprises des raisons pour lesquelles elle n'entend pas donner une suite favorable à leur plainte, et l'acte est soumis au contrôle du Tribunal. Si l'entreprise a fourni des éléments suffisants pour faire présumer d'une infraction, la Cour pourra sanctionner le classement injustifié de l'affaire. Dans le cas contraire, on ne peut reprocher à la Commission de ne pas instruire l'affaire.

1. C.J.C.E. arrêt du 11.10.1983, aff.210/81, Demo-Studio Schmidt, Rec. 1983, p.3065.

En fait, ces arguments ne tiennent pas compte des difficultés pratiques rencontrées par les entreprises plaignantes. La Commission a plusieurs fois fait preuve d'une partialité certaine dans le traitement des affaires¹ et la liberté des poursuites qui lui est laissée apparaît trop large. A l'instar du droit pénal, son pouvoir de poursuite devrait être plus strictement réglementé. On peut donc regretter que la jurisprudence communautaire² ne contienne pas d'indications en ce sens.

2. Droit d'être informé du résultat de la plainte

"Le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'agir (...) n'est pas absolu"³. Le plaignant a le droit d'être tenu informé du résultat de sa plainte : selon l'article 6 du règlement 99/63, "Lorsque la Commission, saisie d'une demande en application de l'article 3 §2 du règlement 17, considère que les éléments qu'elle a recueillis ne justifient pas d'y donner une suite favorable, elle en indique les motifs aux demandeurs et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles".

Dans un de ses premiers arrêts⁴, le Tribunal de première instance eut à se prononcer sur la nature de la communication qui alimentait un débat doctrinal très ancien. Il juge que la communication faite au titre de l'article 6 ne constitue pas une décision susceptible de recours. Seule une décision formelle

1. Voir J.Maitland-Walker "The Unacceptable Face of Politics in Competition Cases", (1991)1, E.C.L.R., p.3.

Voir, également les critiques des autorités françaises contre Sir Leon Brittain en matière des regroupements de British Airways et Air France dans le secteur du transport aérien. (Discours du Premier Ministre M.Rocard à l'Institut Universitaire Européen de Florence, le 20.4.1991).

2. Voir aussi C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, AEG, Rec. 1983, p.3151.

3. E.Paulis, op. cit., p.62.

4. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51-89, Tetra Pak, Rec. 1990, p.347.

rejetant la plainte peut faire l'objet d'un recours sur le fondement de l'article 173 §2.¹ Or, il peut être très difficile en pratique de distinguer les deux actes en détectant le caractère définitif ou temporaire de la position indiquée par la Commission². La position du tribunal rejoint celle exprimée par certains auteurs³ pour qui la communication n'a pas le caractère d'une décision car elle ne fait qu'exposer la conception juridique provisoire de la Commission qui peut encore évoluer à la suite des observations présentées par le demandeur. Le maintien implicite de la conception exposée dans la communication ne saurait pas non plus être interprété comme une décision puisque la Commission n'a pas à prendre une décision finale. L'opinion exprimée par l'avocat général Caportorti dans l'affaire Gema⁴ aboutissait à une conclusion différente. Selon lui, "Le classement implicitement contenu dans l'acte prévu par l'article 6 du règlement 99/63 présente au contraire l'avantage de la flexibilité, en ce sens que rien n'empêche la Commission de rouvrir le dossier en présence d'un élément nouveau". Bien qu'elle ne peut être assimilée au schéma formel de la décision, "cette communication pouvait être attaqué(e) en temps utile par un recours en annulation".

En définitive, la Commission se reconnaît la possibilité de choisir entre la communication prévue à l'article 6, c'est à dire une lettre de rejet provisoire privant le plaignant de toute possibilité de recours et la prise d'une décision de rejet attaquant devant le tribunal. Cette dernière solution fût

1. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1977, aff.26/76, Metro, Rec. 1977, p.1975, att.15, et 11.10.1983, aff.210/81, Demostudio Schmidt, Rec. 1983, p.3045.

2. Voir cette thèse, Titre III, Chp I, section 1, § 1.

3. Voir par exemple, Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.379, J.Temple Lang, op. cit., p.346.

4. Voir les conclusions de l'avocat général Caportorti dans l'affaire GEMA du 18.10.1979, Rec. 1979, p.3173, 3196, 3198 et 3200.

adoptée dans les affaires Demostudio Schmidt¹, CICCE², Philipp Morris³, dans lesquelles la Commission a reconnu que c'était à la demande des plaignants qu'elle avait rédigé la lettre en question sous forme de décision définitive, en considérant qu'il pouvait être opportun pour la Cour de se prononcer. Mais, il ne s'agit nullement d'une obligation⁴ et la Commission se reconnaît au plus un devoir de surveillance⁵. Cette lacune du droit communautaire est difficilement acceptable et emporte d'ailleurs des incompréhensions parmi quelques auteurs⁶. Pourtant, la constatation s'applique à tous les systèmes de droit. Ceux qui attribuent au plaignant le droit d'obliger l'administration à agir définissent rarement avec précision la teneur de cette obligation. L'administration doit "instruire la plainte ou ouvrir une procédure", mais l'inaction de l'administration consistant dans le refus de poursuivre la procédure jusqu'à une décision finale, n'est pas toujours sanctionnée par un recours approprié.⁷

II. Effets d'une plainte déposée dans un Etat membre

-
1. C.J.C.E. arrêt du 11.10.1983, aff.210/81, Rec. 1983, p.3045.
 2. C.J.C.E. arrêt du 28.3.1985, aff.298/83, Rec. 1985, p.1105.
 3. C.J.C.E. arrêt du 17.9.1980, aff.730/79, Rec. 1980, p.2671.
 4. Voir le rapport d'audience de l'arrêt de la C.J.C.E. du 17.11.1987, BAT et Reynolds, aff.142-156/84, Rec. 1987(10), p.4487.
 5. Réponse à la question écrite n°1012/80, J.O.C.E. 1980, C316/12.
 6. Voir par exemple, R.Merkins & K.Williams, Competition Law: Antitrust policy in the United Kingdom and the EEC, Sweet & Maxwell, 1984, p.393, qui affirment que le plaignant a le droit d'obtenir une décision définitive contre laquelle il est possible d'engager un recours en annulation, ou Mertens de Wilmars cité par Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.379, qui estime que la communication par sa forme et son contenu, équivaut à une décision.
 7. Op. cit., p.626.

Dans la plupart des pays, il semble exister un rapport entre le droit du plaignant à l'égard de l'administration et la possibilité d'un recours direct devant les juridictions ordinaires. Quand l'entreprise peut demander au juge du droit commun d'appliquer les règles de la concurrence, elle n'a généralement pas la possibilité d'obliger l'administration à prendre une décision formelle sur l'existence ou l'inexistence d'une infraction. Inversement, lorsque le plaignant ne dispose pas d'une voie de recours direct devant les tribunaux, l'administration peut être contrainte à instruire, voire de statuer sur les plaintes, sous réserve que soit démontré un intérêt plus ou moins important.

En droit de la concurrence allemand, le GWB ne permet pas en principe au plaignant d'exiger du Bundeskartellamt une décision sur l'existence ou l'inexistence d'une infraction aux règles de la concurrence. Le plaignant est en règle générale renvoyé devant les tribunaux civils. Cependant lorsque le plaignant est admis à la procédure, l'article 62 §3 du GWB lui donne la possibilité d'exiger une décision administrative même si celle-ci doit être adressée à un tiers. Il faut noter que dans le cadre de l'article 22 du GWB concernant les abus de position dominante, la Commission des monopoles a proposé de modifier la loi pour accorder aux personnes pouvant faire valoir d'un intérêt important, le droit d'exiger l'ouverture d'une procédure par le Bundeskartellamt¹. Au Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading dispose d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il n'est en aucun cas forcé de prendre une décision ce qui peut s'expliquer par sa propension à négocier les affaires qu'il traite. Enfin, en droit français, on retrouve les mêmes discussions doctrinales que celles intervenues en droit communautaire. D'après les textes, le Conseil "peut décider,

1. E.Paulis, op. cit., p.623.

après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure". La décision est susceptible de recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'Appel de Paris mais l'ordonnance ne règle pas clairement le cas de l'inaction de l'administration. Pour M.-C.Boutard Labarde, le Conseil de la concurrence n'est pas juge de l'opportunité des poursuites : en présence d'une infraction constatée, il doit engager la procédure. Cette argumentation reprend la distinction entre "peut" et "doit" déjà utilisée par R.Joliet en droit communautaire pour critiquer la Cour qui avait donné au texte une interprétation contraire.¹

1. Voir le §3, I.1 de ce même chapitre.

Chapitre II. LA DEFENSE DANS L'ENQUETE

Pour "Détecter les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 85 §1 ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 86" du Traité CEE, la Commission est dotée de moyens d'investigation considérés comme redoutables : Outre la possibilité d'obtenir le concours des autorités compétentes des Etats membres, elle dispose, "Dans l'étendue du marché commun, du pouvoir d'exiger des renseignements et de procéder aux vérifications nécessaires".¹

Depuis l'entrée en vigueur du règlement 17/62, les investigations avaient pu être diligentées sans difficultés réelles et des auteurs² annonçaient avec un bel optimisme que les entreprises avaient accepté les devoirs du droit communautaire de fournir des renseignements. En réalité, la multiplication des enquêtes et la modification de la pratique administrative³ ont suscité une remise en question de l'interprétation des pouvoirs de la Commission. De profonds changements dans la physionomie des procédures ont dû être réalisés. Ces modifications n'interviennent pas tant au niveau des textes communautaires, puisqu'à l'exception du montant des amendes et des astreintes, le règlement du contrôle des concentrations reprend "grosso modo" les dispositions connues, mais essentiellement au niveau des décisions jurisprudentielles et des législations nationales.

1. Voir les 7e et 8e considérants du règlement 17/62.

2. Voir par ex. H-J. Schroth, Economic Offences in EEC Law with special references to English and German Law, N.P. Engel, Publisher, 1983, p.35.

3. Voir le XVIIe rapport sur la politique de la concurrence, point 57.

Cette évolution est-elle le signe d'un enterrement définitif ou d'un nouvel essort du débat sur la codification des pouvoirs d'enquête communautaire, qui pour avoir été longtemps souhaitée par bon nombre de commentateurs¹ n'a jamais dépassé l'établissement par la Commission d'une note d'information annexée aux mandats ou aux décisions de vérification ?

Section 1. Les pouvoirs d'enquête de la commission

Le pouvoir d'enquête de la Commission est particulièrement puissant². Sa teneur est définie et précisée par les différentes procédures pour demander des informations ou les vérifier qui sont instituées par les règlements 17 et 4064/89.

§ 1. Le pouvoir général d'enquête de la Commission

Dans quelles conditions la Commission peut-elle déclencher une enquête et quelles-sont les entreprises concernées par de telles mesures ?

I. Le déclenchement de l'enquête

La Commission n'est soumise dans le choix et la décision d'utiliser un moyen d'enquête, qu'à la seule condition de la nécessité de l'enquête pour détecter et réprimer les infractions aux règles de la concurrence. Il n'existe aucune hiérarchie entre

1. Voir par ex. I.Van Bael et J.-F.Bellis, Competition Law of the EEC, CCH Edition Ltd, 1987, p.1009 ; J.Davidow, "EEC Fact-Finding Procedures in Competition Cases: an American Critique", C.M.L.Rev., 1977, p.177 ; O.Due, "Les droits de la défense dans le droit européen de la concurrence", C.D.E. Bruxelles, 1987, n°4-5, p35.

2. Notamment par comparaison avec ceux des autorités britanniques qui ne disposent pas d'un pouvoir propre de vérification et de sanction pécuniaire, R.J.Taylor, op. cit., p.460.

les diverses procédures et la Commission n'est pas tenue au préalable d'engager formellement la procédure¹.

1. Le choix du moyen d'enquête

Quatre moyens d'enquête sont mis à la disposition de la Commission.

Les enquêtes par secteur économique prévues à l'article 12 du règlement 17/62 s'appliquent à toute une branche de l'activité économique dans laquelle la concurrence semble faussée. La Commission peut exiger des entreprises concernées la communication d'informations sur leurs structures ou accords qu'elles ont passés. Ces enquêtes se distinguent par leur portée, car les autres procédures d'enquête sont applicables par analogie. La procédure de demande d'information, organisée par l'article 11 des règlements 17/62 et 4064/89, comporte deux phases successives et obligatoires : Dans un premier temps, la Commission sollicite par une simple demande les informations désirées. En cas de refus opposé par l'entreprise, la Commission peut prendre une décision, à laquelle l'entreprise devra se soumettre, sous peine de se voir infliger une amende ou de voir prononcer une astreinte. En pratique, la procédure de demandes de renseignements, qui implique une collaboration de l'entreprise, est utilisée au sujet d'ententes dont l'existence n'est pas contestée, la plupart ayant préalablement été notifiées à la Commission, et au sujet desquelles, les intéressés sont plus disposés à fournir des informations complémentaires.² Les procédures de vérification de l'article 14 du règlement 17/62 et de l'article 13 du règlement 4064/89, présentent deux voies

1. Il faut noter qu'en droit anglais, l'OFT doit notifier formellement le début d'une enquête à l'entreprise visée et au secrétaire d'Etat, en indiquant les personnes et marchés concernés. Voir N.Green, op. cit., p.116.

2. I. Van Bael et J.-F.Bellis, op. cit., p.140.

indépendantes : Dans l'hypothèse d'une vérification sur simple mandat prévue au paragraphe 2, l'entreprise a le droit de refuser le principe de la vérification. Si elle l'accepte, elle doit alors présenter de façon complète les documents qui lui sont réclamés par les inspecteurs de la Commission. Lorsque celle-ci prend une décision formelle, en vertu du paragraphe 3, l'entreprise est "tenue" de se soumettre à la vérification, et de présenter de façon complète les documents requis. En règle générale, la vérification sur mandat est effectuée lorsque la Commission suspecte des infractions dont les contours ne sont pas très nets, "s'il est difficile de définir préalablement les renseignements souhaités ou si ceux-ci dépendent de documents que détient l'entreprise"¹. Par contre, lorsqu'elle soupçonne infraction particulièrement grave ou craint la disparition de documents, elle engage une vérification en prenant une décision formelle.² Enfin, en vertu de l'article 13 du règlement 17/62 et de l'article 12 du règlement 4064/89, la Commission peut charger les autorités compétentes des Etats membres de procéder elles-mêmes aux vérifications.³

Ces différents moyens d'enquête ne présentant pas le même degré de contrainte pour les entreprises concernées, la question se posait de savoir si la Commission devait obéir à un principe de proportionnalité pour décider de la procédure à utiliser. Saisie du problème dans l'affaire National Panasonic⁴, la Cour a refusé de reconnaître une quelconque hiérarchie entre les moyens

1. M.Guerrin "Les pouvoirs d'investigation des agents de la Commission des communautés européennes dans les territoires des Etats membres", P.A. 30.3.1988, N°39, p.33.

2. Idem.

3. Jusqu'à présent, cette disposition semble ne pas avoir été utilisée par la Commission.

4. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033. Sur l'analyse suivie par la Cour, voir cette thèse, Titre III, ch.II, section 2, § 1.

d'enquête en affirmant que les procédures de demande d'information et de vérifications "ne se cumulent pas nécessairement, mais constituent deux possibilités alternatives de contrôle, dont le choix dépend des particularités de chaque espèce". La Commission est donc libre d'effectuer une vérification sans avoir formé préalablement une demande de renseignements et "vice-versa".¹ Elle peut également choisir en toute indépendance entre les vérifications sur mandat² et les vérifications prises sous la forme d'une décision formelle³. Elle écarte l'argumentation de National Panasonic pour qui l'emploi de la procédure formelle, sans avertissement préalable, "ne peut se justifier que si la situation est très grave, s'il y a extrême urgence et si une discrétion absolue s'impose avant le début des opérations de contrôle" : Il s'agit d'une procédure ordinaire, le choix de la Commission dépendant "des seules nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce".

Dans la pratique, il faut souligner que le choix de la Commission semble se porter de plus en plus volontiers vers les moyens d'enquête les plus coercitifs⁴. Reste à savoir si ce phénomène est dû à un durcissement des méthodes administratives ou du comportement des entreprises coupables d'infraction aux règles de la concurrence.

2. Conditions d'ouverture d'une enquête

Se distinguant des autres moyens d'enquête par son ampleur, l'enquête par secteur prévue à l'article 12 du règlement 17/62, ne peut être décidée par la Commission que si "l'évolution des

1. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1989, aff.374/87, Orkem , Rec. 1989(9), p.3343.

2. Art.14 §2 du règlement 17/62 et 13 §2 du règlement 4064/89.

3. Art.14 §3 du règlement 17/62 et 13 §3 du règlement 4064/89.

4. XVIIe rapport de la concurrence, 1987, p.57.

échanges entre les Etats membres, les fluctuations des prix, la rigidité des prix et d'autres circonstances" font "présumer que, dans le secteur économique considéré, la concurrence est restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun". Cette énumération montre que la Commission doit avoir des indices quant à la perturbation de la concurrence suffisamment consistants pour parer à tout débordement incontrôlé du droit d'enquête¹. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle détienne des présomptions d'infractions particulières commises par des entreprises déterminées².

Les moyens individuels d'enquête soumettent l'utilisation de la procédure par la Commission au fait que les renseignements cherchés soient "nécessaires". Que doit-on entendre par cette expression, également utilisée par les législations nationales sur la concurrence ?³ Il faut tout de suite spécifier qu'en matière d'enquête par secteur, la Commission n'a pas besoin de démontrer la "nécessité" de l'acte d'instruction, il lui suffit de se référer à sa décision d'ouvrir une enquête de secteur.⁴ Pour le reste, les articles 89 et 87 du traité, visés par le règlement 17, ne comprenant aucune disposition limitant le pouvoir de la Commission de rechercher ou de demander des renseignements, le caractère nécessaire d'une information doit s'entendre dans le cadre du huitième considérant du règlement

1. Thiesing Schröter et Hochbaum, op. cit., p.503.

2. A.Frignani et M.Waelbroeck Disciplina della concorrenza nella CEE, Jovene Editore, Napoli 1978, p.152.

3. L'ordonnance du 1er décembre 1986, emploie également l'expression "renseignements nécessaires" ; la législation allemande se réfère aux "exigences de la procédure" ; la législation britannique semble plus restrictive et exige une "cause raisonnable". Selon N.Green, op. cit. p.155, l'administration doit avoir une forte suspicion et disposer virtuellement de preuves tangibles. Il relève que l'O.F.T. observe strictement cette condition et adresse plus volontiers des simples demandes informelles.

4. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.509.

17/62¹ qui énonce que la Commission doit disposer "dans toute l'étendue du marché commun, du pouvoir d'exiger les renseignements et de procéder aux vérifications qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions" contraires aux articles 85 et 86 du traité. Ce cadre est d'autant plus vaste que l'enquête est susceptible de se prolonger lors de la procédure contradictoire².

De plus, la notion même de "nécessité" est particulièrement difficile à cerner. Si l'on se reporte à la définition donnée par le dictionnaire³, il s'agit "d'une condition, d'un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet". L'interprétation doctrinale semble plus extensive puisqu'elle admet que la recherche de renseignements est "nécessaire" dès lors qu'elle permet à la Commission de se forger une opinion au sens le plus large. Elle n'est illicite que si elle est utilisée pour recueillir des faits qui sont déjà connus ou communément accessibles ou qui visent à faciliter la tâche de l'administration⁴. Mais, comme le démontrent les trois affaires suivantes, la pratique de la Commission apparaît encore plus large : Dans l'affaire Télós⁵, la commission adresse une demande à l'entreprise, à la suite d'une plainte d'un tiers, "afin de pouvoir examiner cette affaire en pleine connaissance de cause". Dans le cas du CSV⁶, il s'agissait de "préparer un entretien entre les fonctionnaires de la Commission et les représentants" du groupe. Dans sa décision National Panasonic Belgium⁷, l'administration exigeait des renseignements pour connaître la structure des prix d'un produit, principalement les prix de

1. Ou du 21e considérant dans le cadre du règlement 4064/89.

2. Déc. C.S.V. du 25.6.1976, J.O.C.E L192/27.

3. Définition du Robert.

4. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.494.

5. Déc. du 25.11.1981, J.O.C.E. du 2.3.1982, L58/19

6. Déc. du 25.6.1976, J.O.C.E. 1976, L192/27.

7. Déc. du 11.12.1981, J.O.C.E. 1982 L113/18.

cession aux revendeurs et consommateurs. Il faut également noter que la Commission peut "obliger les entreprises intéressées, à préciser les éléments (...) découverts à l'occasion de vérifications antérieures"¹. Dans les affaires Solvay et Orkem², la Cour n'a pas admis le caractère superflu et donc illicite de demandes de renseignements intervenues après des vérifications qui avaient, aux dires des requérantes, déjà permis d'obtenir les données pertinentes.

En matière de décision ordonnant une vérification, la nécessité de la mesure se rencontre dès lors que l'entreprise a fourni de renseignements inexacts³, qu'elle a refusé de produire des renseignements⁴ ou encore que l'exercice de vérifications successives fait courir un risque de destruction de documents. De même, la Commission peut utiliser les moyens d'enquête durant la procédure contradictoire pour vérifier des arguments de fait avancés par les entreprises au cours des auditions⁵ ou avant même la réponse de l'entreprise⁶.

On peut conclure que la Cour ne contrôle que le seul caractère excessif, disproportionné des mesures d'investigation engagées⁷ en s'assurant de l'adéquation de l'objet de la mesure au but poursuivi. Il suffit que les informations recherchées soient apparemment liées à l'infraction poursuivie. Pour les procédures de demande de renseignements, le contrôle portera également sur l'adéquation de l'ampleur des renseignements

1. XVIIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°57,
2. C.J.C.E. arrêts du 18.10.1989, aff. 374/87 et 27/88, Rec. 1989(9), p.3343 et 3355.

3. Déc. du 25.11.1981, Télés, J.O.C.E. 1982 L58/19.

4. Déc. du 6.6.1979, AM & S, J.O.C.E. 1979 L139/31.

5. Déc. du 19.12.1984, Entreprises de pâte de bois, J.O.C.E. 1985 L.85/1.

6. C.J.C.E. arrêt du 23.9.1986, aff.5/85, AKZO, Rec. 1986(6), p.2585.

7. Aff.374/87 et 27/88, Orkem, conclusions de l'A.G. M.Darmon, Rec. 1989(9), p.3343, point 66.

demandés au but poursuivi : les renseignements demandés ne doivent pas apparaître manifestement démesurés, excessifs pour atteindre ce but.¹

II. Les entreprises pouvant faire l'objet d'une enquête

Les pouvoirs d'enquête confiés à la Commission sont-ils utilisables contre les seules entreprises soupçonnées d'avoir commis une infraction aux règles de la concurrence, et établies dans l'un des Etats-membres de la Communauté ?

1. Les tiers

En matière de demande de renseignements, la Commission ne peut exiger de la part d'une entreprise que des renseignements qu'elle détient déjà même si elle doit, le cas échéant, les formaliser. Elle ne peut l'obliger à faire rechercher des informations auprès de tiers². L'utilisation d'un moyen d'enquête pour obtenir des renseignements que la Commission sait n'être pas détenus ou ne pouvoir l'être par l'entreprise concernée serait irrégulière. Mais la Commission a-t-elle le pouvoir de viser directement les tiers ?

A défaut de précisions apportées par le règlement 17/62³, la Commission a choisi de répondre affirmativement à la question en interrogeant des tiers plaignants, des clients de l'entreprise.⁴ Dans l'affaire Fides⁵, l'entreprise avait refusé de se soumettre à une vérification sur simple mandat en faisant

1. Idem, point 69.

2. Conclusions de l'A.G. M.Darmon dans les aff. 374/87 et 27/88, Rec. 1989(9), p.3343, point 55.

3. L'article 11 §1 du règlement 4064/89 précise expressément la possibilité de demander des renseignements aux personnes visées à l'article 3 §1 (directement liées par l'opération de concentration). Pour le reste, la question est identique.

4. C.S.Kerse, op.cit., p.80.

5. Déc. du 31.1.1979, Fides, J.O.C.E. 1979, L 57/33.

valoir qu'elle n'était pas impliquée dans la production ou la distribution des produits objets de l'enquête. La Commission, adoptant une décision formelle, a précisé que les services fournis par cette société fiduciaire étaient directement liés à l'objet de l'enquête et qu'une vérification devait être effectuée.

La Cour accepte la licéité d'une telle pratique puisque "la concurrence peut être faussée au sens de l'article 85 §1, non seulement par les accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui pourraient s'exercer entre l'une d'elle et les tiers."¹ Il faut souligner que la solution correspond aux droits allemand et français², tandis qu'au Royaume-Uni, les procédures ne portent en principe que sur les parties en cause.³

2. Les entreprises étrangères⁴

1. C.J.C.E. arrêt du 16.6.1966, aff.56-58/64, Grundig Consten, Rec. 1966, p.429. Voir à ce sujet L.Focsaneanu. La jurisprudence de la CJCE en matière de concurrence. Editions techniques et Economiques, 1977, p.171.

2. O.C.D.E., Competition Law Enforcement- International Co-operation in the Collection of Information, 1984, p.18.

3. Article 36 §1 du Restriction Trade Practices Act 1976. Les demandes peuvent concerner des tiers, dans les cas de monopole ou de fusion, et portent seulement sur des renseignements statistiques.

4. Bien que certains auteurs, tel que D.-E.Rosenthal (Ten principles for Resolving jurisdictional Conflicts. in Antitrust and Trade in the United States and the European Community, Fordham University School of Law, Barry Hawk Editor, 1985, p.309), considèrent qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les règles de procédure et les règles de fond en droit positif, "le problème de la compétence judiciaire des Etats, ou par extension de la Communauté, et celui de l'instruction extraterritoriale des litiges constituent deux problèmes distincts." L.Focsaneanu,

Bien qu'il déplaie à certains auteurs de devoir se poser la question¹, il importe de s'interroger sur la capacité de la Commission d'enquêter en dehors du territoire de la Communauté. La question ne sera formulée que pour la procédure de demandes de renseignements prévue par le règlement 17/62 mais, par extension, les éléments de réponse pourront s'appliquer aux procédures de vérification².

Il faut distinguer trois cas de figure, suivant que la demande s'adresse à une entreprise communautaire ou étrangère, et qu'elle porte sur des renseignements, disponibles ou non à l'intérieur du Marché commun. Cependant, seul le dernier cas occasionne de réelles difficultés : Le problème ne se pose pas pour des documents conservés en dehors du marché commun par une société ayant son siège dans la communauté puisque la Commission peut exiger que l'entreprise les fasse venir.³ De même, lorsque les documents sont localisés sur le territoire d'un Etat membre, et détenus par une filiale communautaire d'une entreprise

(Footnote continued from previous page)

L'instruction extraterritoriale des litiges et la souveraineté des Etats., A.F.D.I., 1981, p.629.

Il ne sera donc pas discuté ici, du critère de compétence de l'effet territorial. Voir à ce sujet, l'étude de J.-L.Bismuth, "Compétence dans l'espace du droit communautaire", J.C.P., fasc.485.

1. Voir C.-S.Kerse qui parle d'une "vexed question", E.E.C. Antitrust Procedure, London, European Centre Ltd, scd ed., 1988, p.87.

2. Pour les opérations de concentration visées par le règlement 4064/89, le problème diffère dans la mesure où les entreprises doivent effectuer une notification préalable auprès de la Commission ; il reste identique sur le fond.

3. Déc. CSV, du 26.6.1976, J.O.C.E. L192/27.

relevant d'un Etat tiers, la Commission peut demander des renseignements à leur sujet.¹

En ce qui concerne la validité des demandes d'informations détenues à l'étranger, par des entreprises établies en dehors de la Communauté, les solutions juridiques les plus contradictoires² sont proposées par la doctrine. Quelle que soit l'option choisie, celle-ci comporte une forte connotation politique³ pour les autorités publiques impliquées, mais aussi pour les entreprises concernées⁴. Quoiqu'il en soit, la validité de la décision doit être considérée tant au regard des règles de droit international qu'au regard du droit communautaire. En effet, "lorsque le juge délivre une commission rogatoire à destination de l'étranger, il le fait parce que sa loi lui permet de procéder ainsi et après avoir au demeurant apprécié lui-même l'opportunité d'une telle mesure. C'est donc d'abord le système du for qui joue et, si la preuve est en définitive administrée selon les formes étrangères, c'est en conséquence d'une initiative du juge saisi agissant selon sa propre loi, la vocation générale de celle-ci à régir les questions

1. I. Van Bael et J.-F. Bellis op. cit., p.288.

2. Voir par exemple pour une opposition particulièrement tranchée, d'une part C.-S. Kerse, op. cit., p.88 et d'autre part, Gide, Loyrette et Nouel, Droit de la concurrence de la CEE, Juridictionnaires Joly 1982, p.14.

3. Van der Esch in "Application of Competition Law to foreign Conduct" -Panel Discussion-, Antitrust and Trade Policy in the United States and the European Community, F.C.L.I. Barry Hawk Editor, p.314.

4. Ch. Maechling, "Uncle Sam's Long Arm", American Bar Association Journal, mars 1977, p.363, cité par M. Névoit dans "la communication de renseignements économiques à l'étranger.", R.C.I.D.P. 70 (1981), p.424, relève par exemple que les ressortissants français aux Etats Unis pouvaient concevoir la solution de tels litiges sous le seul aspect diplomatique et en délaissant, à tort, l'argumentation juridique.

administratives de la preuve n'est pas véritablement méconnue."¹

Le règlement 17/62, comme la majorité des législations nationales, ne contient aucune disposition spécifique à ce propos. Certains commentateurs ont néanmoins estimé que l'on pouvait y déceler deux éléments impliquant une limite territoriale des pouvoirs de la Commission : D'une part, le huitième considérant énonce que la Commission doit avoir le pouvoir d'exiger des renseignements "dans l'étendue du marché commun" ; d'autre part, l'article 11 prévoit qu'une copie de la demande doit être adressée "à l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises." Dès lors, l'entreprise pouvant être soumise à une demande d'information doit nécessairement avoir son siège dans le Marché commun, ce qui exclut ainsi les entreprises étrangères². Cette lecture, bien qu'intéressante, est à écarter. Elle ne correspond pas à la genèse du texte³ et ne serait vraisemblablement pas admise par le juge communautaire : La Commission est en droit d'exiger de disposer de moyens adéquats pour "l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par l'article 89 et par les prescriptions arrêtées en application de l'article 87 du traité"⁴. Les demandes de renseignements devraient donc, du moins selon les règles du droit communautaire, pouvoir être utilisées sans

1. M.Couchez, cité par O.Capatina dans "l'entraide juridique internationale en matière civile et commerciale", R.C.A.D.I., 1983(I), p.367.

2. European Common Market Antitrust Project of the Special Committee on the European Common Market Association of the Bar of the City of New-York, "Common Market and American Antitrust. Overlap and conflict", James A. Rahl, Editor, Mc Graw-Hill, Vol.IV, 1970, p.144-145.

3. Aucune discussion n'a eu lieu lors de l'élaboration du texte final. Voir le rapport Deringer, Document de séance de l'Assemblée Parlementaire Européenne, n°57, du 7.9.1961.

4. Article 11 §1 du règlement 17/62.

limitation territoriale. Cette solution est d'ailleurs conforme à l'application des règles substantielles de la concurrence.

Mais la collecte de preuves à l'étranger reste essentiellement soumise aux règles du droit international. Or, celles-ci sont inadaptées au droit de la concurrence¹ et dès lors, les pouvoirs de la Commission de demander des renseignements localisés à l'étranger, à une entreprise étrangère, sont loins d'être clairs.² Il faut tout de suite souligner que le problème de la notification de la décision ne se pose pas³ puisque, selon la Cour, "les irrégularités dans la procédure de notification d'une décision sont extérieures à l'acte et ne peuvent donc le vicier"⁴. C'est la validité même de la demande, qui doit être étudiée, et ceci, à deux niveaux : Le droit international conventionnel de l'obtention des preuves à l'étranger est actuellement un droit lacunaire tant géographiquement que matériellement. Les conventions éventuellement applicables, soit la Convention multilatérale de La Haye du 18 mars 1970 en matière civile et commerciale et la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 ne sont pas d'un grand secours en droit de la concurrence, du fait du caractère administratif de la

1. L.Focsaneanu, "L'instruction territoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des Etats", A.F.D.I., 1981, p.628-652.

2. J.-G.Castel, "Extraterritorial Effects of Antitrust Laws", R.C.D.A., 1983(I), p.78.

3. A.Pliakos Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence, Bruxelles, Bruylant, 1987, thèse, p.251 et s. et C.S Kerse, op. cit. p.87 et s. envisagent principalement l'étude de la question sous cet aspect.

4. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.48/69, I.C.I., Rec. 1972, p.655, att.43.

procédure.¹ De plus, leur mécanisme est inutilisable en l'état actuel du règlement 17/62 : Celui-ci prévoit que les demandes d'information sont adressées directement auprès des entreprises, sans passer par les autorités compétentes des Etats membres. Il reste les règles coutumières qui sont particulièrement restrictives puisqu'elles prévoient que les Etats et, par assimilation, la Communauté ne peuvent imposer l'exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de celui-ci. Leur but est de protéger aussi bien la souveraineté de l'Etat que les personnes morales ou privées établies sur son territoire.

Au vu de ces règles, la doctrine² et, semble t'il, la Commission opèrent une distinction entre la demande d'information informelle et la décision prise en vertu de l'article 11 §5. Dans le premier cas, la Commission aurait la possibilité d'adresser à l'étranger une simple demande de renseignements à une entreprise étrangère. Cette demande n'est pas de nature à porter atteinte aux prérogatives du souverain territorial, dès lors qu'elle n'est assortie d'aucune contrainte³, que la réponse ne dépend que de la bonne volonté de l'entreprise étrangère questionnée.

1. O.C.D.E., Competition Law Enforcement. International Co-operation in the Collection of Information, p.85.

Selon A.Pliakos, il ne serait pas "excessif de prétendre à l'existence d'une norme coutumière constituée de telles règles conventionnelles, d'autant plus qu'elles ne font que matérialiser l'opinio juris y relative", op.cit., p.255-256.

Cette conception est difficilement partageable si l'on considère que la convention de La Haye a principalement été utilisée en matière de succession, voir à ce sujet, L.Focseaneau, "L'instruction extraterritoriale des litiges et la souveraineté des Etats", A.F.D.I., 1981, p.628.

2. Voir, par exemple J.-M Bischoff et R.Kovar, L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté, Journal de Droit international, 1975, N°102, p.723.

3. J.-M Bischoff et R.Kovar, idem

Cependant, pour B.Goldman¹, "il demeure difficile d'admettre que l'organe communautaire puisse s'adresser directement, et par dessus la tête des autorités d'un Etat non membre, à une entreprise relevant de cet Etat car, avec ou sans contrainte, il y aura quand même une tentative d'obtenir des preuves en territoire étranger sans passer par les autorités de l'Etat étranger et sans y être autorisé." Cette position déjà ancienne est excessive. La Commission ne l'a d'ailleurs pas suivie dans l'affaire Zoja², où elle a adressé une demande d'information informelle à la société Commercial Solvents Corporation établie à New-York qui n'a pas répondu. La Commission n'a pas pris de décision en vertu de l'article 11 §5 du règlement 17/62. Elle a sanctionné l'entreprise par une décision au fond, en estimant que le groupe CSC-ICI exploitait de façon abusive sa position dominante³ et la décision, qui comportait notamment une obligation de fourniture, a été exécutée sans contestation par l'entreprise. Il faut souligner que la position adoptée par la Commission dans cette affaire correspond à la pratique des autorités nationales qui n'ont jamais infligé de sanction à une entreprise étrangère pour refus de témoigner⁴. Cependant, lorsque les règles substantielles de la concurrence sont applicables⁵, l'entreprise peut être incriminée sur les seuls

1. "Application des lois sur la concurrence", R.C.A.D.I., 1969 III, tome 128, p.716.

2. Déc. du 14.12.1972. Zoja/CSC-ICI, J.O.C.E. 1972 L.299/51.

3. Pour en arriver à cette conclusion, la Commission a calculé, elle-même, la production annuelle de nitropropane qu'elle avait demandé à C.S.C.

4. O.C.D.E. op. cit., p.36.

5. L'application de ces règles n'est pas soumise aux mêmes critères suivant les Etats membres. Par exemple, le droit allemand de la concurrence adhère expressément aux critères de

(Footnote continues on next page)

éléments détenus par l'administration.

Aucune demande de renseignements, prise en application de l'article 11 §5 du règlement 17/62, n'a donc été adressée à des entreprises situées en dehors du territoire des Etats membres et il est peu probable que cela soit le cas à l'avenir. L'explication peut être trouvée dans la pratique des Etats-Unis fréquemment utilisée dans le passé en droit antitrust : Si l'on fait exception de l'autorité impliquée, la demande de renseignements est en effet comparable à la procédure de la "sub poena duces tecum". Cette pratique, qui consiste à enjoindre la comparution de personnes ou la production de documents et à fixer une sanction pécuniaire pour le cas où il ne serait pas satisfait à l'injonction, a soulevé des problèmes diplomatiques considérables. Juridiquement, deux arguments ont été opposés quant à sa validité. D'un côté, la procédure a pour objet de contraindre l'Etat à produire des documents se trouvant à l'étranger, c'est à dire de tourner les règles de recherche des preuves d'un autre Etat. D'un autre côté, s'agissant d'une mesure d'ordre pécuniaire, décidée dans une procédure pendante aux Etats-Unis et devant éventuellement y être exécutée, la procédure n'implique aucune ingérence dans l'ordre juridique de l'Etat

(Footnote continued from previous page)

compétence territoriale tandis que le droit britannique, y est, en principe opposé.

Voir, sur cette évolution, l'affaire de "pâte de bois", dont la Cour est saisie, et à ce sujet: Business Law Brief February 1988, "EEC Commission claims extraterritorial jurisdiction over foreign exports cartels" p.12 et 13.

étranger et serait dès lors légale. Pour J.M.Bischof et R.Kovar¹, la procédure n'est pas en elle-même irrégulière mais elle constitue "une sorte de détournement de pouvoir". Ces arguments ne sont pas déterminants. La Commission pourrait, en principe, suivre l'exemple des autorités américaines. Il reste qu'en cas de sanction, l'exécution des amendes ou la liquidation des astreintes que la Commission serait amenée à prononcer, ne pourra intervenir que sur des avoirs situés dans la communauté. En effet, ces décisions étant de nature administrative, leur exécution forcée sur le territoire d'un Etat tiers est normalement exclue.

En conclusion, la solution de ces difficultés ne peut être trouvée que dans un nouvel accord international spécifique au droit de la concurrence². Un premier instrument est trouvé dans la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. de 1986 sur la "coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques restrictives affectant les échanges internationaux" et, à défaut d'une approche globale, des conventions bilatérales de coopération peuvent apporter des solutions partielles satisfaisantes.

§ 2. La teneur des pouvoirs d'enquête

Les règles de procédure encadrant les pouvoirs d'enquête de la Commission ne doivent pas leur ôter toute efficacité. Cette préoccupation, qui semble dominer la matière, ne risque-t-elle

1. Op.Cit., p.725.

2. L.Focseanu, "L'instruction extraterritoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des Etats", A.F.D.I., 1981, p.651-652, qui mentionne le cadre de l'O.C.D.E. ou de la conférence de droit international privé de La Haye.

pas de laisser la défense dans l'impossibilité de faire valoir ses droits lors de la procédure contradictoire ?

I. Le pouvoir d'exiger des renseignements

Principal tenant des enquêtes par secteur, le pouvoir d'exiger des renseignements est plus spécifiquement prévu aux articles 11 des règlements 17/62 et 4064/89.

1. Les enquêtes par secteur

Les enquêtes par secteur peuvent être engagées par la Commission dans le seul cadre de l'article 12 du règlement 17/62. La décision d'ouverture doit être précédée de la consultation du Comité consultatif en matière d'ententes et de position dominante. Publiée au journal officiel, elle doit clairement faire apparaître les entreprises concernées par la procédure.

La Commission peut requérir des informations auprès de toute entreprise dans le secteur économique concerné, et notamment demander que lui soit communiqué tous accords, décisions, et pratiques concertées, dispensés de la notification en vertu des articles 4 §2 et 5 §2. Elle peut également réclamer "aux entreprises et groupes d'entreprise, dont la dimension donne à présumer qu'ils occupent une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, la déclaration des éléments relatifs à la structure des entreprises et à leur comportement, nécessaires pour apprécier leur situation au regard des dispositions de l'article 86 du traité"¹.

Ces exemples ne sont nullement limitatifs du pouvoir général donné à la Commission en la matière.² Celui-ci est donc considéré comme le plus contraignant des moyens d'enquête communautaire³ car il permet en plus à la commission d'utiliser,

1. Article 12 §3 du règlement 17/62.

2. C.S.Kerse, op. cit., p.111 et 112.

3. Thiesing, Schröter et Hocbaum, op. cit., p.503.

"les procédures des articles 10 §3 à 6, et des articles 11, 13 et 14 (qui) sont applicables par analogie"¹. Celles-ci sont utilisables d'une façon autonome suivant les formes prescrites pour chacune d'elles mais la Commission n'a pas besoin de démontrer la "nécessité" de l'acte d'instruction ; il suffit qu'elle se réfère à sa décision d'ouvrir une enquête de secteur.² L'article 12 est cependant utilisé très rarement par la Commission du fait des strictes conditions d'ouverture édictées par le règlement 17 et du lourd travail administratif qu'il occasionne.³ Les résultats obtenus peuvent servir à la discussion de nouvelles réglementations, en dehors du cadre des articles 85 et 86 du traité, comme en matière de transport, d'aides d'Etat. Ils peuvent donc faire l'objet d'une publication, même si les enquêtes ont été conclues avec la certitude qu'aucune infraction n'a été commise en la matière⁴ à condition les secrets d'affaires des entreprises soient respectés.

2. La procédure de demande d'information

Pour demander des renseignements aux entreprises et le cas échéant la production des documents y afférant⁵, la Commission doit observer une procédure en deux étapes et dont les autorités compétentes de l'état membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise doivent être tenues informées.

1. Article 12 §4 du règlement 17/62.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.509.

3. Ier rapport de la concurrence, point n°124.

4. A.Frignani et M.Waelbroeck, op. cit., p.154.

5. Déc. 26 mai 1978, Rai/Unitel, J.O.C.E. L157/39 du 15 juin 1978.

Selon C.-S.Kerse, cette pratique, bien que non prévue par le règlement 17, serait acceptée par la Cour de justice qui juge, dans l'affaire AM & S, que "la correspondance entre avocat et client, pour autant qu'elle porte sur une telle activité (celle de l'entreprise sur le marché), relève de la catégorie des documents visés aux articles 11 et 14". C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, Rec. 1982, p.1610, att.16.

La demande de renseignements initiale

Prévue par les articles 11 §2 des règlements 17/62 et 4064/89, la demande, qui n'a aucune valeur coercitive et est insusceptible de recours, n'est soumise à aucune forme particulière¹. Elle doit mentionner les bases juridiques et les buts poursuivis ; les informations désirées doivent être énoncées avec suffisamment de précision pour faciliter la tâche de l'entreprise et pour que la Commission ait par la suite la possibilité de les réclamer par voie de décision.² Pour cette même raison, et bien que le règlement ne le prévoit pas, la Commission mentionne le délai dans lequel la réponse doit être apportée. Celui-ci est en général de deux semaines mais est susceptible d'être prolongé en cas de demande justifiée. Enfin, la Commission doit indiquer les sanctions prévues au cas où un renseignement inexact serait fourni.

La demande de renseignement initiale ne présente aucune obligation de répondre et l'entreprise qui refuse de le faire ne peut faire l'objet d'aucune sanction³. Un tel choix n'est dès lors qu'une question d'opportunité qui s'apprécie pour chaque cas d'espèce. A cet égard, les facteurs à prendre en considération sont contradictoires. D'un côté, le fait que la Commission ait interprété largement ses pouvoirs et sanctionne indifféremment les réponses inexactes et incomplètes qui sont fournies soit sur demande initiale, soit en vertu de l'article 11 §5, peut inciter l'entreprise à attendre une décision formelle pour délivrer les informations réclamées⁴. Cette position peut également permettre

1. Elle n'est pas publiée au Journal officiel et se fait, en pratique, par lettre recommandée ou télex.

2. C.S.Kerse, op.cit., p.83.

3. Réponse de la Commission à la question écrite n.677/79, Lady Elles, J.O.C.E. C310/3, 10 décembre 1979.

4. V.Korah, "Narrow or misleading replies for Information", B.L.Rev., 1982(3), p.69.

à l'entreprise de disposer d'un temps précieux car le rapporteur chargé du dossier peut avoir des difficultés importantes pour que soit adoptée une décision de demande d'informations.¹ Même si ce second argument n'est plus véritablement pertinent depuis l'instauration par la Commission d'un système de délégation de pouvoir, un délai important est toujours nécessaire pour prendre une décision imposant une pénalité.² D'un autre côté, l'entreprise peut avoir intérêt à répondre à la demande pour ne pas éveiller l'hostilité du fonctionnaire chargé du dossier puisque celui-ci exercera une influence considérable sur la décision finale. Dans le cas spécifique des concentrations, le délai imparti à la Commission pour se prononcer sur la compatibilité de l'opération notifiée ne courra qu'en cas de fourniture complète de renseignements et l'entreprise gagnera à répondre immédiatement. En cas de difficulté, l'entreprise doit informer la Commission et demander une prorogation de délai³. En pratique, l'administration peut le plus souvent se contenter d'adresser une demande informelle à laquelle les entreprises choisissent, en règle générale, de déférer.⁴

La demande de renseignements par voie de décision

"Si une entreprise, ou une association d'entreprise ne fournit pas les renseignements requis dans le délai imparti par la Commission, ou les fournis de façon incomplète, la Commission les demande par voie de décision". L'acte, de caractère coercitif, ne peut intervenir qu'après la demande de renseignements initiale puisque "l'article 11 subordonne expressément, au paragraphe 5, l'adoption d'une décision de la

1. V.Korah, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, ESC Publishing Ltd, Oxford, 1978, p.30.

2. N.Green, op. cit., p.275.

3. V.Korah, idem et N.Green, idem.

4. C.S.Kerse, op. cit., p.84.

Commission à la condition que celle-ci ait préalablement requis les renseignements nécessaires par voie de demande adressée aux intéressés."¹ Il faut cependant souligner que la Commission peut demander directement à l'entreprise de lui fournir des renseignements de même nature portant sur la période postérieure à la demande initiale. La Commission doit adresser la copie de la décision aux autorités compétentes des Etats membres mais elle n'est pas tenue de les consulter préalablement ; elle procède parfois à la publication au Journal Officiel qui n'est pas obligatoire.

La Commission est tenue de motiver la décision. Si, en pratique, elle annexe la copie de la demande initiale, l'article 11 précise que doivent figurer les renseignements demandés, le délai de réponse imparti, qui doit être approprié au volume des informations requises ainsi qu'à la situation de l'entreprise², les sanctions encourues en cas de réponse inexacte ou de non réponse dans le délai fixé et enfin les voies de recours. Conformément à la solution dégagée par l'arrêt National Panasonic³, l'administration doit spécifier le but qu'elle poursuit ; par contre, elle n'est pas tenue de se livrer à un exposé détaillé des faits et des arguments juridiques. Si la motivation est donc le plus souvent contestée pour son insuffisance, il faut mentionner l'affaire Orkem⁴ se présente comme un paradoxe des revendications des entreprises en matière de protection juridique : L'entreprise reprochait à la Commission d'avoir retenu des imputations très précises, faisant revêtir à la décision le caractère d'une communication de griefs. La Cour

1. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, National Panasonic, Rec. 1980, p.2033.

2. Ce délai est inférieur à un mois ; il est en règle générale de quinze jours.

3. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

4. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1989, aff.374/87, Rec. 1989(9), p.3343, att.8 à 12.

souligne qu'en faisant état du soupçon de l'existence d'accords contraires à l'article 85 §1, la Commission ne fait que se conformer à l'obligation que lui impose l'article 11 §3, d'indiquer le but de sa demande.

Personnes tenues de répondre à la demande de renseignements

En droit communautaire, seule l'entreprise, et non ses dirigeants ou employés, est susceptible d'être sanctionnée par l'administration. L'énumération par les articles 11 §4 des règlements 17/62 et 4064/89¹ des personnes devant fournir les renseignements réclamés a donc pour but essentiel de déterminer les conditions dans lesquelles l'entreprise sera liée par la réponse fournie. Les personnes désignées sont "les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi et les statuts".² L'entreprise ne sera donc pas engagée par les "informations données par des personnes qui, soit n'agissent pas ou déclarent agir au nom de l'entreprise, soit excèdent les pouvoirs de représentation que la loi leur attribue ou permet de leur attribuer".³ La situation reste exceptionnelle et, en pratique, les réponses sont généralement fournies, au nom de la société, par les directeurs des ventes, de la comptabilité, des services juridiques internes ou externes, qui détiennent les informations.⁴

1. Ces articles reproduisent de façon quasi-identique, les dispositions de l'article 46 §2 de la loi allemande du 27 juillet 1957.

2. Cette disposition avait été ajoutée sur proposition de l'Assemblée Parlementaire. Voir le rapport Deringer, Document de séance de l'Assemblée Parlementaire Européenne du 7 septembre 1961, N°57, p.30.

3. A.Pliakos, op.cit., p.429.

4. N.Green, op.cit., p.276.

La délégation de l'information peut ainsi être à l'origine de difficultés pour les entreprises, notamment dans les groupes, et il s'avère que beaucoup de renseignements inadaptés, inexacts sont communiqués pour cette raison¹. L'entreprise doit donc s'organiser si elle veut éviter une sanction : Dans l'affaire Peugeot², la Commission a rappelé que ce groupe avait un "devoir de surveillance suffisante pour éviter une fausse information" et ne pouvait s'exonérer de la réponse fournie en invoquant le manque d'informations des personnes qui en étaient chargées³.

3. Pouvoirs de sanction en cas de fourniture de renseignements inexacts ou incomplets

Suivant les termes de l'article 15 du règlement 17/62, "la Commission peut, par voie de décision infliger aux entreprises ou associations d'entreprises des amendes d'un montant de cent à cinq mille unités de compte lorsque, de propos délibéré ou par négligence (...) elles fournissent un renseignement inexact à en réponse à une demande faite en application de l'article 11 §3 ou 5, ou de l'article 12, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 11 §5. Au titre de l'article 16 §1(c), elle "peut, par voie de décision infliger aux entreprises une astreinte de cinquante à mille unités de compte pour les contraindre (...) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 11 §5".

1. V.Korah, EEC Competition .., préc. cit., p.35.

2. Déc. du 25.9.1986, J.O.C.E. L295/19
Cette disposition de l'article 11 §4, peut cependant aussi être utilisé en parfaite mauvaise foi, comme par exemple dans l'affaire Comptoir Commercial d'Importation. Voir la décision du 17.11.1981 au J.O.C.E. L27/34 du 4.2.1982.

3. On remarquera cependant, que la Commission, a dans cette seule affaire, prononcé une amende inférieure au maximum autorisé, soit une pénalité de 4 000 écus.

Ces pouvoirs ont été considérablement augmenté avec le règlement de contrôle des concentrations puisque le montant maximum des amendes passe de 1000 à 50.000 écus et celui des astreintes de 1000 à 25.000 écus par jour de retard. Rappelons à cet égard que les amendes pouvant être infligées par le Bundeskartellamt peuvent atteindre cinquante mille D.M.¹ et, qu'en France et en Grande-Bretagne, des peines d'emprisonnement² sont susceptibles d'être prononcées par les tribunaux judiciaires.

La possibilité pour la Commission d'infliger une amende dépend de l'agissement incriminé.

Le défaut de réponse n'est pas sanctionnable si la demande de communication des renseignements intervient dans le cadre de l'article 12. Par contre, si l'entreprise ne répond pas dans les délais fixés par la Commission dans une demande formelle prise en vertu de l'article 11 §5, elle encourt le prononcé d'une amende ou d'une astreinte. La Commission a ainsi imposé une astreinte de mille écus par jour de retard à l'encontre de Olympic Airways dans le cas où elle ne respecterait pas l'injonction de lui fournir des renseignements dans le délai de quatre semaines qui lui était imparti³.

Le caractère complet des renseignements fournis dépend de la question elle-même. Selon la Commission, il faut entendre par "demande au sens de l'article 15 § 1b, l'ensemble du document valant demande de renseignements au sens de l'article 11 §1, §3 et §5, et non pas uniquement les questions demandant des

1. Art. 39(2) de la loi du 27 juillet 1957.

2. Peines de 5.000 à 50.000 francs et/ou de deux à six mois d'emprisonnement suivant l'art. 52 de l'ordonnance du 1.12.1986, jusqu'à deux ans suivant la législation britannique. Pour cette dernière, il est à noter que les pouvoirs d'enquête sont très limités. R.J. Taylor, op. cit., p. 460.

3. Déc. du 23.1.1985, J.O.C.E. 1985 L.46/51.

renseignements. Dans le cadre de cette demande, la lettre adressée en retour par l'entreprise doit être appréciée dans son ensemble et cette appréciation ne doit pas se limiter aux réponses aux questions précises posées par la demande de la Commission. Il s'ensuit qu'il faut considérer comme une réponse à une demande de renseignements au sens de l'article 15 § 1b, les réponses aux questions précises de la Commission, les renseignements qui dépassent le cadre spécifique desdites questions ainsi que les renseignements fournis volontairement par l'entreprise et qui ne se rattachent pas directement à une question écrite de l'entreprise."¹ Cette prise de position de la Commission a été vivement critiquée² car elle suppose que l'entreprise devine l'esprit de la question, sans s'en tenir aux termes employés. Or, ou bien la Commission est tenue de formuler ses demandes de façon claire, ou bien elle ne sanctionne pas l'entreprise lorsque celle-ci en dépasse le cadre. Il faut cependant constater que, s'agissant d'appréciations économiques extrêmement complexes, la Commission fait preuve d'une certaine modération dans l'utilisation de la procédure.³

Enfin, le critère d'inexactitude a été précisé dans l'affaire Télós⁴ : "Est inexact, tout renseignement qui donne de la situation sur laquelle porte la question, une image déformée qui s'écarte considérablement de la réalité sur des points importants. Lorsque le renseignement est faux, ou à tel point incomplet que la réponse dans son ensemble est de nature à induire la Commission en erreur sur la situation véritable, il y a donc "réponse inexacte" au sens de l'article 15 §1 du règlement 17."

1. Déc. du 17.11.1981, Comptoir Commercial d'importation, J.O.C.E. 1982 L. 27/31.

2. Voir à ce sujet, V.Korah, "Narrow or Misleading Replies to Requests for Information", B.L.Rev. 3, 1982, p.69-70.

3. A.Pliakos, op. cit., p.249.

4. Déc. du 25.11.1981., J.O.C.E. du 2.3.1982, L58/19.

II. Le pouvoir de vérifier les renseignements

Avant d'exercer effectivement ses pouvoirs de vérification, la Commission peut être tenue de suivre certaines règles procédurales qui, à l'image des effets produits, sont beaucoup moins contraignantes pour les vérifications sur mandat que pour celles ordonnées par voie de décision.

1. Conditions préalables à une vérification

Avant de procéder effectivement à une vérification, la Commission est tenue d'informer tant les autorités nationales que les entreprises concernées. Ces mesures, qui ont été interprétées très soupagement par la Cour de justice, ne visent pas les tiers, la Commission n'étant pas obligée de procéder à la publication des mandats ou décisions portant vérification¹.

En matière de vérification sur mandat, il suffit à la Commission d'avertir l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel l'opération sera effectuée ; au titre de l'article 14 §4 du règlement 17 ou 13 §4 du règlement 4064/89, elle doit procéder à l'audition de l'autorité nationale avant de prendre une décision formelle. Cependant, pour préserver l'efficacité de l'action administrative, la Cour a accepté dans l'affaire Akzo² que l'audition ait été effectuée téléphoniquement et sans qu'un procès-verbal ait été dressé.

La motivation d'une autorisation donnée par la Commission à ses agents, au titre de l'article 14 §2 du règlement 17/62 ou 13 §2 du règlement 4064/89, ne pose pas de difficultés particulières

1. En pratique, elle y procède parfois, voir par ex., les déc. Fides du 31.1.1979, J.O.C.E. 1979, L57/33, du 6.1.1979, Am &S, J.O.C.E. 1979, L199/31, 11.11.1981, National Panasonic Belgium J.O.C.E. 1982, L113/18.

2. C.J.C.E. arrêt du 23.9.1986, aff.5/85, Rec. 1986(8), p.2585, att.20 et 24.

du fait du caractère non coercitif de l'acte. Le règlement impose aux agents mandatés par la Commission qu'ils "exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit, qui indique le but et l'objet de la vérification, ainsi que la sanction prévue à l'article 15 §1c du règlement. Leur degré de précision dépendra, dans chaque cas d'espèce, de la valeur des informations dont la Commission dispose déjà ainsi que de la phase atteinte dans l'enquête.¹

Les décisions ordonnant vérification soulèvent quant à elles plus de difficultés et l'insuffisance des motifs fournis par l'administration est un grief fréquemment invoqué devant le juge communautaire. Selon l'article 14 §3 du règlement 17/62 ou 13 §3 du règlement 4064/89, la Commission est tenue d'indiquer dans sa décision : le but et l'objet poursuivi, la date à laquelle elle commence, les sanctions encourues en cas d'opposition à la vérification ou de production incomplète de documents ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. La Cour de justice a interprété très largement l'obligation de motivation à la charge de la Commission. Elle a d'abord jugé que cette dernière n'avait pas une obligation plus étendue dans le cas où l'entreprise, préalablement avertie, aurait présenté des arguments pour contester l'utilité de la vérification. Plus généralement, il semble que la Commission ne puisse être tenue à une obligation "détaillée, précise et complète", en raison de la nature même de la décision -simple mesure de gestion- et en raison de sa finalité². Bien sûr, la Cour reconnaît que la motivation de la décision constitue une "exigence fondamentale en vue, non seulement de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention envisagée à l'intérieur des entreprises concernées, mais aussi de mettre celles-ci en mesure de saisir la

1. XIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°18.

2. Voir les conclusions de l'A.G. Mischo dans l'aff.85/87, Dow Benelux, Rec. 1989, p.2859.

portée de leur devoir de collaboration tout en préservant en même temps leur droit de la défense"¹ ; elle valide aussi une pratique bien vague : Le but et l'objet de la décision sont définis au sens de l'article 14 du règlement 17/62, dès lors que la Commission "indique clairement les présomptions qu'elle entend vérifier"², c'est à dire qu'elle énonce avoir pris sa décision pour obtenir une information complète au sujet des accords ou pratiques pouvant constituer une infraction aux règles du traité. La Commission n'est pas obligée de préciser la qualification juridique exacte des infractions présumées, la date ou la période pendant laquelle elles auraient été commises, la délimitation du marché en cause. Elle n'est pas non plus tenue d'énumérer, ni même de préciser les documents sur lesquels porteront la vérification.³

L'obligation pour la Commission de faire figurer l'ouverture possible d'un recours contre la décision mérite quelques développements. Selon Ehlermann et Oldekop⁴, elle serait fondée sur le fait, qu'à ce stade de la procédure, les entreprises pourraient ne pas avoir eu l'occasion de consulter un juriste et ignorer ainsi la teneur de leurs droits. Mais la sanction d'une éventuelle omission reste incertaine. S'agit-il de l'illégalité de la décision ou simplement de la non application du délai de recours ? Le problème n'ayant pas été posé en pratique, une

1. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux NV, Rec. 1989, p.3150, att.40.

2. Idem, att.9. Mais la Cour regrette immédiatement après les termes vagues employés par la Commission, tout en admettant la validité de la décision.

3. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989(8), p.2919; et 17.10.1989, aff.87/87, Dow Benelux NV, Rec. 1989(9), p.3150, att. 9 à 11.

4. Cités par C.S.Kerse, op.cit., p.74.

indication peut être trouvée dans l'arrêt ACF Chemiefarma¹ : L'irrégularité n'entraînera pas la nullité de la décision si celle-ci a pu être régularisée dans la suite de la procédure ou encore si elle n'a pas porté grief à l'entreprise concernée.

En dehors du recours en annulation prévu par l'article 173 du traité, dont l'effet n'est pas suspensif, l'entreprise a-t-elle la possibilité de demander le sursis à exécution de la décision ? La question mérite d'être soulevée car, pratiquement, sa mise en oeuvre apparaît particulièrement délicate dans le cas d'une vérification "surprise"². Une demande de sursis à exécution semble vouée à un échec très probable puisque l'entreprise a la charge de démontrer que des mesures provisoires sont nécessaires pour lui éviter un préjudice grave et irréparable. L'opinion de l'avocat général Mischo³ est à cet égard éloquente, lorsqu'il souhaite voir exclure cette voie de recours afin d'empêcher que les entreprises soient ainsi en mesure de détruire les preuves recherchées. La jurisprudence⁴ est moins catégorique même si la Cour souligne que "le droit en vigueur⁵ empêchait la Commission d'exploiter à charge d'une entreprise des informations illicitement obtenues et que les intérêts légitimes de la société demanderesse étaient ainsi protégés de manière appropriée."

Enfin, la Commission est tenue de notifier à l'entreprise concernée la décision ordonnant une vérification avant de

1. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, Rec. 1960, p.694, att.98.

2. Deux cas en 25 ans, avec les aff.85/87R Dow Chemical Nederland du 28.10.1987, Rec. 1987, p.4367 et 46/87R Hoechst du 26.3.1987, Rec. 1987, p.1540.

3. Conclusions dans les affaires 46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989(8), p.2875.

4. C.J.C.E. ord. du 20.10.1987, aff.85/87R, Dow Chemical Nederland, Rec. 1987, p.4367.

5. La Cour fait référence à l'article 20 du règlement 17.

procéder à l'exécution de l'acte. Cette obligation posait le problème de savoir si la Commission devait respecter un délai entre la notification et la vérification. Pendant les quinze premières années d'exercice, l'usage administratif était d'avertir préalablement les entreprises qu'elles allaient être soumises à une vérification. La Commission changea de pratique avec l'affaire National Panasonic¹ qui amena la Cour à admettre la régularité des vérifications "surprises". L'entreprise avait, il est vrai maladroitement, invoqué la violation du droit fondamental de se "préparer à la vérification, en demandant des conseils juridiques, en rassemblant les documents considérés par l'entreprise comme pertinents et non protégés par le secret, et en assurant que des cadres supérieurs et des juristes convenables puissent être présents". Mais, comme le relevait l'avocat général Warner, cette argumentation ne s'appuie sur aucun texte de référence d'aucune sorte à l'appui d'un quelconque droit de cette nature." Restait le moyen tiré de la violation de la protection offerte par l'article 185 du traité, que la Cour écarte par un attendu curieux : Le sursis à exécution ne peut être ordonné que pour une décision qui a été adoptée et qui produit ses effets juridiques, ce qui ne peut pas être le cas d'une communication préalable. Or, c'est bien l'annulation de la décision formelle de la Commission qui était demandée.

Cet arrêt eut des répercussions pratiques non négligeables : La Commission a recouru de plus en plus systématiquement à des vérifications "surprise" ; dans le même temps, la doctrine a reconnu leur nécessité et est, dès lors, devenue moins critique.²

1. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

2. J.M.Joshua, "The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under article 14(3) of Regulation 17", C.M.L.Rev., 1983, p.3.

2. L'exercice des vérifications acceptées de l'entreprise

Dès lors que l'entreprise a accepté la vérification, l'exercice des pouvoirs des fonctionnaires¹ ne varie pas selon qu'ils agissent sur simple mandat ou sur décision formelle. Au titre de l'article 14 §1 du règlement 17, ils disposent de quatre types de prérogatives qui, selon la Cour, doivent revêtir une portée très large². Avant de les examiner, il est très important de souligner que l'exercice irrégulier de leurs pouvoirs par les agents de la Commission, n'entraîne pas l'irrégularité de la décision.³

Le pouvoir de "contrôler les livres et autres documents professionnels" est source de deux difficultés. la première concerne le champs d'action de la Commission. Il est admis qu'elle peut vérifier tous les documents susceptibles de comporter des indications sur une entente illégale, comme l'identité des entreprises ayant participé à l'accord, la date et le lieu des concertations. Le support matériel de l'information est indifférent ; il peut s'agir de "lettres, correspondances, notes, communications internes, comptes-rendus, procès-verbaux, résumés"⁴, décomptes de voyages effectués par les dirigeants. Les inspecteurs doivent également pouvoir accéder aux données

1. Il doit s'agir des propres agents de la Commission, et non d'experts privés ou de sociétés fiduciaires. Voir la différence avec l'article 47 du traité CECA et l'arrêt de la C.J.C.E. du 16.12.1963, aff.18/62, Mme E.Barge c.Hte Autorité, conc.Lagrange Rec. 1963, p.528-560.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989(8), p.2919, att.28.

3. Dans l'affaire Dow Benelux NV, la Cour a ainsi refusé d'examiner le grief tiré du déroulement de la vérification. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Rec. 1989(9), p.3150, att.49.

Voir également l'arrêt du 8.11.1983, aff.96 à 102, 104, 105, 108 et 110/82, IAZ, Rec. 1983, p.3369, att.16.

4. Déc. du 20.12.1979, Fabbrica Pisana, J.O.C.E. 1980, L75/30.

informatiques de l'entreprise.¹ Mais les agents de la Commission peuvent-ils contrôler les affaires personnelles des responsables de l'entreprise, comme leurs mallettes ou agendas, comme le suggère l'avocat général Miscko dans l'affaire Hoechst² ? Un refus de produire de tels documents serait-il sanctionnable en droit communautaire ?

La seconde difficulté tient à la façon dont les fonctionnaires doivent exercer le contrôle. Si l'article 15 du règlement 17 impose aux entreprises une obligation de produire les registres et documents spécifiquement visés par la vérification, l'article 14 reconnaît-il aux agents de la Commission un droit de recherche active ?

La majorité des auteurs³ dénie une telle prérogative à la Commission en reconnaissant⁴ toutefois l'existence d'une obligation de collaboration active à la charge de l'entreprise. Celle-ci ne doit pas seulement permettre aux inspecteurs d'accéder à l'ensemble des documents mais elle doit les mettre dans la possibilité effective de les contrôler. La Commission a pu, sans être critiquée, sanctionner une entreprise qui lui avait laissé le libre accès à ses archives sans indiquer précisément aux agents où se trouvaient les dossiers qui n'avaient, de ce fait, pas été contrôlés.⁵ Pendant longtemps, la position de la

1. C.S.Kerse, op.cit., p.78.

2. Aff.46/87 et 227/88, Rec. 1989(8), p.2875.

3. Certains auteurs estiment cependant que les fonctionnaires détiennent un droit de fouille: Deringet "Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaft Gemeinschaft" et Van Damme, Europees Kartelrecht, cités par J.M.Joshua, op. cit., p.9.

4. Voir cependant la position de B.Bouloc, à propos de l'article 4 de l'ordonnance 45.1484 du 30 juin 1945, pour qui l'obligation de collaboration "constitue la négation de la présomption d'innocence et du droit au silence, et méconnaît gravement les droits de la défense."

"Les droits de la défense dans la procédure pénale applicable en matière de concurrence", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, N°3 juillet, septembre 1972, p.521.

5. Déc. du 20.12.1979, Fabbrica Pisana, J.O.C.E. 1980, L75/30.

Commission allait s'accorder à celle des commentateurs. En 1984, elle indiquait que "ce sont les représentants de l'entreprise qui doivent ouvrir les armoires et remettre les documents aux agents: ces derniers ne peuvent les retirer directement (...). Le refus des représentants de l'entreprise est acté dans un procès-verbal et les inspecteurs peuvent demander l'exécution forcée par les autorités nationales"¹. Avec l'affaire Hoechst², la Commission prétendit à un droit de fouille active en soutenant que le résultat atteint était le même.

Suivant les conclusions de son avocat général³ qui souligne la nécessité de délimiter nettement la situation dans laquelle l'entreprise collabore et celle dans laquelle elle ne collabore pas sous peine de créer une confusion avec la situation prévue à l'article 14 §6 du règlement 17/62⁴, la Cour adopte une position médiane entre les prétentions des parties. La Commission n'a pas un droit de fouille active mais elle n'a pas à connaître précisément les renseignements qu'elle entend vérifier : "Le droit d'accès (aux locaux) serait dépourvu d'utilité si les agents de la Commission devaient se limiter à demander la production de documents ou de dossiers qu'ils seraient à même d'identifier au préalable de façon précise. Un tel droit implique, au contraire, la faculté de rechercher des éléments divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés. Sans une telle faculté, il serait impossible à la Commission de recueillir les éléments d'information nécessaires à la vérification au cas où elle se heurterait à un refus de

1. Commission CEE, Les pouvoirs d'enquête de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence, Publications des Communautés européennes, 1984 ; voir également J.M.Joshua "Information in EEC Competition Law Procedures", E.L.Rev., vol.11, n°6, 1986, p.413 et comparer avec son article de 1983, "The Element of..", préc. cit.

2. Aff.46/87 et 227/88, Rec. 1989(8), p.2919.

3. Conclusions de l'avocat général Mischo, Rec. 1989(8), p.2875.

4. Ou, désormais de l'article 13 §6 du règlement 4064/89.

collaboration ou encore à une attitude d'obstruction de la part des entreprises concernées".¹ "Ils ont, entre autre, la faculté de se faire présenter les documents qu'ils demandent, d'entrer dans les locaux qu'ils désignent et de se faire montrer le contenu des meubles qu'ils indiquent. En revanche, ils ne peuvent pas forcer l'accès des locaux ou des meubles ou contraindre le personnel de l'entreprise à leur fournir un tel accès, ni entreprendre des fouilles sans l'autorisation des responsables de l'entreprise qui le cas échéant, peut être donnée implicitement, notamment par l'assistance donnée aux agents."²

Les inspecteurs peuvent "prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels" mais ils n'ont pas la faculté de procéder à la saisie des originaux³. Cette prérogative connaît l'un des rares changements apportés par le règlement 4064/89 en matière d'enquête : Alors que dans le cadre du règlement 17/62, ils ne peuvent exiger de l'entreprise qu'elle leur fournisse les copies voulues⁴, le nouveau règlement de contrôle des concentrations⁵ leur accorde ce droit.

Les agents ont également la faculté de "demander sur place des explications orales "concrètes, spécifiques et découlant des livres et documents professionnels examinés". Les commentateurs ont prêté une attention particulière au sujet et ce, pour deux raisons. Ne comporte-t'il pas des risques de détournement des

1. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux, Rec. 1989(9), p.3150, att.38.

2. Idem, att.42.

3. En droit français, la disposition prévue par l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est analogue. La saisie n'est possible dans le cadre de l'article 48 qu'après autorisation judiciaire.

4. Selon le règlement 17, l'entreprise peut, le cas échéant, en demander le remboursement.

5. Article 13b.

garanties offertes par l'article 11 du règlement 17/62, qui prévoit, par exemple, un délai pour que l'entreprise prépare sa réponse¹ ? La Cour² a certes affirmé qu'en effectuant une vérification, les agents mandatés par la Commission n'ont qu'un simple pouvoir de demander des renseignements sur des questions concrètes, spécifiques, découlant des livres et documents qu'ils examinent mais cette limite reste difficile à établir en pratique.³ Par ailleurs, contrairement à certaines autorités nationales, la Commission ne s'est pas vue reconnaître le pouvoir de faire citer des témoins et de les entendre sous serment.⁴ Or, la disposition de l'article 14 pourrait, selon J.Davidow⁵, être utilisée de façon plus large par la DG.IV : "I believe that Director-General IV could and should cite and rely on article 14 that Regulation providing that he has the right to an "oral explanation" of relevant matters or documents". Il suggère une technique d'investigation différente impliquant une audition plus systématique devant s'effectuer prioritairement sur le personnel d'exécution. Toutefois, l'auteur souligne lui-même les risques importants d'opposition de l'entreprise et le surcoût que cela entraînerait. Cette conception, fortement empreinte du droit anglo-saxon, est dès lors, à écarter définitivement. En l'occurrence, la Commission considère, qu'il appartient "aux entreprises de désigner elles-mêmes, et sous leur propre responsabilité, leurs représentants pour répondre aux questions diligentées" et qu'elle n'a pas à apprécier, ou à contester, la compétence ou l'étendue des connaissances des représentants ainsi

1. I.Van Bael et J.-F.Bellis, op. cit., p.1009.

2. C.J.C.E. arrêt du 20.6.1980, aff.136/79, National Panasonic, Rec. 1980, p.2033, att.15.

3. C.S.Kerse, op. cit., p.81.

4. Voir sur les raisons de cette limitation de pouvoirs, D.G. Goyder EEC Competition Law, Oxford, European community, 1988, p.41.

5. "EEC Fact-Finding Procedures in Competition Cases: An American Critique", C.M.L.Rev. 1977, p.180-181.

désignés." Elle en tire, il est vrai, la conséquence que l'absence de personnel qualifié ne peut excuser le défaut de présentation de documents.

La dernière prérogative accordée à la Commission est que ces agents peuvent "accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises". Un tel droit n'ouvre toutefois pas l'accès aux domiciles privés des dirigeants de l'entreprise, ainsi qu'aux établissements tels que les banques ou cabinets d'avocats travaillant pour l'entreprise. On peut noter à cet égard que le gouvernement néerlandais a expressément restreint le droit d'accès des fonctionnaires aux locaux commerciaux, dans la loi d'application prise en vertu de l'article 14 §6¹. Il reste que la Commission peut demander la production des documents qui se trouveraient en dehors des locaux auxquels elle a accès.

Pour expliquer aux entreprises concernées la teneur des prérogatives qui leur sont accordées lorsqu'elle effectue une vérification, la Commission a établi une note en annexe des mandats et décisions ordonnant une vérification. Les "droits" mentionnés ne peuvent cependant être considérés comme une limite aux pouvoirs administratifs du fait de leur caractère accessoire et de l'incertitude juridique qui s'y attache. Compte-tenu de l'évolution de la jurisprudence, il serait d'ailleurs souhaitable que la Commission procède à une mise à jour complète de cette note.

L'entreprise peut tout d'abord "recevoir une explication des inspecteurs sur l'objet et le but de la vérification, sur des

1. Voir pour une critique de cette disposition interprétative, J.V.Louis, Les règlements de la Communauté européenne, P.U.B., 1969, p.356.

points de procédure, en plus de celle contenu dans le mandat". Toutefois, la Commission ne s'estime pas tenue d'explicitier l'objet et les motifs de la décision prise. L'entreprise peut également "appeler en consultation ses avocats" mais il est aussitôt précisé que "la consultation n'est pas une condition légale de validité de la vérification, et celle-ci ne doit pas s'en trouver indûment retardée ou empêchée. Un délai d'attente jusqu'à l'arrivée d'un avocat doit rester à ce qui est strictement indispensable : Il ne sera accordé que si la direction de l'entreprise garantit en même temps que les documents professionnels resteront à l'endroit et dans l'état où ils se trouvent à l'arrivée des fonctionnaires de la Commission. De plus, un tel délai ne sera consenti que si les fonctionnaires de la Commission ne sont pas empêchés de pénétrer dans les locaux de leur choix et à y rester. Si l'entreprise dispose d'un service juridique interne, les fonctionnaires de la Commission ont pour instruction de ne pas retarder la vérification par l'attente d'un avocat qui aurait été appelé de l'extérieur." Une telle interprétation par l'administration de la légalité d'une vérification n'ayant pas été expressement reconnue par la Cour, il convient dès lors d'émettre certaines réserves quant à sa pertinence. On doit cependant admettre qu'elle est parfaitement acceptable du point de vue du droit positif français qui n'admet pas la reconnaissance d'un tel droit lors d'une perquisition.

La note établie par la Commission énonce en outre que l'entreprise peut "attirer l'attention des inspecteurs sur tout autre document ou information susceptible d'être nécessaire à la protection de son intérêt légitime, ou à une mise au point objective et complète", à condition que la vérification ne s'en trouve pas indûment retardée. Là encore, cette faculté apparaît négligeable puisque la Commission n'est aucunement obligée d'en tenir compte et que l'entreprise garde la possibilité d'adresser des observations écrites.

Enfin, l'entreprise peut "avoir une liste signée de toutes les copies et extraits de documents pris par les inspecteurs, ainsi que des procès-verbaux dressés au cours de la vérification". La Commission indique qu'elle a institué cette mesure a été "dans un souci d'objectivité" : "Les faits pertinents relevés lors de la vérification, qu'ils soient ou non favorables aux entreprises visitées, sont consignés dans le rapport d'enquête." "Si l'entreprise donne sur place, des explications orales sur l'objet de la vérification à la demande des fonctionnaires de la commission, ces déclarations peuvent être actées à la demande de l'entreprise ou des fonctionnaires. L'entreprise reçoit copie du procès-verbal si elle le désire." Mais, de sérieuses raisons peuvent néanmoins faire douter de l'objectivité du rapport dont la rédaction sera souvent l'oeuvre unilatérale de l'administration.¹ L'absence de règles précises quant au caractère contradictoire de l'acte constitue une menace pour les droits de la défense, ce qui est d'autant plus inacceptable qu'en l'absence de "témoin objectif", le procès-verbal risque d'être un élément essentiel dans la procédure ultérieure. L'affaire Dow Benelux² en est un exemple frappant : A défaut d'avoir fait acter leur opposition, les entreprises

1. Cette situation est d'ailleurs habituelle en droit pénal. J.-C. Jeantet relève que sous le régime de l'ordonnance française de 1945, le délai entre les diligences accomplies par les agents et la rédaction d'un P.V. pouvait dépasser un an. "La défense dans les procédures répressives de la concurrence", R.T.D.E., N°22 p.53-55.

2. Voir les conclusions de l'A.G. Mischo, aff.85/87, Rec. 1989(8), p.2875, point 139.

Il est également intéressant de voir l'évolution du droit français en la matière : Sous l'ancien régime de l'ordonnance de 1945, la contestation des PV exigeait une procédure en inscription de faux, risquée à mettre en oeuvre ; aux termes de l'ordonnance du 1.12.1986, les PV "font foi jusqu'à preuve contraire".

concernées sont réputées avoir accepté les irrégularités commises par les agents de la Commission.

3. Pouvoirs de sanction et de contrainte en cas d'opposition de l'entreprise

On a vu que lorsque l'entreprise ne s'oppose pas à la vérification, elle a alors à sa charge un devoir de collaboration active devant permettre aux inspecteurs de vérifier effectivement les documents. En pratique, elle doit donner les indications suffisantes pour localiser les informations, fournir les dossiers, ouvrir les armoires désignées par les agents etc..

Les cas de sanction pour production de documentation incomplète sont très rares¹. Jusqu'à présent, la Commission a également très peu recouru à l'article 16 du règlement pour contraindre une entreprise à fournir des renseignements ou pour se soumettre à une vérification. Le premier cas, il est vrai important, se présente avec l'affaire Hoechst de 1988, où elle a prononcé une astreinte de 1.000 écus par jour, liquidée à 55.000 écus.²

4. Pouvoirs de requérir l'assistance des autorités compétentes des Etats membres.

La Communauté n'étant dotée d'aucun organe de forces publiques, le Conseil a tenté de pallier une telle carence avec l'article 14 §6 du règlement 17/62³: "Lorsque une entreprise

1. On peut relever la décision Raffinerie Tirlemontoise prononçant une amende de 4000 écus et les décisions Fabbrica Pisana du 20.12.1979, J.O.C.E. 1980 L75/30, Fabbrica P.Sciarra de 1980, et F.N.C.I.F. de 1982 portant amende de 5000 écus chacune.

2. Aff.46/87 et 227/88, Hoechst, confirmée par la Cour dans son arrêt du 21.9.1989, Rec. 1989(8), p.2919. Pour les modalités du droit d'audition qui n'est pas obligatoire lors de la lère décision infligeant l'astreinte, voir cette thèse Titre I, ch.III, section 1, §1, II.

3. Voir aussi l'article 13 §6 du règlement 4064/89 inchangé.

(..) s'oppose à une vérification ordonnée en vertu du présent article, l'Etat membre intéressé prête aux agents mandatés par la Commission l'assistance nécessaire pour leur permettre d'exécuter leur mission de vérification". Plus de vingt-cinq ans après son entrée en vigueur, aucune difficulté majeure ne pouvait être relevée. L'affaire Hoechst¹ allait poser la nécessité d'introduire certaines réformes, ou plus justement d'une relecture des textes par la Cour de justice.

Cette société de droit allemand s'oppose, le 20 janvier 1987, à une vérification tentée par deux fonctionnaires de la Commission agissant sur décision formelle de l'article 14 §3 du règlement. Ils sont accompagnés d'un agent du Bundeskartellamt, lui-même muni d'un mandat d'exécution émanant du Président de son administration. Une deuxième tentative a lieu deux jours plus tard en présence de représentants de l'Office Fédéral des Cartels et de policiers allemands qui refusent leur assistance pour procéder à une vérification forcée sans un mandat judiciaire. Les agents de la Commission prétendaient à un droit de recherche "illimité" tandis que la société Hoechst soutenait qu'il s'agissait d'une perquisition illégale au regard du droit constitutionnel allemand et du droit communautaire. L'affaire se déplace ainsi sur le terrain judiciaire. Le 23 janvier, Hoechst introduit une demande en référé devant la juridiction nationale compétente, le Verwaltungsgericht de Francfort, et obtient le jour même une ordonnance suspendant provisoirement l'exécution fondée sur le mandat du Bundeskartellamt. Celui-ci demande auprès de l'Amtsgericht de Francfort un mandat de perquisition qui lui est dans un premier temps refusé, la juridiction s'estimant insuffisamment informée pour apprécier l'existence d'une présomption sérieuse d'infraction aux règles du traité.

1. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989(8), p.2919.

Nous verrons plus loin¹ que l'affaire Hoechst a marqué la reconnaissance en droit communautaire du droit fondamental à la protection du domicile. Ce qui nous intéresse ici, est le fait que la Cour affirme qu'"il résulte de l'article 14 §6, que c'est à chaque Etat de membre qu'il appartient de régler les conditions dans lesquelles l'assistance des autorités nationales aux agents de la Commission est fournie." Dans la limite des principes généraux du droit communautaire, "c'est le droit national qui définit les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect des droits des entreprises. Par conséquent, dès lors que la Commission entend mettre en oeuvre, avec le concours des autorités nationales, des mesures de vérification non fondées sur la collaboration des entreprises concernées, elle est tenue de respecter les garanties procédurales prévues à cet effet par le droit national".

Il faut souligner que cet arrêt règle, non sans une certaine ironie, une discussion de longue date entre la Commission et le gouvernement du Royaume-uni. Celui-ci estimait qu'il n'avait à prendre aucune mesure particulière pour permettre l'application de l'article 14 §6 du règlement 17² sur son territoire, puisque la disposition est créatrice de droits, devoirs et obligations directement applicables : Si une entreprise s'oppose à une vérification, la Couronne aide la Commission à obtenir un "ex parte order" pour contraindre l'entreprise, un nouveau refus étant constitutif du délit d'outrage au Tribunal. Cette pratique, considérée comme insuffisante par les agents communautaires³ en ce qu'elle priverait la procédure de vérification de tout effet de surprise, rejoint en fait la solution donnée par la Cour dans

1. Voir à la section 2, §2, II.2 de ce chapitre.

2. Le dernier alinéa de l'article 14 §6 dispose que "les Etats membres prennent avant le 1er octobre 1962 et après consultation de la Commission, les mesures nécessaires".

3. P.J.Kuyper et T.P.J.N.van Rijn, "Procedural Guarantees in European Law", Y.E.L., 1982, p.18.

l'arrêt Hoechst¹. Si l'élément de surprise n'est guère convaincant, il pose le problème de savoir quel peut être l'examen du juge national lorsqu'il résulte du droit de l'Etat membre, qu'une vérification opérée contre le gré de l'entreprise, constitue une perquisition nécessitant un mandat judiciaire que les autorités nationales compétentes doivent se procurer ?

Le principe posé par la Cour de justice de Luxembourg, selon lequel les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-même l'invalidité d'un acte communautaire, sauf dans l'hypothèse d'un référé², ne devrait pas, selon l'opinion de l'avocat général Mischo³ subir un aménagement dans ce domaine. Il propose que l'article 192 du traité soit appliqué par analogie, c'est à dire que seule l'authenticité du titre soit contrôlée. Conscient des difficultés inhérentes à cette solution, il remarque que l'exécution forcée d'une amende porte atteinte au droit de propriété. L'acceptation de cette interprétation reste pourtant très discutable : D'une part, les sanctions pécuniaires ne font-elles pas l'objet d'un contrôle approfondi du pouvoir judiciaire de la Communauté, ce qui n'est pas le cas pour les décisions portant vérification. D'autre part, n'est-ce pas provoquer des difficultés encore plus importantes au regard des législations nationales ?

La Cour souligne d'abord que "la Commission doit veiller à ce que l'instance compétente en vertu du droit national dispose de tous les éléments nécessaires pour lui permettre d'exercer le contrôle qui lui est propre." Elle précise ensuite que l'autorité "qu'elle soit judiciaire ou non, ne saurait substituer sa propre appréciation du caractère nécessaire des vérifications ordonnées

1. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, Rec. 1989(8), p.2919.

2. Voir C.J.C.E. arrêt 22.10.1987, aff.314/85, Foto-Frost HZA Lubeck-Ost, Rec. 1987, p.4225.

3. Aff. 46/87 et 227/88, 85/87, Rec. 1989(8), p.2875, point 141.

à celle de la Commission, dont les évaluations de fait et de droit ne sont soumises qu'au contrôle de légalité de la Cour de justice. L'instance nationale peut, en dehors du contrôle de l'authenticité de la décision de vérification, voir si les mesures envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification et veiller au respect des règles de son droit national dans le déroulement de ces mesures.¹ Cette solution n'est pas exempte de difficultés. Il suffit de se référer à titre d'exemple, à l'article 48 de l'ordonnance française du 1er décembre 1986, aux termes duquel le juge doit vérifier le bien-fondé de la demande de visites et saisies qui lui est présentée par l'administration, sans se borner à des affirmations générales ou de simples références à la requête.² L'avocat général Mischo³ avait lui même indiqué que "peut-être faudra-t'il dans certains Etats-membres légiférer afin de compléter dans ce sens les dispositions adoptées en vue de l'exécution de l'article 14 §6 du règlement 17". La Cour de justice n'ayant pas la compétence d'obliger à de telles mesures, on comprend mieux l'étendue du contrôle reconnu aux autorités nationales.

Section II. Droits de l'entreprise face aux pouvoirs de la Commission

Alors qu'à ce stade de la procédure aucune infraction n'est établie, la protection des droits des entreprises face aux pouvoirs d'enquête dont dispose la Commission n'est pas aussi

1. C.J.C.E., arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux NV, Rec. 1989, p.3150, att.46.

2. Cour de Cass. (Ch. mixte), arrêt du 15.12.1988, Sturno c. Proc.Rép. TGI de Caen et autre, Recueil Dalloz. 1989, n°5, p.189 et s.

3. Point 143 des conclusions, Rec. 1989(8), p.2875.

complète qu'en matière de procédure contradictoire. Soucieuse de préserver les chances de la Commission de recueillir des informations sur les infractions aux règles de la concurrence, la Cour de justice a néanmoins reconnu la nécessité de protéger certains droits fondamentaux de l'entreprise.

§ 1. Des droits de la défense restreints

L'étendue des droits de la défense en matière d'enquête est liée à la nature de la procédure. Deux importantes affaires National Panasonic¹ et AKZO Chemie², ont permis à la Commission de simplifier à son profit les règles en vigueur.

I. Inapplicabilité du droit d'être entendu

La Commission n'est pas tenue d'entendre l'entreprise, avant d'arrêter une décision dans le cadre des pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés en droit de la concurrence. La solution s'imposait nécessairement pour préserver à l'administration ses chances de succès pour réunir les preuves des infractions aux articles 85 et 86 du traité mais la justification donnée par la Cour à l'occasion du recours engagé par la société National Panasonic contre une décision ordonnant une vérification³, a été vivement critiquée⁴ en ce qu'elle caractériserait "une attitude erronée et incohérente" traduisant "son impuissance effective à appliquer ses propres directives⁵, ou de façon moins virulente, l'absence de systématisation du champs d'application des droits

1. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

2. CJCE arrêt du 23.9.1986, aff.5/85, Rec. 1986, p.2585. Voir à ce sujet le commentaire de J.Shaw "The AKZO saga continues", E.L.Rev. 1987, N°12, p.200-202.

3. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

4. A.Pliakos, op. cit., p.123 à 125.

5. Il s'agit de sa jurisprudence Transocean Marine Paint Association, aff.17/74 arrêt du 23.10.1974, Rec. 1974, p.1063.

de la défense au profit des différentes règles posées par le règlement 17.

La Cour considère que l'exercice du droit d'être entendu, tel que prévu à l'article 19 du règlement 99/63 de la Commission, "s'inscrit principalement dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives visant à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale", alors que la procédure de vérification "a uniquement pour objet de permettre à la Commission de recueillir la documentation nécessaire pour vérifier la portée d'une situation de fait et de droit déterminée. Si, et seulement si, la Commission estime que les éléments d'appréciation ainsi réunis justifient l'ouverture d'une procédure au sens du règlement 99/63 précité, l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée, doit avant qu'une telle mesure ne soit prise, être entendue, en application de l'article 19 §1, du règlement 17, et des dispositions du règlement 99/63. C'est précisément cette différence substantielle, entre les décisions prises à l'issue d'une telle procédure et les décisions ordonnant une vérification, qui explique la teneur de l'article 19 §1 susdit, lequel, en énumérant les décisions que la Commission ne peut prendre avant d'avoir donné aux intéressés la possibilité d'exercer leur droit de la défense, ne mentionne pas celle prévue à l'article 14 §3 du même règlement."

Il importe de s'interroger sur les raisons qui ont conduit la Cour à écarter l'analyse proposée par l'avocat général Warner pour qui "la règle selon laquelle une personne, dont les droits sont susceptibles d'être affectés par une décision administrative, a le droit de faire connaître son point de vue à l'autorité en question, est seulement une règle générale. Elle est sujette à des exceptions. Personne n'a jamais réussi à classer les exceptions en catégories, ni à définir les circonstances dans lesquelles elles existent (...). Mais une des exceptions doit être, à notre avis, le cas où le but de la décision serait, ou pourrait être mis en échec, si le droit

devait être accordé. On en revient bien sûr à l'argument de la Commission, suivant lequel le but de l'exécution d'une vérification sans avertissement, est de prévenir la destruction ou la dissimulation possible de documents pertinents."

Les motifs de cette décision sont d'ordre pratique et il ne s'agit pas d'une incohérence jurisprudentielle¹ mais d'une modification du champs d'application de la règle² : La Cour, se réfère à la nature de la procédure instaurée par l'article 14, ainsi qu'elle l'avait fait dans l'arrêt *Transocean Marine Paint Association*³, en affirmant qu'"il ressort tant de la nature de la procédure d'audition et de son objet, que des articles 5, 6 et 7 du règlement 99/63, que celui-ci fait, même en dehors des cas spécifiquement visés par les articles 2 et 4, application de la règle générale, selon laquelle les destinataires de décision des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue." La Cour fait ainsi application de ces mêmes motifs dans l'affaire *Hoechst*⁴ lorsqu'elle considère que le droit d'être entendu n'est pas applicable aux décisions prononçant une astreinte.

II. Unicité de la décision d'enquête

Le principe de la collégialité nourrit l'une des controverses les plus classiques du droit processuel. Pour les entreprises, le caractère collégial de l'autorité est l'un des

1. Thèse soutenue par A. Pliakos, *op. cit.*, p.125.

2. Voir sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour, J. Schwarze, "The Administrative Law and the Protection of Human Rights", *C.M.L.Rev.* 1986, p.411.

3. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff.17/74, *Rec.* 1974, p.1080, att.15.

4. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, *Rec.* 1989(8), p.2919, att.56.

gages d'une plus grande attention de la part celle-ci, d'une décision plus équilibrée, plus éclairée et approfondie. Elles ont également moins à craindre des éventuelles pressions ou une partialité dictée par des considérations politiques.¹ Cependant, le principe n'a nulle part la valeur d'un droit fondamental² : On constate, souvent pour des raisons budgétaires, une tendance générale à l'unicité se traduisant par la multiplicité des exceptions à la règle. Le droit communautaire ne reste pas à l'écart de ce phénomène. Le principe de la collégialité figure à l'article 17 du traité de fusion aux termes duquel "les délibérations de la Commission sont acquises à la majorité des membres prévus à l'article 10. La Commission ne peut siéger valablement que si le nombre de membres fixé dans son règlement intérieur est présent".

Il n'empêche que la Commission a mis en place un système de délégation de pouvoir habilitant ses membres à prendre certaines décisions en son nom. Saisie d'un recours contre une communication de griefs, la Cour a admis dans l'arrêt VBVB et VBBB. du 17 janvier 1984³ qu'il n'y a pas d'incompatibilité générale au principe de collégialité dans certaines limites et moyennant certaines conditions. Le conflit potentiel entre le principe de collégialité des décisions et les délégations de pouvoir dont dispose les fonctionnaires de la Commission pour instruire une affaire⁴ allait de nouveau devoir être examiné avec le recours contre une décision ordonnant une vérification

1. Voir cette thèse, Titre II, ch.II, section 2, §1, II.

2. Par exemple, en droit français, il ne s'agit pas d'un principe fondamental des lois reconnus par la République. Voir T.Renoux, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel., Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1984, p.449.

3. Aff.43 et 63/82, Rec. 1984, p.19.

4. Voir à ce sujet C.J.C.E. arrêt du 17.1.1984, aff.43/82 et 63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.19.

formée par le groupe britannique AKZO Chemie¹. Le problème posé était toutefois plus aigu. D'une part, jusqu'à l'instauration du système de délégation de pouvoir, et de son utilisation pour les procédures d'investigation, les entreprises pouvaient avoir intérêt à s'opposer à une vérification sur mandat pour la seule raison que plusieurs mois auraient été nécessaires à la Commission, pour l'adoption d'une décision formelle. Le délai n'était désormais plus qu'une question de jours, voire d'heures.² D'autre part, la cour pouvait-elle raisonnablement considérer que la décision constituait un acte de gestion et non une mesure portant atteinte aux droits subjectifs de l'entreprise nécessitant d'être prise en collège ? Ne s'agit-il pas d'une mesure affectant directement la sphère juridique de l'entreprise puisqu'elle comporte une obligation de laisser aux fonctionnaires l'accès à ses locaux, le contrôle de ses dossiers sous la menace d'une pénalité ? Ces mesures n'engagent-elles pas son avenir, en fournissant à la Commission, et le cas échéant à un tiers plaignant, un certain nombre de renseignements qui pourront être utilisés contre elle en cas d'un éventuel manquement aux règles de la concurrence ?

La Cour refuse ces considérations et juge que "la décision doit être, en tant que mesure d'instruction, considérée comme une simple décision de gestion (...) alors même que l'entreprise s'opposerait à la vérification". Le système d'habilitation mis en place est assorti de garanties procédurales qui sont de nature à assurer le respect du principe de collégialité : il n'a pas pour

1. C.J.C.E. arrêt du 23.9.1986, aff 5/85, Rec. 1986(8), p.2585, att.38. Il faut noter que de sérieuses objections quant à la légalité de la vérification avait été émises par le gouvernement du Royaume-Uni, voir P.J.Kuyper et T.P.J.N. van Rijn op. cit., p.17. Il faut aussi mentionner que l'analyse de la Cour est également utilisée dans l'affaire 46/87 et 227/88, Hoechst, par l'avocat général Mischo pour écarter la consultation du Comité consultatif en matière d'astreinte, Rec. 1989(8), p.2919.

2. I.Van Bael et J.-F.Bellis, op. cit., p.289.

effet de dessaisir la Commission en transférant au membre habilité un pouvoir propre, la Commission restant pleinement responsable des décisions prises qui peuvent être déférées au contrôle de la Cour de justice. La Cour ajoute qu'un tel système est "justifié par la nécessité d'assurer la capacité de fonctionnement de l'organe de décision", répondant au principe posé par l'article 16 du traité de fusion ; qu'enfin, l'entreprise garde la possibilité de contester la régularité de la décision devant la Cour.¹

Pour les mêmes motifs, la Cour rejette le recours de la société Hoechst² qui soutenait qu'en vertu du principe "nulla poena sine legge", le non-respect d'une décision ordonnant une vérification étant passible d'une amende, la Commission aurait modifié par une simple mesure d'administration interne les conditions pouvant entraîner le prononcé de l'amende. Cette argument soulevant de nouveau le problème du caractère civil ou pénal des amendes infligées par la Commission que la Cour a toujours évité de trancher explicitement, elle se contente d'affirmer que "dès lors que le système d'habilitation ne porte pas atteinte au principe de la collégialité, les décisions prises sur habilitation doivent être regardées comme des décisions de la Commission au sens de l'article 15 du règlement 17".

§ 2. Droits limitant les pouvoirs d'enquête de la Commission

1. C.J.C.E. arrêt du 23.9.1986, aff.5/85, AKZO, Rec. 1986(8), p.2585. att.30 et suivants.

Il faut également noter que la Cour déboute AKZO du moyen tiré de la non publication de la décision ayant accordé l'habilitation au membre de la Commission chargé de la concurrence.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Rec. 1989(8), p.2919, att.46.

En l'absence de toute disposition écrite du droit communautaire, la Cour a dressé certaines limites aux pouvoirs de la Commission. Elles visent la correspondance échangée entre l'entreprise et son avocat, l'intégrité du domicile de l'entreprise et son droit de ne pas fournir des renseignements qui l'incrimineraient.

I. Le droit à la protection de la confidentialité de la correspondance échangée avec l'avocat

Si la réglementation communautaire¹, autorise la Commission à se faire présenter tous les documents qu'elle estime nécessaire de connaître pour la poursuite d'éventuelles infractions aux articles 85 et 86 du traité, ce pouvoir n'en rencontre pas moins une limite. L'entreprise a le droit à la protection de la confidentialité de la correspondance qu'elle échange avec son avocat. L'affaire AM & S² marque la première extension par la Cour des droits de la défense en dehors du cadre qu'elle avait fixé dans l'affaire National Panasonic³, selon lequel les droits de la défense, et notamment le droit d'être entendu, ne s'appliquaient qu'à la procédure prévue au règlement 99/63. La Cour ne pouvant sans se contredire, qualifier le principe de confidentialité en tant que droit de la défense, elle le présente, comme un "complément nécessaire à la sauvegarde du plein exercice des droits de la défense prévue par le règlement 17"⁴.

1. Articles 14 du règlement 17/62 et 13 du règlement 4064/89.

2. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, AM &S, Rec. 1982, p.1575.

3. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

4. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, AM &S, Rec. 1982, p.1575, att.23.

1. Principe

Le droit à la protection de la confidentialité de la correspondance échangée par l'entreprise et son avocat suppose la conciliation de deux intérêts : l'intérêt public requérant que la justice soit administrée sur la base de toutes les preuves et celui, de l'individu, de disposer librement d'une assistance et de conseils juridique pour préserver ses droits. La protection, qui a pour but d'encourager une communication franche et entière, et par là-même un comportement légal des entreprises, porte sur la confidentialité, non sur les faits discutés par l'avocat et son client. Elle ne regarde pas l'issue de l'enquête mais seulement la façon dont les preuves sont obtenues.

Sa reconnaissance en droit communautaire, avec l'arrêt AM &S du 18 mai 1982¹, intervient à la suite d'un long conflit entre une société de droit anglais et la Commission. Au cours d'une vérification, cette entreprise refusa de produire certains documents émanant de ses conseils juridiques ou avocats, en invoquant le "legal privilege" reconnu en droit britannique. Elle proposa, lors d'une seconde vérification, de les présenter sous forme d'extraits destinés à convaincre les inspecteurs que les documents étaient effectivement couverts par le secret. La Commission estimant qu'elle avait le droit de contrôle sur tous les documents, et celui de décider de leur importance pour l'enquête, prit une décision formelle dont la société AM &S demanda l'annulation judiciaire.

Au vu d'une étude comparative des législations des Etats membres, la Cour constate que le principe de protection de la confidentialité existe dans tous les pays de la Communauté, malgré une divergence de portée et de fondement : "Si dans certains Etats membres, la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, se fonde principalement

1. Aff.155/79, Rec. 1982, p.1575.

sur la reconnaissance de la nature même de la profession d'avocat en tant qu'elle coopère au maintien de la légalité, dans d'autres Etats membres, cette protection trouve sa justification dans l'exigence plus spécifique -d'ailleurs reconnue également dans les premiers Etats- du respect des droits de la défense"¹. La Cour relève cependant l'existence de principes communs qu'elle transpose et intègre dans l'ordre juridique des Communautés. "Le droit communautaire, issu d'une interpénétration, non seulement économique, mais aussi juridique des Etats membres, doit tenir compte des principes communs au droit de ces Etats" en ce qui concerne le respect de la confidentialité."

2. Application

Le principe posé, il s'agit d'en définir la portée et de prévoir les modalités d'application. La règle n'est pas d'ordre public puisque elle ne fait pas obstacle à ce que l'entreprise révèle le contenu de la correspondance échangée avec son avocat, si elle estime avoir intérêt à le faire. Plusieurs limites sont posées : La protection n'est applicable qu'à la "correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative en vertu du règlement 17/62, susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 85 et 86 du Traité", et à "la correspondance antérieure ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure.

La correspondance doit également émaner d'un avocat indépendant, non lié par contrat d'emploi à leur client. La doctrine préconisait que la protection du caractère confidentiel, s'applique également aux avocats rémunérés à plein temps par leur client, à condition qu'ils soient soumis à des règles de déontologie similaires.² Malgré les critiques suscitées par

1. Idem, att.22.

2. Voir en ce sens, Ehlermann-Olderkop, "Due process in administrative Procedure" F.I.D.E., 1978 p.11.

l'arrêt AM &S¹, la Commission a refusé d'envisager une modification du règlement 17, pour deux raisons : La première est que "toute extension du principe de la confidentialité exigerait une modification des règles de droit en vigueur et conduirait la Commission à violer le traité, au cas où elle renoncerait spontanément à l'exercice d'un pouvoir d'investigation que le Conseil lui a conféré dans l'intérêt public, et que la Cour vient de confirmer. La seconde est qu'une extension de la confidentialité aux juristes d'entreprises de certains Etats membres, en fonction des différentes règles professionnelles en vigueur, conduirait à des régimes différents à l'intérieur de la Communauté et serait, en outre, incompatible avec le ratio de l'arrêt de la Cour de justice."²

Une autre limite imposée par la Cour est que la correspondance à laquelle peut s'appliquer le principe de confidentialité doit avoir été échangée avec un "avocat inscrit à l'un des Barreaux des Etats membres, quel que soit l'Etat membre où réside le client". Ceci exclut les avocats indépendants des pays tiers. La commission a cependant indiqué qu'elle négocierait des accords réciproques afin d'étendre la protection accordée.³ Par contre, il ne semble pas qu'il faille exclure du principe la correspondance échangée avec un avocat établi dans un autre Etat que celui où il est inscrit.

Sur le plan pratique, ces limitations devraient obliger les entreprises à se contenter de conseils verbaux de leurs propres juristes ou à chercher à l'extérieur des conseils de juristes indépendants. Des mesures matérielles appropriées devraient également être prises pour éviter que les documents confidentiels tombent entre les mains des agents de la Commission, c'est à dire

1. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, AM &S, Rec. 1982, p.1575.

2. Bull.C.E., 6-1983, p.44-45.

3. Bull.C.E 6/1983 p.46.

l'archivement séparé des dossiers purement commerciaux, l'information des employés.¹

Après avoir défini le principe, la Cour devait choisir l'autorité compétente pour trancher un éventuel conflit sur l'appréciation du caractère confidentiel d'un document. On constate que la position adoptée constitue une solution intermédiaire entre les diverses propositions soumises à la Cour. Celle-ci écarte la position de la Commission qui, tout en étant d'accord sur la nécessité de reconnaître la confidentialité des correspondances ayant trait à la défense juridique de l'entreprise, s'estimait compétente pour apprécier leur caractère confidentiel en indiquant qu'elle aurait renoncé à utiliser les documents comme éléments de preuve, si ceux-ci étaient couverts par le secret. Mais, comme l'ont fait observer les avocats généraux Warner et Slynn, cette conception est de nature à priver le "legal privilege" de toute signification. Peut-on espérer qu'un fonctionnaire, qui a pris connaissance d'un document, en oublie instantanément le contenu s'il s'avère que celui-ci est régi par le principe de confidentialité.

La Cour refuse également la procédure suggérée par la société AM & S et la Commission consultative des Barreaux de la Communauté, de faire régler le cas d'un éventuel différent entre la Commission et l'entreprise, en ayant recours à un arbitre ou à un expert : "S'agissant d'une appréciation et d'une décision qui touchent aux conditions d'action de la Commission dans un domaine aussi essentiel au fonctionnement du Marché commun que celui du respect des règles de la concurrence, la solution des litiges

1. T.Christoforou "Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfection of a Case", L.I.E.I. 1985/2, p.37-38. P.J.Kuyper et T.P.J.N.van Rijn, op. cit. p.18, notent qu'au Royaume-Uni, les entreprises ont de plus en plus tendance à déposer les documents les plus importants en dehors de leurs locaux, et notamment chez leurs solicitors.

relatifs à la protection du respect de la confidentialité de la correspondance entre les avocats et leurs clients ne peut être recherchée qu'au niveau communautaire."¹

La procédure d'application sera donc la suivante : Lors de la vérification, l'entreprise invoquant ce droit doit démontrer aux agents mandatés par la Commission, sans pour autant devoir leur dévoiler le contenu de la correspondance, les éléments de nature à prouver la confidentialité. En cas d'appréciations divergentes, la Commission doit prendre une décision portant injonction de produire les documents litigieux. Enfin, l'entreprise a la possibilité de contester cette décision devant la Cour qui se reconnaît donc comme la seule autorité compétente.

L'arrêt AM &S est d'une importance capitale. D'une part, il marque une limite importante aux pouvoirs d'enquête et de décision de la Commission. D'autre part, il démontre la faculté de la Cour de justice de dépasser les conceptions nationales divergentes, notamment celles des pays de "common law" et celles des pays de l'Europe continentale, pour dégager la norme commune qu'elle juge la plus apte à s'intégrer dans l'ordre juridique de la Communauté.² Enfin, cet arrêt souligne la dynamique des droits de la défense et les développements qu'ils sont susceptibles de connaître.

II. Droit à l'inviolabilité du domicile

Le principe de l'inviolabilité du domicile n'a pratiquement pas été invoqué dans les procédures de vérifications organisées par le règlement 17, qui n'y fait d'ailleurs pas référence. Il

1. Aff.155/79, Rec. 1982, p.1579, att.32.

2. J.Schwarze, op.cit., p.415.

aura fallu attendre 1989 pour qu'il soit reconnu par la Cour de justice, dans un arrêt¹ qui démontre les limites mais aussi la souplesse du système.

1. Droit comparé et reconnaissance du principe en droit communautaire

D'importantes différences caractérisent les législations nationales puisque des Etats comme l'Irlande ou les Pays-Bas excluent l'application du droit à l'inviolabilité du domicile aux locaux commerciaux, tandis que d'autres conditionnent l'ingérence de l'autorité administrative à la délivrance d'un mandat judiciaire.

En droit allemand, l'article 13 de la loi fondamentale qui est applicable aux personnes morales et aux locaux commerciaux, prévoit que "le domicile est inviolable" et que "des perquisitions ne peuvent être ordonnées que par le juge saisi ainsi que, s'il y a péril en la demeure, par les autres organismes prévus par les lois ; elles ne peuvent être effectuées que dans la forme prescrite". Mais en matière de concurrence, il faut se reporter plus particulièrement à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1957, qui dispose que "les personnes chargées par l'autorité de contrôle des ententes de procéder aux enquêtes sont habilitées à pénétrer dans les locaux des entreprises ou des associations d'entreprises. La règle de base de l'article 13 de la loi fondamentale est limitée en conséquence". Une distinction est organisée par le texte, entre le pouvoir de vérification qui comprend le droit d'entrer dans les locaux et le seul examen des documents présentés aux autorités par les responsables de l'entreprise, et le pouvoir de perquisition nécessitant un mandat judiciaire qui permet le recours à la force. En cas d'urgence, la

1. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989(8), p.2919.

perquisition peut avoir lieu sans mandat du juge, les fonctionnaires devant acter par procès-verbal les faits qui ont permis de supposer qu'il y avait urgence. Le refus de collaborer à la vérification constitue une infraction administrative.

En droit français, le droit à l'inviolabilité du domicile est un principe fondamental des lois de la République, considéré comme partie du principe de liberté individuelle consacré par l'article 66 de la Constitution. En matière de concurrence, une distinction similaire à la solution dégagée par la Cour de Luxembourg est effectuée par l'ordonnance du 1er décembre 1986¹, entre d'une part les "enquêtes simples" qui permettent l'accès aux locaux professionnels et la demande de communication de documents professionnels par les agents du Conseil de la Concurrence et, d'autre part, les "enquêtes lourdes" nécessitant un mandat judiciaire autorisant la visite des locaux et la saisie des documents par les fonctionnaires de police.² L'opposition à l'exercice des fonctions des agents est un délit passible d'une peine d'emprisonnement de deux à six mois.

Au Royaume-Uni, où le droit à l'inviolabilité du domicile est une liberté fondamentale tirée de la "common law" qui s'applique également aux locaux commerciaux, aucun pouvoir de vérification n'est accordé aux autorités compétentes et une ordonnance doit être à cet égard sollicitée de la Haute Cour.

Saisie de la question dans l'affaire National Panasonic³, la Cour ne s'était pas prononcée sur l'application du principe aux personnes morales ; elle avait cependant jugé que les règles prévues par l'article 14 du règlement 17/62 n'étaient pas contraire à l'article 8 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme selon lequel "toute personne a droit au respect de sa

1. Voir les articles 47 et 48 de l'ordonnance.

2. C.A. Paris arrêt du 7.2.1989, G.P. 22-25 avril 1989, p.17-18.

3. Aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". Avec les affaires Hoechst et Dow Benelux¹, la Cour se trouvait confrontée à un problème bien plus délicat qui pouvait faire "craindre qu'à l'avenir le mécanisme de l'article 14 §3 ne soit rendu en pratique inopérant par une prolifération de manifestations formelles d'opposition de la part d'entreprise"². Elle écarte clairement toute application de l'article 8 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui "concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait être étendue aux locaux commerciaux". C'est l'analyse comparative de la législation des Etats membres qui montre la nécessité d'apporter certaines limites aux pouvoirs de l'administration : Dans tous les systèmes juridiques des Etats membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit être reconnue comme un principe général du droit communautaire.³

2. Application du principe en droit communautaire

Les conséquences de la reconnaissance en droit communautaire du droit à l'inviolabilité du domicile ont déjà été partiellement étudiées avec le pouvoir de la Commission de requérir l'assistance des Etats membres. Ce qui nous intéresse ici est de

1. Aff.46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989.(8), p.2919, att.18; aff.85/87, Dow Benelux, Rec. 1989(9), p.3150, att.29.

2. Conclusions de l'avocat général Mischo, aff.46/87 et 227/88, Rec. 1989(8), p.2875, point 144.

3. Aff.46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989(8), p.2919, att.19.

savoir si la reconnaissance de ce droit fondamental nécessite nécessairement la délivrance préalable d'un mandat judiciaire par la Cour de Luxembourg ?

La question était déjà posée en 1961 par le Parlement qui relevait que "la possibilité pour l'intéressé d'introduire un recours devant la Cour de justice ne remplace par le mandat de perquisition du juge, car le renversement de la charge de la preuve restreint de façon inadmissible la défense de l'intéressé".¹ Avec l'affaire Hoechst², la Cour de justice refuse de délivrer elle-même les mandats de perquisition aux agents de la Commission. Elle suit l'opinion de son avocat général qui proposait de faire l'analogie avec l'article 192 du traité relatif à l'exécution forcée des décisions de la Commission réservant aux Etats membres toute forme d'intervention assimilable à la contrainte directe. De la sorte, le recours obligatoire à l'article 14 §6 du règlement 17/62 emporterait le respect automatique de la protection du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile³ telle qu'elle est conçue par chaque Etat.

Mais, en refusant de délivrer elle-même un mandat judiciaire⁴, la Cour n'entrave-t-elle pas l'unification des législations nationales et n'aggrave-t-elle pas les différences entre les droits de la défense auxquels peuvent prétendre les entreprises de la Communauté ? Si l'on peut légitimement se poser la question, il faut reconnaître tout d'abord qu'en droit international, le juge du for peut appliquer la loi étrangère en

1. Rapport Deringer, Document de séance de l'Assemblée Parlementaire européenne du 7.9.1961, n°57, p.30.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Rec. 1989, p.2919.

3. Voir infra Titre I, Chp.II, sect.I, §2.II.4.

4. Un tel mandat est prévu par l'article 81 du traité Euratom, et, dans un contexte tout à fait différent, par l'article 1 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes.

suisant ses propres règles de procédure civile. Le droit communautaire est différent puisqu'il vise l'intégration. Par ailleurs, le renvoi aux procédures nationales est fait sous la condition du respect des principes généraux du droit communautaire, dont celui de l'inviolabilité du domicile des entreprises. Enfin, la reconnaissance de ce principe change les rapports entre les agents économiques en droit communautaire : Ce n'est plus l'entreprise à être toujours obligée de solliciter l'intervention du juge. Un pas vers une plus grande égalité des droits de l'entreprise et des prérogatives administratives est ainsi franchi. On peut-même s'interroger : Une entreprise d'un Etat membre ne reconnaissant pas l'inviolabilité du domicile d'une personne morale pourrait-elle invoquer l'illégalité de la loi nationale au regard du droit communautaire ?

III. Droit de ne pas témoigner contre soi-même

Pour "éviter que les droits de la défense ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre des procédures d'enquête préalable", la Cour pose une limite importante aux prérogatives de la Commission en élevant, à l'occasion des arrêts Solvay et Orkem du 18 octobre 1989¹, le droit de ne pas témoigner contre soi-même au rang des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire.

1. Reconnaissance du principe

Le droit de ne pas témoigner contre soi-même ne figure pas dans les règles écrites du droit communautaire et sa reconnaissance par la Cour de justice était diversement perçue par les commentateurs. Caractérisant pour certains² un "système

1. Aff.374/87 et 27/88, Rec. 1989(9), p.3343 et 3355.

2. Voir par ex. A.Pliakos, op. cit., p.287.

de droit digne de ce nom", elle présentait pour d'autres¹ des inconvénients importants. Elle pourrait la Commission à recourir d'office aux procédures de vérifications et renforcer la distorsion déjà présente dans l'application du droit de la concurrence entre les divers Etats membres. Ces deux arguments ne sont guère convaincants : le premier car la Commission peut utiliser la procédure de demandes d'information après avoir effectué des vérifications préalables², le second car la reconnaissance du droit de ne pas s'incriminer pourrait conduire certains systèmes nationaux à le consacrer dans le domaine de la concurrence. Il était également soutenu que la reconnaissance du droit affaiblirait considérablement la possibilité de la Commission de rassembler des informations³ ; il s'agit en fait d'un faux problème car celles-ci peuvent toujours être obtenues par des vérifications surprises⁴. Enfin, l'argument⁵ suivant lequel la protection des entreprises est suffisamment assurée avec l'obligation au secret professionnel de la Commission opère une confusion inacceptable. Le droit contre l'auto-incrimination vise à protéger l'entreprise dans ses rapports avec l'administration, non dans ses relations avec les tiers.

La reconnaissance du principe en droit communautaire à l'occasion des arrêts Orkem et Solvay du 18 octobre 1989⁶ devrait marquer la fin de ces divergences. Ces deux entreprises demandaient l'annulation de décisions de demandes de renseignements adressées par la Commission dans le cadre d'une

1. Thiesing, Schröter, Hochbaum, *op. cit.* p.490.

2. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1989, aff.374/87, Orkem, *Rec.* 1989(9), p.3343.

3. F.I.D.E., Congrès de Copenhague, 1978, p.11 et 15.

4. A.Braun, "Les droits de la défense devant la Commission et la C.J.C.E.", *R.I.C.* 1980, p.4.

5. C.S.Kerse, *op. cit.*, p.113.

6. Aff. 374/87 et 27/88, *Rec.* 1989(9), p.3343 et 3355.

enquête menée dans le secteur des thermoplastiques. La Commission voulait obtenir des précisions sur la tenue de certaines réunions de producteurs, l'indication des entreprises participantes, la communication de tout document concernant ces réunions, les initiatives visant à fixer et maintenir les niveaux de prix satisfaisants pour tous les participants aux réunions, les renseignements communiqués par l'entreprise aux autres producteurs en ce qui concerne la production et la vente des produits en cause. Elle demandait également des renseignements sur "toute démarche ou mesure concertée qui est susceptible d'avoir été envisagée ou arrêtée pour soutenir des initiatives en matière de prix", sur "les modalités de tout système ou de toute méthode ayant permis d'attribuer des objectifs de vente ou des quotas aux participants (aux réunions)" et "sur toute méthode ayant permis de contrôler, chaque année, le respect de tout système objectif exprimé en volume ou de quotas". Les entreprises soutenaient que l'obligation de témoigner contre soi-même constituait une violation des droits de la défense. Le droit de ne pas s'incriminer serait à cet égard consacré par la Convention européenne des droits de l'homme et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966¹, et ferait ainsi partie intégrante du droit communautaire.

Refusant cette dernière argumentation, la Cour constate que ces textes ne sont pas applicables en matière de procédure de la

1. Il faut noter que c'est la première fois que la Cour mentionne le Pacte international comme source d'interprétation des droits fondamentaux applicables en droit communautaire.

concurrence¹ et qu'aucune disposition communautaire écrite ne protège un tel droit. En effet, lors de l'élaboration du règlement 17, le Conseil n'avait pas retenu la proposition de la Commission parlementaire qui voulait modifier la rédaction de l'article 11 en ajoutant la disposition suivant laquelle "les personnes tenues de fournir les renseignements peuvent refuser de répondre aux questions, lorsque ladite réponse risque de les exposer elles-mêmes, ou d'exposer une des personnes pouvant refuser de témoigner en vertu du Code national de procédure, ou les entreprises ou associations d'entreprises qu'ils représentent, à des sanctions pénales."² Il est intéressant de voir qu'à l'époque, le Parlement soutenait que la réglementation élaborée par la Commission ne correspondait pas aux "principes généraux en vigueur dans un Etat fondé sur la légalité" et encourait de ce fait le risque d'être annulée par la Cour de justice.³ Mais la reconnaissance d'un droit de ne pas témoigner contre soi-même intervient sur un fondement différent. L'analyse comparative des droits nationaux ne permet pas de conclure à l'existence d'un principe commun aux droits des Etats membres au profit des personnes morales et dans le domaine des infractions de nature économique, notamment en matière de droit de la

1. La Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas le principe, le Pacte international consacre outre la présomption d'innocence, le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable, dans le seul cadre d'une infraction pénale faisant l'objet d'une poursuite judiciaire. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1989, aff.374/87, Orkem, Rec. 1989(9), p.3343, att.30 et 31.

2. Rapport Deringer, Document de séance de l'Assemblée Parlementaire Européenne n°57, 7.9.1961, point 120, p.30.

3. On verra cependant, que c'est par une autre technique que la Cour aboutit à la reconnaissance du principe.

On peut noter que le représentant de l'Allemagne avait fait acter au procès-verbal, réserve suivant laquelle, dans la conception juridique allemande, de tels droits de refuser des renseignements allaient de soi et s'appliquaient également aux demandes de renseignements de la Commission. Voir A.Braun, op. cit., p.4.

concurrence. La plupart des législations des Etats membres limitent l'application du droit de ne pas témoigner contre soi-même au droit pénal classique. Par contre, la loi allemande relative aux restrictions de la concurrence du 27 juillet 1957 prévoit en son article 46 §5, que "la personne tenue de donner un renseignement peut le refuser, si ce renseignement porte sur des questions dont la réponse est susceptible d'exposer cette personne ou ses proches -au sens de l'article 383(I), n° 1 à 3 du Code de Procédure Civile (Z.P.O.)- à des poursuites pénales ou à une procédure en vertu de la loi sur les infractions d'ordre administratif." Egalement, en droit anglais, le privilège contre la "selfincrimination" est expressément reconnu par l'article 14 du Civil Evidence Act 1968 aux termes duquel "the right of a person in any legal proceedings other than criminal proceedings to refuse to answer any question or produce any document or thing if to do so would tend to expose that person to proceedings for an offence or for the recovery of a penalty"¹. Il a notamment été invoqué avec succès devant les juridictions britanniques à propos de l'affaire du cartel de l'uranium² par les défendeurs qui soutenaient que la divulgation des informations, qui leur étaient réclamées, les exposait à des risques d'amendes de la Commission des Communautés européennes.³

1. Voir à ce sujet, J.Philip, "EEC Competition Law and Privilege against Selfincrimination in English Law", L.I.E.I., 1981/1, p.49-75.

2. Re Westinghouse Electric Corporation Uranium contract Litigation MDL Docket n°235, All England Reports, 8th November 1977, p.703 à 728.

3. Il ne faut cependant pas négliger le contexte politique particulier : Dans la même affaire, pour empêcher l'exécution de la commission rogatoire de la Cour de district de Virginie, demandant à la Cour suprême de New South Wales (Australie), de procéder à l'audition de témoins et la communication de certains documents, l'Australie a adopté d'urgence, la loi "Prohibition of Certain Evidence Act" de 1976.

Allant à l'encontre de l'avis de l'avocat général M. Darmon¹, la Cour considère que "la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve." Elle limite les pouvoirs d'enquête de la Commission et élève le droit de ne pas témoigner contre soi-même au rang des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire : "Il importe d'éviter que les droits de la défense ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre des procédures d'enquête préalable qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves de caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité."

En conséquence, la Commission peut poser des questions visant à obtenir des informations factuelles mais elle ne peut interroger l'entreprise sur la finalité de son action et de l'objectif qu'elle poursuit, l'obligeant ainsi à avouer sa participation à un accord interdit par les articles 85 et 86 du Traité CEE ou son intention de réaliser cet objectif. En l'espèce, doivent être annulées les questions posées par la Commission à Orkem ou à Solvay, tendant à savoir "toute démarche ou mesure concertée qui est susceptible d'avoir été envisagée ou arrêtée pour soutenir ces initiatives en matières de prix", à la communication "des modalités de tout système ou de toutes méthodes ayant permis d'attribuer des objectifs de vente ou des quotas aux participants" et à la description de "toute méthode ayant permis de contrôler le respect de tout système d'objectif exprimé en volume et en quotas"².

1. Dans l'affaire AM &S, l'avocat général Warner soutenait également qu'accorder un tel droit ruinerait l'efficacité de la procédure de l'article 11. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, Rec. 1982, p.1575.

2. C.J.C.E. arrêts des 18.10.1989, aff.374/87 et 27/88, Rec. 1989, p.3343 et 3355.

2. Portée du principe

Le droit de ne pas témoigner contre soi-même n'est pas limité à certaines phases de la procédure ou à certains moyens d'enquête¹. Mais la reconnaissance du principe en droit communautaire amène à s'interroger sur sa possible application dans deux cas de figure particuliers qui supposent il est vrai un concours de circonstances exceptionnelles. Ceux-ci interviennent lorsque deux normes contradictoires, dont l'une est constituée par la décision exigeant la fourniture d'informations, s'appliquent corrélativement. Le premier cas concerne les entreprises du Marché commun : Aux termes de l'article 223 §1(a) du Traité CEE, "Aucun Etat membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux éléments essentiels à sa sécurité". Celui-ci pourrait ainsi interdire à l'entreprise interrogée de répondre, la question de savoir qui est détenteur du secret d'Etat ne se posant pas.² Dans le domaine des transports, le règlement n°11, prévoit expressément que l'information requise peut être refusée si elle implique la divulgation des faits que l'Etat membre considère comme contraire à sa sécurité. La règle posée par le traité est bien entendu supérieure à celle émise en vertu du règlement d'application. Cependant, la position de l'entreprise n'est pas clairement définie. Pour les entreprises étrangères, la difficulté est plus sérieuse et, également, moins improbable. Tous les pays occidentaux³ se sont dotés d'une législation

1. P.J.Kuyper et T.P.J.N.van Rijn, op. cit., p.14, proposaient de limiter drastiquement l'application du principe, aux procédures impliquant une certaine coopération de la part de l'entreprise, c'est à dire aux vérifications et après l'ouverture de la procédure contradictoire.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.487.

3. Ces "contre législations nationales ont été adoptées de 1964 à 1969 dans le domaine du transport maritime, puis dans le domaine de l'aviation mais non exclusivement, de 1976 à 1980.

protectrice¹ en matière de communication de renseignements à l'étranger ou prévoient des dispositions analogues en droit commun². Ces législations constituaient, à l'origine une réponse à l'usage à des fins déloyales de législations (en l'occurrence américaine) antitrust, "tel que l'infliction de lourdes pénalités aux entreprises étrangères pour décourager leurs efforts d'implantation, l'engagement de procès à leur encontre sur le fondement le plus tenu pour permettre, quelle que soit l'issue, de glaner force renseignements qui pourront, par la suite être utilisés à leur détriment."³ Si l'interdiction édictée, n'est pas reconnue comme excuse absolutoire par l'autorité ou la juridiction exigeant le renseignement, elles apparaissent susceptibles de mettre les entreprises intéressées dans une situation embarrassante : Il ne resterait plus que le choix du lieu où se faire punir. Dans l'affaire CSV⁴, la Commission n'a pas admis le refus de répondre de cette société qui invoquait la

1. La loi anglaise "Protection of Trading Interest Act 1980, du 20 mars 1980, prévoit que lorsque les demandes d'informations sont adressées directement aux entreprises britanniques, celles-ci doivent, sous peine de sanctions pénales, en avertir immédiatement le ministre du commerce. Celui-ci juge, si ces demandes portent ou non atteinte, à la souveraineté, à la sécurité, aux relations du pays avec les Etats tiers. Si les demandes sont adressées, par voie de commission rogatoire aux juridictions, c'est à elles, qu'il appartient de transmettre la demande.

La loi française N° 80-538, du 16 juillet 1980, incrimine la communication, mais également la demande de renseignements, de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts essentiels du pays ou à son ordre public. Elle impose aux entreprises concernées, la charge d'apprécier elles-mêmes, si leur comportement tombe sous les dispositions de la loi.

2. Par exemple, pour la R.F.A. : article 384 n°3 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung)

3. M.Nénot, "La communication de renseignements à l'étranger-Remarques sur la loi du 16 juillet 1980", R.C.D.I.P., 70(1981), p.422, à propos du rapport Mayoud, Ass.Nat. n°1814, p.46.

4. Déc. du 25.6.1976, J.O.C.E. 1976, L192/27.

législation suisse, interdisant la communication de certains renseignements vers l'étranger.

Chapitre III : LA PROCEDURE CONTRADICTOIRE

La réglementation communautaire consacre expressément le droit d'être entendu des entreprises avant que l'administration prenne certaines décisions à leur encontre. La procédure contradictoire ainsi instaurée constitue une phase essentielle pour l'expression des droits de la défense ; elle constitue aussi, dans une certaine mesure, un processus d'élaboration commune de la décision d'application des règles de la concurrence.

Elle n'est toutefois pas systématiquement mise en oeuvre. De plus, les tiers ne sont-ils pas oubliés au cours des trois phases de la procédure, soit, lors de la mise en oeuvre par la Commission des droits à être entendu des entreprises, de la divulgation des informations et de l'audition ?

Section 1. L'ouverture de la procédure contradictoire

Une procédure contradictoire n'est pas systématiquement ouverte avant le prononcé de n'importe quelle décision par la Commission. Son engagement, qui n'est pas toujours évident à définir, emporte des conséquences très lourdes pour les entreprises.

§ 1. Dans quels cas existe-t'il un droit d'audition des entreprises ?

En droit de la concurrence, les entreprises n'ont pas le droit d'être entendues avant toutes les décisions que la Commission entend prendre. Pour certaines d'entre elles, des doutes subsistent.

I. Le principe de la mise en oeuvre

Selon les règlements communautaires, la Commission est tenue de mettre en oeuvre le droit d'audition des entreprises avant de

prendre certaines décisions. Il s'agit, au titre de l'article 19 du règlement 17/62, des attestations négatives, des décisions constatant une infraction, des exemptions individuelles ou de leur révocation, des amendes et des astreintes, des communications provisoires faites au titre de l'article 15 §6. Au titre de l'article 18 du règlement 4064/89, la Commission doit mettre en oeuvre le droit d'être entendu des entreprises avant de prendre une décision de prorogation de suspension des opérations de concentration, ou de dérogation, de déclaration de compatibilité ou d'incompatibilité, d'injonction, de révocation de la décision, d'amendes et d'astreintes. Ce droit doit pouvoir s'exercer "à tous les stades de la procédure jusqu'à la consultation du Comité consultatif". Il s'agit de "permettre aux entreprises concernées de faire connaître leur point de vue et d'éclaircir la Commission le plus complètement possible avant qu'elle ne prenne une décision affectant les intérêts de l'entreprise."¹

Cependant, plusieurs décisions échappent à l'application du droit d'être entendu. Il s'agit de celles prononcées dans la phase d'enquête². Enfin, comme nous le verrons plus loin, le règlement 4064/89 procède à des aménagements en matière de mesures provisoires qui permettent à la Commission d'entendre les entreprises postérieurement au prononcé de la décision.

II. Les cas non résolus en pratique

Deux difficultés demeurent en suspens. Elles concernent les décisions par lesquelles la Commission prononce une astreinte et les mesures provisoires.

1. C.J.C.E. arrêts du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639, att.15, et du 23.10.1974, aff.17/74, Transocean Marine Paint Association, Rec. 1974, p.1031, att.16.

2. Voir le ch. précédent, section 2, §1, I.

1. Les astreintes

La décision prononçant une astreinte doit être décomposée en deux décisions successives. Dans la première, la Commission menace l'entreprise de lui imposer une pénalité journalière si elle ne se conforme pas à ce qu'elle lui dit de faire ; dans la seconde, elle fixe le montant définitif de la sanction que l'entreprise doit payer. La question qui se pose est de savoir si la Commission est tenue d'entendre les entreprises intéressées et de consulter le Comité consultatif avant de prendre la première décision. Elle semblait ne pas faire de doute en doctrine, la majorité des auteurs¹ considérant comme un fait certain que la rédaction de l'article 16 du règlement 17 imposait de telles auditions et consultations. Or, dans l'arrêt Hoechst², la Cour part du principe qu'une telle décision ne peut recevoir exécution avant que ne soit déterminé le montant définitif de l'astreinte. Elle estime qu'il est "satisfait à l'obligation d'audition de l'intéressé et de consultation du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes si l'audition et la consultation ont lieu avant la fixation définitive de l'astreinte de sorte que, tant l'entreprise concernée que le Comité consultatif sont en mesure de faire connaître utilement leur point de vue au sujet de tous les éléments retenus par la Commission pour infliger l'astreinte et en fixer le montant définitif". La Cour poursuit : "L'exigence de procéder auxdites audition et consultation préalablement à l'adoption d'une

1. Voir par ex. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.583, qui estiment que "les règles (...) s'appliquent aussi bien à la décision qui "inflige" qu'à celle qui "fixe" l'astreinte"; C.-S.Kerse, op. cit., p.232, qui se réfère à l'affaire Ford, dans laquelle l'avocat général Slynn avait contré la Commission, en estimant que le Comité consultatif devait être consulté avant l'infliction de l'astreinte, 28.2.1984, aff.228-229/82, Ford of Europe et Ford Werke, Rec. 1984, p.1129.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87 et 227/88, Rec. 1989, p.2919, att.55 et 56.

décision infligeant une astreinte à une entreprise (...) reviendrait à différer la date d'adoption de cette décision et, partant, à mettre en cause l'efficacité de la décision de vérification". Il faut voir que jusqu'à cette affaire, la Commission avait toujours entendu les entreprises et consulté le Comité consultatif, mais ce pour la simple raison que les astreintes en question avaient été prononcées en même temps que la décision au fond.¹ Le règlement 17/62 n'établissant aucune distinction entre les astreintes visant la cessation des infractions au fond ou de procédure, il ne serait absolument pas logique de cantonner l'arrêt de la Cour à un certain type de décision. Or, le texte impose un montant minimum au dessous duquel la Commission ne peut descendre. Elle n'a pas le pouvoir de remettre la créance d'astreinte². Dans ces conditions, la première décision imposant une astreinte est bien un acte faisant grief à l'intéressé, qui modifie sa situation de façon caractéristique. L'arrêt de la Cour est à cet égard très criticable du point de vue des droits de la défense. La solution rendue n'apparaît pas non plus indispensable au regard de l'efficacité de l'action administrative.

2. La procédure contradictoire s'applique-t-elle aux mesures provisoires ?

Dans l'ordonnance rendue dans l'affaire Camera Care, qui marque la reconnaissance du droit de la Commission de prendre des mesures provisoires, la Cour a fait référence aux droits des parties garantis par l'article 19 du règlement 17/62, sans

1. Déc. du 17.12.1975, Chiquita, J.O.C.E. 1976, L.95/1 et C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207, att.29.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.583, opposant la décision de la Haute Autorité n°3/52 pour les majorations de retard visées à l'article 50 §3 du Traité CECA. Egalement, le règlement 4064/89 n'édicte aucune limite.

mentionner le règlement 99/63. Cette omission a plongé les commentateurs dans la perplexité. Dans quelle mesure la Commission est-elle tenue de suivre le formalisme attaché à la procédure au fond ? Doit-elle procéder à l'audition des intéressés et consulter le Comité consultatif en matière d'entente et de positions dominantes ?

Sur le premier point, la doctrine est unanime pour affirmer que le droit d'audition des entreprises doit être respecté. A.Pliakos estime ainsi, que dans la mesure où il s'agit d'une décision susceptible d'affecter les entreprises intéressées, la Commission se trouve dans l'obligation d'entendre ces dernières avant d'adopter une mesure provisoire¹. Cependant, plusieurs auteurs rappellent la position développée par l'avocat général Roemer dans l'affaire des Cimenteries² qui niait un droit d'audition en matière d'application de l'article 16 §6 du règlement 17. Selon eux, cette thèse pourrait très bien être appliquée en la matière. En pratique, il est vrai que les décisions ultérieures de la Commission ont été précédées de l'audition des intéressés et on peut penser qu'elle poursuivra sur cette voie. Mais plusieurs incertitudes demeurent. Appliquera-t'elle les mêmes règles que celles de la procédure au fond concernant l'audition orale des entreprises, l'admission des observations des tiers ?

Le règlement du contrôle des concentrations apporte un nouvel élément en énonçant expressément que "les décisions de prorogation de sursis et de dérogation au sursis (..) peuvent être prises, à titre provisoire, sans donner aux personnes, entreprises et associations d'entreprises intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue au préalable, à condition que la Commission leur en fournisse l'occasion le plus rapidement

1. A.Pliakos, op. cit., p.342.

2. C.J.C.E. arrêt du 15.3.1967, aff.8-11/66, Cimenteries, Rec. 1967, p.93..

possible après avoir pris sa décision"¹. Cette dérogation, limitée aux seules décisions de prorogation de sursis et de dérogation au sursis démontre "a contrario" que l'audition préalable des entreprises est requise pour toutes les autres mesures provisoires². Une telle exigence, valable en matière de concentration, doit également se vérifier pour les ententes et les positions dominantes.

Sur le second point, le principe même de la consultation du Comité consultatif n'est pas clair. Se référant de nouveau à la théorie de "l'effet utile", plusieurs commentateurs³ estiment que l'article 10 du règlement 17 organisant la consultation du Comité consultatif ne devrait pas à s'appliquer en matière de mesures provisoires. Mais s'agissant d'un élément important des droits de la défense et surtout d'un droit de regard des Etats membres sur la politique communautaire, la Commission devrait procéder à cette consultation. En l'absence d'une disposition explicite de la Cour de justice, la Commission a donc jusqu'à présent suivi cette dernière analyse. Cette pratique fait ainsi tomber la critique⁴ tenant à l'impraticabilité de cette extension de compétence, suivant laquelle la consultation du Comité entraînerait un formalisme lourd qui serait incompatible avec le caractère d'urgence requis pour l'adoption de mesures provisoires. On constate dans les affaires Ford⁵ et ECS/Akzo⁶, dans lesquelles la Commission a recueilli l'avis du Comité consultatif avant d'arrêter une décision, que le délai qui s'est écoulé entre la demande de mesures provisoires de l'entreprise et

1. Article 18 §2.

2. Voir cette thèse, Titre II, ch.II, section 1, §3, III.

3. Voir par exemple, J.Temple Lang, op. cit. p.56 et G.Cerutti "Potestà discrezionali della Commissione e provvedimenti cautelari della concorrenza", Rivista di Diritto Reuropeo, (25) 1985, p.172.

4. L.Focsaneanu, op. cit., p.299.

5. Déc. du 18.2.1982, J.O.C.E. 1982, L.256/20, att.24.

6. Déc. du 29.7.1983, J.O.C.E. 1983, L.252/13

la publication de la décision de la Commission au Journal officiel est respectivement de trois mois et de deux mois et demi, ce qui semble acceptable pour des affaires posant souvent des problèmes délicats.

Le règlement 4064/89 renforce cette dernière analyse en ce qu'il prévoit obligatoirement l'audition des intéressés préalablement à toute décision "jusqu'à la consultation du comité consultatif"¹ et qu'il n'exclut de cette disposition que les décisions de prorogation de sursis et de dérogation au sursis² : Par déduction, la Commission devrait procéder à la consultation du Comité pour les autres mesures intérimaires.

§ 2. L'engagement de la procédure

L'engagement de la procédure par la Commission, conformément à l'article 9 du règlement 17/62, est très important en ce qu'il met un terme à la compétence des autorités nationales³. Toutefois, sa matérialisation n'est pas toujours très claire.

I. Quand y a t'il engagement de la procédure ?

Aucune disposition réglementaire ne précise de façon explicite par quelle formalité la Commission déclenche la procédure administrative, l'article 9 du règlement 17 ne faisant que viser l'engagement de la procédure. La Cour a précisé que l'article 9 "se référant à l'engagement d'une procédure en application des articles 2, 3 ou 6, vise évidemment un acte d'autorité de la Commission manifestant sa volonté de procéder à

1. Voir l'article 18 §1.

2. Voir l'art. 18 §2.

3. Il n'y a pas d'équivalent en matière de règlement de concentration du fait de la compétence exclusive de la Commission.

une décision en vertu des articles cités".¹ En pratique, il s'agit d'un simple formulaire signé d'un membre de la Commission déclarant la procédure ouverte qui est notifié aux autorités compétentes des Etats membres concernés². Les exigences de fond auxquelles l'acte doit répondre pour informer les entreprises intéressées sont minimales. Il résulte de la jurisprudence de la Cour³, que la Commission est simplement tenue d'indiquer le type de procédure sans avoir à mentionner qu'elle envisage de prononcer une amende à l'encontre des intéressés ; elle n'est virtuellement soumise à aucune obligation de communiquer aux entreprises l'engagement de la procédure avant la notification de la communication des griefs : "Ni les textes en vigueur, ni les principes généraux des droits de la défense n'imposent d'effectuer la communication de la décision d'ouverture de la procédure en constatation d'infraction, préalablement à la communication des griefs retenus contre les intéressés dans le cadre d'une telle procédure."⁴ Il s'agit d'ailleurs de la pratique courante de la Commission qui retarde le plus possible l'engagement officiel de la procédure⁵. Et, si certains

1. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Haecht II, Rec. 1973, p.77, att.16.

2. On peut noter qu'il existe des procédures d'information équivalentes dans les législations nationales, au profit des personnes ou organismes publics concernés. Voir, par exemple la notification par l'autorité de contrôle des ententes en R.F.A., à l'autorité suprême du "Land" ou à l'Office fédéral des ententes (art.45 de la loi du 27.7.1957).

3. C.J.C.E. arrêts du 14.7.1972, aff.48, 49 et 51 à 57/69, matières colorantes, Rec. 1972, p.619 et s.

4. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.57/69, ACNA, Rec. 1972, p.933, 948.

5. P.J.Kuyper et T.P.J.N.van Rijn "Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition", Y.E.L. 1982, p.12.

auteurs¹ ont critiqué cette conduite en estimant que l'entreprise devait être informée le plus rapidement possible et qu'aucun acte d'enquête ne devrait pouvoir être diligenté avant la notification à l'intéressé, il faut constater qu'il n'existe aucune raison suffisante, du point de vue des droits des entreprises, pour la modifier.

II. Effets de l'engagement de la procédure ?

L'engagement de la procédure contradictoire a pour effet d'interrompre la prescription prévue à l'article 2 du règlement 2988/74. Aux termes de l'article 9 §3 du règlement 17, elle a surtout pour conséquence de mettre un terme à la compétence des autorités des Etats membres quant à l'application des dispositions des articles 85 §1 ou 86 du Traité CEE. La portée de cette disposition qui "consiste en substance à mettre l'entreprise concernée à l'abri de procédures parallèles de la part des autorités des Etats membres", a principalement été précisée dans l'arrêt BRT-Sabam². La Cour a tranché en faveur d'une conception restrictive désignant les seules autorités chargées spécialement de mettre en oeuvre le droit interne de la concurrence. Elle a rejeté celle visant tout organe juridictionnel ou administratif appliquant le droit de la concurrence³. Plusieurs questions restent encore en suspens dans les Etats membres. Par exemple, en France, il n'est pas encore établi si les juridictions répressives peuvent être considérées

1. Sedemund "Due Process in EEC Competition Procedures" et Vaughan & Hall "Investigatory powers of the EEC Commission in competition matters", cités par P.J.Kuyper et T.P.J.N.van Rijn, *idem*.

2. C.J.C.E. arrêt du 30.1.1974, aff.127/73, Rec. 1974, p.51.

3. L.Idot, "L'interférence du droit interne et du droit communautaire de la concurrence", P.A. n°38, 1988, p.28.

comme des autorités au sens de l'article 9 §3, même si la doctrine penche pour une réponse négative¹ ?

L'engagement formel de la procédure n'a pas pour effet de clore la phase d'enquête. La Cour a en effet jugé que la Commission peut parfaitement prendre en considération, dans la communication des griefs, des faits intervenus après l'engagement de la procédure. Une telle prise en compte n'affecte pas les droits de la défense et répond à un principe d'économie de l'action administrative.²

Section 2. La mise en oeuvre du droit d'être entendu

Le droit d'être entendu des entreprises diffère suivant qu'il s'agit des entreprises à qui est destinée la décision de la Commission, ou des tiers intéressés. Dans le premier cas, la Commission adresse une communication des griefs, dans le second cas, elle doit publier la décision ou le projet de décision ou informer directement les tiers.

§ 1. La communication des griefs

La communication des griefs est l'acte par lequel la Commission expose à l'entreprise les raisons qui justifient selon elle, la décision défavorable qu'elle envisage de prendre à son égard. Prévue aux articles 2 du règlement 99/63 et 12 §1 du règlement 2367/90, une telle communication doit permettre à l'entreprise de faire connaître son point de vue au sujet de la décision envisagée.

1. L.Idot, op. cit., p.29.

2. Idem.

I. Nature de l'acte

La nature juridique de la communication des griefs est, comme en matière d'engagement de la procédure, un document de procédure préparatoire par rapport à la décision au fond de la Commission.¹ Celle-ci n'a pas à le prendre en formation collégiale² et l'entreprise ne peut en demander l'annulation devant le Tribunal sur le fondement de l'article 173 du traité. L'impossibilité d'attaquer l'acte de façon autonome s'explique essentiellement pour deux raisons³. D'une part, il n'est pas question qu'elle s'immisce dans la politique menée par la Commission : "Un recours en annulation dirigé contre l'engagement d'une procédure et contre une communication des griefs pourrait obliger la Cour à porter une appréciation sur des questions sur lesquelles la Commission n'a pas eu encore le temps de se prononcer et aurait ainsi pour conséquence une anticipation des débats au fond et une confusion des différentes phases administratives et judiciaires. Il serait donc incompatible avec les systèmes de répartition des compétences entre la Commission et la Cour et des voies de recours, prévus par le traité, ainsi qu'avec les exigences d'une bonne administration de la justice et d'un déroulement régulier de la procédure administrative de la Commission."⁴ D'autre part, la Cour considère que la communication des griefs n'a pas d'effets juridiques à l'égard

1. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2654, att.21.

2. C.J.C.E. arrêt du 17.1.1984, aff.43-63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.19.

3. Elle a refusé d'admettre, comme le soutenaient des requérantes, qu'une règle commune à tous les systèmes juridiques existait et de faire un rapprochement avec les recours contre des actes préparatoires ouverts dans le contentieux de la fonction publique.

4. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, Rec. 1981, p.2654. att.20 et 21.

des entreprises qui justifieraient l'ouverture d'une voie de recours direct.¹

Il reste que la communication des griefs présente une importance pratique considérable pour les entreprises à qui l'acte servira de base pour préparer leur défense. S'il apparaît donc nécessaire que la communication des griefs soit particulièrement claire et précise, il faut constater que les destinataires se plaignent très souvent de son caractère incomplet et obscur.² Le document n'est en général pas très long mais il peut, dans certaines affaires exceptionnelles, atteindre plusieurs centaines de pages³.

II. Contenu de la communication des griefs

L'étendue de l'obligation mise à la charge de la Commission, d'informer les entreprises des reproches qu'elle retient à leur encontre, a été définie par la Cour de justice comme suit : "Pour sauvegarder les droits de la défense dans la procédure administrative, il suffit que les entreprises soient informées des éléments essentiels sur lesquels sont fondés les griefs."⁴ Il est acquis qu'"en ce qui concerne la communication des griefs -premier acte de la procédure administrative- il est satisfait à cette obligation dès lors que cette communication énonce même

1. Idem, att.9.

2. Voir par exemple, C.J.C.E. arrêt du 2.3.1983, aff.7/82, GVL Rec. 1983, p.483, att.8.

3. N.Green, op. cit., p.279, qui relève que dans l'aff. 60/81 IBM, la communication des griefs de la Commission faisait plus de 700 pages et que la réponse d'IBM, qui aurait atteint 7000 pages, comprenait une demande de précisions supplémentaires de la part de l'administration.

4. C.J.C.E. arrêts des 14.7.1972, aff.54/69, Matières colorantes, Rec. 1972, p.619, att.22; 13.7.1966, aff.56/64 et 58/64, Grundig-Consten; 15.7.1970, aff.41/69, ACF Chimiefarma, Rec. 1970, p.661, att.24 et 27; 14.2.1978, aff.27/76 United Brands, Rec. 1978, p.207, att.275.

sommairement mais de façon claire les faits essentiels sur lesquels la Commission se base"¹. Mais si la communication ne doit comprendre que les éléments essentiels sur lesquels la Commission entend se baser pour prendre une décision, on ne doit pas s'en tenir à l'interprétation stricte du terme griefs. La Commission doit également communiquer "les motifs" conduisant à l'édition de la décision², les conclusions légales qu'elle tire des faits allégués³ : Lorsque la Commission envisage de faire application de l'article 86 du traité, elle doit indiquer dans quelle mesure une entreprise exploite abusivement une position dominante⁴ et quand elle entend refuser d'accorder une attestation négative ou une exemption selon l'article 85 §3, elle doit indiquer en quoi les faits constatés constituent une entente et en quoi les conditions d'exemption ne sont pas remplies. Suivant les cas, la communication des griefs devra donc faire apparaître, de façon suffisamment explicite, les faits essentiels concernant l'existence de l'infraction, sa durée, son degré de gravité, les obligations de faire ou de ne pas faire qui seront imposées aux entreprises dans le cadre d'une cessation d'infraction ordonnée en vertu de l'article 3 du règlement 17, l'essentiel des conditions et charges dont elle entend assortir une exemption, des limitations que la Commission veut apporter en cas de modification ultérieure d'une décision d'exemption, les actes qu'elle entend interdire, le fait qu'elle envisage de prononcer une sanction pécuniaire.

1. C.J.C.E. arrêts des 15.2.1979, aff.85/76, Hoffman La-Roche, Rec. 1979, p.461, et 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207, att.275.

2. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff.17/74, Transocean Marine Paint Association, Rec. 1974, p.1063.

3. B.Ferry, op. cit., p.129.

4. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.241, att.5.

La communication des griefs doit aussi mentionner les documents sur lesquels la Commission se base afin que l'entreprise puisse comprendre le raisonnement qui a été suivi. Cette indication doit être portée même si l'entreprise avait déjà connaissance des documents¹ : Ce ne sont pas les documents en tant que tels qui importent mais les conclusions que la Commission en a tiré. A défaut d'être mentionnés dans la communication des griefs, l'entreprise pourrait croire que les documents n'avaient pas d'importance pour les fins de l'affaire. L'intéressé doit pouvoir "manifester en temps utile son opinion sur la valeur probante de ces documents"².

La Commission n'a pas à étayer l'exactitude des faits avancés dans ses griefs³ car, à ce stade de la procédure, elle n'a pas à en établir la preuve⁴. En cas de procédures jointes, elle n'est pas obligée de communiquer séparément les griefs aux différentes entreprises⁵, comme elle n'a pas à indiquer la part de responsabilité de chacune d'entre elles dans la réalisation de l'infraction. La Commission n'est pas non plus tenue de préciser dans les détails les mesures envisagées. Par exemple, en matière d'amendes, la Commission doit annoncer qu'elle entend prendre une sanction pécuniaire mais n'est pas contrainte d'en mentionner le montant. La Cour⁶ a en effet considéré qu'aussi longtemps que les entreprises n'ont pas été mises en mesure de faire valoir

1. En l'espèce, les documents émanaient des propres bureaux de l'entreprise.

2. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, AEG, Rec.1983, p.3193, att.27.

3. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.626.

4. J.E.Ferry, "Procedure and Powers of the EEC Commission in Antitrust Cases", European Intellectual Property Review, 1979, p.129.

5. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125, att.29 à 34.

6. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100 à 103/80, Pioneer, Rec. 1983, p.1825, att.26.

leurs observations sur les griefs retenus contre elles, cette exigence reviendrait à anticiper de façon inappropriée la décision de la Commission. Cette décision est critiquable dans la mesure où l'entreprise se trouve privée d'un élément important à l'organisation de sa défense. L'avocat général Sir Gordon Slynn mentionnait dans cette même affaire qu'il serait souhaitable que la Commission soit tenue d'indiquer les critères généraux utilisés pour fixer le montant de l'amende, comme par exemple son intention d'utiliser le chiffre d'affaire réalisé par l'entreprise comme base de calcul. De plus, l'arrêt de la Cour n'est pas justifié au regard de sa jurisprudence antérieure¹, selon laquelle la décision n'est pas une copie conforme de la communication des griefs : L'administration pourrait modifier le montant de l'amende envisagée sans anticiper sur sa décision.

Enfin, il faut mentionner que, dans le but d'écourter les délais de procédure, la Commission a pris pour usage de proposer une date d'audition orale dès la communication des griefs².

III. Effets de la communication des griefs

La communication des griefs à l'entreprise a pour effet d'interrompre la prescription prévue à l'article 2 du règlement 2988/74 et de faire courir le délai de réponse imparti au destinataire. Cependant, les effets essentiels de l'acte sont ceux prévus aux articles 4 du règlement 99/63 et 18 §3 du règlement 4064/89 : "Dans ses décisions, la Commission ne retient contre les entreprises et associations d'entreprises destinataires que les griefs au sujet desquels ces dernières ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue." Il a été dit

1. Idem, att.15.

2. H.Johannes "The Role of the Hearing Officer", in 1992 and the EEC/U.S. Competition and Trade Law, Fordhame Corporate Law Institute, New-York, 1990.

de cette disposition que la communication des griefs "cristallise" la position de la Commission à l'égard de l'entreprise intéressée¹. Concrètement, la Commission ne pourra constater l'existence d'une infraction qui n'a pas fait l'objet d'une communication de griefs : "La Commission ne peut invoquer, dans une décision fondée sur l'article 86 du traité, l'entrave qui aurait été apportée de façon abusive par une entreprise dominante, aux exportations pratiquées par l'un de ses concurrents vers un autre Etat membre, lorsque la communication des griefs n'a pas mentionné cet élément."² Elle ne peut également retenir un caractère plus grave ou une durée plus longue de l'infraction par rapport aux indications y données. Elle ne peut imposer une amende, si elle n'a pas indiqué son intention à cet égard dans une communication de griefs. Enfin, la Commission ne peut constater l'existence de l'infraction sur une base factuelle qui différencie sensiblement de celle y exposée.

Mais les effets de la communication des griefs trouvent leurs limites dans le caractère purement provisoire de l'acte³ qui est destiné avant tout aux entreprises à qui il est reproché une infraction aux règles de la concurrence : Même si elle en a adressé une copie aux plaignants, la Commission n'est pas liée à leur égard au maintien des appréciations de droit et de fait qu'elle a formulées. Lors de la procédure administrative, la Commission conserve de fait une large marge de manoeuvre. La Cour de justice a rappelé que "La décision ne doit pas être nécessairement une copie de l'exposé des griefs. En effet, la Commission doit tenir compte des éléments résultant de la procédure administrative, soit pour abandonner des griefs qui se

1. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639, att.18.

2. C.J.C.E. arrêt du 24.6.1986, aff.53/85, Akzo, Rec. 1986, p.1986, att.88 à 100.

3. O.Due, op.cit., p.389.

seraient révélés mal fondés, soit pour aménager et compléter, tant en fait qu'en droit, son argumentation à l'appui des griefs qu'elle retient. Cette dernière possibilité n'est pas en contradiction avec le principe des droits de la défense sanctionné par l'article 4 du règlement 99/63. Cette disposition est respectée dès lors qu'elle ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans l'exposé des griefs et ne retient que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'exprimer.¹ La Commission peut ainsi rectifier des faits, ou une appréciation de droit, à la suite d'éléments fournis par les entreprises intéressées dans leurs observations écrites ou orales.² Elle peut utiliser des éléments nouveaux survenus au cours de la procédure, sans avoir à refaire une communication des griefs en cas d'infraction continue et, à condition qu'il s'agisse de la simple continuation d'infraction d'agissements antérieurs, une nouvelle communication des griefs n'est alors pas indispensable.³ En cas d'enquête postérieure à la communication des griefs, la communication aux intéressés d'un complément des griefs n'est nécessaire que dans le cas où le résultat des vérifications amènerait la Commission à mettre à la charge des entreprises des actes nouveaux ou à modifier sensiblement les éléments de preuve des infractions contestées.⁴

IV. Notification de la communication des griefs

1. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, ACF-Chemiefarma, Rec. 1970, p.693, att. 91 à 93.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.48, 51 à 57/69, matières colorantes, Rec. 1972, p.653.

3. Idem.

4. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.54/69, ACNA, Rec. 1972, p.949, att.16.

Le règlement 99/63 prévoit deux modes de notification de la communication des griefs. Elle peut être effectuée par la publication de l'acte au Journal officiel des Communautés européennes, notamment lorsque les entreprises sont nombreuses et qu'elles n'ont pas de mandataire commun.¹ Mais les effets d'une telle notification sont limités, puisqu'"une amende ou une astreinte ne peut être infligée à une entreprise ou à une association d'entreprise que si la communication a été effectuée" directement à l'entreprise.² La communication des griefs est donc normalement adressée "à chaque entreprise concernée ou à leur mandataire commun"³, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise contre reçu.⁴ L'article 16 du règlement 2367/90 relatif aux auditions en matière de concentration, qui instaure un régime de communication et de convocation unique pour tous les actes de procédure, ajoute la possibilité de notifier par télécopie avec accusé de réception ou par telex.

La notification de la communication des griefs à des entreprises étrangères ne posent, en principe, pas de difficulté. L'important est que le destinataire doit avoir été en mesure de prendre effectivement connaissance des griefs retenus contre lui. Pour cette raison, une entreprises étrangères à qui la Commission a adressé la communication des griefs par simple courrier postal, sans utiliser la voie diplomatique, ne peut se prévaloir de son propre refus de prendre connaissance de l'acte pour en contester sa régularité⁵. La solution est identique lorsqu'il n'existe pas de convention entre la Communauté et le pays : La question des modalités de la notification relève de la pratique internationale et doit se résoudre dans le respect réciproque des sphères de

1. Art.2 §2 du règlement 99/63.
2. Article 2 §3 du règlement 99/63.
3. Article 2 §1 du règlement 99/63.
4. Art.10 du règlement 99/63.
5. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215, att.9 et 10.

compétence, tant de la Communauté que de l'Etat tiers intéressé. Au cas où les autorités de l'Etat concerné n'envisagent pas de possibilité de signification, "une communication faite conformément à la réglementation communautaire ne saurait, en raison de la circonstance qu'elle doit être effectuée dans un Etat tiers, être considérée comme entraînant l'invalidité de la procédure administrative ultérieure."¹

La charge de la preuve de la notification incombe à la Commission. C'est elle qui doit pouvoir démontrer qu'elle a communiqué aux entreprises intéressées les actes nécessaires à leur défense. Dans l'arrêt Akzo II du 3 juillet 1991², la Cour a ainsi déclaré que la Commission n'ayant pas rapporté la preuve qu'un document avait été porté à la connaissance de la requérante, il ne pouvait servir de base à l'établissement de l'infraction.

§ 2. Les mesures destinées à l'audition des tiers

La procédure administrative, qui est de type inquisitorial, ne peut en aucun cas être assimilée à un débat organisé entre l'entreprise présumée coupable d'une infraction aux règles de la concurrence et l'entreprise victime de ces agissements. De fait, elle ne vise pas à réparer les préjudices des victimes mais à mettre un terme à l'infraction et à en punir les auteurs.

1. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.52/69, Geigy, Rec. 1972, p.619, att.11.

En l'espèce, les autorités suisses avaient refusé de notifier la communication de griefs à Geigy par la voie diplomatique. Elles avaient recommandé à la Commission d'inviter Geigy à élire domicile sur le territoire de la Communauté en vue d'une notification éventuelle et à attirer son attention sur les conséquences qui en résulteraient. Voir Rec., p.805-806.

2. Aff.C-62/86, non rep., att.24.

Néanmoins, les entreprises dont les intérêts sont affectés par la décision que la Commission envisage de prendre, mais qui ne sont pas elles-mêmes destinataires de l'acte juridique, disposent d'un droit à être entendu.

I. Publication des notifications ou demandes d'attestation négatives

Aux termes de l'article 19 §3 du règlement 99/63, "Lorsque la Commission se propose de délivrer une attestation négative en vertu de l'article 2 ou de rendre une décision d'application de l'article 85 §3 du traité, elle publie l'essentiel du contenu de la demande ou de la notification en cause en invitant les tiers intéressés à lui faire connaître leurs observations dans le délai qu'elle fixe et qui ne peut être inférieur à un mois". Elle doit indiquer les parties concernées, l'objet et la portée de l'accord ou de la pratique en cause. Elle n'a pas à mentionner la nature et la teneur de la décision envisagée mais seulement le fait que la Commission s'apprête à rendre une décision favorable à la demande qui lui a été faite.¹ Le règlement 4064/89² prévoit également la publication des notifications des opérations de concentration relevant de la compétence de la Commission, avec indication des noms des intéressés, de la nature de l'opération ainsi que des secteurs économiques concernés. Les deux dispositions précisent que la publication, qui est en pratique effectuée au Journal officiel des Communautés européennes, doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaire ne soient pas divulgués.

La publication obligatoire des notifications et demandes d'attestations négatives doit permettre à la Commission de recueillir, avant d'arrêter sa décision, des informations autres

1. Le Parlement européen avait proposé que la Commission soit obligée de publier l'essentiel du contenu de la décision.

2. Article 4 §3.

que celles données par les parties à l'entente. Elle est également destinée à informer les tiers qui n'ont pas en droit communautaire, la possibilité de consulter un registre public des ententes. A ce propos, on peut citer la procédure organisée en R.F.A.¹, où "l'autorité de contrôle des ententes doit fournir aux entreprises non participantes qui se trouvent sur le même plan économique, aux associations économiques et professionnelles auxquelles appartiennent les fournisseurs et acheteurs concernés par les règles de concurrence ainsi qu'aux organisations fédérales des stades économiques participants, l'occasion d'exprimer leurs avis".

La procédure communautaire est à cet égard bien plus restreinte. Comme le relèvent Thiesing, Schröter et Hochbaum², il ne s'agit pas d'un véritable droit d'audition qui est organisé mais plutôt d'un complément. En effet, selon la Cour, une entreprise qui, à la suite d'une publication au titre de l'article 19 §3 du règlement 17, présente des observations écrites susceptibles d'être importantes pour l'appréciation juridique de l'accord notifié ne devient pas automatiquement partie à la procédure. Si elle veut être entendue par la Commission, elle doit la demander conformément à l'article 19 §2 deuxième phase du règlement 19 et justifier à cet égard d'un intérêt suffisant.³

II. Mesures d'informations individuelles

Sous certaines conditions, les tiers peuvent bénéficier de mesures d'informations qui leur sont spécifiquement destinées.

1. Article 30 de la loi du 27.7.1957.

2. Op. cit., p.650.

3. C.J.C.E. arrêt du 9.7.1987, aff.43/85, Ancides, Rec. 1987, p.3151. La même analyse pourra s'appliquer en matière de concentration, voir l'art.13 §1 du règlement 2367/90.

1. Information des tiers au titre de l'article 15 §1 du règlement 2367/90

En matière de contrôle des concentrations, l'article 15 §1 du règlement 2367/90 énonce que "Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant, et notamment des membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées ou des représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises demandent à être entendues, conformément à l'article 18 §4 deuxième phase du règlement CEE n°4064/89, la Commission les informe par écrit de la nature et de l'objet de l'affaire et leur fixe un délai pour leur faire connaître son point de vue". L'utilité de cette disposition tient d'abord à la nécessité de boucler la procédure administrative dans les délais fixés par les textes. Surtout, elle constitue, pour les tiers, une voie d'accès directe aux éléments clef du dossier et leur permet d'avoir connaissance du point de vue de la Commission. Il reste que celle-ci dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider du droit d'accès des tiers. Sous cet angle, la disposition pourrait constituer un frein considérable pour que ces derniers puissent avoir une connaissance complète et objective du dossier.

Enfin, la Commission devra trancher, dans chaque affaire, la question de savoir si le tiers présente un "intérêt suffisant", mais cette même notion, qui a déjà été développée dans le cadre des recours en annulation et de la mise en oeuvre de l'audition en matière d'ententes et de positions dominantes¹, ne devrait pas être interprétée de façon restrictive.

2. Communication en vertu de l'article 6 du règlement 99/63

Au titre de l'article 6 du règlement 99/63, "Lorsque la Commission, saisie d'une demande en application de l'article 3

1. Voir dans ce chapitre, la section 4, §2.

§2 du règlement 17, considère que les éléments qu'elle a recueillis ne justifient pas d'y donner une suite favorable, elle en indique les motifs aux demandeurs et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles."

La nature de cette communication a été analysée en détail dans l'arrêt Automec du 10 juillet 1990¹. Contrairement à l'opinion exprimée par M.l'avocat général Caportoti dans l'arrêt Gema² qui considérait que l'acte contenait une décision implicite de classement pouvant être attaquée par la voie de recours en annulation, le Tribunal a jugé que la mesure était de caractère préparatoire et qu'elle ne pouvait porter grief à la requérante ; qu'en conséquence elle ne constituait pas une décision susceptible de recours en annulation. Cette solution résulte d'un raisonnement analogique tenu par le Tribunal : L'acte ressemble à la communication des griefs qui est, elle aussi, le résultat d'un examen préliminaire des éléments de l'affaire sur la base duquel la Commission impartit un délai aux entreprises destinataires pour faire connaître leur point de vue. De par la place qu'elle occupe dans la procédure, la communication prévue à l'article 6 du règlement 99/63 constitue le pendant de la communication des griefs³. Mais une importance juridique plus grande doit être reconnue à cette dernière, dans la mesure où elle est destinée à garantir les droits de la défense qui sont plus étendus que les droits procéduraux des plaignants que vise à sauvegarder la communication prévue à l'article 6 du règlement 99/63. Pour ce faire, la Commission doit indiquer la nature et le résultat des enquêtes faites à la suite de la demande ainsi que la conclusion qu'elle tire des faits

1. T.P.I. aff.T-64/89, Rec. 1990, p.369, att.46.

2. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, Rec. 1979, p.3200.

3. Voir également dans ce sens Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.648 qui parlent de communication inverse des griefs.

constatés, c'est à dire en quoi ceux-ci ne démontrent pas l'existence d'une infraction ou la persistance de celle-ci.

Section 3. La divulgation des documents

La Commission doit au cours de la procédure administrative divulguer aux entreprises en question tous les faits, circonstances ou documents, pour leur permettre de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances alléguées.¹

Mais, la Commission a le droit et quelquefois le devoir de faire "écran" entre les informations qui sont en sa possession et celles qu'elle divulgue. Cette obligation générale de prudence, qui doit être conciliée avec le principe du respect des droits de la défense impliquant une transparence suffisante du dossier², n'est pas exempte de difficulté : "La nécessité de respecter autant que faire se peut le secret d'affaire viendra justifier beaucoup d'omissions."³

§ I. L'accès au dossier de la Commission

Une transparence suffisante du dossier de la Commission et un accès le plus large possible aux preuves et documents retenus contre les intéressés est une condition indispensable du respect des droits de la défense de façon à permettre à l'entreprise d'être effectivement en mesure de faire valoir son point de vue.

1. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100 à 103/80, Pioneer, Rec. 1983, p.1825, att.36.

2. C.Gavalda et G.Parléani, Droit communautaire des affaires, Litec, 1988, p.463.

3. J.-C Jeantet, "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence", R.T.D.E., 1986, n°22, p.60.

Cet accès est d'autant plus important que la plupart des affaires relèvent essentiellement de contestations de faits¹.

Or il subsiste un certain nombre de documents qui n'entrent pas directement dans le processus décisionnel de la Commission, et dont les entreprises ne peuvent avoir connaissance.

I. Droit d'être entendu sur certains éléments du dossier

En matière d'ententes et de position dominante, le droit communautaire ne contient aucune règle écrite sur l'accès au dossier de la Commission. C'est donc la Cour de justice qui a été appelée à combler ces lacunes. Le règlement 4064/89 codifie pour le contrôle des concentrations les solutions jurisprudentielles les plus importantes.

1. Absence de règles écrites en matière d'ententes et de positions dominantes

Le droit d'accès des entreprises au dossier de la Commission n'est pas mentionné par les règlements 17/62 et 99/63. Il reste de ce fait l'objet de vives critiques en doctrine². En effet, l'inexistence de règles écrites spécifiques conditionne l'approche de la question par la Cour de justice qui déclare : "Si le respect des droits de la défense exige que l'entreprise ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission dans les constatations qui sont à la base de sa décision, il n'y a pas de disposition prescrivant à la Commission l'obligation de divulguer ses dossiers aux parties intéressées"³. Il faut noter que le

1. J.Davidow, op. cit. p.183.

2. J.Davidow propose l'adoption d'une règle écrite stipulant une obligation pour la Commission de divulguer tous les documents et rapports importants pour l'issue de la procédure.

3. C.J.C.E. arrêts du 17.1.1984, aff.43 et 63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.19, et du 3.7.1991, aff.C-62/86, AKZO II, non rep., att.16..

droit des tiers justifiant d'un intérêt légitime est encore plus restreint¹. Même si la Cour tranche parfois la question en faveur des entreprises requérantes, notamment dans deux affaires récentes intervenues en matière d'aide d'Etat à l'occasion desquelles elle a rappelé que la Commission a la charge de prouver qu'elle a satisfait à la communication², la jurisprudence de la Cour reste globalement restrictive et s'inscrit en retrait de l'évolution spectaculaire de certaines législations et jurisprudences nationales³. Ainsi, en droit français, les articles 20 et 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986⁴, qui prévoient expressément un droit d'accès au dossier pour les intéressés et les tiers plaignants, ont fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement stricte : Plusieurs décisions du Conseil de la concurrence ont été annulées, car "l'entreprise doit être à même de débattre des moyens, explications et documents susceptibles de fonder la décision, ce qui implique que tous les éléments recueillis par le Conseil, ou

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4572 et 4573.

2. C.J.C.E. arrêts du 20.3.1985, aff.264/82, Timex Corporation, Rec. 1985, p.849 et du 27.6.1991, aff.C-49/88, Samad-Safco c.Cons., non rep. att.17 à 22.

3. Peu avant la promulgation de l'ordonnance du 1.12.1986, F.-C.Jeantet, critiquait la manière dont la défense était (insuffisamment) assurée en droit français et notait que "la procédure d'instruction devant la Commission (des Communautés européennes) permettait mieux, malgré quelques lacunes, d'assurer la défense." op. cit., p.59. Cette comparaison ne semble plus valable aujourd'hui.

4. Art.19: "Le Conseil de la concurrence peut décider après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure." Art.20: "...le conseil notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du gouvernement, qui peuvent consulter le dossier et présenter leurs observations dans un délai de deux mois".

qui lui sont soumis, soient connus des requérants.¹

2. Application jurisprudentielle

En pratique, la Commission énonce que le dossier n'est accessible qu'après la communication des griefs.² Celle-ci comprend en annexe, "la liste de tous les documents composant le dossier, avec l'indication des documents ou partie de ceux-ci qui sont accessibles"³. Les parties peuvent consulter les documents aux services de la Commission à Bruxelles, à moins qu'elles ne désirent n'examiner qu'une quantité limitée et, dans ce cas, la Commission a usage de leur en adresser directement la copie.⁴ L'entreprise, qui a connaissance de l'existence mais non du contenu d'un document, peut en demander la communication à la Commission dans la limite du secret d'affaires et du caractère interne. En dehors de ces limites, la Cour a reconnu qu'"Il n'appartient pas à la Commission d'apprécier si un document ou partie d'un document était ou non utile pour la défense de l'intéressé"⁵. En effet, ce que la Commission estime dénué d'intérêt pour la défense de l'entreprise incriminée ne correspond pas toujours à la réalité : "On ne peut être sûr de l'impression que ces faits non réfutés ont produite, consciemment ou inconsciemment, sur les fonctionnaires de la Commission s'occupant de l'affaire, influençant par là-même leur attitude dans cette affaire"⁶. La Cour a ainsi jugé que, même si la Commission semble ne pas avoir fondé sa décision sur les éléments

1. C.A. Paris (1ère ch.A), arrêt du 30.6.1988, Gaz. Pal. du 23 au 25 avr.1989, n°113 à 115, commentaires J.-P. Marchi.

2. XIIIe rapport sur la politique de la concurrence.

3. XIIIe rapport sur la politique de la concurrence, points n°34 et 35.

4. N.Green, op. cit., p.279.

5. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, AEG, Rec. 1983, p.3151, att.23.

6. Conclusions de l'Avocat général J.P.Warner, dans l'arrêt de la C.J.C.E. du 10.7.1980, aff.30/78, Distillers Company Ltd, Rec.,1980, p.2229, 2296.

avancés par le plaignant, les entreprises doivent avoir eu la possibilité de faire valoir leur point de vue sur la communication de conclusions de la Commission après des enquêtes effectuées sur des hausses de prix de certains produits et des circulaires adressées par différentes entreprises à leurs filiales.¹ Mais l'entreprise n'a pas forcément connaissance de l'existence précise du document, qu'il soit parvenu à la Commission après la communication des griefs ou que celle-ci n'ait pas jugé nécessaire de le mentionner. Dans ce cas, la communication peut être demandée dans le cadre d'un recours en annulation pour que la Cour procède elle-même à l'examen du dossier. Toutefois, cette mesure d'instruction extraordinaire suppose qu'il existe des raisons sérieuses de suspecter un détournement de pouvoir de la part de la Commission.

3. L'accès au dossier en matière de concentration

En matière de concentration, le règlement 4064/89² énonce que "L'accès au dossier est ouvert au moins aux parties directement intéressées". Le règlement d'application n°2367/90³ reprend dans le détail cette disposition : "Après avoir communiqué ses objections aux intéressés, la Commission leur donne, sur leur demande, l'occasion de consulter le dossier afin de préparer leurs observations. Des pièces sont exclues de la consultation du dossier dans la mesure où elles contiennent des secrets d'affaires d'autres intéressés ou de tiers, soit des indications confidentielles, y compris des informations commerciales sensibles dont la divulgation aurait un effet défavorable significatif pour celui qui les a transmises, ou dans la mesure où il s'agit de documents internes à l'administration".

1. C.J.C.E. arrêt du 17.7.1972, aff.49/69, BASF, Rec., 1972, p.718.

2. Article 18 §3.

3. Article 12 §3.

Pour les entreprises participant à l'opération de concentration, les limitations apportées par la disposition rejoignent la jurisprudence de la Cour rendue en matière d'ententes et de positions dominantes. Néanmoins, elles bénéficient expressément d'une disposition protectrice ce qui constitue un progrès¹. Pour les tiers, l'accès au dossier est totalement laissé à l'appréciation de la Commission. Ils n'ont expressément droit qu'à une communication écrite de la Commission les informant de la nature et de l'objet de l'affaire, tel que prévu par l'article 15 §1 du règlement 2367/90.

II. Les informations auxquelles les entreprises n'ont pas accès

Les entreprises intéressées et les tiers ne peuvent, en aucun cas, avoir accès à plusieurs types de documents. Il s'agit des documents internes de la Commission, de l'avis du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes ou de concentration et, dans certains cas, des documents révélant l'identité des informateurs de l'administration. Les entreprises n'ont également pas accès aux documents contenant des secrets d'affaires de l'entreprise.

1. Les documents internes de la Commission

Le processus décisionnel suivi par la Commission entraîne la production d'un volume considérable de documents internes, tels que des rapports ou des notes d'évaluation des dossiers. De tels documents ne sont pas en eux-mêmes confidentiels, au sens entendu par le règlement, mais la Commission n'a pas à les communiquer aux entreprises. On peut lui reprocher une tendance à définir trop largement lesdits documents, en incluant par exemple les

1. J.-B. Blaise, "Concurrence. Contrôle des opérations de concentration", R.T.D.E., 1990, n°4, p.760.

rapports d'évaluation finale établis par les inspecteurs ayant effectués la vérification mais excluant les rapports établis au cours d'une vérification.¹

Plusieurs raisons, plus ou moins convaincantes, sont avancées pour justifier cette pratique². D'une part, les documents internes n'ont aucune force probante quant à l'existence des infractions aux règles de la concurrence. Cette observation est exacte, mais ces documents peuvent avoir une grande importance pour le contrôle de la légalité du processus décisionnel suivi par la Commission. D'autre part, il est soutenu que la franchise des fonctionnaires responsables de la conduite de la politique de la concurrence et des prises de décisions individuelles serait bloquée si leurs avis et notes de délibération étaient par la suite l'objet d'un examen détaillé.³ Enfin, le dernier argument avancé pour justifier le nonaccès des entreprises aux documents internes de la Commission est celui de prévenir une mauvaise information et la médisance du public ainsi que des critiques politiques. Cette dernière observation ne mérite aucun commentaire.

En la matière, la Cour a toujours suivi la pratique de l'administration communautaire. Dans l'arrêt AKZO II du 3 juillet 1991⁴, elle a accepté que l'entreprise n'ait pas accès à l'ensemble des documents d'enquête établis par les inspecteurs de la Commission. Avec les règlements de contrôle des concentrations⁵, il est désormais prévu dans les textes que les

1. XIIIe rapport sur la politique de la concurrence.

2. J.-M. Joshua, "Proof in contested E.E.C. competition cases: a comparison with the rules of evidences in common law", E.L.Rev., vol.17, n°5, 1987, p.348 et 349.

3. J.M. Joshua note que la Chambre des Lords a de nouveau affirmé que l'argument de la "franchise" était une raison légitime pour ne pas divulguer les documents administratifs internes, op.cit., p.349.

4. Aff.C-62/86, non rep., att.15 à 17.

5. Article 12 §4 du règlement 2367/90.

"documents internes à l'administration" n'ont pas à être communiqués aux intéressés.

2. Identité des informateurs

En droit communautaire, aucune disposition écrite ne protège les informateurs de la Commission. Cela n'empêche pas celle-ci d'occulter l'identité d'un plaignant qui risquerait de subir des représailles économiques de la part des entreprises dénoncées. En droit anglais, l'anonymat des informateurs d'organismes d'intérêt public reçoit la même protection qu'en droit criminel, c'est à dire que les documents pouvant révéler l'identité des informateurs ne doivent pas être communiqués, sauf lorsqu'ils sont susceptibles d'établir l'innocence de l'accusé. La jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg¹ n'a pas simplement reconnu à la Commission le droit de protéger ses informateurs ; elle lui a imposé le devoir de le faire. Si l'informateur est connu de la Commission, et si "a fortiori" il a reçu des assurances de sa part que son anonymat serait protégé, le devoir de protection de l'administration est encore renforcé. Inversement, aucun devoir de protection de l'informateur n'est mis à la charge de la Commission dans le cas de documents adressés anonymement. Cependant, les conditions de politique générale de l'administration autoriseraient cette dernière à refuser de dévoiler les circonstances dans lesquelles de tels documents seraient parvenus en sa possession.

3. Avis du Comité consultatif

Les entreprises n'ont pas accès aux avis des Comités consultatifs, soit en matière d'ententes et de position dominante selon l'article 10 du règlement 17, et du Comité, soit en matière

1. Arrêt du 7.11.1985, aff.145/83 et 63/84, Stanley Georges Adams, Rec. 1985

de concentration aux termes de l'article 19 du règlement 4064/89

Ces Comités, qui sont composés de fonctionnaires nationaux, sont consultés préalablement aux décisions de la Commission lorsque celle-ci entend prendre un règlement d'application, statuer sur une opération de concentration, constater une infraction aux articles 85 et 86, octroyer une exemption ou une attestation négative, prononcer une amende ou une astreinte. La consultation a lieu au cours d'une réunion commune sur l'invitation de la Commission qui fournit au Comité un exposé de l'affaire avec indication des pièces les plus importantes et un avant projet de la décision pour chaque cas à examiner¹. Le résultat de la consultation fait l'objet d'un compte-rendu qui sera joint au projet de la décision. Il n'est pas rendu public.²

La consultation du Comité consultatif est une condition substantielle de validité de la décision³ mais l'avis rendu ne lie pas la Commission. L'impossibilité, pour les entreprises d'avoir connaissance de l'avis du Comité consultatif, tant au niveau de la procédure administrative qu'à l'occasion d'un recours judiciaire, est très critiquée.⁴ En effet, on ne peut nier l'influence de l'avis sur la décision finale de la Commission. J.E Ferry⁵ relève qu'un avis partiellement favorable peut conduire à l'amendement de la décision et que, si les membres du Comité sont unanimement contre le projet de décision de la Commission, leur avis pourra être déterminant. Or, comme le

1. Article 10 §5 du règlement 17/62 et article 19 §5 du règlement 4064/89.

2. Article 10 §6 du règlement 17, et article 19 §6 du règlement 4064/89.

3. De cet avis, l'A.G. Gand dans les arrêts des 15.7.1970, aff.41, 44, 45/69, entente internationale de la quinine, Rec. 1970, p.661, 713.

4. Voir par exemple, I.Van Bael "EEC Antitrust Enforcement as seen by a Defense Counsel", R.S., 1979, N°7, p.1; C.S.Kerse, op. cit., p.153, A.Pliakos, op. cit., p.322 et s.

5. Op. cit., p.131.

remarquait l'Avocat général J.P.Warner, "les entreprises concernées sont laissées dans l'ignorance de ce qui est dit au Comité. Elles n'ont aucune occasion de s'adresser à ce dernier (...). A supposer toutefois que les dispositions de l'article 10 du règlement 17 prescrivant cette procédure sont valides, les risques d'injustice qu'elle implique imposent, selon nous, qu'elle soit mise en oeuvre avec un soin scrupuleux."¹ Beaucoup y voient une violation grave du respect des droits de la défense.

Le caractère secret de l'acte s'expliquerait, par le fait que cette consultation n'a pas été instituée "pour garantir aux entreprises que la Commission recevra l'opinion d'un corps indépendant d'expert, mais pour garantir aux Etats membres qu'ils auront leur mot à dire dans l'établissement des règles de la concurrence communautaires."² Les Etats de la Communauté ont voulu, à l'adoption du règlement 17, s'assurer du caractère secret de leur avis et éviter ainsi d'y être liés. En contre partie, l'avis du Comité consultatif ne liait pas la Commission de Bruxelles. Pour ces raisons, la divulgation de l'avis rendu par le Comité consultatif serait susceptible de créer des conflits de caractère politique, difficiles à gérer par la Cour de justice s'il s'avérait contraire à la décision de la Commission. La Cour de justice n'a donc pas accepté l'argument selon lequel l'interdiction de rendre l'avis du Comité public, énoncé par l'article 10 du règlement 17, ne faisait pas obstacle à une communication confidentielle³ aux parties intéressées : "La

1. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1980, aff.30/78, Distillers Company Ltd, Rec. 1980, p.2229, 2292.

2. J.J.A. Ellis, "Les règles de la concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises", R.I.D.C. 1963, p.318, H.Johannes "The Role of the Hearing Officer", in EEC/U.S. Competition and Trade Law, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1990, p.355.

3. Il faut rappeler qu'en droit communautaire, aucune disposition écrite ne soumet les parties à une obligation de secret.

Commission n'a pas l'obligation de communiquer l'avis établi par le Conseil consultatif" car cela équivaldrait à rouvrir le stade antérieur de la procédure ce qui est contraire au système voulu par le règlement 17."¹ Il est exact qu'en l'état actuel de la réglementation, la consultation intervient postérieurement à la discussion contradictoire sur les faits pertinents retenus par la Commission et portés à la connaissance des entreprises.² En outre, "l'absence de communication de l'avis n'est pas contraire au principe du respect des droits de la défense. Ce principe implique que la Commission doit, au cours de la procédure administrative, divulguer aux entreprises en question tous les faits, circonstances ou documents sur lesquels elle se base pour leur permettre de faire connaître utilement leurs points de vue sur la réalité des faits et circonstances alléguées et sur les documents retenus par la Commission à l'appui de ses allégations. Quel que soit l'avis du Comité, la Commission ne peut baser sa décision que sur des faits sur lesquels les entreprises ont eu l'occasion de s'expliquer"³.

Même en acceptant ce point de vue, les droits de la défense ne sont pas suffisamment assurés quant à la garantie d'une procédure de consultation régulière. En effet, si la décision finale de la Commission mentionne normalement le fait que la consultation a eu lieu, les entreprises n'ont pas accès aux dossiers internes de la Commission et il ne leur est dès lors pas possible de s'assurer que la consultation du Comité a été effectuée dans les règles. Seul un recours devant la Cour de justice pourra permettre ce contrôle. Celui-ci s'exercera d'ailleurs sans que les entreprises aient connaissance du contenu

1. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100, 103/80, Musique Diffusion Française, Rec. 1980, p.1825, att.30 et 35.

2. Article 1 du règlement 99/63.

3. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Musique Diffusion Française, Rec. 1983, p.1825, att.36.

de l'acte. Mais la requérante devra avancer des "indices pertinents" car il n'est pas possible d'exiger que l'avis "soit communiqué dans la procédure contentieuse au seul motif que la Cour de justice n'est pas en mesure de contrôler s'il a été régulièrement fait appel au Comité consultatif qu'à cette condition"¹.

En matière de contrôle des concentrations, le règlement 4064/89 introduit deux nouveautés. La première est qu'il permet au Comité de demander la publication de son avis et lui offre ainsi un moyen de pression : Certes, la Commission n'est pas tenue de déférer à la demande mais on peut penser qu'elle hésitera avant de refuser². La seconde est, qu'il est précisé que "la Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le Comité". Les implications de cette disposition devront être définies par le juge communautaire. Quel contrôle exercera-t-il sur le respect de cette obligation par l'administration et quelle sera l'étendue de celle-ci ? La formule "le plus grand compte" ne signifie certes pas que la Commission est obligée d'adopter l'avis du Comité, mais le contrôle du juge devrait être plus serré puisqu'il lui faudra aussi vérifier le bien-fondé de la position de la Commission par rapport à cet élément. La disposition devrait ainsi renforcer le contrôle des décisions de la Commission par les Etats membres et par le juge communautaire. Pour les entreprises, le résultat de ces modifications est difficile à apprécier. Elles peuvent bénéficier d'un soutien supplémentaire dans le cas d'une décision défavorable rendue sur avis contraire du Comité ; elles peuvent aussi se trouver l'objet d'enjeux politiques plus aigus. Surtout, les entreprises restent

1. Voir les conclusions dans l'arrêt Fedetab du 29.10.1980, aff. 209 à 215 et 218/78, Rec. 1980, p.3125, 3291.

2. J.-B.Blaise, op. cit., p.771.

confrontées à la règle du secret et, donc, à des difficultés réelles pour apprécier leur situation.

L'accès au dossier de la Commission est donc loin d'être complet. Le résultat est que, ce que l'on peut appeler le climat d'une affaire impressionnant nécessairement la décision à donner, peut être ignoré, mal compris, et entraîner une décision qui, dans sa nature ou son degré, aurait pu être différente si on avait pu aller au fond des choses."¹ Mais, malgré ces nombreuses critiques, il n'existe pas beaucoup de propositions doctrinales concrètes pour assurer un meilleur respect des droits de la défense. On peut citer J.Davidow² qui souhaite une règle écrite reconnaissant un droit d'accès au dossier administratif, C.S.Kerse³ qui relève, qu'au moins sur la régularité de la procédure de consultation, un contrôle de l'administration devrait pouvoir avoir lieu lors de la procédure contradictoire et enfin A.Pliakos⁴ qui propose d'instaurer une procédure orale avec la présence du Comité consultatif.

§ II. La protection des informations

La protection du secret d'affaires des entreprises est largement prévu par la réglementation communautaire. Mais elle s'inscrit dans un cadre plus large, celui du secret professionnel que la Commission est tenue de respecter.

I. Secret professionnel et secret d'affaires

-
1. F.-C. Jeantet, op. cit., p.61.
 2. Op. cit., p.175 et s.
 3. Op. cit. p.124.
 4. Op. cit. p.311 et s.

L'utilisation et la protection des informations font l'objet de plusieurs dispositions écrites du droit communautaire. Tout d'abord, l'article 214 du traité prévoit que les fonctionnaires et agents de la Communauté sont tenus même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou leurs éléments de prix de revient. Selon les articles 20 §2 du règlement 17 et 17 du règlement 4064/89, la Commission et les autorités compétentes des Etats membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus, sans préjudice des dispositions concernant l'audition des parties et la publication des décisions, de ne pas divulguer les informations recueillies en application du règlement "qui par leur nature sont couvertes par le secret professionnel". Par ailleurs, l'article 17 du règlement interne de la Commission prévoit que "le fonctionnaire est tenu d'observer la plus grande discrétion sur tout ce qui concerne les faits et informations qui viendraient à sa connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; il ne doit communiquer sous quelque forme que ce soit, à une personne non qualifiée pour en avoir connaissance, aucun document ni aucune information qui n'auraient pas été rendus publiques. Il reste soumis à cette obligation après la cessation de ses fonctions." La protection du secret d'affaires des entreprises est encore mentionnée par les règlements d'application pris par la Commission¹.

Pourquoi une telle abondance de dispositions écrites, particulièrement flagrante si l'on fait le parallèle avec la protection du secret de la correspondance échangée entre les

1. Articles 2 §2 et 9 §3 du règlement 99/63 et 14 §4 du règlement 2367/90 concernant la publication des décisions ou l'audition des parties.

entreprises et leurs avocats ? La préoccupation du législateur pour la matière s'explique à l'examen des fondements de ces deux principes. Contrairement au secret de la correspondance échangée par l'entreprise et son avocat, qui doit être protégé contre une intervention de l'administration, la protection du secret d'affaires de l'entreprise est nécessitée contre l'exploitation abusive par une entreprise concurrente des informations divulguées. La commission a dans ce cas, a un rôle d'arbitre¹ entre des entreprises aux intérêts opposés. Mais, le but de la protection du secret d'affaires des entreprises est surtout de permettre à la Commission de recueillir de la façon la plus large les données nécessaires à l'accomplissement de sa mission sans que les entreprises puissent lui opposer un refus, car elles ont l'assurance que leurs intérêts liés au respect du secret d'affaires ne seront pas mis en danger.²

Cette assurance est-elle justifiée dans la pratique ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer plusieurs éléments tels que le champs d'application du principe de protection, la manière dont il est mis en oeuvre et les sanctions en cas de violation par la Commission.

La nature des informations devant être considérées comme confidentielles n'a jamais fait l'objet d'une appréciation spécifique de la Cour de justice. La doctrine³ considère que la protection doit s'appliquer aux "relations commerciales" de l'entreprise et ses éléments de prix de revient, au savoir-faire

1. Ce rôle est cependant limité par la participation qui est requise des parties, quant à l'appréciation du caractère confidentiel des informations.

2. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.461, att.13.

3. Voir notamment C.S. Kerse, op. cit., p.254.

et autres informations techniques¹ de l'entreprise, qu'elles soient d'ordre financier ou relatives aux coûts et aux chiffres d'affaires, c'est à dire aux détails des contrats clients ou fournisseurs, aux coûts de production, prévisions d'affaire, plans et programmes de vente, figures, estimations des parts de marché. La protection doit ainsi s'étendre à toutes les informations confidentielles susceptibles d'être exploitées par un concurrent et dont la divulgation pourrait occasionner un préjudice à l'entreprise.

Mais en pratique, l'appréciation du caractère confidentiel des documents peut rester une source de difficultés, que la Commission lui donne une portée trop large ou trop étroite : Dans le premier cas, on peut citer l'exemple de l'affaire Musique Diffusion Française², où les entreprises avaient demandé à la Commission de leur communiquer la déclaration d'un tiers, ce que la Commission avait dans un premier temps refusé en l'estimant couverte par le secret. Or, les entreprises avaient parallèlement obtenu copie du document en s'adressant directement au tiers concerné, démontrant ainsi l'appréciation erronée de la Commission quant au caractère confidentiel du document. Cette difficulté est en partie résolue : La Commission a le devoir de s'adresser aux entreprises dont proviennent les informations afin de vérifier si elles ont des objections à leur divulgation. Faute de cette recherche, la Commission n'est pas tenue de s'abriter derrière son obligation de secret pour refuser la communication demandée."

Inversement, la Commission peut donner une portée trop restreinte au contenu du principe. Dans l'affaire Fedetab³, elle

1. Voir Vacuum Interrupters, J.O.C.E. 1981 L.383/1 et Boussois/Interpane, J.O.C.E. 1987 L.50/30.

2. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Rec. 1983, p.1825.

3. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215-218/78, Rec. 1980, p.3125.

avait communiqué au tiers plaignant des tableaux annexés par Fedetab dans sa réponse à la communication des griefs et qu'elle avait pris soin de spécifier comme confidentiels. Ces tableaux concernaient l'évolution des recettes sur plusieurs années de 160 marques de cigarettes, le nombre de cigarettes vendues, les délais de paiement accordés par les principaux fabricants de cigarettes belges. Lors du recours en annulation qu'elle a formé devant la Cour, Fedetab soutenait que les documents étaient par nature confidentiels car ils allaient "au-delà des renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises" visés par l'article 20 §3 du règlement 17¹. La Commission soutenait, quant à elle, que cette disposition indiquait les documents non couverts par le secret professionnel et qu'une interprétation "a contrario" n'était pas permise. Ce débat n'a pas trouvé de réponse devant la Cour et il reste donc une incertitude sur la portée du secret d'affaires.² Il est cependant acquis que la connaissance par certaines entreprises, d'informations ayant le caractère de secret professionnel, n'autorise pas la Commission à considérer qu'elles ont perdu ce caractère à l'égard des tiers.³

Pour éviter ces difficultés, la commission a la possibilité de faire un résumé non confidentiel d'un document couvert par le secret qu'elle pourra communiquer à l'entreprise.⁴

1. A titre de comparaison, voir l'article 203§2 du Code pénal allemand : "Sont assimilés au secret...les renseignements isolés concernant la situation personnelle ou matérielle d'un tiers qui ont été recueillis dans l'accomplissement des fonctions d'administration publique."

2. Il faut cependant relever que la Commission avait surtout fondé la divulgation des documents sur le fait que ceux-ci étaient déjà connus des producteurs et qu'ils étaient indispensables à l'exercice du droit à l'audition du plaignant.

3. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125, att.46.

4. N.Green, op. cit., p.280.

II. Possibilité d'engager un recours autonome contre la décision de divulguer un document

Si l'appréciation du caractère confidentiel des informations communiquées par les entreprises appartient en premier lieu à la Commission, la Cour a pris soin de pouvoir exercer un contrôle immédiat : La Commission est d'abord tenue de prendre une décision dûment motivée qui doit être portée à la connaissance des entreprises. Si la Commission décide de communiquer un document susceptible d'être couvert par le secret professionnel à une entreprise plaignante, la communication des documents, bien que constitutive d'un acte matériel, n'est que l'exécution d'une décision antérieure de la Commission qui tranche deux questions. D'une part, elle décide que la communication est nécessaire à la bonne instruction de l'affaire et au plein exercice du droit de l'entreprise d'être entendue. D'autre part, elle juge que les documents ne sont pas ceux bénéficiant de la garantie de traitement confidentiel assurée par le droit communautaire¹.

Cette décision de communication constitue un acte susceptible d'un recours direct en annulation dès lors qu'il "revêt un caractère définitif et est indépendant de la décision devant intervenir sur l'existence de l'infraction au traité." L'acte constitue également une mesure qui produit des effets juridiques irréversibles et qui est de nature à modifier de façon caractérisée la situation juridique de l'entreprise concernée et à affecter ainsi ses intérêts.² L'entreprise peut en effet avoir un intérêt légitime pour en demander l'annulation afin de rendre illégale l'utilisation par le tiers des documents irrégulièrement communiqués.³ Cette jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg est significative de l'intérêt porté au respect des

1. C.J.C.E. arrêt du 24.6.1986, aff.53/85, Akzo, Rec. 1986, p.1986, att.17.

2. Idem, att.16.

3. Idem, att.20 et 21.

droits de l'entreprise. La possibilité pour l'entreprise d'intenter un recours contre la décision finale n'est pas de nature à lui donner une protection adéquate de ses droits en la matière, car d'une part, la procédure peut ne pas aboutir à une décision finale de constatation d'infraction et, d'autre part le recours ne permet pas de prévenir les effets irréversibles qu'entraînerait une communication irrégulière des documents. C'est pourquoi la Cour ajoute que les entreprises doivent être mises en mesure de contester la décision devant la Cour, avant que la Commission ne procède à son exécution : "Eu égard au préjudice extrêmement grave qui pourrait résulter de la communication irrégulière de documents à un concurrent, la Commission doit, avant d'exécuter sa décision, donner à l'entreprise la possibilité de saisir la Cour en vue de faire contrôler les appréciations portées et d'empêcher qu'il soit procédé à la communication."¹

La solution communautaire apparaît plus protectrice des droits de la défense que la législation de certains Etats membres. En France, les décisions prises par le président du Conseil de la concurrence, concernant la communication ou le refus de communication des documents couverts par le secret d'affaires, ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision au fond². Une fois le document communiqué, quelle réparation l'entreprise pourra-t-elle attendre ?

III. Application

Il faut distinguer l'application du principe à l'égard des intéressés et à l'égard des tiers.

1. C.J.C.E. arrêt du 24.6.1986, aff.53/85, Akzo, Rec. 1986, p.1986, att.29.

2. Article 19 du décret du 19.10.1987.

1. Application à l'égard des intéressés

La Commission ne peut "retenir à charge d'une entreprise des faits, circonstances ou documents qu'elle estime ne pouvoir divulguer, si ce refus de divulgation affecte la possibilité de l'entreprise de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité ou la portée de ces circonstances, sur ces documents, ou encore sur les conclusions que la Commission en tire"¹. Cette interdiction est constante : Un document, qui ne peut être communiqué en totalité pour des raisons de confidentialité et de protection de secret commercial, ne peut être utilisé par la Commission en tant que moyen de preuve.² Lorsque la Commission ne communique pas un document à l'entreprise, elle ne peut les utiliser pour fonder sa décision ; elle ne peut considérer que l'intéressé connaissait ou pouvait supposer la teneur les informations non communiquées³.

La sanction d'une utilisation abusive de tels documents a été limitée par la Cour de justice. Dans l'affaire AEG⁴, elle juge que, lorsque la violation des droits de la défense dans la procédure administrative se limite à quelques cas particuliers sans avoir une portée générale, elle ne peut impliquer une irrégularité de la procédure dans son ensemble, dès lors que l'exclusion de certains documents utilisés par la Commission en violation des droits de la défense n'aurait d'importance que dans la mesure où les griefs formulés par la Commission ne pourraient

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann La-Roche, Rec. 1979, p.461, att.14.

Le droit français a codifié cette disposition en l'art. 23 de l'ord. du 1.12.1986: "Lorsque les pièces mettant en jeu le secret d'affaires sont essentielles à la défense, elles sont retirées du dossier".

2. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, AEG, Rec. 1983, p.3151, att 24.

3. C.J.C.E. arrêt du 3.7.1991, aff.C-62/86, Akzo II, non rep., att.20 et 21.

4. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, Rec. 1983, p.3151, att.30.

être prouvés que par référence à ces documents". Dans l'affaire Musique Diffusion Française¹, elle considère que le défaut de communication d'un document n'entraîne pas la nullité même partielle de la décision dès lors qu'il s'agit seulement de "circonstances de caractère purement accessoire par rapport aux infractions".

La difficulté à concilier les intérêts contradictoires des entreprises n'est pas limitée au droit communautaire. Il faut à ce propos mentionner la réforme du droit allemand de la concurrence intervenue en 1989², qui modifie profondément les règles du secret professionnel et du secret d'affaires. Le changement effectif qui en découlera ne pourra toutefois être mesuré qu'avec l'interprétation jurisprudentielle de la disposition dont la rédaction, qui pose une règle de base, une exception et une exception à l'exception, permet de lui donner une portée très large. Le principe reste que la décision doit être basée sur des éléments connus de l'intéressé mais la législation permet désormais à l'administration de fonder sa décision sur des faits et preuves sur lesquels l'entreprise n'aura pas eu la possibilité de se prononcer pour des raisons liées au secret professionnel. Elle peut utiliser des documents dans son raisonnement sans en préciser la teneur aux parties. Néanmoins, cette possibilité ne pourra être utilisée si elle procure "un désavantage trop grand pour l'une des parties". Le juge, qui disposera ainsi d'une grande discrétion, pourra demander la production des faits ou preuves, dont la protection au titre du secret d'affaires avait été demandée, sous trois conditions : Les documents doivent être importants pour la décision finale ; il ne doit pas exister d'autres possibilités

1. C.J.C.E. arrêt du 6.7.1983, aff.100-103/80, Rec. 1983, p.1825, att.30.

2. Voir les 16e et 17e art. du Ve amendement au GWB portant modification des art. 70 et 71 du GWB.

d'éclaircissement ; l'évaluation des circonstances du cas doit faire apparaître que l'importance de l'affaire au regard de la concurrence prime l'intérêt particulier.

2. Application à l'égard des tiers

La Commission ne peut communiquer les secrets d'affaires de l'intéressé à un tiers : Les règles concernant la protection du secret d'affaire doivent, ainsi que le confirme le renvoi exprès à l'article 19, se concilier avec le respect des droits de la défense¹. La Cour a limité les droits des tiers qui "ne sont pas aussi étendus que le droit de la défense des entreprises contre lesquelles la Commission dirige son enquête (..). Ils trouvent leurs limites dans la mesure où ils mettent en cause ce droit de la défense". Si elle a reconnu² que l'obligation de secret professionnel énoncée par l'article 214 du traité et par l'article 20 §2 du règlement 17, est atténuée à l'égard des plaignants et, que la Commission peut communiquer à ceux-ci certaines informations couvertes par le secret professionnel pour autant que cette communication est nécessaire au bon déroulement de l'instruction³, celui-ci "ne peut en aucun cas recevoir de communication de documents qui contiennent des secrets d'affaires. Toute autre solution aboutirait au résultat inadmissible qu'une entreprise pourrait être incitée à déposer plainte auprès de la Commission uniquement en vue d'avoir accès aux secrets d'affaires de concurrents."⁴

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.461, att.13.

2. C.J.C.E. arrrêt du 24.6.1986, aff.53/85, Akzo, Rec. 1986, 1986.

3. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4487, att.21.

4. C.J.C.E. arrêts du 24.6.1986, Akzo, Rec. 1986, p.1986, att.28 et du 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4487.

La conséquence d'une violation des droits de la défense en la matière est en principe la nullité de la décision. Mais, la Cour a précisé que la communication irrégulière d'un document n'entraîne l'annulation en tout ou partie de la décision au fond que s'il est établi, qu'en l'absence de cette irrégularité, la décision attaquée ait pu avoir un contenu différent. Dans l'affaire Fedetab¹, elle rejette ainsi le recours de l'intéressé en constatant que la communication litigieuse n'avait fourni à la plaignante aucun document susceptible d'avoir une influence sur le contenu de la décision en cause. Inversement, si les tiers estiment que la Commission a violé leurs droits, pour avoir refusé de leur communiquer des documents qui ne contenaient aucun secret d'affaire, ils pourraient demander l'annulation de la décision. Il faut noter à ce propos que, dans le cadre d'un recours fondé sur l'article 173 du traité, la Cour n'a pas la possibilité de prononcer une injonction à l'encontre de la Commission pour que celle-ci exige la restitution des documents qu'elle auraient irrégulièrement communiqués. Mais, l'article 176 du traité précise que c'est à l'institution dont émane l'acte annulé qu'il incombe de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour. Par ailleurs, si l'intéressé a subi un préjudice du fait de la divulgation irrégulière de ses secrets d'affaires à un tiers, il peut former un recours de pleine juridiction pour en demander la réparation.

IV. Faut-il renforcer les règles communautaires en matière de secret professionnel ?

La question doit être posée à deux niveaux. D'une part, à la différence de certaines législations nationales, il n'existe en

1. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215-218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3151, att.47.

droit communautaire aucune règle qui interdit, aux entreprises intéressées à la procédure, de divulguer les informations dont elles ont pu avoir connaissance lors de la procédure devant la Commission. La conséquence immédiate est que les parties sont en principe autorisées à utiliser les informations recueillies dans le cadre d'une instance nationale¹. Une solution différente se dégage de la législation française. Celle-ci² réprime pénalement la divulgation, par l'une des parties, d'informations concernant une autre partie ou un tiers dont elle n'aurait pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il aura été procédé.

Une telle obligation à la charge des parties est-elle souhaitable en droit communautaire ? Il faut relever que la disposition, qui couvre toutes les informations même non confidentielles, n'est pas sans inconvenients. Elle n'a pas empêché d'innombrables "fuites" lors de dossiers importants instruits devant la Commission de la concurrence.³ De plus, le secret de l'instruction administrative peut avoir des effets pervers comme lorsqu'il interdit à un plaideur de se prévaloir, devant une juridiction qui refuse de saisir le Conseil de la concurrence et de sursoir à statuer, d'informations contenues dans le rapport établi par un rapporteur du Conseil de la

1. Dans l'aff.53/85, la société AKZO Chemie demandait à la Cour de Luxembourg, d'ordonner à la Commission que celle-ci exige du tiers plaignant ECS, la restitution des documents communiqués en dépit de leur caractère confidentiel, afin que ceux-ci ne soient pas utilisés par ECS dans une procédure pendante devant une juridiction britannique ; Rec. 1986, p.1986.

2. Art. de l'ord. du 1.12.1986 visant les peines prévues à l'art.378 du Code pénal.

3. Le président de la Commission a ainsi été amené à porter plainte contre X à la suite de la publication dans la presse de larges extraits du rapport concernant l'affaire de la distribution sélective en pharmacie, fin 1986.

V.Selinsky, "Concurrence: contrôle des ententes, Conseil de la concurrence, procédures de contrôle", J.C.P. de droit commercial, Fascicule 370, point 86.

concurrency également communiqué à un adversaire. L'absence d'exception dans ce cas particulier et de possibilité de voir autoriser une partie engagée dans un procès en justice à communiquer au juge tout élément susceptible de l'éclairer, est vivement critiquable.¹ Cependant, une telle obligation pourrait se révéler particulièrement utile pour permettre la divulgation aux seules parties de l'avis rendus par le Comité consultatif.

Par ailleurs, en cas de violation de l'obligation de discrétion, les agents de la Commission ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales comme c'est le cas pour leurs homologues nationaux.² Une partie de la doctrine souhaiterait que le Conseil comble cette lacune.³

Section 4. L'audition des entreprises

En matière d'ententes et de positions dominantes, l'audition des entreprises commence, malgré la terminologie employée, par une phase écrite organisée distinctement pour les intéressés et les tiers. Si les entreprises en font la demande, elles pourront, sous certaines conditions, faire également valoir leur point de vue lors d'une procédure orale. En ce qui concerne le contrôle des concentrations, l'audition est semblablement organisée si ce n'est que la phase orale gagne en importance puisque, notamment pour les tiers, elle n'a plus à être systématiquement précédée d'une phase écrite.

1. Idem.

2. Par contre, ils peuvent être l'objet de poursuites disciplinaires et être tenus civilement responsables envers la Communauté dès lors que celle-ci subit un préjudice grave.

3. Dans ce sens, Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit. p.661.

§ 1. Les observations écrites

L'audition écrite des entreprises intervient à la suite de la communication des griefs, la notification à un plaignant du rejet de sa demande, ou de la publication de l'intention d'accorder une attestation négative ou une exemption. Elle peut également intervenir par application des articles 19 §2 du règlement 17/62 et 5 du règlement 99/63. Le premier prévoit que "Dans la mesure où la Commission ou les Etats membres l'estiment nécessaires, elles peuvent aussi entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande. Le second article précise que "si des personnes physiques ou morales justifient d'un intérêt suffisant demandent à être entendues en application de l'article 19 §2, la Commission leur donne l'occasion de faire connaître leur point de vue par écrit dans le délai qu'elle fixe". L'article 18 §4 du règlement 4064/89 adopte une formulation identique en mentionnant que font notamment partie de la catégorie des tiers intéressés, les membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées ou des représentants reconnus des travailleurs.

I. Contenu

En dehors des délais qui leur sont imposés, les parties ne sont soumises à aucunes règles particulières pour présenter leurs observations écrites. Elles peuvent en confier la tâche à un avocat¹. Elles "peuvent exposer tous les moyens et faits utiles à leur défense", joindre en tant que de besoin des documents, pour établir les faits invoqués, et proposer que la Commission

1. La réglementation communautaire ne prévoit rien à ce sujet. Voir à ce propos, A.Pliakos, op. cit., p.338-339.

entende des personnes qui sont susceptibles de confirmer les faits invoqués"¹. Une importance particulière doit être attachée à cette dernière disposition car l'article 7 §1 du règlement 99/63 stipule que "la Commission donne aux personnes qui l'ont demandé dans leurs observations écrites, l'occasion de développer verbalement leur point de vue si celles-ci justifient d'un intérêt suffisant ou si la Commission se propose de leur infliger une amende ou une astreinte." En conséquence, si l'entreprise ne fait pas cette demande par écrit, elle sera soumise au pouvoir discrétionnaire de la Commission prévu par le paragraphe 2 du même article : "la Commission peut également donner à toute personne l'occasion d'exprimer oralement son point de vue".

La question du contenu des observations écrites et de leurs effets à l'égard de la décision de la Commission pose également le problème de la charge de la preuve éventuellement supportée par l'entreprise quant au bien-fondé des objections administratives à la réalisation de l'opération de concentration ou à la réalité de l'infraction reprochée par la Commission. Dans ce dernier cas, l'entreprise n'a pas en principe à produire la moindre preuve pour démontrer son innocence, mais il est certain qu'elle a tout intérêt à établir que les griefs retenus par la Commission sont insuffisamment fondés pour justifier la décision envisagée.² A ce stade de la procédure, cette obligation a pour seul but d'influencer le processus décisionnel de la Commission car, d'une part l'entreprise conserve la possibilité de présenter des éléments de faits nouveaux, tant au niveau de la procédure orale que lors d'un éventuel recours judiciaire et, d'autre part les observations écrites de l'entreprise n'obligent pas la Commission à réfuter tous les moyens soulevés lors de la décision

1. Article 3 §2 et 3 du règlement 99/63.

2. J.M. Joshua, "Proof in contested...", préc. cit., p.320.

finale¹. Ils ne l'obligent pas non plus à ordonner un complément d'instruction et à motiver le rejet d'une telle demande².

Toutefois, il existe plusieurs indications³ montrant que l'entreprise devrait réfuter, lors de ses observations écrites, chaque point particulier de la communication des griefs, sous peine d'être censée les avoir acceptés. Cette conception, qui est inspirée des procédures antitrust américaines, a même fait l'objet d'une proposition de transcription par voie réglementaire en droit communautaire⁴. Or, pour être acceptable au regard des droits de la défense, une réforme globale de la procédure communautaire, notamment du système de preuve, serait nécessaire. Compte-tenu du résultat très incertain que l'on peut en espérer, une telle réforme apparaît inopportune⁵.

Les observations écrites des tiers ne présentent quant à leur contenu aucune différence notable par rapport à celles des intéressés. On mentionnera toutefois l'affaire BAT et Reynolds⁶ dans laquelle la Cour a précisé que "Pour que les plaignants soient mis en mesure de sauvegarder leurs intérêts légitimes dans le cadre de la procédure administrative, la Commission est tenue d'examiner l'ensemble des éléments de fait et de droit qu'ils ont porté à sa connaissance". Mais cette obligation est d'une portée

1. C.J.C.E. arrêts du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215, att.6 et du 29.10.1980, aff.209 à 215-218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125, att.66.

2. CJCE, arrêt du 23.7.1966, aff. jointes 56-58/64, Gründig-Costen, Rec. 1966, p.430, 492.

3. Voir par ex. les conclusions de l'A.G. J.-P.Warner dans l'aff.30/78, qui conclut à la confirmation de la décision de la Commission en tirant argument du fait que D.C.L. n'avait pas contesté dans la procédure administrative la position de la Commission, C.J.C.E. 10.7.1980, Distillers, Rec. 1980, p.2229.

4. J.Davidow "EEC Fact-finding procedures in competition cases: an american critique", C.M.L.Rev. 1977, p.186.

5. La même conclusion s'appliquera pour cette proposition en matière d'audition orale, voir ce ch., §2, III, 2.

6. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, Rec. 1987, p.4573, att.28.

limitée : "Dans la décision par laquelle elle rejette définitivement une demande, la Commission peut utiliser de nouveaux arguments pour répondre aux observations présentées par les plaignants au titre de l'article 6 du règlement 99/63. Elle n'est pas tenue de les entendre à nouveau avant d'arrêter sa décision"¹.

Enfin, il faut relever qu'en matière de contrôle de concentration, les tiers peuvent exprimer "leur point de vue, dans le délai fixé, par écrit ou oralement. Ils peuvent confirmer leurs observations orales par écrit"². L'option que choisira l'entreprise dépendra sans doute des possibilités concrètes de tenir des auditions orales en présence des parties et des usages procéduraux du pays d'origine. La disposition la plus importante en la matière concerne les observations en réponse à la communication du texte de la décision provisoire de prorogation de sursis ou de dérogation au sursis prévues à l'article 7 §2 et 4 du règlement 4064/89. Si l'intéressé ne fait pas connaître son point de vue dans le délai imparti, la décision provisoire de la Commission devient définitive à l'expiration de ce délai³.

II. Délai pour présenter les observations écrites

La réglementation communautaire laisse à la Commission le soin de fixer un délai aux entreprises pour présenter leurs observations.

En matière d'ententes et de positions dominantes, les délais impartis ne sont pas des délais de forclusion ; ils signifient simplement que la Commission ne peut prendre la décision projetée avant l'expiration du temps fixé. L'article 19 §3 du règlement

1. Idem, att.28.

2. Article 15 §2 du règlement 2367/90.

3. Art.11 §2-2 du règlement 2367/90.

17, concernant l'octroi d'une attestation négative ou d'une exemption, ne pose pas de difficultés particulières en prévoyant que le délai fixé par la Commission ne peut être inférieur à un mois à compter de la publication. L'application de l'article 11 du règlement 99/63 est plus délicate. Il énonce que "Pour fixer les délais prévus aux articles 2, 5 et 6¹, la Commission prend en considération le temps nécessaire à l'établissement des observations et de l'urgence de l'affaire. Le délai ne peut pas être inférieur à deux semaines ; il peut être prorogé."

La réglementation sur le contrôle des concentrations adopte une disposition quasi-identique² en précisant que la Commission doit prendre "en considération les jours fériés légaux dans le pays où la communication de la Commission a été reçue".

En pratique, l'estimation du temps nécessaire par la Commission est critiquée³ du fait que le délai apparaît souvent trop bref pour permettre à l'entreprise de préparer sa défense. Pourtant, la Cour n'a jamais accepté d'annuler une décision sur le fondement d'une violation du droit à l'audition des entreprises pour ce motif⁴. Dans l'affaire Générale Sucrière⁵, elle a validé le délai fixé par la Commission qui "a estimé, à tort ou à raison, se trouver en présence d'une série d'ententes de caractère particulièrement nocif et a pu être amenée à accélérer la procédure administrative en vue de pouvoir mettre

1. Ces articles concernent respectivement la communication des griefs, l'audition des tiers et le rejet d'une plainte.

2. Article 17 du règlement 2367/90.

3. Il faut signaler l'opinion dissidente de Gleiss-Hirsch, cité par Thiesing, Schröter et Hochbaum, op.cit., p.641, qui prétend que le respect du délai minimum de deux semaines relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

4. En France, dans l'aff. des cartes de crédit, la Cour d'Appel a annulé une décision du Conseil fixant aux entreprises un délai de 24 heures pour présenter leurs observations écrites, B.O.C.C.R.F. 30 sept.1989.

5. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, aff.40 à 48, 50, 54 à 56, 111-113-114/73, Rec. 1975, p.1663.

fin le plus vite possible aux comportements incriminés". Si cette préoccupation est compréhensible, l'attendu suivant peut sembler inquiétant. La Cour se réfère au délai minimum, extrêmement bref, fixé par le règlement : "En vertu de l'article 11, le délai dont s'agit ne peut être inférieur à deux semaines", ce qui démontre que "la Commission, en le fixant à deux mois, a accordé aux intéressés un temps dépassant largement le minimum prescrit par cette disposition".¹ Enfin, elle refuse de faire le rapprochement avec le laps de temps écoulé entre l'ouverture et la clôture de l'enquête² car, en l'espèce, "la Commission avait dû rassembler une multitude de fait concernant un grand nombre d'entreprises, alors que chacune de celles-ci n'a eu à s'expliquer, pour l'essentiel, que sur son propre comportement." Là encore, cette motivation est contestable dans la mesure où le rôle des services compétents de la Commission est de faire ses enquêtes et celui d'une entreprise d'exercer l'activité pour laquelle elle a été créée, l'obligation de se défendre venant s'ajouter à son activité normale.³ Malgré cette jurisprudence permissive, la Commission a aujourd'hui tendance à organiser les procédures de manière plus respectueuse des droits de la défense. Il semble que le "tournant" ait été l'affaire ICI⁴ où la brièveté du délai consenti aux entreprises pour envoyer leur réponse écrite avait même suscité la réprobation de l'avocat général Mayras.⁵

La computation du délai ne pose pas de difficulté particulière. Elle est prévue de façon très détaillée par les

1. Idem, att.96.

2. Dans cette affaire, l'enquête de la Commission avait duré plus de deux ans.

3. L.Goffin "La jurisprudence de la Cour de Justice sur les droits de la défense", Publication du C.C.B.E, 1980, p.7.

4. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.48/69, Rec. 1972, p.655.

5. C.Gavalda et G.Parléani, op. cit., p.462.

règlements d'application¹ qui indiquent les modes de transmission, les reports possibles en fonction des différents jours fériés des Etats membres concernés. Le calcul s'effectue, dans tous les cas, du lendemain jour de la réception ou de la remise de la communication.²

§ 2. La procédure d'audition orale

L'audition orale présente, en droit communautaire de la concurrence, un caractère accessoire par rapport à la phase écrite et l'entreprise ne peut y prétendre qu'à certaines conditions. Mais, l'utilité de cette procédure est souvent mal comprise des opérateurs économiques qui, en pratique, hésitent à la solliciter³. Plusieurs modifications ont déjà permis d'en améliorer le déroulement ; d'autres transformations sont également proposées.

I. Importance de l'audition orale

La procédure orale est, notamment en matière d'ententes et de positions dominantes, destinée à compléter l'instruction écrite. Suivant la définition donnée par la Commission dans son dixième rapport d'activité, "La phase orale de l'audition ne saurait être l'occasion de faire l'exposé de l'affaire. Elle se présente plutôt comme l'occasion d'éclaircir certains points non résolus au cours de la procédure écrite et de mettre en évidence les grandes lignes de l'affaire." Mais, le caractère accessoire de la procédure orale n'est pas qu'une simple technique procédurale pour permettre une clôture plus rapide du dossier. Il relève de bases idéologiques très profondes quant à l'organisation de

1. Voir les articles 11 du règlement 99/63 et 18 et 19 du règlement 2367/90.

2. Art.11 §3 du règlement 99/63 et 17 et 18 du règlement 2367/90.

3. J.-C.Jeantet, "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence", R.T.D.E, 1986, n°22, p.60.

l'admission des preuves. Dans la procédure communautaire, l'accent est en effet mis sur les preuves écrites, notamment documentaires, et les dossiers d'accusation de la Commission sont basés principalement sur les documents obtenus des entreprises par le biais des demandes de renseignements, des vérifications, ou délivrés par un plaignant. Il est admis¹ que la réduction du caractère oral de l'administration des preuves au profit de témoignages écrits a l'avantage de simplifier et d'accélérer la procédure mais des caractères importants de la preuve par témoins sont ainsi éliminés : Dans l'écrit, les faits sont fixés tandis que l'instruction orale permet d'approfondir l'analyse des faits et de vérifier la crédibilité du témoin. La valeur de la simplification entre en opposition avec celle de l'établissement de la vérité sur la base des preuves. Selon J.E.Ferry², le problème serait toutefois plus culturel que procédural. Toujours est-il que, si à l'origine l'influence des droits allemands et français a été prépondérante, les propositions de réforme tendent à donner à la procédure un caractère accusatoire, bien connu du droit anglo-saxon, et à renforcer l'importance de l'audition orale.

Il est à noter que la réglementation sur le contrôle des concentrations reprend, bien que de façon légèrement adoucie, le caractère accessoire de la procédure orale. Seuls les tiers intéressés peuvent exprimer verbalement leur point de vue sans passer par une phase écrite préalable, si ce n'est celle nécessaire pour demander à être entendus³. Il reste une

1. Voir V.Denti et M.Taruffo, "Simplifying the Taking of Evidence", in The Eighth World Conference on procedural Law - Justice and Efficiency, Editor W.Wedekind- Kluwer, 1989, p.324-325.

2. Il soutient que la procédure est bien comprise des pays de l'Europe continentale chez qui elle n'a pas occasionné le volume de plaintes venues du Royaume-Uni, op. cit., p.126 et s.

3. Article 13 §1 du règlement 2367/90.

catégorie de personnes qui peuvent également être entendues directement par oral : Aux termes de l'article 13 §1 du règlement 2367/90, "La Commission donne aux intéressés, qui l'ont demandé dans leurs observations écrites, l'occasion d'exprimer verbalement leur point de vue, s'ils justifient d'un intérêt suffisant à cet effet ou si la Commission se propose de leur infliger une amende ou une astreinte. Elle peut également leur donner l'occasion dans d'autres cas de présenter verbalement leur point de vue". Reste à savoir à quels cas précis peut s'appliquer cette disposition.

II. Droit des entreprises à l'audition orale

L'audition peut être organisée à l'initiative de l'administration qui établit une liste des questions au sujet desquelles elle souhaiterait entendre les entreprises ou personnes concernées développer leur point de vue.¹ Celles-ci ont parfaitement le droit d'indiquer qu'elles ne souhaitent pas être entendues.²

En principe, ce sont plutôt les entreprises qui sont demanderesses à la procédure. Selon l'article 7 du règlement 99/63, "La Commission donne aux personnes qui l'ont demandé dans leurs observations écrites l'occasion de développer verbalement leur point de vue si celles-ci ont justifié un intérêt suffisant à cet effet ou si la Commission se propose de leur infliger une amende ou une astreinte. La Commission peut également donner à toute personne l'occasion d'exprimer oralement son point de vue". La réglementation afférant aux concentrations³ aboutit à un résultat identique. L'audition orale est de droit pour les

1. Xe rapport sur la politique de la concurrence, point 26.

2. Déc. du 11.12.1981, National Panasonic, J.O.C.E. 1982, L.113/18, att.20.

3. Voir l'article 15 du règlement 2367/90.

entreprises à qui la Commission entend infliger une sanction pécuniaire, ou qui présentent un intérêt suffisant, à condition qu'elles l'aient demandée lors des observations écrites. Pour les autres, qui ne seront en général que de simples témoins, la Cour semblait reconnaître à l'administration une marge d'appréciation raisonnable pour décider de l'intérêt que peut présenter une audition des personnes.¹ Il faut néanmoins relever que, dans une affaire récente d'aide d'Etat, Samad-Safco², elle a reconnu le droit d'une entreprise à être entendue oralement avant l'adoption d'une procédure d'enquête précédant l'adoption d'un règlement, en indiquant que la procédure communautaire n'offrait pas toutes les garanties procédurales, pour la protection juridique des individus, qui peuvent exister dans certains Etats membres, et que les institutions de la Communauté avaient ainsi une obligation renforcée d'assurer une audition loyale. Il est donc intéressant de voir que la législation allemande sur le contrôle des ententes comporte un accès à l'audition orale beaucoup plus large pour les tiers : "L'autorité de contrôle des ententes peut ordonner des débats publics oraux sur la demande d'enregistrements au cours desquels toute liberté doit être laissée à quiconque de présenter des objections contre l'enregistrement demandé." Les droits des entreprises, à une audition orale devant la Commission, devraient donc à l'avenir être particulièrement ménagés au niveau communautaire.

III. L'organisation de la procédure

L'organisation de la procédure orale ne présente aucune caractéristique réglementaire notable en matière de contrôle des

1. C.J.C.E. arrêt du 17.1.1984, aff.43-63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.57, att.18.

2. C.J.C.E. arrêt du 27.6.1991, aff.C-49/88, non rep., att.15.

concentrations¹. L'audition orale sera donc étudiée principalement pour les procédures concernant les ententes et les positions dominantes.

1. Le rôle du Conseiller-rapporteur

L'organisation de la procédure orale a été transformée en 1982² lorsque la Commission a créé un poste de Conseiller rapporteur chargé "d'assurer le bon déroulement de la phase orale de la procédure et de contribuer au caractère objectif tant de l'audition que de la décision ultérieure éventuelle. Le conseiller rapporteur ne participe pas à l'instruction de l'affaire. Il veille au respect des droits de la défense, tout en tenant compte de la nécessité des règles du droit de la concurrence" ainsi qu'à la prise en compte de "tous les éléments, favorables ou défavorables, pour l'élaboration de la discussion". Il est totalement indépendant³ et est doté d'un pouvoir autonome d'évocation directe auprès du directeur de la D.G.IV. Le conseiller rapporteur n'est pas juge à la procédure et n'a pas à examiner ou évaluer les preuves et arguments des parties et de la Commission. Son rôle est de conduire l'audition ; il décide de l'opportunité d'admettre la production de nouveaux documents, de l'audition de tiers, de confrontations éventuelles, de la

1. Voir l'article 14 du règlement 2367/90.

Un poste de Conseiller-auditeur a également été créé pour la procédure regardant les concentrations.

2. Auparavant, le directeur du service chargé de l'administration du dossier était nommé pour procéder à l'audition orale. Cette procédure faisait l'objet de vives critiques. Voir par ex., House of Lords Select Committees (Session 1981-82, 8th report on competition policies), ou J. Davidow, op. cit. p.187, qui proposait l'emploi d'un juriste extérieur à la direction de la Commission.

3. Il ne reçoit d'ordre d'aucun membre de la Commission et ne peut être démis de ses fonctions que sur une décision de la Commission qu'il pourra contester devant le tribunal.

nécessité d'un complément d'information, de l'abandon de certains griefs.

Cette organisation de la procédure en droit de la concurrence communautaire constitue un progrès indéniable pour les entreprises. On ne peut donc que regretter qu'elle n'ait pas été adoptée par le législateur français lors de la réforme de 1986 ; la présence du rapporteur au délibéré, quoique vivement critiquée¹, n'a pas été jugée contraire au principe du contradictoire, dans la mesure où il ne fait que répondre aux demandes de renseignements des membres du Conseil, et ce, dans les limites du rapport écrit versé aux débats.²

2. Tenue d'une réunion préparatoire

Le conseiller rapporteur peut organiser une réunion préparatoire à l'audition. J.Davidow³ suggère à ce propos une réforme de la procédure pour distinguer et accentuer très nettement la phase préparatoire en calquant la procédure communautaire sur le modèle du "pre-trial" connu en "common law". Schématiquement, il propose d'obliger les parties à participer à une audition préliminaire, qui serait fixée environ six semaines avant l'audition orale finale, lorsqu'une des parties en fait la demande ou lorsque l'audition finale est prévue de durer un certain temps⁴, c'est à dire lorsque l'affaire est complexe et que les contestations sont importantes. Cette audition préliminaire s'accompagnerait d'une obligation pour les parties, établie au départ par règlement ou par avertissement écrit, de ne fournir que des témoignages directs et de la possibilité d'être

1. M.-C.Boutard-Labarde et Y.Gaudemet "Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence", P.A. 1990, n°50, point 33.

2. C.A.Paris, 26.5.1988, S.N.S.O., B.O.C.C.R.F., n°12 du 15.6.1988.

3. Op. cit., p.185.

4. Cinq jours aux Etats-Unis.

soumis à des interrogatoires et contre-interrogatoires. L'audition fait l'objet d'une retranscription intégrale des débats qui devra être annexée au dossier de la Commission dans un délai de trois semaines, de telle sorte que les parties pourront l'utiliser pour l'audition finale. L'organisation d'une telle audition préliminaire implique l'interdiction d'introduire des faits nouveaux lors de l'audition finale et l'obligation pour les parties de ne se référer qu'au rapport initial¹. En définitive, l'introduction de ce type d'audition préliminaire suppose un bouleversement de l'administration de la preuve que la Commission n'a pas admis et qu'il apparaît inutile de transposer au droit communautaire.

A l'occasion de la phase préparatoire, le conseiller rapporteur fixe définitivement la date et le lieu de l'audition qui avaient déjà été proposés lors de la communication des griefs; il procède à la convocation des personnes et en transmet la copie aux autorités compétentes des Etats membres qui peuvent désigner un fonctionnaire pour participer à l'audition². Comme pour les observations écrites, le délai de convocation doit être suffisant, pour permettre aux personnes intéressées de préparer utilement leurs défenses, bien qu'il puisse être tenu compte de l'urgence de l'affaire. Si une période assez longue s'est écoulée depuis la communication des griefs, le temps nécessaire à la préparation de la défense est réduit et le rapporteur peut fixer rapidement l'audition.³ Il faut noter qu'aucun élément n'empêche la Commission d'organiser plusieurs procédures orales dans une même procédure : Dans l'affaire IBM⁴, à la suite de l'audition, la Commission adressa à l'intéressé des propositions d'amendement

1. J. Davidow, op. cit., p. 186.

2. Article 9 du règlement 99/63.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff. 51/69, Bayer, Rec. 1972, p. 772.

4. Déc. du 18.4.1984, J.O.C.E. 1984 L. 118.

et, à la suite de négociations informelles, une seconde procédure orale fut organisée un an plus tard.

3. Représentation à l'audition

Les modalités de représentation de la Commission et des entreprises sont largement codifiées par les règlements communautaires.

La Commission doit mandater une ou plusieurs personnes pour procéder à l'audition¹. Pour le reste, elle est libre de décider des modalités de sa représentation. Le fait, que les membres de la Commission ne soient pas présents et ne prennent pas part personnellement aux débats, ne constitue pas un motif d'invalidité de la procédure. L'argument a été repoussé par la Cour de justice dans l'affaire dite de la "quinine"², en constatant que la seule personne mandatée par la Commission pour procéder à l'audition avait été présente et, qu'il était sans importance que d'autres membres de la Commission qui peuvent être impliqués dans l'affaire s'absentent momentanément. Même lorsque plusieurs membres de la Commission sont mandatés pour une audition, leur présence simultanée à l'audition n'est pas exigée.

Pour les parties, la réglementation³ est plus contraignante. En effet, les personnes convoquées doivent comparaître elles-mêmes ou en personne de leurs représentants légaux ou statutaires. Les entreprises et associations d'entreprise peuvent également être représentées par un mandataire dûment habilité et choisi dans leur personnel permanent. Les personnes entendues peuvent être assistées par des avocats ou par d'autres personnes

1. Art. 9 §1 du règlement 99/63 et 14 §2 du règlement 2367/90.

2. CJCE, arrêt du 29.10.1980, aff. jointes 209 à 215 et 218/78, Van Landewyck c. Commission, Rec. 1980, p.3234, att.26 et 27.

3. Art. 9 §2 du règlement 99/63 et 14 §2 du règlement 2367/90.

qualifiées.¹ La règle selon laquelle, les parties ne peuvent pas être représentées par un avocat, mais simplement assistées, ne viole pas les principes du traité. Selon la Cour, qui adopte les arguments développés par la Commission, elle se justifie par le fait que les personnes habilitées sont, en général, le mieux informées des faits ou des aspects techniques ou économiques de l'action de leur entreprise qui peuvent avoir une action déterminante pour l'application des règles de concurrence, de sorte que l'audition des intéressés ne peut avoir d'utilité réelle sans la participation de ces personnes.² On peut regretter un tel formalisme privant l'entreprise de la liberté de choisir son représentant, comme c'est par exemple le cas en droit français, et ce d'autant plus, qu'en pratique, la Commission n'a pas le pouvoir d'obliger l'entreprise à être représentée par telle personne déterminée et que l'intéressé peut parfaitement décider de transformer, lors du déroulement de la procédure, l'assistance de son avocat en mode de représentation principale. On peut aussi y voir une négation des principes du système accusatoire où le rôle essentiel dans la procédure est joué par les avocats .

IV. Déroulement de la procédure

La procédure orale n'est pas publique.³ Cette disposition

1. En droit de la concurrence français, les parties ne sont pas tenues de comparaître en personne, mais peuvent se faire représenter. (art.25 de l'ordonnance du 1er décembre 1986)

2. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.49/69, matières colorantes, Rec.1972, p.731, att.11.

3. Articles 9 §3 du règlement 99/63 et 14 §4 du règlement 2367/90. Le droit français (art.25 de l'ord. du 1.12.1986) présente une disposition analogue au contraire du droit britannique. Une position plus nuancée est offerte en le

traduirait, selon Thiesing, Shröter, et Hochbaum¹, l'intérêt du législateur à privilégier la clarification des faits sur un contrôle public de l'application du droit, ce qui ne serait possible qu'en raison du caractère administratif, et non juridictionnel, de la procédure contradictoire. D'ailleurs, le public n'a pas nécessairement un véritable intérêt à la publicité de l'affaire et l'entreprise défenderesse peut avoir des raisons légitimes pour ne pas vouloir cette publicité.²

En pratique, elle ne dure pas plus d'une journée mais il peut arriver, dans des affaires importantes, qu'une semaine complète soit nécessaire³. La procédure d'audition est ouverte par le Conseiller rapporteur qui invite le rapporteur à exposer brièvement les faits et les principaux arguments de la Commission, dans l'affaire examinée. Sans qu'un ordre fixe soit établi, plusieurs phases se succèdent alors.

1. Déposition des parties et les témoins

Les dépositions ne sont pas faites sous serment⁴ et la

(Footnote continued from previous page)

droit allemand où l'audition est en principe publique mais, "s'il y a lieu de craindre qu'une audience publique présente des risques pour l'ordre public, en particulier pour la sûreté de l'Etat, ou pour d'importants secrets commerciaux ou de fabrication, l'autorité de contrôle des ententes prononce d'office ou sur requête de l'une des parties, un huis clos total ou partiel." (art.53 GWB).

1. op.cit., p.637.

2. J.E. Ferry, op. cit., p.126 et s.

3. Voir par exemple l'aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639.

4. A.Pliakos relève qu'il s'agit d'un phénomène quasi-général en droit administratif comparé, op. cit., p.335.

Commission ne peut elle-même infliger aucune sanction en cas de "faux témoignages" ou de refus de déposer. Les dépositions des parties ne sont pas limitées dans leur objet et peuvent, comme dans la réponse écrite, être un large exposé de faits, d'arguments juridiques ou économiques. Aucune obligation ne contraint les parties à présenter des observations orales sur les seuls faits dont elles ont eu personnellement connaissance. Cette notion de "first-hand knowledge" est très importante en common law¹ et fait l'objet d'une attention particulière dans les propositions de réformer la procédure communautaire, de certains juristes anglo-saxons². De fait, la faiblesse, voire l'inexistence, du caractère probant de ces dépositions pourrait justifier leur interdiction formelle pour accélérer l'audition ; une réduction des limites probatoires entraînerait une réduction correspondante des occasions d'application de la loi au moment de l'admission des preuves, c'est à dire moins de contestations des parties et moins de risques de nullité de la décision.³

Les observations des parties ne sont pas limitées aux points développés par écrit ; il est évident qu'elles ne doivent pas reproduire les arguments écrits sous peine de n'avoir aucune utilité. La Commission a d'ailleurs relevé que les observations orales doivent simplement permettre d'éclaircir des points demeurés obscurs dans la phase écrite de la procédure.⁴

Les parties ne peuvent interroger les membres de la Commission mais il est arrivé, en pratique, que ceux-ci admettent des arguments développés lors de la procédure orale. Elles peuvent appeler des tiers ou des experts à venir déposer devant

1. Cette notion existe aussi en procédure de l'Europe continentale.

2. Voir notamment J.Davidow, op. cit. p.184.

3. V.Denti et M.Taruffo, op. cit., p.320.

4. XIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°27.

la Commission.¹ Dans l'affaire IBM, la société IBM a présenté la déposition de vingt témoins (17 en personnes, 3 par dépositions écrites) qui ne représentaient pas seulement l'entreprise mais aussi des concurrents, des associations d'utilisateurs d'ordinateurs, des universitaires européens et américains, des économistes et autres experts. Un observateur du gouvernement américain avait également été appelé pour suivre la procédure en qualité d'observateur.² Cependant, l'obligation de la Commission d'entendre les témoignages n'est pas claire. Pratiquement, il est préférable que la Commission soit préalablement informée du de la qualité précise des personnes citées et de la teneur de leur déposition. Si elle n'a pas déjà été avertie lors de la réponse écrite, cela doit être fait dans un délai raisonnable avant l'audition pour lui permettre d'examiner ces éléments nouveaux.³ Il en est de même pour chaque document utilisé lors de la procédure orale par les entreprises qui doivent en adresser la copie à la Commission avant les débats, si cela n'a pas été fait lors de la réponse écrite. A cette occasion, l'entreprise doit clairement identifier les documents contenant des secrets d'affaire. Si l'entreprise introduit de nouveaux documents et éléments de discussion à l'audition orale, elle ne peut par la suite invoquer la distorsion entre la décision prise par la Commission et la communication des griefs.⁴ Les entreprises doivent par ailleurs tenir compte des problèmes de compréhension

1. De même, ces dépositions ne sont pas faites sous serment bien qu'elles soient effectuées sous forme de 'statutory declaration'.

2. A cette occasion, la presse américaine a affirmé, que des pressions du gouvernement américain avaient été exercées sur la Commission en vue de suspendre la procédure.

La Commission a réfuté ces affirmations dans la question écrite N°296/82. J.O.C.E. 1982 C.174/20.

3. Cela peut également permettre d'éviter l'audition des personnes concernées si la Commission est d'accord avec les dépositions fournies.

4. Voir C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Musique Diffusion française, Rec. 1983, p.1825, att.18 et 19.

entre les intervenants en raison des différentes langues utilisées¹. Leur temps de parole n'est pas limité bien qu'il soit en général admis que celui-ci ne doit pas en principe excéder trois heures.² Le rapporteur a la possibilité d'entendre séparément les personnes convoquées ou, en présence les unes des autres.³ Dans ce dernier cas, la procédure prendra, du moins en apparence, un caractère plus accusatoire car le plaignant pourra avoir l'opportunité de présenter sa position et de réfuter l'argumentation développée par la partie objet de la procédure. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la procédure reste avant tout de type inquisitorial et que le plaignant, même confronté à une partie, garde une position de témoin qui dépose devant une autorité supérieure.⁴

Une partie des auteurs souhaite que les confrontations des parties soient développées le plus possible, en ce que, seul le caractère "contradictoire" satisfait aux garanties du traité en matière de protection des droits individuels.⁵ Pour d'autres, cette position correspond à un lieu commun traditionnel selon lequel les interrogatoires directs et croisés sont la meilleure méthode pour établir la vérité ; la procédure est en général très compliquée, longue et difficile à conduire. La "cross examination", qui est en principe un moyen efficace pour vérifier la crédibilité des témoins, se transforme dans un moyen d'obstruction et de complication de la procédure.⁶ J.E.Ferry⁷

1. C.S. Kerse, op.cit., p.137, insiste sur la nécessité de parler lentement et de transmettre aux interprètes (il peut y en avoir jusqu'à 18) la liste des termes techniques qui seront utilisés.

2. J.E.Ferry, op. cit., p.130.

3. Article 9§3 du règlement 99/63.

4. C.S. Kerse, op.cit., p.135.

5. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op.cit., p.637, citant Mertens de Wilmars p.249, Waelbroeck, p.146 et Sedemund, EUR 1973, p.306, 311 et s.

6. V.Denti et M.Taruffo, op. cit., p.324.

7. Op. cit., p.130.

relève ainsi que les procédures contradictoires de type anglo-saxon seraient totalement inopportunes en matière de droit de la concurrence notamment en raison du coût de la défense qui, dans les affaires anti-trust aux Etats-Unis ou devant les tribunaux des pratiques restrictives au Royaume-Uni, a un effet dissuasif considérable sur les entreprises, excepté pour les plus puissantes. Il faut donc se satisfaire de la pratique de la Commission, où un caractère contradictoire restera purement factuel et dépendra de la possibilité d'audition des entreprises sans que les secrets d'affaire de celles-ci ne soient mis en péril.

2. Questions posées

Le Conseiller rapporteur et les autres membres de la Commission peuvent poser des questions aux parties. Habituellement, les demandes sont en rapport avec les dépositions orales des entreprises mais elles peuvent également avoir trait à des points exposés lors de la réponse écrite et qui seraient restés obscurs.¹ L'existence d'une obligation de répondre n'est pas claire. Il n'existe pas de règles expresses à ce sujet, pas plus qu'il n'existe de sanctions pour défaut de réponse lors de la procédure orale. Si l'on se réfère aux règles de procédure civile française, les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution où peuvent être considérées comme un commencement de preuve par écrit². Le défaut de réponse peut simplement provenir de l'absence aux débats de la personne la plus appropriée pour donner les explications voulues ou car l'entreprise considère qu'elle a besoin d'un certain délai par exemple pour consulter des dossiers. Dans ce cas, elle doit

1. Ces questions peuvent d'ailleurs être posées préalablement à l'audition.

2. Article 1347 du Code Civil français.

indiquer ce fait et proposer à la Commission de fournir dans un délai raisonnable la réponse complète par écrit. En effet, même si une réponse spontanée peut apparaître comme un élément favorable à l'entreprise, la plus grande attention doit être accordée aux indications fournies.

Les représentants des autorités compétentes des Etats membres sont ensuite invités par le Conseiller rapporteur à interroger les parties. Comme il a été dit du Conseiller rapporteur que celui-ci n'était pas juge à la procédure, les représentants des autorités compétentes des Etats membres ne peuvent être assimilés à un jury. Il ne faut pas oublier qu'ils n'ont peut-être pas eu l'opportunité de prendre connaissance de tous les documents dans leur propre langue et que, lors de la procédure orale, ils peuvent être entendus des parties grâce au système d'interprétation simultanée.¹ Ces dernières ne peuvent se prévaloir d'aucun droit quant à l'opportunité qu'ont les représentants des autorités compétentes des Etats membres, de les questionner ou non.² Les questions sont posées directement aux parties mais il est entendu que les réponses de celles-ci s'adressent également aux membres de la Commission.

Avant de clore la procédure orale, le Conseiller rapporteur peut donner aux parties l'opportunité de présenter toutes conclusions qu'elles estimeraient utiles. Celles-ci doivent être particulièrement brèves et ne sont acceptées que dans la mesure où elles reprennent des faits ou explications présentés différemment par les observations des divers intervenants. Il faut rappeler que l'ordre dans lequel se déroule la procédure est susceptible d'être modifié, par exemple, lorsque de nombreuses parties ou tiers plaignants sont présents à l'audition.

1. C.S.Kerse, op. cit., p.138.

2. Voir l'opinion de l'avocat général Roemer dans l'aff.6/72 Continental Can, Rec. 1973, p.215.

3. Procès-verbal d'audition

Suivant l'article 9 §3 du règlement 99/63, les déclarations essentielles de chaque personne entendue doivent être consignées au procès-verbal qui doit être approuvé après lecture. Cette règle a pour but de donner l'assurance aux personnes entendues que les minutes de l'audition contiennent exactement ce qui a été dit mais également de fournir, à la Commission et au Comité consultatif, les informations complètes sur les dépositions orales effectuées¹. En pratique, la Commission prépare les minutes qui sont adressées aux parties qui ont participé à l'audition orale et chaque changement proposé doit être approuvé par le conseiller rapporteur. La version finale est jointe aux dossiers de la Commission et une copie est adressée aux parties. En pratique, un délai important peut toutefois s'écouler avant que les parties reçoivent les minutes de l'audition.²

4. Clôture de l'audition orale

Le conseiller rapporteur adresse un rapport au directeur général de la Commission sur l'audition et les conséquences qu'il en tire. Ce rapport n'est actuellement pas accessible aux entreprises même dans le cadre d'un éventuel recours en annulation devant le Tribunal³. Une réforme du mandat du Conseiller n'étant pas envisagée par la Commission⁴, seule une modification de la jurisprudence communautaire permettrait aux entreprises d'en avoir l'accès.

L'achèvement de la procédure orale ne signifie pas obligatoirement la fin de la procédure administrative. De

1. C.-S.Kerse, op. cit., p.134.

2. Dans l'aff.48/69, ICI, les parties n'avaient reçu les minutes que quatre semaines avant que la Commission prenne sa décision, soit six mois après l'audition.

3. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100/80, Musique Diffusion Française, Rec. 1983, p.1825.

4. H.Johannes, op. cit., p.355.

nouveaux documents peuvent être échangés entre la Commission et les entreprises si cela s'avère nécessaire pour conclure un accord avec l'entreprise concernée¹ ou pour la clarification du dossier². La procédure orale devant la Commission peut parfaitement créer de nouvelles discussions et faire apparaître de nouvelles divergences, plutôt qu'y mettre fin. Dans ce cas, le problème des éléments nouveaux apportés par l'audition des entreprises pose la question de l'opportunité de réouvrir des investigations³. Pour les entreprises, il pose aussi le problème d'une procédure qui s'éternise, ce qui ne va pas sans difficulté.

1. Déc. Entreprise de Pâte de bois, J.O.C.E. 1985, L.85/1.

2. Voir les aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, dans lesquelles la plaignante a adressé plusieurs aide-mémoire après l'audition, Rec. 1987, p.4487.

3. Dans l'affaire Continental Can, la Cour a ainsi annulé la décision de la Commission, au motif que celle-ci n'avait pas suffisamment délimité le marché en cause et les possibilités de concurrence y attachées. Ces insuffisances avaient déjà apparues lors des auditions, et la Commission aurait facilement pu combler ces lacunes en réouvrant l'enquête, Rec. 1973, p.215.

Conclusion du titre I

La protection juridique des entreprises pose des problèmes différents selon la phase d'instruction concernée.

Au niveau de la saisine de la Commission, la procédure de notification apparaît beaucoup trop incertaine. En dehors des règlements d'exemption catégorielles, les procédures imaginées par la Commission pour remédier aux principaux défauts s'avèrent être un échec. Néanmoins, il faut constater qu'aucun exemple plus performant ne peut être cité et que, bon gré, mal gré, le mécanisme sert de modèle aux Etats-membres. Des progrès pourraient être réalisés en réduisant les informations demandées aux entreprises et en leur garantissant un délai déterminé pour le traitement de leur affaire. Cette dernière mesure permettrait de réduire nettement l'insécurité juridique constatée. Pour les tiers, l'imbrication de la procédure communautaire avec les procédures nationales est très insatisfaisante. Le manque d'uniformisation constitue le défaut majeur du système en aboutissant à des disparités de traitement. Une directive communautaire serait donc souhaitable pour décider de règles générales et uniformes à appliquer aux victimes d'infraction, notamment sur la question de leur indemnisation. Il faut toutefois se garder d'aboutir aux excès du système juridique américain où le débat doctrinal porte principalement sur la balance entre le coût et le gain des procédures judiciaires.

Au niveau de l'enquête, les pouvoirs de la Commission ont été très largement interprétés par la Cour de justice mais, corrélativement, les entreprises ont obtenu la reconnaissance de certains droits fondamentaux. L'équilibre des intérêts apparaît à cet égard acceptable. Il demeure que cette évolution permanente traduit une incertitude quant à la teneur exacte de la règle

applicable. Devant les sanctions très sévères qui sont infligées aux entreprises, la Cour devrait se montrer moins tolérante à l'égard du respect très approximatif des règles par la Commission. Un effort de systématisation des règles applicables devrait être exigé de la part de l'administration, à commencer par la mise à jour des notes d'information annexées aux mandats ou décisions ordonnant une vérification.

Au niveau de la phase préparatoire de la décision, la large codification effectuée par les règlements 17/62 du Conseil et 99/63 de la Commission représente un progrès décisif pour la sécurité juridique des entreprises. En dépit de la durée et d'une certaine lourdeur des procédures, de nombreuses améliorations ont été apportées par la Commission. Mais, les principales questions n'ont pas leur solution dans les textes et de nombreux problèmes restent encore en suspens. Les règlements 4064/89 et 2367/90 afférant au contrôle des concentrations sont à cet égard plus précis ce qui n'empêche pas de soulever de nouvelles interrogations.

**TITRE II. LE REGLEMENT INDIVIDUEL DES AFFAIRES EN DROIT DE LA
CONCURRENCE**

Le juge communautaire affirme régulièrement¹ que la législation sur la concurrence doit, conformément aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime, être claire et prévisible pour les justiciables. De fait, la souplesse qui caractérise la qualification juridique des comportements visés par les articles 85 et 86 du traité permet, certes, une adaptation plus facile de la politique menée mais elle entraîne aussi une certaine incertitude quant à l'application de ces règles. La pratique administrative montre à cet égard une conception toujours plus large des infractions prévues par les textes. Ce glissement progressif opéré par les institutions communautaires, notamment pour effectuer un contrôle des concentrations sans une législation spécifique, n'était pas toujours prévisible des opérateurs économiques concernés. L'entrée en vigueur du règlement 4064/89 met un frein à certains problèmes mais en crée de nouveaux.

Et, si les règlements communautaires offrent un large éventail de mesures formelles pour obliger les entreprises à respecter les règles du jeu de la concurrence, on constate qu'une écrasante majorité des affaires se règle suivant un mode négocié, informel. Les droits des entreprises, notamment des tiers, peuvent-ils être protégés dans le cadre d'une telle pratique ?

1. Voir par ex. les arrêts de la C.J.C.E. des 6.4.1962, aff.13/61, Bosch, Rec. 1962, p.90, 104; 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann La-Roche, Rec. 1979, p.554, att.30; 30.4.1986, aff.209 à 213/84, Nouvelles frontières, Rec. 1986, p.1425, att.64; T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T.51/89, Tetra Pak, Rec. 1990, p.347, att.36.

Chapitre I. LES REGLES DU JEU DE LA CONCURRENCE

Les règles édictées aux articles 85 et 86 ne peuvent s'analyser isolément. Elles doivent "nécessairement être interprétées et appliquées à la lumière de l'article 3, lettre f, du traité, prévoyant que l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun, et de l'article 2 du traité, qui donne pour mission à la Communauté de promouvoir le développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble du Marché commun".¹ Mais ces deux articles sont également bâtis sur des concepts mouvants. La raison en est qu'un accord sur des termes plus précis aurait été impossible à trouver : Comme on le constate dans tous les processus d'accords internationaux, plus le champs d'application géographique et matériel est large, moins la règle adoptée peut être contraignante. Par ailleurs, la nature des dispositions, qui constituent des règles du jeu plutôt que des renoncements à des compétences, nécessite que le sens donné aux termes employés puisse évoluer². C'est au juge communautaire de permettre une interprétation souple qui respecte tant les principes généraux du traité que les intérêts légitimes des entreprises du Marché commun³. Le résultat atteint est-il

1. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6-7/73 ICI-CSC, Rec. 1974, p.223, att.32.

2. M. von Simson "The concept of competition in the European Community", in Structure and Dimensions of European Community Policy, J.Schwarze & H.-G.Schermers (Eds), Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p.139. L'économiste Eucken distingue la politique qui vise à tracer un cadre normatif dans lequel s'exerce une législation permanente et contraignante et la politique ponctuelle visant à influencer de façon active le comportement qui est à l'origine de dispositions attribuant aux autorités économiques une marge importante de pouvoir discrétionnaire. V.K.Mortelmans "Equité et droit économique", R.I.D.E., 1989, n°3, p.7 à 32.

3. M. von Simson, op. cit., p.146.

satisfaisant ?

Section 1. La délimitation des règles communautaires de la concurrence

Le cadre d'application des règles communautaires de la concurrence, n'est pas clairement fixé par le traité. Les articles 85 et 86 visent les "entreprises" sans en définir le concept et les rapports de cohabitation avec les législations nationales, qui sont appelés à s'établir du fait de l'émergence d'un droit communautaire de la concurrence, sont loin d'être simples.

§ 1. Agencement interne des règles de la concurrence

L'existence de diverses règles communautaires sur la concurrence, visant des situations souvent très proches, rend nécessaire de délimiter clairement leur champs d'application respectif.

Le cas échéant, le juge doit chercher une solution pour combler les lacunes existantes. Le règlement 4064/89 règle à cet égard une importante difficulté ; il crée aussi de nouveaux problèmes.

I. Rapports entre les articles 85 et 86 du traité

"En vue de respecter les principes et d'atteindre les objectifs énoncés aux articles 2 et 3 du traité, les articles 85 et 86, ont prévu des règles générales applicables aux entreprises. L'article 85 vise les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées, cependant que l'article 86 vise l'action unilatérale d'une ou plusieurs entreprises. Sur des plans différents, ils tendent au même objet, à savoir le maintien d'une concurrence effective dans le Marché commun. L'article 85 et 86 ne peuvent être interprétés en des sens contradictoires alors qu'ils constituent la mise en

oeuvre d'un même objectif"¹. Tel est le cadre fixé par la Cour pour résoudre les problèmes tenant aux éventuelles lacunes laissées par les textes et aux possibles superpositions des normes.

Dans l'hypothèse où plusieurs entreprises se rendent coupables d'un abus de position dominante collective, certaines difficultés de coordination avec l'article 85 peuvent se poser. Certains auteurs² estimaient que celui-ci serait applicable quand le comportement interdit résulte d'accords ou de pratiques concertées alors que l'article 86 s'appliquerait quand le groupe d'entreprises est marqué par une firme dominante qui impose sa volonté aux autres et ce, même en l'absence de liens particuliers entre les entreprises. Dans l'affaire Amhed Saeed³, la Cour a tranché différemment la question. S'agissant de savoir si l'application d'un accord susceptible en tant que tel de relever de l'interdiction de l'article 85 §1, peut en principe constituer un abus de position dominante, elle a déclaré que "l'application simultanée des articles 85 et 86 ne saurait être écartée". La Cour souligna qu'au cas où un accord entre plusieurs entreprises ne représente que l'acte formel qui consacre une réalité économique caractérisée par le fait qu'une entreprise en position dominante a réussi à faire appliquer les tarifs en cause par d'autres entreprises, les articles 85 et 86 s'appliquent simultanément. Il peut également se produire un concours idéal d'infraction, c'est à dire la violation simultanée par les mêmes comportements des deux dispositions du traité. Dans l'affaire du "Verre plat"⁴, la Commission a ainsi sanctionné une pratique

1. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215, att.25.

2. A.Raffaelli, "Il divieto di abuso della posizione dominante nel diritto comunitario", Foro it., 1988, IV, p.78.

3. C.J.C.E. arrêt du 11.4.1989, aff.66/86, Ahmed Saeed, non rep., att.34 et 37.

4. Déc. du 7.12.1988, J.O.C.E. 1989, L.33/44, point n°84.

concernée entre producteurs qu'elle a considéré être contraire à l'article 85 §1, lesquels producteurs se rendaient également coupables d'un abus de position collective. Un tempérament est apporté à cette interprétation extensive des textes. Faisant application du principe du non-cumul des amendes, la Commission a seulement sanctionné l'infraction la plus grave.

II. Le règlement 4064/89 sur les concentrations

A la différence du Traité CECA et de la plupart des législations nationales¹, le Traité CEE ne contient aucune dispositions concernant les concentrations. Après avoir tenté d'appréhender le phénomène par l'application des articles 85 et 86, la Commission a réussi à faire adopter un règlement spécifique, qui pour combler certaines lacunes, n'est pas sans créer des difficultés d'organisation des diverses règles de la concurrence déjà existantes.

1. Inadaptation des articles 85 et 86 au contrôle des concentrations

Dans un mémorandum sur les concentrations publié en 1966², la Commission concluait à l'inapplicabilité de l'article 85 à ce type d'opérations et soulignait les limites présentées par l'article 86 en la matière. Sur le premier point, l'application en soi de l'article 85 aux concentrations pouvait être critiquée puisque celles-ci ne concernaient pas le comportement des entreprises mais modifiaient leur structure interne ce qui ne pouvait avoir pour effet direct une limitation de la concurrence. Même en écartant cette thèse, l'application de l'article 85

1. L'Allemagne s'était déjà dotée d'une législation en 1973, la France, en 1977.

2. Commission CEE, Le problème de la concentration dans le marché commun, Bruxelles, Publications de la Commission.

continue de poser des difficultés considérables : D'une part, il n'est pas possible d'apprécier "a priori" les incidences des concentrations sur le marché avec autant de certitude que celles d'une entente relative à un comportement donné.¹ D'autre part, l'interdiction du paragraphe 2 risquerait par suite de la disparition des entreprises participantes d'aller au delà du rétablissement de la situation antérieure. Enfin, l'octroi de l'exemption de l'article 85 §3 ne peut être accordée que sur preuve des incidences positives exigées et la validité limitée de l'exemption ne s'accorde pas avec la modification définitive de la propriété que suppose la concentration. La Commission estimait donc, qu'en dehors des opérations de concentration partielles laissant des entreprises juridiquement distinctes, ce type d'accord n'était pas sanctionnable en soi par l'article 85. Par ailleurs, certaines opérations restaient en dehors du champs d'application de l'article 85, comme par exemple les achats d'actions d'une société concurrente sur le marché boursier, puisque dans ce cas l'existence d'un accord requis par l'article 85 fait défaut. Cependant, au cours de vingt années de pratique, la Commission rigidifia sa position pour arriver dans l'affaire Philipp Morris² à appliquer l'article 85 à une acquisition de part minoritaire. La Cour accepta les conclusions de la Commission en constatant que la société acquérente avait obtenu le contrôle légal ou de fait sur les comportements commerciaux des concurrents³.

L'article 86 a été appliqué à plusieurs reprises à des opérations de concentration impliquant des entreprises en

1. Idem, p.23.

2. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566, att.45.

3. Voir sur cet arrêt, R.Cornetta, "La Corte di giustizia delle Comunità europee e il controllo delle concentrazioni: la difficile lezione americana", Foro it., 1989, IV, p.57.

position dominante et ce, pour la première fois en 1971, dans l'affaire Grundig-Consten¹. Une telle application se trouve limitée aux entreprises détenant déjà une position dominante². Elle n'est pas non plus exempte de critiques. Alors que l'article 86 était à l'origine destiné presque exclusivement à protéger les consommateurs, le changement graduel qui s'est opéré aboutit à protéger la concurrence³. En considérant que des modifications structurelles du marché peuvent entraîner une violation de l'article 86 du traité⁴, la Cour transpose l'abus à une phase antérieure de l'opération commerciale.⁵ Elle érige la concurrence comme un but en soi de la politique communautaire. Trois objections doivent être soulevées⁶. La première est que cela tend à considérer la concentration des parts de marché comme un abus. La seconde tient à ce que cette approche est fondée sur la certitude qu'une diminution de la concurrence est nécessairement préjudiciable aux consommateurs, ce qui ne se vérifierait pas sur certains marchés. Enfin, la troisième est que la sauvegarde d'entreprises concurrentes peut être confondue avec les buts pour lesquels la concurrence doit être préservée. Or, il est très difficile pour une institution de distinguer quand intervenir pour sauver une petite ou moyenne entreprise de la pratique abusive d'une entreprise en position dominante, de l'intervention pour préserver une entreprise inadaptée aux forces du marché. Cette distinction est une question de degré qui

1. Voir J.O.C.E. 1964, 161/2545 et Rec. 1966, p.429. A la suite de l'approbation par la Cour, de la décision de la Commission, celle-ci présenta un premier projet de règlement de contrôle des concentrations, J.O.C.E. 1973, C.92/1.

2. E.Moavero Milanese, "Spunti per uno studio del diritto antitrust della CEE", D.S.C.I., 1990, n°3, p.377.

3. Idem, p.248.

4. Voir C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Rec. 1973, p.215.

5. S.-M.James "The Concept of Abuse in EEC Competition Law: An American View", L.Q.Rev., Vol,92, 1976, p.251.

6. Idem.

implique une balance de questions sociales, politiques et économiques. Or, la Cour considère l'abus avec le seul souci de préserver la concurrence sans déterminer en quoi une diminution de celle-ci serait préjudiciable aux consommateurs.¹

2. Le règlement 4064/89

La réticence à instaurer un contrôle des opérations de concentration s'explique d'abord par les implications politiques et sociales de la matière, qu'il s'agisse d'opérations transnationales ou purement nationales. Pour les pays du Sud de l'Europe, l'idée dominante était que les firmes n'atteignaient pas une dimension suffisante pour lutter contre la concurrence étrangère. Cette conception rejoint d'ailleurs le préjugé économique favorable attribué à la concentration. Pour les économistes, la grande entreprise est souvent dans une meilleure situation que la petite pour tirer parti du progrès technique et diminuer ses coûts. Aujourd'hui, les raisons d'une intervention en matière de fusions ne sont plus de défendre les petites entreprises contre des concurrentes plus efficaces mais d'éviter qu'un prix oligopolistique soit fixé à travers des concentrations ou que se réalisent d'autres formes de coalition. On considère² qu'un taux élevé de concentration favorise des comportements parallèles conscients dans le domaine des prix et des objectifs de production et constitue par conséquent un facteur de non concurrence. L'adoption du règlement 4064/89 est due en définitive à la solution rendue en 1987 dans l'arrêt Philipp

1. Voir notamment les aff.6/72, Continental Can, du 21.2.1973, Rec. 1973, p.215 et 6-7/73, ICI-CSC, du 6.3.1974, Rec. 1974, p.223.

2. Voir L.Vogel, "Concurrence. Contrôle direct des opérations de concentration en France", J.C.P., 2, 1988, Fasc.400, point.3, ou R.Pardolesi, "Gli aspetti giuridici di una politica della concorrenza" a cura di P.Bianchi, Bologna, 1988, 97, 105.

Morris¹ que la Commission menaçait d'appliquer en matière de concentrations, aux importantes concessions qu'elle a accepté de faire, enfin, à l'échéance en 1993 d'un marché unifié et à l'accroissement déjà sensible des concentrations transnationales.

3. Coordination avec les articles 85 et 86

L'entrée en vigueur du règlement 4064/89 pose un problème extrêmement délicat qui est celui de sa combinaison avec les articles 85 et 86. Une éventuelle superposition des normes se devait d'être écartée pour garantir la sécurité juridique des entreprises. La difficulté vient du fait que le règlement a une valeur inférieure au traité et qu'il ne peut donc le supplanter. Empêcher l'application des règles posées par les articles 85 et 86 ne pouvait donc se faire sans une réforme même du traité. Le législateur communautaire contourne l'obstacle par une astuce procédurale en spécifiant² que le règlement 17/62 n'est pas applicable aux opérations de concentration telles que définies à l'article 3 du règlement 4064/89. La référence à cette disposition, et non à l'article 1er, prive la Commission de cet instrument d'intervention au titre des articles 85 et 86 du traité, non seulement dans le champs du règlement sur le contrôle des concentrations, mais en deçà des seuils. Dans la mesure où les articles 85 et 86 continuent de s'appliquer aux opérations de concentration, ce qui est le cas puisqu'un règlement communautaire n'a pas l'autorité suffisante pour modifier le champs d'application du traité, ils se trouvent dépourvus de règlement d'application.

Deux difficultés en découlent. D'une part, cela ouvre un "no man's land" pour les entreprises qui ne sont pas de dimension communautaire au sens du règlement mais qui le sont en

1. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566, att.45.

2. Art.22 du règlement 4064/89.

pratique¹. En précisant qu'elle n'interviendrait pas en dehors d'opérations se situant en dessous du seuil de deux milliards d'écus, la Commission a indiqué que, pour appliquer les articles 85 et 86, elle recourerait à la procédure de l'article 89 du traité², qu'il n'est pas inutile de rappeler "in extenso" : "Sans préjudice de l'article 88, la Commission veille, dès son entrée en fonctions, à l'application des principes fixés par les articles 85 et 86. Elle instruit, sur demande d'un Etat membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des Etats membres qui lui prêtent assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a une infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin. S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les Etats membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation". La Commission, étant dans cette hypothèse, dépourvue de moyens de sanction directe, l'application des procédures nationales à l'opération prend d'autant plus d'importance. D'autre part, les articles 85 et 86 peuvent toujours être appliqués par la Cour de justice et les juridictions nationales.

Il faut ajouter que si le règlement 4064/89 prend soin de tracer nettement son champs d'application, il peut néanmoins exister des opérations comportant à la fois des dispositions de type concentratif et d'autres visant la coordination des comportements concurrentiels. Il ressort des déclarations de la Commission que si les deux éléments sont inséparables, il y

1. J.-P. de la Laurencerie, op. cit., p.146. L'auteur se réfère aux seuils particulièrement élevés instaurés par le règlement.

2. Voir le document annexe comportant les "déclarations au procès verbal" du Conseil des ministres du 21.12.1989, au Bull.C.E., suppl. 2/90.

aurait lieu d'appliquer le régime des ententes. S'ils sont dissociables, chacun devrait ressortir du texte adéquat¹. Toutefois, en cas de "restrictions accessoires", c'est à dire directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration", la Commission rappelle que le règlement 4064/89 est seul applicable. Elle n'affirme certes pas que les clauses sortent du champs d'application des articles 85 et 86, mais l'utilisation du règlement 17 est exclue.

§ 2. Les sujets sanctionnables

Les sujets du droit communautaire de la concurrence, qu'il s'agit d'abord de déterminer, ne peuvent être sanctionnés indéfiniment. Les règles applicables ne sont valables que pour un temps déterminé.

I. Les sujets du droit de la concurrence

Les articles 85 §1 et 86 du Traité CEE ne se réfèrent pas à des personnes mais interdisent des comportements anticoncurrentiels adoptés par des "entreprises"². Ce concept, qui a dû être défini en pratique, s'avère beaucoup plus large que celui de "société" ou de "personne morale ou physique". Concernent-il les "entreprises" étrangères ? Dans l'affirmative, l'application des règles CEE est la même à leur égard ?

1. J.-B. Blaise, "Concurrence. Contrôle des opérations de concentrations", R.T.D.E., 1990, n°4, p.752 se référant au point n°1 de la communication de la Commission du 14.8.1990.

2. "Les règles de concurrence prévues par les articles 85 et 86 concernent le comportement des entreprises, et non les mesures prises par les autorités des Etats membres", mais "l'article 5 du traité oblige néanmoins celles-ci à ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de ces règles de concurrence". C.J.C.E. arrêt du 11.4.1989, aff.66/86, Amhed Saeed, Rec. 1989, p.838, att.48.

1. Le concept d'entreprise communautaire

Reprenant l'interprétation développée dans le cadre de l'article 80 du Traité CECA¹, définissant l'entreprise comme une "organisation unitaire d'éléments matériels et immatériels (...) poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé", les articles 85 et 86 du Traité CEE sont indifféremment applicables aux particuliers ou aux personnes morales, privées ou publiques². Des sociétés de gestion de droits d'auteurs³, des membres de professions libérales⁴, des représentants de commerce⁵, des syndicats, des organisations professionnelles sans but lucratif⁶ relèvent des règles de la concurrence communautaire. Mais, comme dans les Etats membres où le concept

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 13.7.1962, aff.17-20/61, Klökner, Rec. 1962, p.617.

2. Voir déc. du 10.12.1982, British Telecommunication, J.O.C.E. 1982, L.369/36. La différence peut cependant avoir des répercussions importantes dans les droits nationaux qui connaissent un double ordre de juridictions judiciaires et administratives : Les règles de procédure et le juge compétent sont susceptibles de changer. Voir M.-C.Boutard-Labarde et L.Vogel "Droit de la concurrence et personnes publiques", Gaz.Pal. 22-23.12.1989, p.4.

3. Déc. Gema du 2.6.1971, J.O.C.E. 1971, L.134/15 ; voir également C.J.C.E. arrêt du 27.3.1974, aff.127/73, Sabam Fonior, Rec. 1974, p.313.

4. Déc. du 2.12.1975, ADIP/Beyrard, (inventeurs), J.O.C.E. 1976, L6/8. Voir également l'article de A.J.Riley "European Competition Law: The Client v the Public Interest", E.C.L.R. 1991(1), p.39 et s. à propos des avocats.

5. Voir la communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive avec des représentants de commerce J.O.C.E. 1962, L.139/2921, et la décision du 2.1.1973, Industrie européenne du sucre, J.O.C.E. 1973, L.140/17.

6. Voir par ex. C.J.C.E. arrêt du 3.12.1987, aff.136/86, BNIC-Aubert, Rec. 1987(II), p.4789, concernant un accord interprofessionnel passé par deux groupements de viticulteurs et de négociants dans le cadre d'un organisme créé par arrêté ministériel.

d'entreprise tend à s'objectiviser¹, la définition perd avec l'application des articles 85 et 86 du Traité CEE, la dimension purement juridique à laquelle l'avait confinée la jurisprudence CECA². Le rattachement à un "sujet juridiquement autonome" n'est plus obligatoire, seul prime désormais le concept d'entité économique³. C'est ainsi que des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer une entreprise en droit communautaire de la concurrence si elles ne disposent pas d'indépendance d'action. Les conséquences de cette nouvelle interprétation du concept sont considérables.

L'interdiction de l'article 85 ne pouvant s'appliquer à un accord qui ne répond pas à l'expression de l'autonomie des volontés des parties, et comme on ne peut exiger qu'une partie de l'entité ainsi constituée, fût-elle dotée d'une personnalité juridique distincte entre en concurrence avec la société mère, l'interdiction de l'article 85 ne s'applique pas aux relations entre sociétés d'un même groupe quand la filiale ne jouit pas d'une réelle autonomie d'action sur le marché⁴.

En contre-partie, une société qui exerce effectivement son pouvoir de contrôle sur les activités d'une ou plusieurs filiales, peut être tenue responsable des infractions commises

1. Voir A.Jacquemin et G.Schrans, Le droit économique, P.U.F., Que sais-je ?, 3e éd., Paris, p.105-106.

Dès 1956 en Grande-Bretagne, selon le "Restrictive Practice Act", des entreprises économiquement interdépendantes constituent une seule personne. En Allemagne, la doctrine était divisée, tandis qu'en France le concept apparaît en 1967. Voir I.Torley Duwel "Signification du mot "entreprise" dans le sens de l'article 85 du traité CEE", R.T.D.E. 1966, p.400.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.74 se référant à l'arrêt de la Cour du 13.7.1962, aff.2/57, et à la déc. de la Hte Aut. du 21.1.1957, J.O. CECA p.61.

3. La première affaire est celle des matières colorantes n°48, 49, 51-57/69, arrêt du 14.7.1972, Rec. 1972, p.619.

4. C.J.C.E. arrêts des 14.7.1972, aff.52/69, matières colorantes, Rec. 1972, p.787, att.44; 31.10.1974, aff.16/74, Centrafarm BV, Rec. 1974, p.1147.

par cette dernière. Dans l'affaire ICI-CSC¹, la filiale et la société mère sont condamnées solidairement, en dépit de l'autonomie laissée par la participation limitée à 51% du capital social car, au moins dans ses relations avec le tiers plaignant, "le comportement de CSC et d'Istituto a (...) été caractérisé par une unité d'action évidente, ce qui, compte tenu du pouvoir de contrôle de CSC sur Istituto confirme (...) que les deux sociétés sont, en ce qui concerne leurs relations avec Zoja, à considérer comme une unité économique et que le comportement incriminé leur est imputable solidairement". Dans l'affaire Continental Can², la Cour accepte la condamnation de la société mère en vertu de l'article 86, en considérant que la filiale n'avait servi que d'intermédiaire et que "la circonstance qu'une filiale a sa propre personnalité juridique n'exclut pas que sa conduite peut être imputée à la société mère". La Cour ajoute "que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale ne détermine pas son comportement sur le marché mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère". Dans l'affaire Jonshon & Jonshon³, la société mère fut condamnée solidairement avec ses filiales dont elle participait à 100% au capital social, pour les interdictions d'exporter imposées à leurs revendeurs, au motif qu'elle "savait ou aurait dû savoir qu'elle et ses filiales doivent se conformer à la législation des Communautés européennes". Enfin, dans l'affaire Hugin-Liptons⁴, les deux sociétés du groupe sont condamnées solidairement pour le refus de vente qui émane à la fois de la société mère et de la filiale. La Cour constate qu'Hugin était détenue à 100% par

1. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6 et 7/73, Rec. 1974, p.223.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Rec. 1973, p.215.

3. Déc. du 25.11.1980, J.O.C.E. 1980, L.377/16.

4. Déc. du 8/12.1977, J.O.C.E. 1978, L.22/23. Dans un arrêt du 31.5.1979, aff.22/78, Rec. 1979, p.1869, la Cour ne s'est pas prononcé sur le concept d'entité économique utilisé par la Commission, ayant annulé la décision sur un autre motif.

Liptons, qu'on pouvait déduire l'intention de la société mère de "suivre de près, au jour le jour, les affaires mêmes courantes de la filiale" du fait que les représentants de la société mère détenaient d'importants postes de direction dans la filiale, qu'elles "forment une unité économique et constituent par conséquence une entreprise au sens de l'article 86".

Par ailleurs, cette conception objective de l'entreprise communautaire permet, en cas de reprise, d'imputer à une entreprise, le comportement de ses prédécesseurs économiques ou légaux, du fait de la continuité économique et fonctionnelle qui existait entre l'entreprise initiale et son successeur¹. Lorsqu'après la cessation, l'activité en cause conserve son identité sous l'angle économique, mais se trouve imbriquée au sein d'une entreprise plus vaste, le comportement anticoncurrentiel ultérieur est imputable à l'identité juridique dont elle relève. Dans l'affaire de l'entente sur le sucre², la Cour constate que la société Suiker Unie "ayant repris tous les droits et obligations des quatre coopératives de l'ancienne association, elle doit être considérée comme le successeur économique tant de l'ancienne association que de ces membres (...), que le comportement de la requérante et de son prédécesseur a donc été caractérisé par une unité d'action évidente qui rend ce comportement imputable à la requérante".

2. Les entreprises étrangères

Les législations sur la concurrence déterminent rarement leur champs d'application dans l'espace. Le droit allemand³ fait donc exception en prévoyant expressément son applicabilité à toutes

1. Déc. du 23.4.1986, polypropylène, J.O.C.E., 1986, L.230/1, att.100.

2. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, Rec. 1975, p.1925, att.75 et svts.

3. Voir l'article 98 §2 du GWB.

les restrictions ayant effet sur le territoire national, même si elles résultent d'accords passés à l'extérieur. Le droit communautaire de la concurrence se contente de prohiber les comportements restreignant la concurrence dans le Marché commun. Est-il applicable à des entreprises étrangères et, dans l'affirmative, le traitement est-il le même que pour les sociétés situées dans la Communauté ?

L'affaire de référence est celle dite des "Entreprises de pâte de bois"¹. Les entreprises concernées, qui avaient toutes leur siège dans des Etats tiers, reprochaient à la Commission d'avoir appliqué l'article 85 à des comportements restrictifs ayant eu lieu hors du Marché commun. La décision attaquée ne pouvait se justifier que sur le fondement de la localisation des seuls effets anticoncurrentiels. Or, jusqu'alors, la Cour avait localisé le fait générateur au sein du territoire communautaire en attribuant le comportement restrictif à la filiale située dans le Marché commun et en l'imputant à la société-mère étrangère.² De même, dans l'affaire "Zinc Producer Group"³, la Commission avait fait application du droit communautaire à une entreprise britannique membre d'une entente antérieure à l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté, et écarté l'argument selon lequel aucun comportement délictueux ne pouvait en l'espèce, être reproché avant l'adhésion du Royaume-Uni : Bien que l'entreprise fût située dans un pays tiers, ses "actions se sont fait sentir à l'intérieur de ce qui constituait la Communauté". Dans l'affaire des Entreprises de pâte de bois⁴, la Cour décide que le principe

1. C.J.C.E. arrêt du 27.9.1988, aff.89, 104, 116, 117, 125 à 129/85, Entreprises de pâte de bois, Rec. 1988, p.5233.

2. C.J.C.E. arrêts des 14.7.1972, aff.54/69, Matières colorantes, Rec. 1972, p.619; 21.2.1973, aff. 6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215 et 6.3.1974, aff.6-7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223.

3. Déc. du 6.8.1984, J.O.C.E. 1984, L.220/27, n°90.

4. C.J.C.E. arrêt du 27.9.1988, aff.89, 104, 116, 117, 125 à 129/85, non rep.

de droit international public de territorialité¹ justifie l'application des règles communautaires de la concurrence à des entreprises situées en dehors du Marché commun dès lors que les ententes ont été mises en oeuvre à l'intérieur de celui-ci. Elle décompose le comportement en deux éléments "à savoir la formation de l'entente et sa mise en oeuvre".

Ce dernier critère oblige à une autre distinction chronologique et matérielle entre les différents actes qui constituent le comportement : Seul l'acte définitif, celui ayant une portée obligatoire, relève du droit de la concurrence communautaire lorsqu'il est conclu entre des entreprises situées dans des Etats tiers. En l'espèce, la Cour en vient donc à exclure l'applicabilité de l'article 85 à la recommandation de l'association américaine d'exportation des producteurs de pâte de bois, K.E.A., au motif que l'acte relevait de la formation de l'entente et ne participait pas à sa mise en oeuvre. Les appréciations des commentateurs divergent. Certains² reprochent à la Cour de se montrer timide et d'éviter de trancher le débat sur la théorie de l'effet, en n'indiquant pas si la compétence était fondée sur la localisation des seuls effets ou du comportement. Pour d'autres³, la délocalisation du comportement aboutit à une baisse d'intensité du contrôle puisque la même recommandation aurait indéniablement relevé du droit communautaire si elle avait émané d'une association située dans

1. Les requérantes soulevaient la violation du principe de non-intervention et la méconnaissance de la règle de courtoisie internationale.

2. L.Idot, "Commentaires sur l'arrêt Entreprises de pâtes de bois contre Commission du 27.9.1988, R.T.D.E. n°2 avr-juin 1989, p.347.

3. Voir la note S.J. éd.G, n°11, 1990 II, Fasc.21428-21429, contredite par J.E.Ferry "Towards Completing the Charm: The Woodpulp Judgement", E.C.L.R. 1989, p.70.

le Marché commun¹. Cette orientation de la jurisprudence est à cet égard bien accueillie puisque la théorie de l'effet ouvre un champs de compétence beaucoup trop large : En matière de concurrence, un effet anticoncurrentiel peut être démultiplié à l'infini, plus ou moins sensible selon les marchés sur lesquels il se produit, alors que les appréciations des différents droits de la concurrence peuvent à son égard diverger fondamentalement.

L'étude des législations nationales amènent à se prononcer en faveur de la seconde analyse. On peut en effet constater que l'application extraterritoriale des règles de la concurrence, qui contiennent une dimension politique marquée, ne constitue pas une démarche facile pour les autorités quelles qu'elles soient. Le droit britannique est un cas extrême puisqu'il conditionne l'applicabilité de sa législation sur la concurrence à l'exercice d'une activité sur son territoire. A l'instar des autorités du pays qui se déclarent, de manière ferme et constante, hostiles à l'application extraterritoriale des législations antitrust², les juridictions appliquent très restrictivement la loi de 1976 sur les pratiques restrictives. Si elles considèrent que l'entreprise étrangère exerce une activité en Grande-Bretagne si celle-ci y possède une succursale, le problème est différent lorsque l'entreprise ne détient que des simples participations. Divers éléments sont alors pris en considération tels que le lieu de conclusion du contrat, l'existence d'un mandataire, l'intensité de la distribution ou des services assurés³. Mais, même dans les législations allemandes et françaises qui sont très proches du droit communautaire, il existe une différence notoire entre les textes, la doctrine officielle et la réalité. Le Bundeskartellamt

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, , Rec. 1980, p.3375.

2. Voir l'aide mémoire du gouvernement britannique produit dans l'affaire 54/69 dite des "matières colorantes", Rec. 1972, p.619.

3. Voir L.Idot, op. cit., p.78-79.

est beaucoup plus réticent à appliquer les règles allemandes de la concurrence, notamment celles concernant les fusions, quand des entreprises étrangères sont concernées. Dans l'affaire Phillip Morris, qui fait d'ailleurs exception, la Cour d'Appel restreint l'interdiction de la concentration à la partie allemande de l'opération¹. Plus récemment, le Bundeskartellamt s'est déclaré incompétent pour appréhender la prise de contrôle par une société allemande, utilisant l'intermédiaire de sa filiale au Royaume-Uni, d'une société anglaise qui avait elle-même une participation dans une filiale allemande². On peut donc conclure que l'application du droit communautaire aux entreprises étrangères est en principe indifférente à la nationalité des intéressés mais en réalité beaucoup plus délicate³.

II. Prescription des infractions commises

Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement 2988/74⁴, le droit communautaire n'instaurait aucune prescription. Tout en constatant que "Pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance; que la fixation de sa durée et des modalités d'application relève de la compétence du législateur communautaire" et que "si en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des

1. Kammergericht WuW/E OLG 3051

2. Aff. Linde GA-Lansing UK, voir J.Pfeffer "The Fifth Amendment of the German Act against Restraints of Competition", E.C.L.R. 1990(3), p.99.

3. D'un avis contraire K.Mortelmans, op. cit. p.19, pour lequel, dans un cas de cumul de procédures, il sera moins tenu compte pour les entreprises étrangères de situations "inévitables".

4. Règlement du Conseil du 26.11.1974, J.O.C.E. L 319/1, entré en vigueur le 1.1.1975.

amendes", la Cour a refusé dans les affaires ACF Chimiefarma¹ et "matières colorantes"² de compléter elle-même la lacune du règlement 17 et d'accueillir les moyens tirés de la prescription qu'avaient soulevé les requérantes. Le règlement adopté sur proposition de la Commission prévoit un délai de prescription des poursuites de trois ans pour les infractions aux dispositions réglementaires en matière de notification, de renseignements ou de vérifications et de cinq ans pour les infractions aux articles 85 et 86 du traité.

Or, la prescription édictée ne joue que pour les sanctions pécuniaires³. La Commission pourrait ainsi indéfiniment engager la procédure et constater qu'une infraction aux règles du traité a été commise.⁴ Les répercussions au niveau national peuvent être très importantes pour les opérateurs économiques qui restent soumis aux délais de prescription édictés par les législations nationales. De plus, le règlement 2988/74 ne semble pas interdire de prendre des injonctions pour remédier à une infraction touchée par la prescription⁵. En matière de concentration, la Commission est limitée par les délais impératifs qui courent à compter de la notification. Compte-tenu de la jurisprudence antérieure de la Cour de Luxembourg et du fait que le règlement ne donne pas d'autre précision, les opérations de concentration non notifiées ne sont couvertes par aucun délai de prescription. La Commission pourra donc, dans ce cas précis, prendre les décisions qu'elle estimera opportunes.

1. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, Rec. 1970, p.686, att.19 et 20.

2. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1972, Rec. 1972, p.655.

3. C.-S.Kerse, op. cit., p.233.

4. En droit français, l'art.27 de l'ord. du 1.12.1986 précise au contraire que "Le conseil de peut être saisi pour des faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction".

5. C.-S.Kerse, idem.

Le délai de prescription part du jour où l'infraction a été commise ou, pour les infractions continues, du jour où elles ont pris fin¹. Il ne s'agit pas d'un délai préfixe ; il peut être interrompu² par tout acte de la Commission, ou d'un Etat membre agissant à la demande de la Commission, visant à l'instruction de l'affaire ou à la poursuite de l'infraction. Il s'agit notamment des demandes de renseignements, mandats de vérification, engagement d'une procédure par la Commission, communication des griefs, etc. La prescription part à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription des infractions aux articles 85 et 86 du traité est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que la Commission ait prononcé une amende ou une sanction. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue, c'est à dire aussi longtemps que la décision de la Commission fait l'objet d'une procédure devant la Cour³. Le règlement précise enfin que "l'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises ou associations d'entreprises ayant participé à l'infraction"⁴. Cette disposition pose le problème de l'opposabilité d'un acte de la Commission à une entreprise qui n'en est pas le destinataire direct : Comment concevoir que la notification d'un acte à une entreprise membre d'une entente interrompe la prescription à l'égard d'une entreprise qui a quitté l'entente et pour laquelle le délai de prescription court valablement⁵ ?

1. Art. 1 §2 du règlement 2988/74.

2. Voir l'article 2 du règlement 2988/74.

3. Art.3 du règlement 2988/74.

4. Article 2 §2 du règlement 2988/74.

5. Gide, Loyrette et Nouel, Le droit de la concurrence de la CEE, Juridictionnaires Joly, 4e éd., 1982, p.314.

§ 3. Le droit communautaire de la concurrence et les législations nationales

Les règles de la concurrence posées par le Traité CEE, qui sont visées par le règlement d'application 17/62 se superposent aux règles nationales pour s'excluent parfois les unes les autres. La coexistence de ces deux systèmes de droit a dû être précisée et aménagée au cours des années. La disposition de base, qui "vise à délimiter la sphère d'application des règles communautaires par rapport aux législations nationales"¹, est posée par les articles 85 et 86 du traité : Ils interdisent les comportements anticoncurrentiels des entreprises lorsqu'ils ont pour effet de restreindre le commerce entre Etats membres. Mais cette exigence s'inscrit dans un cadre plus général de l'affectation de la concurrence. Des seuils plus ou moins rigides sont alors tracés pour fixer la compétence de chaque autorité

I. Le critère d'une possible affectation du commerce entre Etats membres

L'article 85 interdit les ententes "qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres" tandis que l'article 86 réprime les abus de position dominante "dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté". Cette exigence commune a été largement interprétée par la Commission et la Cour de justice, qui ont d'abord mis l'accent sur l'affectation de la structure du marché avant d'élargir le cadre de la notion.

1. Accentuation de l'affectation de la structure du marché

1. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6 et 7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223, att.31.

L'interprétation de la notion a évolué au cours des trente années de pratique administrative. A l'origine, la Commission avait considéré, dans une optique que l'on pourrait qualifier de traditionnelle¹, qu'il y a affectation du commerce entre Etats membres lorsque le comportement litigieux est susceptible de modifier le courant des échanges entre Etats membres et de contribuer au cloisonnement des marchés nationaux². Le tournant fut pris avec l'affaire Zoja³ dans laquelle le groupe CSC-ICI contestait l'affectation du commerce entre Etats membres du fait que Zoja écoulait 90% de sa production en dehors du Marché commun. La Cour a estimé que "les autorités communautaires doivent (...) considérer le comportement incriminé dans toutes les conséquences pour la structure de la concurrence dans le Marché commun sans distinguer entre les productions destinées à l'écoulement à l'intérieur du Marché commun et celles destinées à être exportées". La Cour conclut qu'en l'espèce, le comportement litigieux "aura des répercussions sur la structure de la concurrence dans le Marché commun" et que de ce fait le commerce entre Etats membres est susceptible d'être affecté. A l'époque, la Cour fut critiquée⁴ en ce qu'elle avait simplement substitué à l'expression "dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté" qui figure dans le texte du traité, une notion de sa propre création équivalent à "dans la mesure où la structure de la concurrence dans le Marché commun

1. L.Idot, Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux, thèse non publiée, 1981, Paris II., p.61.

2. Voir les affaires LTM/MBU, Rec. 1966, p.337, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429, puis matières colorantes Rec. 1972, p.619, United Brands Rec. 1978, p.207, Hoffmann-La Roche Rec. 1979, p.461.

3. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6 et 7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223.

4. Voir notamment L.Focsaneanu La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de concurrence, Editions techniques et économiques, Paris, 1977, p.183.

est susceptible d'en être affectée". Il est certain que cette évolution jurisprudentielle lui aura permis d'appréhender des ententes dans des cas identiques, où quelques années auparavant, elle avait conclu qu'il n'y avait pas affectation du commerce entre les Etats membres¹. Dans l'affaire *United Brands*², la Cour rejette l'argument de l'entreprise qui soutenait que le refus de vente opposé à un grossiste danois ne pouvait avoir d'incidence sur le commerce intra-communautaire, car les marchandises importées de pays tiers, ne faisaient que transiter dans le Marché commun avant d'arriver dans les Etats membres où elles étaient consommées. La Cour relève que "lorsque le détenteur d'une position dominante établi dans le Marché commun tend à éliminer un concurrent également établi sur ce marché, il est indifférent de savoir si ce comportement concerne les échanges entre les Etats membres, dès lors qu'il est constant que cette élimination aura des répercussions sur la structure de la concurrence dans le Marché commun". Cette confirmation de la jurisprudence *Zoja*, alors qu'en l'espèce la Cour pouvait utiliser la définition traditionnelle de la modification des échanges et du cloisonnement des marchés nationaux, ne marque pas pour autant l'obsolescence de la règle³. La Cour l'utilise en effet dans sa jurisprudence ultérieure et, notamment l'affaire des *Papiers peints de Belgique*⁴, où elle annule la décision de la Commission qui n'avait pas expliqué en quoi les activités du groupement, qui ne représentait que 5% du marché belge, pouvaient en l'absence de liens d'exclusivité avec des producteurs étrangers affecter le commerce entre Etats membres.

1. Voir L.Idot, op. cit., p.65 se référant aux déc. des 2.1.1973, *Industrie Européenne du Sucre*, J.O.C.E. 1973, L.140/17 et 20.7.1978, *CSV*, J.O.C.E. 1978, L.242/15, par opposition aux déc. du 6.11.1968, *Cobelaz et CFA*, J.O.C.E. 1968, L.276/13 et 29.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207.

3. Voir L.Idot, op. cit., p.70.

4. C.J.C.E. arrêt du 26.11.1975, aff.73/74, Rec. 1975(8), p.1491

2. Extension jurisprudentielle de la notion

La pratique la plus récente montre nettement l'élargissement de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres réduisant ainsi son rôle de répartition de compétence entre les droits communautaire et nationaux. De fait, peu d'accords, même d'importance mineure, échappent désormais au droit communautaire. La Cour a d'abord attribué à la notion de commerce, une portée très large "qui recouvre également les marchés financiers"¹. Elle a ensuite admis qu'un contrat, qui ne serait pas lui-même susceptible d'entraver le commerce entre Etats membres, pourrait le faire s'il s'inscrit dans un réseau d'accords similaires². Elle a également rappelé qu'il n'est pas nécessaire que chaque clause du contrat puisse affecter le commerce entre Etats membres mais l'accord dans son ensemble³. Il reste que l'extension la plus intéressante est réalisée par l'affaire Verband der Sachversicherer⁴ dans laquelle la Cour devait se prononcer sur l'applicabilité du droit communautaire à une recommandation d'augmentation des primes d'assurance-incendie établie par une association de compagnies d'assurance allemandes. La Cour déclare que la recommandation peut avoir pour effet d'entraver le commerce intra-communautaire, du fait qu'elle était applicable par des succursales allemandes contrôlées par des sociétés sises dans d'autres Etats membres. Ce qui est décisif, ce n'est donc pas le lieu d'établissement de la succursale qui effectue la prestation de service mais le lieu du siège social dont relève la succursale. Le service est transnational parce que l'entreprise est transnationale ; le commerce entre Etats membres devient une

1. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1981, aff.172/80, Zöchner, Rec. 1981, p.2021.

2. Déc. Fibres optiques, J.O.C.E. 1986, L.236/30.

3. C.J.C.E. arrêt du 25.2.1986, aff.193/83, Windsurfing, Rec. 1986, p.643, att.96.

4. C.J.C.E. arrêt du 27.1.1987, aff.45/85, Rec. 1987, p.447.

notion subjective¹. S'il reste à voir les implications que cet arrêt pourrait avoir en dehors du marché des services financiers; sur ce dernier en tout cas, l'applicabilité du droit communautaire est déjà acquise².

Il faut admettre que cette double extension de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres, qui peut apparaître audacieuse du point de vue de la technique juridique, se justifie en pratique pour deux raisons. D'une part, le fait que la règle soit comprise en tant que frontière entre les droits communautaires et nationaux n'empêche pas que la disparité même des législations sur la concurrence dans les Etats membres soit une source de distorsion de la concurrence³. L'application du droit communautaire, en tant que moyen d'uniformiser le contrôle effectué, est donc souhaitable. D'autre part, si l'on considère l'intensification des échanges à l'intérieur du Marché commun et les majeures difficultés pour isoler un marché national, la Commission se devait également d'augmenter ses possibilités d'intervention.⁴

Enfin, il faut noter que l'exigence d'entrave au commerce entre Etats membres n'est pas reprise par le règlement sur le contrôle des concentrations. La référence qui existait dans la version d'avril 1988 a été abandonnée, le seuil de "transnationalité" étant supposé être suffisant⁵. Cela empêche en fait la Commission de prendre en compte les opérations ne

1. J.-B.Blaise, "Droit de la concurrence", R.T.D.E. 1987, p.689.

2. Voir la déc. Banques belges au J.O.C.E. 1987, L7/27.

3. N.Green "Article 85 in Perspective: Stretching Jurisdiction, Narrowing the Concept of a Restriction and Plugging a Few Gaps", E.C.L.R. 1988, p.192.

4. E.Moavero Milanese, op. cit., p.360.

5. J.-L.Dechey "Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations", R.T.D.E. n°2, p.317.

concernant que des produits faiblement échangés ou pouvant circuler entre deux Etats.

II. Les seuils de contrôle du droit communautaire

Le droit communautaire ne s'applique qu'en cas de limitation sensible à la concurrence. Ce dernier concept n'est pas défini mais, comme dans les Etats membres, il s'agit d'une concurrence "effective"¹. Pour diverses raisons, les institutions de la Communauté ont été amenées à préciser les seuils au delà desquels la Commission exercerait son contrôle. Les frontières diffèrent, pour être soit indicatives et approximatives, soit impératives et, du moins en principe, nettement tracées.

1. Les seuils indicatifs de contrôle des articles 85 et 86

Toute législation s'accorde pour exiger des effets anticoncurrentiels sensibles pour justifier l'existence d'un contrôle². L'article 86 du traité ne réprime l'exploitation dominante que si celle-ci s'exerce "sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci". A l'instar des législations nationales qui admettent qu'un marché régional peut constituer une partie substantielle du marché national³, le marché peut être constitué par le territoire d'un seul Etat membre⁴, voire une partie de celui-ci⁵. Il faut cependant

1. Par opposition au concept de concurrence idéale.

2. L.Idot, op. cit., p.44.

3. Voir par exemple, l'avis du 22.7.1983, Marché des tuiles et briques en terre cuite d'Alsace: Rapport 1983, p.159.

4. Voir C.J.C.E. arrêts du 16.12.1975, aff.40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Suiker Unie, Rec. 1975, p.1663, att.441 et du 9.11.1983, aff.332/81, Michelin, Rec. 1983, p.3461. Les petits Etats membres, comme l'Irlande, peuvent être visés, voir T.P.I. arrêt du 10.7.1989, aff.T-70/89, British Broadcasting Corporation & BBC Enterprises Ltd, non rep., mais le cas du Luxembourg n'a pas été traité.

5. Voir cependant C.J.C.E. arrêt du 5.10.1988, aff.247/86, Alsatel-Novasam, Rec. 1988. p.5987.

mentionner, malgré son manque de valeur légale, l'affaire Douwe Egberts¹ dans laquelle les parties soutenues par le gouvernement hollandais et le vice-président de la Commission Frans Andriessen demandaient la clôture de la procédure au motif que le Bénélux ne constituait pas une partie substantielle du Marché commun². Mais, la dimension géographique du marché n'est que l'un des éléments d'appréciation de la notion de partie substantielle du Marché commun. Celle-ci doit être faite par produit, non pas par simple référence à l'ensemble du territoire de la Communauté. La Cour a rappelé dans l'affaire Suiker Unie³ que pour "établir si un territoire déterminé revêt une importance suffisante pour constituer une partie substantielle du Marché commun (...), il faut prendre en considération, notamment la structure et le volume de la production et de la consommation" des produits concernés, des comportements et de la capacité actuelle et potentielle des opérateurs du secteur considéré ainsi que des consommateurs, l'incidence des frais de transport par rapport au prix du produit, le cas échéant la particularité des législations nationales. En l'espèce, elle avait comparé la production et la consommation des produits sur le marché de référence pour les comparer à celles de l'ensemble de la Communauté. Enfin, il faut noter qu'avec l'achèvement du marché intérieur de 1992 et la disparition de tout type d'obstacles interfrontaliers, la Commission sera probablement amenée à étendre les zones sur lesquelles vérifier les positions dominantes⁴.

L'article 85 ne contient aucune disposition équivalente à celle de l'article 86. Pour des raisons de commodités pratiques, et notamment pour éviter des notifications inutiles, la

1. Voir Competition Law Bulletin, Linklaters & Paines, Spring 1991, p.8-9.

2. Voir cette thèse, Titre II, ch.II, section 2, §1, II.

3. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, Rec. 1975, p.1663, att.371.

4. E.Moavero Milanesi, op. cit., p.370.

Commission a indiqué par communication au Journal officiel¹, qu'elle ne contrôlerait pas les accords qui n'atteignent pas une certaine dimension, soit lorsque les entreprises concernées ne détiennent pas plus de 5% des parts du marché et que leur chiffre d'affaires ne dépasse pas 200 millions d'écus, ou encore si pendant deux années consécutives, la part de marchés ou le chiffre d'affaires ainsi fixés n'enregistrent pas un dépassement excédent du dixième. La Commission donne les précisions nécessaires pour permettre aux entreprises d'évaluer si leurs accords entrent dans la catégorie ainsi établie. Le fait le plus intéressant est qu'elle indique que "la définition d'ordre quantitatif du caractère sensible (...) n'a cependant pas une valeur absolue ; il est donc tout à fait possible que, dans des cas d'espèce, des accords conclus entre entreprises qui dépassent les seuils indiqués n'affectent le commerce entre Etats membres ou la concurrence que dans une mesure insignifiante et par voie de conséquence ne tombent pas sous le coup de l'article 85 §1" ou "vice-versa".

2. Les seuils fixés pour le contrôle des concentrations

La détermination de la dimension communautaire des concentrations a été l'objet d'une lutte intense qui a polarisé le débat sur l'adoption du règlement 4064/89². Son enjeu était la compétence respective de la Commission de Bruxelles et des autorités compétentes des Etats membres : En vertu du "principe d'exclusivité" instauré, le règlement est appliqué par la seule Commission, les autorités nationales ne mettant en oeuvre que leur propre législation³. Deux conditions sont en définitive

1. Communication de la Commission CEE du 3.9.1986 concernant les accords d'importance mineure, J.O.C.E. n°.C 231 du 12.9.1986.

2. D.Brault, "Taille critique", La Tribune de l'expansion, 9.10.1989, p.10.

3. Sur les trois exceptions au principe, se reporter au Titre I, ch.I, section 1 §1, II, 1.

fixées. L'opération de concentration ressort du contrôle exclusif de la Commission lorsque "le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus". Le premier seuil traduit la puissance économique et financière globale des participants tandis que le seuil du chiffre d'affaire communautaire est destiné à atteindre les seules entreprises qui ont un certain niveau d'activité dans la Communauté. Il faut noter que le montant minimum du chiffre d'affaires réalisé était dans le projet de 1988 de un milliard d'écus et que le règlement 4064/89 fait ainsi échapper au contrôle des secteurs entiers d'activité. Seront surtout concernées les concentrations de type congloméral, plutôt que vertical ou horizontal, alors que ces dernières sont considérées comme plus dangereuses du point de vue de la concurrence. Cependant, l'intention déclarée de la Commission est d'abaisser ces seuils à deux milliards d'écus¹. La deuxième condition tient au caractère de transnationalité de l'opération. Celle-ci ne ressort pas du contrôle de la Commission si "chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre"². Ce critère permet ainsi d'exclure du système de contrôle communautaire, les fusions qui ont un impact purement national. Mais là encore, le règlement est d'application restreinte puisque, dans le dernier projet de règlement, le chiffre d'affaires réalisé par chacune des entreprises dans un seul Etat membre était des trois-quarts. La Commission a indiqué que, pour les concentrations qui n'étaient

1. Bull.C.E. sup.2/90, p.8.

2. Article 1 §1 et 2 du règlement 4064/89.

pas de dimension communautaire mais au sujet desquelles elle se réservait le droit d'intervenir par le biais de l'article 89 du traité, elle ne descendrait pas "au dessous du chiffre d'affaires minimal de 100 millions d'écus, ou ne répondant pas au seuil des 2/3 (sus-cité ..), considérant que de telles opérations ne seraient pas normalement susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres"¹.

L'introduction de ces seuils appellent deux types d'observation. Auparavant, il faut souligner que la sphère d'application du droit communautaire à l'égard des législations nationales n'est pas fixe. Déjà modifiée par l'entrée en vigueur du règlement 4064/89, la frontière entre les différents ordres juridiques devrait encore évoluer, tant avec l'achèvement du Marché intérieur que lors de la révision des seuils fixés pour le contrôle des concentrations². Pour l'instant, le résultat de ces dispositions est qu'un petit nombre d'opérations devrait être visé, pas plus d'une cinquantaine par an d'après la Commission³ et que la législation communautaire, qui sera dans le futur applicable aux entreprises, est très incertaine. Il n'est en effet pas du tout évident que la Commission obtienne l'abaissement des seuils fixés comme elle l'a annoncé.⁴ Par ailleurs, en dépit de l'imposition de critères rigides, qui constituent d'ailleurs une illusion d'objectivisme, la ligne de partage entre les concentrations communautaires et les autres

1. "Commentaires relatifs au règlement (CEE) 4064/89 du Conseil", Bull.C.E. sup.2/90, p.25.

2. L'article 1 §3 du règlement 4064/89 pose, en la matière, un délai maximum de 4 ans.

3. Mémoire de la Commission publié dans Europe, n°1591 du 29.12.1989.

4. Il n'est pas certain que la révision par le Conseil puisse se faire à la majorité qualifiée. S'agissant d'un amendement d'un élément essentiel d'un règlement, il devrait être adopté à l'unanimité. A.S.Pathak "EEC Concentration Control: The Forseeable Uncertainties", E.C.L.R. 1990(3), p.120.

n'est pas toujours très nette¹. A cet égard, le problème majeur se pose avec l'introduction d'un nouveau concept juridique, celui du chiffre d'affaires "mondial". Malgré l'article 5 du règlement, le plus long de tous, qui s'emploie à définir les différents éléments à prendre en considération, deux notions restent floues. Il faut déterminer le chiffre d'affaires du "groupe" auquel appartient l'entreprise concernée, ce qui entraînera autant de discussion que les critères d'appartenance à un groupe énuméré à l'article 5 §4. Par ailleurs, lorsque l'opération consiste à acquérir une partie d'une ou plusieurs entreprises selon l'article 5 §2, il faudra opérer une distinction qui ne sera pas toujours facile du fait des imbrications commerciales et financières à l'intérieur des groupes. Il pourra donc s'avérer très délicat pour l'entreprise de savoir si elle ressort effectivement du contrôle communautaire ou de celui des autorités des Etats membres.

Enfin, il est à noter que les législations nationales comportent également des seuils au dessous desquels elles ne s'appliquent pas. Par exemple, le droit français intervient seulement si les entreprises, par l'effet des opérations de concentration, détiennent plus de 25% des parts de marché sur lequel elles opèrent, ou sur une part substantielle de celui-ci, ou totalisent un chiffre d'affaires hors taxes d'au moins 7 milliards de francs, et ce à condition qu'au moins deux des entreprises aient un chiffre d'affaires de 2 milliards de francs.

Section 2. Les ententes anticoncurrentielles

La répression des ententes anticoncurrentielles suppose de déterminer les ententes interdites selon le paragraphe 1 de

1. L.Cartou "Le contrôle communautaire des concentrations de dimension communautaire", P.A. 21.3.1990, n°35, p.7.

l'article 85 du traité puis de décider de l'application éventuelle de l'exonération prévue au paragraphe 3.

La large application du paragraphe 1 à des comportements considérés acceptables sous l'angle du paragraphe 3 est critiquée. S'interroger sur la nécessité d'introduire des changements, revient en fait à se demander s'il faut décentraliser le droit communautaire de la concurrence.

§ 1. Les ententes relevant de l'article 85

L'article 85 vise "les accords entre entreprises", les "décisions d'association d'entreprises" et les "pratiques concertées"¹ mais n'en définit pas les concepts. Il est vrai qu'il n'y aurait pas grand sens à vouloir les distinguer de façon rigide² puisque les règles de la concurrence s'attachent plus aux résultats économiques de l'accord ou de toutes autres formes de pratiques concernées, qu'à leur forme légale³. Il existe par ailleurs des "ententes complexes" qui constituent à la fois des accords et des pratiques concertées, visant tant la fixation des prix, la répartition des marchés, que des échanges d'informations détaillées permettant de coordonner l'action des participants sur le plan commercial. Mais, chacun pose des difficultés spécifiques. Tandis que les accords appellent parfois des distinctions délicates pour décerner leur éventuel caractère concentratif, les pratiques concertées soulèvent surtout des problèmes de preuve.

1. Selon l'arrêt Parke Davis du 29.2.1968, aff.24/67, Rec. 1968, p.81, cette énumération est limitative: Elle ne pourra s'appliquer à un brevet d'invention en tant que tel. Avec l'ord. Frubo du 15.5.1975, on pourrait ajouter une 4e catégorie, celle des accords entre associations d'entreprises, aff.71-74R, Rec. 1975(4), p.563. Voir L.Focsaneanu, op. cit., p.161.

2. C.-S.Kerse, op. cit., p.7.

3. C.J.C.E. arrêt du 3.7.1985, aff.243/83, Binon, Rec. 1985, p.2015.

I. Les accords au sens de l'article 85 du traité.

Le droit communautaire s'attache au contenu de l'accord, non à sa forme. De même, les critères de différenciation avec les opérations de concentration, qui conditionnent l'applicabilité de l'article 85 sur la base du règlement 17/62, ne concernent que les effets de l'entente.

1. Forme de l'accord

Les accords visés par l'article 85 peuvent être de type horizontal ou vertical. La Cour a en effet affirmé, dès le début de sa jurisprudence¹, qu'"il est indifférent que les parties à l'accord se trouvent ou non sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur position et leur fonction économique". La forme adoptée est également sans importance. Constituent ainsi des accords entre entreprises au sens de l'article 85, des "gentlemen's agreements"², des accords verbaux³, de même que la simple mention "exportation interdite" sur une facture constitue une clause faisant partie intégrante de l'accord conclu entre le fabricant et ses clients⁴. Reste que l'existence formelle d'un accord restreignant la concurrence suffit à ce que l'article 85 soit applicable; il n'est pas indispensable que le contrat soit effectivement exécuté⁵.

Un problème plus délicat se pose quant au contrôle de certains actes, comme des refus de vente ou d'admission à un réseau de distribution, qui en tant qu'actes unilatéraux ne peuvent entrer dans la définition d'accord qui suppose la rencontre de volonté d'au moins deux parties. La Cour tranche la

1. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56 et 58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966(4), p.491, 493.

2. Déc. Entente Iale. de la Quinine, J.O.C.E. 1969, L.192/1969.

3. Déc. Théals Watts, J.O.C.E. 1977 L.39.

4. Déc. Sandoz, J.O.C.E. 1987 L.222/28.

5. Déc. Aslsmeer, J.O.C.E. 1988 L.262/27.

question dans l'affaire AEG¹, où elle admet qu'un acte unilatéral peut relever de l'application de l'article 85 dans la mesure où il "s'insère (..) dans les relations contractuelles avec les distributeurs agréés, en tant qu'ils visent à garantir le respect des ententes limitatives du jeu de la concurrence, qui sont à la base des contrats entre les fabricants et les distributeurs agréés". La Cour n'hésite pas à étendre encore cette interprétation de l'article 85, déjà très audacieuse, avec l'affaire Ford² concernant une décision de l'intéressé d'arrêter de fournir ses revendeurs allemands de voitures avec conduite à droite. La Cour considère qu'il ne s'agit pas d'un simple acte unilatéral mais d'une part des relations contractuelles entre le fournisseur et ses revendeurs, dans la mesure où l'admission au réseau équivaut à accepter la politique commerciale de Ford. De même, la Commission a admis que le fait qu'un grossiste ait accepté de ne plus livrer des clients implantés dans un autre Etat membre à la suite de fortes pressions du fabricant et contre son intérêt économique, ne constituait pas un obstacle à la constatation d'un accord³.

2. La distinction avec les opérations de concentrations

La distinction entre un accord de coopération et une opération de concentration est fondamentale car elle détermine l'applicabilité de l'article 85 ou, plus exactement, la possibilité pour la Commission de prendre une décision en vertu du règlement 17/62. Elle concerne généralement des constitutions de filiale commune. Selon la différenciation établie par la Commission en 1966⁴, "une entente peut être définie comme un

1. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, Rec. 1983, p.3151.

2. C.J.C.E. ord. du 29.9.1982, aff.228-229/82R, Rec. 1982, p.3091.

3. Déc. du 18.12.1987, Fischers Price, J.O.C.E. 1988 L.49/19.

4. "Le problème de la concentration dans le Marché commun", Bruxelles 1966, p.21.

accord entre entreprises restant autonomes, en vue d'un comportement déterminé sur le marché ; on parle de concentration lorsque plusieurs entreprises sont regroupées sous une direction économique unique en abandonnant leur autonomie économique". L'utilisation du critère de contrôle, qui constitue d'ailleurs le dénominateur commun des législations les plus développées¹, s'est progressivement assouplie. Dans la décision SVH-Chevron² rendue en 1974, elle conclut à l'inapplicabilité de l'article 85 à une constitution de filiale commune par deux sociétés, prévue pour une durée de cinquante ans, avec une participation égale au capital pour assurer la distribution de leurs produits : En raison de la durée de l'accord, le transfert des actifs avait un caractère irréversible et entraînait une modification permanente des structures des sociétés. Par ailleurs, du fait que l'une des sociétés se retirait de ses activités pour les conférer à la filiale, alors que l'autre gardait une présence sur le marché, il n'y avait pas de risque de coordination des comportements, donc de danger pour la concurrence. Les décisions suivantes³ reprennent les critères appliqués, en les affinant et en les rigidifiant. La Commission exige que l'entreprise constituée assure toutes les activités économiques d'une entreprise, qu'elle reçoive en propriété les biens transférés dans ce but⁴, qu'elle puisse prendre indépendamment les décisions importantes⁵, et que les sociétés mères ne restent pas en concurrence sur les produits concernés⁶. La pratique dénote ainsi une politique interventionniste de la Commission, qui estime que l'article 85

1. On retrouve ce critère aux articles 3 du GWB, 64(1) et 65(1) du Fair Trading Act de 1973, 36 de l'ordonnance du 1.12.1986, ainsi qu'à l'article 3 du Traité CECA.

2. Déc. du 20.12.1974, J.O.C.E. 1975, L38/14.

3. Voir principalement les affaires Laval-Stork, J.O.C.E. 1977, L.215/11, Wano Schwarzpulver, J.O.C.E. 1978 L.322/26.

4. Déc. Enichem-ICI, J.O.C.E. 1988, L.50/18.

5. Déc. Langenscheidt-Hachette, J.O.C.E. 1982 L39/25.

6. Déc. Bpcl-ICI, J.O.C.E. 1984 L.212/1.

est applicable mais octroie largement des exemptions pour de longues durées.

L'article 3 du règlement 4064/89 reprend les solutions établies dans la pratique antérieure, même si le problème se posait alors dans des termes beaucoup plus drastiques : Reconnaître à un accord, le caractère concentratif équivalait pour la Commission à renoncer à toute forme de contrôle. Il définit la concentration comme la fusion de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes, ou comme l'acquisition par deux ou plusieurs entreprises directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

Ce "contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seul ou conjointement et compte-tenu des circonstances de fait et de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise". Il est précisé qu'"une opération, y compris la création d'une entreprise commune, qui a pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes" n'a pas le caractère concentratif. Par contre "la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel, soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune constitue une opération de concentration" au sens du règlement.

Compte-tenu des termes employés, l'article 85 devrait n'être inapplicable qu'exceptionnellement. Il peut néanmoins s'avérer

difficile d'appliquer les critères fixés par la définition¹. L'affaire Renault-Volvo² illustre le problème. Elle concerne un double accord de coopération technique et industrielle dans les secteurs des automobiles et des camions, opérant des échanges d'actions respectivement de 25 et 45% du capital et instaurant des comités communs. La Commission distingue les deux marchés concernés pour conclure à l'applicabilité de l'article 85 à l'accord de production automobile : Celui-ci ne confère pas une influence décisive aux parties ou à l'une d'entre elles. Rien ne les force à prendre des décisions communes ou à intégrer leur production ; elles peuvent même en cas de désaccord oeuvrer indépendamment. Au contraire, si le même type de clause est inscrit dans l'accord concernant les camions, le niveau d'actions échangées laisse à penser que les parties seront obligées de trouver une solution commune. Par ailleurs, les activités de développement et de production devant être intégrées, les parties ont instauré un processus irréversible de dépendance, rendant excessivement coûteuse toute rupture de l'alliance. Par conséquent, le règlement 4064/89 est applicable à l'accord passé sur ce marché.

II. Les décisions d'associations d'entreprises

Comme pour les accords entre entreprises, la forme des décisions d'associations d'entreprises est indifférente. Dans l'affaire Verband der Sachversicherer³, l'association intéressée contestait que la recommandation, qui ne revêtait aucun caractère

1. Il faut cependant signaler l'analyse extrêmement critique de B.Hawk qui parle de "distinction quasi-métaphysique" des créations de filiales communes de type concentratif et celles de type coopératif, op. cit., p.208.

2. Déc. n°IV/M004 du 7.11.1990, non pub.

3. C.J.C.E. arrêt du 27.1.1987, aff.45/85, Rec. 1987, p.447, att.32.

obligatoire, constituait une décision au sens de l'article 85 §1. La cour constate que la "recommandation, quel qu'en soit le statut juridique exact, constituait l'expression fidèle de la volonté de la requérante de coordonner le comportement de ses membres sur le marché" concerné et relevait donc de l'article 85 du traité.

Pourtant, la jurisprudence offre des disparités troublantes. Dans l'arrêt Fedetab¹, la Cour avait qualifié d'illégale la recommandation prise par Fedetab en considérant que "l'article 85 §1 s'applique également aux associations dans la mesure où leur activité propre, ou celle des entreprises qui y adhèrent, tend à produire les effets qu'il vise à réprimer". Nous avons vu² qu'avec l'arrêt des Entreprises de pâte de bois³, la Cour avait annulé la décision de la Commission en ce qu'elle sanctionnait l'association des producteurs K.E.A., aux motifs que la recommandation de prix de cette dernière ne pouvait être distinguée de l'accord sur les prix conclu par les entreprises membres et que K.E.A. n'avait pas joué un rôle séparé dans la mise en oeuvre de ces accords. Si l'on rapproche la pratique des autorités nationales, le manque d'homogénéité des règles applicables est encore plus flagrante. Par exemple, le Conseil de la concurrence français condamne une association professionnelle pour avoir favorisé une entente illicite car elle avait prêté son siège comme lieu de réunion aux principales entreprises intéressées et les avait convoquées par l'intermédiaire de son secrétaire général⁴.

1. C.J.C.E. arrêt du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Rec. 1980, p.3125, att.88.

2. Voir ce chapitre, section 1, §.1, I.

3. C.J.C.E. arrêt du 27.9.1988, aff.89/85, Rec. 1988

4. Déc. 89-D-18 relative au secteur de la fabrication des encres d'imprimerie, B.O.C.C.R.F. n°12 du 30.5.1989.

III. Les pratiques concertées

Dans la pratique, les notions d'accord, d'entente et de pratique concertée présentent souvent des éléments collusoires communs. Mais, "en développant une notion de pratique concertée distincte, le traité vise à empêcher que les entreprises ne contournent l'application de l'article 85 §1, en s'entendant sur les modalités contraires à la concurrence et non assimilables à l'accord ou à l'entente, en s'informant, par exemple, mutuellement à l'avance de l'attitude envisagée par chacun, afin que chacun puisse régler son comportement commercial en sachant que ses concurrents agiront de la même manière"¹. La pratique concertée exige en effet un degré de concertation moindre, les entreprises s'informant mutuellement à l'avance de l'attitude envisagée par chacune d'elles afin qu'elles puissent régler leur comportement commercial en sachant que leurs concurrents agiront de même.² La preuve est donc beaucoup plus délicate à établir.

1. Le problème de preuve de la pratique

Les pratiques concertées posent inmanquablement le problème de l'acceptation des preuves indirectes. Selon J.M.Joshua³, il n'existe aucun support en droit communautaire pour refuser de telles preuves mais elles restent difficiles admises par les juristes anglo-saxons. Ainsi V.Korah⁴ critique-t-elle la Cour lorsqu'elle accepte, dans l'affaire Musique Diffusion française⁵, que l'entrave soit caractérisée par les motivations d'une entreprise faisant partie d'un réseau de distributeurs de

1. Déc. verre plat, J.O.C.E. 1989, L.33/44, point n°63.

2. Voir déc. du 21.12.1988, PEDB, J.O.C.E. 1989, L.74/1 et 2.8.1989, Treillis soudés, J.O.C.E. 1989, L.260/1.

3. Op. cit., p.324.

4. "The Pioneer case in the European Court", E.L.Rev. 1983, vol.8, p.339.

5. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Rec. 1983, p.1825.

ne pas honorer une commande passée par un grossiste étranger et non sur une évaluation des parts de marché.

La Cour suit ainsi les conclusions de son avocat général : Une pratique concertée peut être établie, non seulement par une preuve directe, mais aussi par une preuve circonstancielle "sur des présomptions et des déductions de faits bruts"¹. En l'absence de preuve formelle de la pratique concertée, celle-ci sera caractérisée par un faisceau d'indices qui, pris isolément, ne pourraient suffire à identifier l'infraction.

On constate qu'avec ce type de décision, les entreprises ont tendance à contester l'analyse de la Commission en examinant successivement chacun des indices pour soutenir qu'il ne constitue pas en lui même une preuve. La jurisprudence est toutefois clairement établie : "La question de savoir s'il y a concertation (...), ne peut (...) être appréciée que si les indices sont considérés non pas isolément, mais dans leur ensemble"². Le premier d'entre eux est certainement le parallélisme des comportements mais il faut également tenir compte des particularités du marché, du nombre des produits en cause, de leur substituabilité, du niveau de flexibilité de la demande, du mouvement général de celle-ci, de l'éventuel isolement des marchés nationaux³.

2. Le cas particulier des oligopoles

Le caractère d'interdépendance des entreprises sur un marché oligopolistique pose un problème en matière de répression des conduites anticoncurrentielles. La théorie économique enseigne en effet que des comportements parallèles conscients peuvent être le

1. Voir les conclusions de l'A.G. Sir G.Slynn, dans l'aff.100-103/80, Musique Diffusion française, Rec. 1983, p.1930 et 1931.

2. Voir C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.52/69, matières colorantes, Rec. 1972, p.787, att.27.

3. Idem, att. 28 et 29.

résultat de la seule structure du marché lorsque celui-ci forme un oligopole. Chaque entreprise élabore une politique individuelle de prix en prévoyant les réactions anticipées de ses concurrents. On pourra ainsi distinguer l'entreprise qui détermine les prix et les quantités et l'entreprise condamnée à suivre le mouvement. Dans cette perspective, la concurrence sur les prix dans un oligopole est très rare et la tendance sera toujours la stabilité des prix. Selon certains auteurs¹, des pratiques concertées qui se manifesteraient par des comportements parallèles ne pourraient être caractérisées sur des marchés oligopolistiques. Le risque d'incriminer des comportements parallèles sans qu'il y ait eu de collusion apparaît en effet trop important. Selon eux, la Cour semble accepter cette conception lorsqu'elle déclare, dans l'affaire des matières colorantes², que la réalisation des comportements parallèles observés était peu concevable étant donné que "le nombre de producteurs en présence ne permet pas de considérer le marché européen comme un oligopole au sens strict". Cela serait oublier la position défendue par la Commission dans le cadre de la discussion juridique³ entraînée par les recours des entreprises sanctionnées et que la Cour déboute. La Commission exposait que "la théorie moderne de l'oligopole part du principe de la multiplicité des modalités de formation des prix en situation d'oligopole et ne permet pas d'identifier l'oligopole avec le comportement volontairement parallèle. Les théoriciens n'admettent un comportement parallèle conscient des entreprises que pour les oligopoles impliquant un très haut degré d'interdépendance entre les entreprises, en ce sens qu'une entreprise ne pourrait prendre une mesure sans que ses

1. L.Idot, "Le contrôle des ..", préc. cit.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.52/69, Rec. 1972, p.787, att.35.

3. Voir l'exposé des faits au Rec. de 1972, p.787, 810.

concurrents (...) en soient immédiatement sensiblement affectés et réagissent en conséquence". Mais la Commission ajoute que "même lorsqu'il y a une forte indépendance, l'incertitude dans laquelle se trouve une entreprise qui relève ses prix sur le point de savoir si les autres la suivront ne disparaîtrait pas pour autant. Pour qu'il y ait parallélisme conscient de comportement, il faudrait qu'un certain nombre de facteurs se trouvent réunis, tels que nombre limité de vendeurs, coûts fixes élevés, grande mobilité de la demande, homogénéité et transparence des prix, adaptabilité réduite des capacités à court terme, faible élasticité de la demande par rapport à l'offre de l'ensemble des entreprises concurrentes, obstacles techniques à la publicité des modifications de prix et résistance des acheteurs à de fréquentes variations de prix. Il faudrait encore ..que le marché se trouve dans une période de stagnation telle que l'indépendance des vendeurs ne soit pas affectée par des accroissements notables de la demande". La décision "verre plat"¹, dans laquelle la Commission sanctionne pour la première fois des pratiques concertées sur un oligopole étroit, n'est que l'application de cette théorie. La solution semble justifiée puisque la Commission prouve la collusion par les documents recueillis au cours de vérifications menées au siège des entreprises, comprenant notamment des listes identiques de clients privilégiés.

§ 2. Interdiction ou exonération de l'entente

L'article 85 §1 édicte une interdiction des ententes anticoncurrentielles qui est susceptible d'être levée par application des règles établies au paragraphe 3. Selon que l'évaluation de la légalité de l'entente est opérée dès le stade du paragraphe 1, ou dans l'optique d'une exonération au titre du

1. Déc. du 7.12.1988, J.O.C.E. 1989, L.33/44.

paragraphe 3, les conséquences seront totalement différentes quant à la nécessité de notifier pour les entreprises et quant à la compétence des autorités nationales.

I. Le régime de l'article 85

L'article 85 prohibe les ententes qui restreignent la concurrence en édictant une nullité de plein droit et un régime d'exemption. Après s'être inspiré du droit allemand qui prévoit un principe d'interdiction pouvant bénéficier de toute une série d'exception¹, le droit communautaire est à son tour repris par les législations nationales : Le droit français² a adopté le schéma de l'article 85 en 1986 tandis que le droit britannique devrait prochainement être réformé pour s'aligner sur le modèle ainsi proposé³.

1. L'interdiction du paragraphe 1

L'article 85 §1 prohibe les ententes ou pratiques concertées "qui ont pour objet, ou pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun". Ces conditions n'étant pas cumulatives mais alternatives, il d'abord faut s'interroger sur le but précis de l'entente dans le contexte économique où elle doit être appliquée⁴. Pour appliquer "l'article 85 §1, la prise en

1. Le découpage en quatre grandes catégories de pratique est cependant différent. Voir M.Pédamon "De quelques traits essentiels du droit de la concurrence allemand", S.J. Cahiers de droit de l'entreprise, 1987(2), p.27.

2. Voir les articles 7, 9 et 10 de l'ordonnance du 1.12.1986.

3. Voir le document "Opening Markets: New Policy on Restrictive Trades Practices" de juillet 1987, le XIXe rapport sur la concurrence pour 1989, point n°107. Le système britannique est très critiqué pour son actuelle inefficacité: Voir par ex. l'article paru dans The Economist Apr.6th 1991, p.11, "Competition, not cahoots".

4. C.J.C.E. arrêt du 30.6.1966, aff.56/65, LTM-MBU, Rec. 1966, p.337.

considération des effets concrets d'accord est superflue dès qu'il a pour objet de restreindre (..) le jeu de la concurrence".¹ Seulement s'il ne poursuit pas cet objectif, il faut vérifier si l'accord n'a pas un effet de distorsion sur le jeu de la concurrence².

L'effet doit être notable mais il peut être seulement potentiel³. Pour en juger, il faut "placer le contrat dans le contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu"⁴. La première démarche consiste à délimiter le marché en cause. Comme pour l'article 86, celui-ci est défini par la matière de l'activité concernée puis par sa configuration géographique mais, si les critères utilisés sont identiques, l'estimation diffère : Elle-ci n'intervient que juger de l'importance de la distorsion à la concurrence, c'est à dire sur l'applicabilité du droit communautaire et la gravité de l'infraction. Dans l'affaire Windsurfing⁵ concernant un contrat de licence, la requérante contestait l'existence d'un commerce spécifique de composants isolés de planche à voile avant 1981. La Cour reconnaît qu'il n'y aurait pas d'affectation possible de la concurrence, à défaut d'un tel marché, mais que tel n'était pas le cas en l'espèce. Elle réduit néanmoins l'amende en constatant que "la gravité des infractions est diminuée du fait que (..) le marché des composants n'était pas très important par rapport au marché des planches à voile complètes" sur la période concernée.

1. C.J.C.E. arrêts du 13.7.1966, aff.56-58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429 et du 27.1.1987, aff.45/85, Assurances-Incendies, Rec. 1987, p.447.

2. C.J.C.E. arrêt du 28.2.1991, aff.C-234/89, Delimitis-Henninger Braü, non rep., att.13.

3. C.J.C.E. arrêt du 1.2.1978, aff.19/77, Miller international, Rec. 1978, p.131.

4. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56-64 et 58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429, 497.

5. C.J.C.E. arrêt du 25.2.1986, aff.193/83, Rec. 1986, p.643, att.12 et 112.

Une fois le marché délimité, plusieurs éléments, que l'on retrouvera dans le cadre de l'application de l'article 86, sont pris en compte par la Commission pour apprécier la distorsion d'une entente sur la concurrence. Bien qu'il soit difficile de les systématiser, puisqu'ils diffèrent suivant le type de contrats et de produits concernés, il s'agit essentiellement de l'effet cumulatif produit par plusieurs accords similaires, des parts de marché détenue par les entreprises, de la durée des contrats, du degré de saturation du marché, de la fidélité des consommateurs aux marques existantes. Dans l'affaire Délimitis-Henniger Braü¹, la Cour explique ainsi que "Si la durée moyenne est manifestement excessive par rapport à la durée moyenne des contrats de fourniture de bière généralement conclus sur le marché en cause, le contrat individuel relève de l'interdiction de l'article 85 §1". Une brasserie disposant d'une part de marché relativement réduite, qui lie ses points de vente pendant de nombreuses années, peut en effet contribuer à une fermeture du marché de manière aussi significative qu'une brasserie ayant une position relativement forte sur le marché, qui libère régulièrement ses points de vente à intervalles rapprochés".

L'article 85 §1 énumère cinq types d'objet ou d'effet caractérisant des ententes considérées comme particulièrement nocives.² Cette liste n'est toutefois qu'indicative, certaines ententes énumérées pouvant échapper à l'interdiction, d'autres absentes pouvant au contraire être illicites. La première catégorie citée vise les accords qui consistent "à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction". Ces accords, qui sont applicables par les parties dans les relations qu'elles entretiennent avec les

1. C.J.C.E. arrêt du 28.2.1991, aff.C-234/89, non rep., att.26.

2. Un seul accord peut réunir plusieurs d'entre eux. Voir par ex., l'entente sur la quinine au J.O.C.E. 1969, L.192/5.

tiers, couvrent les échanges d'information en matière de prix et de conditions commerciales¹. Dans l'affaire VCH², la Cour a jugé que la fixation d'un prix, même simplement indicatif, affecte le jeu de la concurrence par le fait qu'il permet à tous les participants de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix poursuivie par leurs concurrents. L'article 85 mentionne ensuite les accords qui consistent à "limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements". On trouve dans ce groupe les diverses fixations de quotas de production, commercialisation, stockage ou importation³. De nombreux règlements d'exemptions catégorielles sont désormais applicables. Le troisième cas d'ententes mentionnées à l'article 85 recouvre celles qui tendent à "répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement"⁴. Ces ententes sont considérées comme particulièrement nocives par la Commission et la Cour. Toutefois, certains types d'accords visés par cette catégorie peuvent s'avérer acceptables sous certaines conditions. Il s'agit par exemple des accords de distribution exclusive qui entraînent un partage des marchés permettant à un vendeur d'être le seul à distribuer des produits déterminés dans une zone géographique donnée. Cette exclusivité peut être ouverte ou fermée suivant que des vendeurs indépendants, ou parallèles, peuvent opérer dans la zone fixée.⁵ Il s'agit aussi des systèmes de distribution sélective, considérés en règle générale comme contraires à l'article 85 §1 lorsqu'ils sont fondés sur des critères

1. Voir par ex. pour la fixation de tarif en matière de transport aérien, l'aff.66/86, Amhed Saed, Rec. 1989, p.838.

2. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1972, aff.8/72, Rec. 1972, p.977.

3. Voir par ex. C.J.C.E. arrêt du 3.12.1987, aff.136/86, BNIT-Aubert, Rec. 1987(II), p.4789.

4. Voir par ex. l'affaire 228-229/82R, Ford, Rec. 1982, p.3091.

5. Voir par ex. l'affaire 56-58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429.

quantitatifs¹ mais admissibles quand l'agrément des revendeurs est décerné selon des critères de type qualitatif et objectif.² Rentrent également dans la catégorie, les contrats de franchise qui peuvent également échapper à l'interdiction de l'article 85. Dans l'affaire Pronuptia³, la Cour a reconnu qu'un contrat de franchise "ne porte pas atteinte en soi à la concurrence" : Certaines clauses peuvent être valides telles que des clauses de limitation de concurrence à expiration du contrat à condition que celles-ci soient limitées dans le temps et dans l'espace, et d'autres clauses constituer des restrictions à la concurrence au sens de l'article 85 §1, comme celles qui réalisent un partage des marchés entre franchiseurs et franchisés et empêchent ceux-ci de se livrer à une concurrence sur les prix. Il faut enfin mentionner les contrats d'achat exclusifs dont l'exemple typique est fourni par les secteurs de la distribution des carburants et de la bière⁴. A leur égard également, la Cour a jugé qu'"en tenant compte de la spécificité des produits en cause, (...) la concession d'une licence exclusive ouverte, c'est à dire d'une licence qui ne vise pas la situation des tiers, tels les importateurs parallèles et les licenciés pour d'autres territoires, n'est pas en soi incompatible avec l'article 85 §1 du traité"⁵.

L'article 85 mentionne par ailleurs les ententes consistant à "appliquer à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations en leur infligeant de ce fait un

1. C.J.C.E. arrêt du 10/7.1980, aff.99/79, Lancôme, Rec. 1980, p.2511.

2. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, AEG, Rec. 1983, p.3151.

3. Voir C.J.C.E. arrêt du 28.1.1986, aff.161/84, Pronuptia, Rec. 1986(1), p.353.

4. Voir par ex. l'aff.C.234/89, Delimitis-Henninger Braü, du 28.2.1991, non rep.

5. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Brasserie de Haecht II, Rec. 1973, p.77.

désavantage dans la concurrence". A la différence du Traité CECA, le Traité CEE ne contient pas une interdiction générale de discrimination ; lors de l'élaboration du texte, la proposition d'interdire les ententes visant la fixation des prix ou les conditions de vente fut rejetée sous la considération qu'il s'agissait d'un phénomène de la vie économique qui n'est pas répréhensible en soi¹. Le cas typique de ce genre d'entente est illustré par l'affaire des "Carreaux de céramique"² dans laquelle des fabricants allemands avaient convenu d'appliquer des remises cumulées aux seuls acheteurs allemands et uniquement pour les commandes passées auprès d'eux. On peut également ranger dans la catégorie, les accords réciproques d'exclusivité par lesquels les fabricants s'engagent à ne livrer qu'à certains types d'acheteurs, qui de leur côté s'engagent à acheter uniquement auprès de ces fabricants. Enfin, l'article 85 mentionne les clauses visant à "subordonner la conclusion à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats". Ces clauses sont susceptibles de se rencontrer principalement en matière d'accord de licence de brevet, sous forme, par exemple d'obligation de s'approvisionner en certains produits.

2. Possibilité d'exonération en vertu du paragraphe 3

Au titre de l'article 85 §3, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables, à tout accord ou catégorie d'accords, de décisions ou pratiques concertées qui "contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte".

1. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.117.

2. Déc. du 29.12.1970, J.O.C.E. 1971, L.10/15.

L'entente ne doit pas dans le même temps, "imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs" et "donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence".

La Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation¹. Du fait de l'évaluation complexe de faits économiques, le contrôle juridictionnel se limitera à l'examen de la matérialité des faits et de la qualification juridique qu'elle en a déduit².

En ce qui concerne la condition de l'avantage suffisant apporté par l'entente, la Commission s'assure d'abord qu'il ne peut être obtenu par le seul jeu de la concurrence. Les améliorations apportées par l'accord doivent être réelles et ne doivent pas se circonscrire à l'élimination ou à la réduction des aléas inhérents à toute activité commerciale des entreprises.³ Elles peuvent consister en un meilleur fonctionnement du marché tels qu'un approvisionnement plus stable en matière énergétique⁴, une meilleure utilisation des capacités de production⁵ ou, en une amélioration de la distribution des produits ou des services tels que l'établissement d'un service après-vente plus performant⁶, l'élargissement de la gamme antérieurement offerte par les partenaires⁷, la promotion du progrès technique⁸, l'amélioration du service apporté au client⁹. L'emploi est également pris en considération par la

1. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff.17/74, Transocean Marine Paint Association, Rec. 1974, p.1031.

2. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56-58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429.

3. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56-58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429.

4. Déc. Carbon Gas Technologie, J.O.C.E. 1983 L.376/17.

5. Déc. Carlsberg, J.O.C.E. 1974 L.207/26.

6. Déc. Saba II, J.O.C.E. 1983 L.376/41.

7. Déc. VW-Man, J.O.C.E. 1983 L.376/11.

8. Déc. BP.Kellogs 1985 L.369/6.

9. Déc. Association belge des banques, J.O.C.E. 1987 L.7/27.

Commission pour apprécier les avantages éventuels d'une restructuration¹. L'avantage doit être imputable à l'entente. La charge de la preuve incombe aux coalisés² mais également à la Commission qui doit, par ses propres moyens, concourir à l'établissement des faits et circonstances pertinents.³

La Commission doit ensuite vérifier que l'avantage est équitablement réparti. Les avantages directs qui découlent des accords passés en matière de recherche et développement⁴, de transfert de technologie⁵ ou pour lancer un produit nouveau⁶, sont par leur nature présumés se répercuter sur les tiers. Pour les autres, il sera nécessaire de vérifier que les avantages indirects attendus des contrats bénéficieront vraisemblablement aux utilisateurs⁷. Aucune exemption ne sera accordée si les avantages risquent plus certainement d'être accaparés par les coalisés⁸.

Les conditions requises par l'article 85 §3 ont un caractère cumulatif. Chargée d'assurer le respect de l'intérêt général, la Commission doit "tout en reconnaissant les conséquences positives que peuvent avoir les accords notifiés, (...) s'assurer que ceux-ci ne comportent pas de restriction qui ne serait pas indispensable pour atteindre les objectifs visés et qu'ils ne permettent pas aux entreprises en cause d'éliminer la concurrence

1. XIIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°49 et déc. Fibres synthétiques, J.O.C.E. 1984 L.207/17.

2. C.J.C.E. arrêts du 14.7.1984, aff.43-63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.19, att.52 et 11.7.1985, aff.42/84, Rémia, Rec. 1985, p.2545, att.45.

3. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56-58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429.

4. Déc. Vacuum interrupters, J.O.C.E. 1977 L.48/2.

5. Déc. Fibres optiques, J.O.C.E. 1986 L.236/30.

6. Déc. Rockwell-Iveco, J.O.C.E. 1983 L.224/19.

7. Déc. Mitchell/Cotts/Sofiltra, J.O.C.E. 1987 L41/31.

8. C.J.C.E. arrêt du 10.12.1985, aff.240 à 242, 261, 262, 268-269/82, Sticking Sigarenttenindustrie, Rec. 1985, att.85.

pour une partie substantielle des produits concernés".¹ Elle doit ainsi vérifier que les mêmes avantages ne pourraient être obtenus par des moyens moins restrictifs que ceux proposés². Par exemple, "Pour apprécier le caractère indispensable des ces obligations (d'un système de distribution sélective), il y a lieu de déterminer, non pas si les produits en question ne pourraient être distribués autrement, mais simplement si la politique de distribution du fabricant concerné, appréciée positivement au regard de l'article 85 §3, exige les restrictions en cause"³. Elle doit ensuite obtenir la certitude que l'entente n'élimine pas toute forme de concurrence. Il peut s'agir d'une concurrence interne entre les coalisés dans les domaines non couverts par l'accord⁴. Elle peut être simplement potentielle et résulter des ventes passives que l'opérateur économique peut effectuer en dehors de son territoire contractuel⁵. La pratique montre que la Commission et la Cour attachent beaucoup d'importance au maintien des importations parallèles.⁶ La Commission prend également en compte la concurrence externe entre les coalisés et leurs concurrents sur le marché⁷, le nombre et la puissance des tiers, les formes de système de distribution⁸.

II. Les méthodes d'appréciation

Les méthodes d'appréciation de l'illégalité d'une entente sont presque systématiquement comparées à celles utilisées par

1. Déc. du 25.11.1981, Langenscheidt-Hachette, J.O.C.E. 1981, L.39/36.

2. Déc. BPCL/ICI, J.O.C.E. 1984 L.212/1.

3. Déc. Grundig-Consten, J.O.C.E. 1964, 161/2545.

4. Déc. Fibres optiques, J.O.C.E. 1986 L.236/30.

5. Déc. Mitchell/Cotts/Sofiltra, J.O.C.E. 1987 L.41/31.

6. Déc. Y.Rocher, J.O.C.E. 1987 L.8/49 et Fibres synthétiques, J.O.C.E. 1984 L.207/17.

7. Déc. Pronuptia, J.O.C.E. 1987 L.13/39.

8. Déc. Saba J.O.C.E., 1983 L.376/41.

les autorités antitrust américaines. La différence des textes applicables laisse cependant cette référence très théorique.

1. Le choix initial

Dès l'origine, le droit communautaire s'est vu sollicité par deux méthodes d'appréciation de l'illégalité d'une convention : le principe de l'interdiction "per se" et la règle de raison. Ces deux méthodes d'analyse apparemment opposées, puisque la première requiert une analyse concrète des effets de chaque convention sur le jeu de la concurrence tandis que la seconde procède par présomption, sont en fait complémentaires.¹ Il est d'ailleurs souvent difficile des les distinguer clairement². Pour diverses raisons, la Commission s'est inspirée du modèle allemand qui se caractérise par son approche essentiellement formaliste. Il diffère de l'américain, en ce que la restriction de la concurrence au sens du paragraphe 1 du GWB s'apprécie eu égard à la limitation de concurrence des parties. Elle doit résulter des clauses du contrat (effet interne) et jouer également à l'égard des tiers (effet externe). La Commission en étendra les solutions aux accords verticaux en considérant que toute restriction à la liberté d'action des parties susceptible de restreindre la concurrence ressort de l'interdiction de l'article 85 §1 sans prendre en compte un éventuel accroissement net de la concurrence, cette considération n'intervenant que pour l'examen des conditions d'exemption.

1. Voir R.Kovar, "Le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'", R.T.D.E. 23 (2), avr.-juin 1987, p.238.

2. La jurisprudence américaine récente a donné naissance à une règle "per se" dite d'analyse intensifiée ou instantanée et l'apparition d'une règle de raison d'analyse réduite ou instantanée. G.Wils, "Rule of Reason: Une règle raisonnable en droit communautaire ?" C.D.E. 1990, n°2, p.26.

Mais la Cour récuse l'incrimination "per se"¹ de certains accords comme les licences exclusives de droits de propriété industrielle ou de droits intellectuels car dans certaines circonstances, que seul un examen économique peut révéler, ces accords peuvent constituer des limitations raisonnables de la concurrence. Dans l'affaire Brasserie de Haecht II², les requérants reprochaient à la Commission d'avoir estimé que toute licence exclusive était par elle-même restrictive de concurrence, ce que la Commission niait en estimant qu'elles pouvaient parfaitement bénéficier de l'exemption de l'article 85 §3. La Cour conclut qu'"en tenant compte de la spécificité des produits en cause, (...) la concession d'une licence exclusive ouverte, c'est à dire d'une licence qui ne vise pas la situation des tiers, tels les importateurs parallèles et les licenciés pour d'autres territoires, n'est pas en soi incompatible avec l'article 85 §1 du traité". Par ailleurs, la pratique montre un assouplissement progressif du critère de restriction de la concurrence au sens du paragraphe 1. A l'instar du droit américain, le droit communautaire se dote d'une sorte de "règle de raison" en s'orientant d'abord vers la théorie des restrictions accessoires puis, plus prudemment, vers celle bilan concurrentiel.

2. La théorie des restrictions accessoires

Cette théorie consiste à légitimer les engagements qui sont l'accessoire d'une obligation principale dont la licéité, à cet égard au moins, est acquise. Déjà, dans l'arrêt Metro³, la Cour avait déterminé les engagements nécessaires à l'accomplissement

1. L'interdiction de principe affectant certaines pratiques considérées comme nécessairement anticoncurrentielles se traduit par des présomptions concluant au caractère nocif de certains procédés restrictifs de la concurrence.

2. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Rec. 1973, p.77.

3. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1977, aff.26/86, Rec. 1977, p.1875.

de l'objet d'une convention qui est en elle-même licite en estimant que? lorsque le système de distribution sélective mis en place n'a pour objet que de définir les critères objectifs et qualitatifs de sélection des revendeurs, il ne tombe pas sous le coup de l'article 85 §1. La méthode a été consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt Remia du 11 juillet 1985¹ et confirmée dans l'arrêt Pronuptia du 28 janvier 1986². Pour certains auteurs³, ce dernier arrêt semble rejeter l'application de la règle de raison et du bilan concurrentiel car la Cour n'accepte d'examiner l'éventuelle justification économique de clauses restrictives de concurrence⁴ que dans le cadre de l'article 85 §3 du traité. Pour d'autres⁵, il s'agit d'une référence au principe de l'inapplication de l'article 85 §1 aux accords d'importance mineure. La démarche suivie par la Cour dans Pronuptia serait d'ailleurs plus libérale car elle ne recherche pas l'effet pro-concurrentiel mais constate simplement que la neutralité de l'accord.

2. La méthode du bilan concurrentiel

Tirée du Sherman Act, elle désigne une méthode d'analyse destinée à établir, pour chaque convention située dans contexte réel, un bilan de ses effets anti et pro-concurrentiels. Si celui-ci révèle un solde positif, du fait que la convention

1. Aff.42/84, Rec. 1985, p.2545.

2. C.J.C.E. aff.161/84, Pronuptia, Rec. 1986(I), p.353.

3. Voir par exemple V.Korah, "EEC Competition Policy - Legal form or economic efficiency", Current Legal Problems, 1986, p.25; R.Kovar, "Le droit communautaire et la règle de raison", R.T.D.E. 23(2), avr.-juin 1987, p.248.

4. Par exemple que des limitations territoriales, incompatibles avec l'article 85 §1 du traité, sont peut-être nécessaires pour inciter des franchisés potentiels à adhérer au système, ces clauses leur assurant une certaine protection de la mise financière qu'ils engagent dans leur commerce.

5. Voir J.J.Burst et R.Kovar, "La mariée est en blanc", Gaz. Pal., n°176-177 des 25-26 juin 1986.

stimule davantage la concurrence qu'elle ne la restreint, l'interdiction n'a pas à s'appliquer. Ainsi, pour les accords verticaux de distribution, la règle de raison requiert que soient mis en balance, les effets de la concurrence au niveau des distributeurs de la même marque et ceux sur la concurrence avec d'autres producteurs.¹ Cette méthode, qui exige une analyse concrète des effets de chaque convention sur la concurrence, découle d'un principe fondamental du droit antitrust américain selon lequel seule la concurrence est économiquement efficace. Ainsi, si le bilan concurrentiel d'une convention est négatif, cette dernière sera considérée comme illicite même si elle peut contribuer à améliorer la production, distribution, ou promouvoir le progrès économique. Cette méthode est distincte de l'examen effectué par la Commission dans le cadre de l'octroi d'une exemption qui est opéré en fonction du contexte économique, social et juridique.

La doctrine attribuée à l'arrêt *Nungesser ou Eisele*², concernant une licence exclusive sur une nouvelle semence de maïs, le mérite de la consécration de la règle de raison sous la forme du bilan concurrentiel³ : La Cour examine la nature économique et les conséquences des conduites concernées pour déterminer si elles relevaient de l'application de l'article 85 §1. Elle conclut que certaines dispositions contractuelles, conférant une exclusivité territoriale en matière de brevet, favorisent en l'espèce l'introduction et l'exploitation de nouvelles technologies puisque le détenteur du brevet ne courra pas de risques sans s'être assuré de ce degré d'exclusivité. L'intérêt de l'arrêt tient à ce que la Cour fait cette analyse,

1. Voir R.Kovar, "Le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'", *R.T.D.E.* 23 (2), avr.-juin 1987, p.238.

2. C.J.C.E. arrêt du 8.6.1982, aff.258/78, *Rec.* 1982, p.2015.

3. R.Kovar citant G.Leigh, *IPR and EEC Competition Law Review*, vol.6, n°4, 1985, p.841 et s. et J.S.Venit *E.L.Rev.*, vol.11, n°3, p.213 et s.

que la Commission avait traditionnellement accepté mais relegué pour l'octroi des exemptions de l'article 85 §3, pour arriver à la conclusion que les dispositions ne relevaient pas de l'article 85 §1. Dans l'arrêt Coditel¹, elle utilise la même démarche en établissant une distinction entre le droit et l'exercice du droit: Si le droit exclusif n'est pas contraire à l'article 85 §1, son exercice peut dans certaines circonstances porter atteinte à la concurrence.

La réception de la règle de raison en droit communautaire, sous la forme du bilan concurrentiel ou de l'application de la théorie des restrictions accessoires connaît ses limites et son domaine varie en fonction de l'objet des contrats en cause. Elle a été utilisée par la Cour hors des matières dans lesquelles certains auteurs et la Commission voulaient la cantonner, c'est à dire aux nouvelles technologies, mais a été repoussée dès lors qu'il s'agit de restrictions territoriales dans le cadre d'accords verticaux². L'évaluation requise reste très difficile car la science économique dispose de très peu de modèles analytiques détaillés sur les effets précis pour l'intérêt général des différents types d'entrave, des importations parallèles et de l'importance réelle des avantages censés découler d'une concurrence accrue³.

III. Faut-il envisager diversement les méthodes d'application de l'article 85 ?

L'intensité du débat sur le fait de savoir si la Communauté a, ou doit avoir, une règle de raison, ne concerne pas principalement la signification des dispositions de l'article 85

1. C.J.C.E. arrêt du 6.10.1982, aff.262/81, Rec. 1982, p.3381.

2. Voir l'arrêt Pronuptia du 26.1.1986, aff.161/84, Rec. 1986(1), p.353.

3. G.Wils, op. cit., p.65.

§1, mais le fait de savoir qui doit interpréter et appliquer ces règles¹. Or, la compétence exclusive de la Commission de Bruxelles pour octroyer une exemption après notification préalable de l'entreprise n'était pas établie d'avance par le traité. Les dispositions transitionnelles prévoyaient au contraire que les autorités et juridictions nationales devaient partager cette tâche. En pratique, la Commission a été vivement critiquée pour l'interprétation trop extensive qu'elle a donnée à l'article 85 §1 : Sans avoir les moyens administratifs pour une application adéquate de l'article 85 §3, elle se montre par trop soucieuse de maintenir son domaine de contrôle. La première conséquence de cette pratique est qu'elle aboutirait à une inefficacité du système des notifications, avec un nombre considérable de décision en suspens, et une centralisation critiquable du système communautaire de la concurrence. La seconde conséquence est que la surcharge de travail de l'administration peut ainsi porter un problème devant la Cour avant que la Commission ne s'en soit occupée. Elle intervient dans la procédure pour réclamer un arrêt de principe en annonçant que, dans le futur, elle appliquera avec rigueur la décision prise. Il s'agit là d'une menace pour l'orthodoxie de l'équilibre des pouvoirs de la Communauté : Comme la Cour n'est pas compétente pour exempter une pratique au sens de l'article 85 §3, elle est tentée d'atténuer les règles de base². Selon R.Kovar³, l'introduction de la règle de raison dans le droit communautaire, opérée avec une certaine prudence sous la forme du bilan concurrentiel, peut être appréhendée comme un facteur de

1. I.Forrester et C.Norall "The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law is and Could be Applied", C.M.L.Rev. 1984, p.37, R.Kovar préc. cit. p.114.

2. G.Wils, op. cit. p.53, citant le juge Koopmans "De plaats van het kartelrecht in het EEG-Vedrag", SEW 1987, p.424-431.

3. op. cit., p.251.

décentralisation des compétences de la Commission qui aboutirait à une amélioration des techniques décisionnelles. Les juridictions nationales pourraient voir leur rôle élargi si elles pratiquaient elles-mêmes ce bilan concurrentiel. La dernière conséquence d'une telle application de l'article 85 se ferait surtout sentir dans certains secteurs économiques, comme les brevets, la coopération entre entreprises en matière de recherche et de développement, de spécialisation, de création de filiales communes. Une vaste gamme de conduites et de dispositions contractuelles qui sont "normales, nécessaires et désirables" seraient ainsi prohibées à la base¹. Dans ce cas également, il faudrait repenser les critères d'interprétation de l'interdiction de l'article 85 §1, en faisant à ce stade, non à celui de l'exemption, une application souple des critères de coopération. La critique paraît aujourd'hui devoir être modulée. D'une part, la politique communautaire de la concurrence est de plus en plus favorable à la coopération entre entreprises dans le domaine de la recherche et du développement² et il est très difficile d'affirmer que l'application des règles de la concurrence "aient produit les inconvénients que craignent les partisans de la "rule of reason" et donc aient freiné, ou risqué de freiner, le progrès technologique"³. D'autre part, la Commission a promulgué une vaste série de règlements d'exemption par catégorie qui élimine une grande partie des problèmes liés à la centralisation. Celle-ci est d'ailleurs justifiée si l'on considère qu'il n'existe pas en Europe le même degré de consensus en ce qui concerne le jeu

1. I.Forrester & C.Norall, op. cit., p.24.

2. A.Pappalardou "Politique communautaire de concurrence et progrès technologique", R.I.D.E. 1986/Tome 1, p.113.

3. A.Pappalardou, op. cit., p.114 ; G.Wils, op. cit. p.55 qui relève qu'aux Etats-Unis, on en arrive à la conclusion que la tension inhérente au monopole conféré par les droits de propriété industrielle et le droit antitrust est beaucoup moins forte qu'on l'imaginait.

de la concurrence qu'aux Etats-Unis¹. La multiplicité des objectifs dans le droit communautaire de la concurrence, qu'ils soient d'ordre social, économique, d'intégration, plaide en faveur d'un organe plutôt politique que judiciaire² ; seule la Commission peut assumer ce rôle, les juges étant mal placés pour traiter les affaires de la concurrence³. Enfin, la CEE n'a pas atteint un stade suffisant de maturité pour relâcher son emprise centralisatrice⁴.

Ces derniers éléments apparaissent à l'heure actuelle les plus pertinents. La solution la plus juste serait, sans revenir sur la compétence exclusive de la Commission pour accorder des exemptions individuelles, d'évaluer les effets strictement économiques dans le cadre du paragraphe 1 et de n'accorder que des dérogations destinées à compenser, rééquilibrer l'analyse faite pour tenir compte des aspects industriels, sociaux de l'affaire⁵.

1. G.Wils, op. cit. p.32.

2. G.Wil, op. cit. p.33.

3. G.Wils, op. cit. p.39 qui estime que leur compétence est douteuse.

4. G.Wils, op. cit. p.40 ; d'un avis contraire, I.Van Bael "Heretical Reflections on the Basis Dogma of EEC Antitrust", R.S. 1980, p.39 et R.Kovar "La règle de raison ..", préc. cit., p252-253.

5. De cet avis, E. Moavero Milanese, op. cit., p.263.

Section 3. La création, le renforcement et l'abus de position dominante

L'article 86 du Traité CEE, énonce qu'"Est incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci". Le règlement 4064/89 étend cette interdiction aux créations ou aux renforcements de position dominante incompatibles avec la concurrence dans le Marché commun. Les concepts utilisés, qui impliquent avant tout une analyse économique, ne sont pas nouveaux puisqu'ils ont pour l'essentiel, été concrétisés par la pratique des autorités nationales chargées de la concurrence¹. De fait, plusieurs législations nationales établissent une répression analogue, même s'il faut souligner que le droit allemand comporte une différence essentielle en ce que l'abus d'une position dominante ne devient un acte illicite qu'après avoir été interdit par l'Office fédéral des ententes².

L'interprétation de ces concepts a cependant évolué. En raison de l'impossibilité pratique de sanctionner les accords de concentration par le biais de l'article 85, la Commission appliqué de plus en plus sévèrement l'article 86. Elle a abaissé le seuil déterminant la position dominante d'une entreprise sur un marché et élargi le sens donné au concept d'abus³. Malgré

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.554, att.132. L.Focsaneanu, op. cit., p.114, relève néanmoins que la Commission a attendu 13 ans pour arrêter une première décision individuelle, et a laissé à la Cour le soin de se prononcer sur les questions les plus délicates (propriété industrielle et concentrations).

2. Dans le cas d'une restriction à la concurrence dont les effets s'étendent au-delà des limites d'un Land.

3. E.Schaeffer "L'abus dans le droit de la concurrence", Gaz. Pal. 1981 (II), doct.401, p.404.

cela, la plupart des affaires traitées par la Commission a échappé à son application¹.

§ 1. La détention d'une position dominante

Une position dominante n'existe pas dans l'abstrait. Elle s'apprécie à travers un certain nombre d'indices et par rapport à un marché de référence.

I. Le concept de position dominante

La position dominante individuelle se distingue de la position dominante collective. Celle-ci pose en effet des problèmes de preuve extrêmement délicats.

1. La position dominante individuelle

L'article 86 ne donne aucune définition de la position dominante et n'établit aucun lien avec le concept de concurrence. La Cour avait cependant déjà affirmé, dans le cadre de l'application de l'article 85, que la disposition devait s'interpréter dans le cadre de l'article 3f du traité visant "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun". Par ailleurs, tant les dispositions de l'article 66 §7 du Traité CECA² que celles du paragraphe 22 de la loi allemande de 1957 ont visiblement inspiré la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour. Celles-ci considèrent que la position dominante se caractérise par une situation de puissance économique détenue par une

1. R.Cornetta "La Corte di giustizia della Comunità europea e il controllo delle concentrazioni: la difficile lezione americana", Foro it. 1989, IV, p.56.

2. Cet article fait état d'"une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du Marché commun".

entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants¹ dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement, des consommateurs".²

En pratique, l'existence d'une position dominante sur un marché est déterminée à partir d'une série d'indices. Le plus important est certainement celui tiré de la part du marché détenue par l'entreprise. Si une part de marché très faible exclut l'existence d'une position dominante³, "des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante". En effet, la possession de telles parts "met l'entreprise qui la détient (...) dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante"⁴. En dehors de ces situations tranchées, "la détention d'une part de marché importante, comme élément prouvant l'existence d'une position dominante, n'est pas une donnée absolue et son importance varie d'un marché à l'autre suivant leur structure, spécialement pour ce qui concerne la production, l'offre et la demande". C'est ainsi que "le fait qu'une

1. Pour la critique de ce critère, voir P.Pennetta "La posizione dominante 'qualitativa'. Profili interpretativi dell'articolo 86 del trattato CEE nel caso 'Chiquita'", R.D.E. 1978 (18), p.318.

2. Voir par ex. C.J.C.E. arrêts des 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207, att.65; 9.11.1983, aff.322/81, Michelin, Rec. 1983, p.3461; 5.10.1988, aff.247/86, Alsatel-Novasam, Rec. 1988, p.5987.

3. Voir C.J.C.E. arrêts des 27.10.1977, aff.26/76, Metro Rec. 1977, p.1975 et 22.10.1986, aff.75/84, Metro II, Rec. 1986(9), p.3021.

4. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.461.

entreprise réussisse à maintenir sa part de marché à un niveau constant malgré une concurrence vivace de la part de ses concurrents ne signifie pas automatiquement que l'entreprise se trouve en position dominante, ce fait pouvant résulter de la particulière habileté de ses dirigeants"¹. La part du marché doit donc être évaluée en rapport avec le nombre de concurrents, communautaires et extracommunautaires, ainsi qu'à leur capacité concurrentielle aussi bien actuelle que potentielle. Une entreprise peut se trouver en position dominante sur le marché dont elle ne possède pas une part significative, si ses concurrents sont nombreux et de petite dimension. Cette situation est particulièrement nette dans l'affaire Michelin², l'entreprise possédant 60% des parts du marché contre une moyenne de 6% pour ses concurrents, mais même une part de marché inférieure à 50% peut être suffisante quant une telle part est de loin supérieure à celle des concurrents les plus directs et les plus importants.³ La position dominante est présumée en l'absence de concurrence potentielle et l'existence de barrières à l'entrée du marché. Le premier cas se rencontre en présence de monopoles, comme dans l'affaire Général Motors⁴, où une seule société était habilitée en Belgique pour délivrer des certificats et des plaques d'identification constatant la conformité de certains véhicules. Le second cas de figure est parfaitement

1. Idem.

2. C.J.C.E. arrêt du 9.11.1983, aff.322/81, Rec. 1983, p.3461.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207. Il faut d'ailleurs noter qu'en droit allemand, l'article 22 §3 du GWB dispose qu'une entreprise dans une situation de monopole détenant une part de marché de 33% est présumée être en position dominante.

4. Déc. du 19.12.1974, J.O.C.E. 1975, L.29/14. Egalement, la décision Hugin-Liptons du 8.12.1977, J.O.C.E. L.22/23, où la firme détenait le monopole mondial de pièces de rechange de caisses enregistreuses de sa fabrication.

illustré par l'affaire United Brands¹, où l'existence de barrières à l'entrée du marché se manifestait par les investissements exceptionnellement lourds qui étaient nécessaires pour pouvoir pénétrer le marché bananier. La Cour constate que "s'il est vrai que les concurrents peuvent utiliser les mêmes méthodes de production et de distribution suivies par la requérante, ils rencontrent des obstacles pratiques et financiers quasi-insurmontables qui constituent un facteur caractéristique de la position dominante." Celle-ci peut être appréciée en fonction du comportement de la clientèle qui peut continuer à préférer une marque malgré une différence notable de prix avec les produits proposés par les entreprises concurrentes.² La Cour tient également compte des méthodes d'organisation structurelle utilisées par les entreprises³ : Le fait qu'une entreprise présente un degré d'intégration verticale très poussé sera considéré comme un élément caractérisant sa position dominante sur le marché dès lors que cette structure lui permet de contrôler par diverses mesures, tant les producteurs que les distributeurs, et ainsi le produit dans chacune des phases de la commercialisation.⁴ Enfin, la position dominante pourra s'apprécier en fonction de la puissance économique de l'entreprise. Une entreprise peut être considérée comme étant en position dominante, même lorsque son activité est déficitaire⁵.

1. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207, att.121 à 124.

2. Idem.

3. A.Rafaelli, "Il divieto di abuso della posizione dominante nel diritto comunitario", Foro it., 1988, IV, p.84.

4. Voir l'affaire 27/76, concernant le marché de la banane, où United Brands disposait de ses propres plantations, usines d'emballage et de conditionnement, de ses propres moyens de transports dont ses propres navires, contrôlait le stade du murissement et de la distribution; Rec. 1978, p. 207.

5. Voir par exemple l'arrêt de la C.J.C.E. du 9.11.1983, aff. 322/81, Michelin, Rec. 1983, p.3461.

Mais dans l'affaire Hoffmann-La Roche¹, la Cour a refusé de suivre la Commission qui avait conclu à la position dominante de l'entreprise du fait qu'elle était le plus grand producteur mondial de vitamines et que son chiffre d'affaires était de loin supérieur à tous ses autres concurrents : La puissance économique de ces derniers était telle qu'elle était de nature à obliger Hoffmann-La Roche à suivre la baisse des prix imposée par ses concurrents. La Cour a ainsi noté que la conduite de l'entreprise n'était pas indifférente à celle de ses concurrents et des consommateurs.

La jurisprudence de la Cour est fortement inspirée de la législation allemande² qui a introduit une série de présomptions destinées à faciliter la preuve de la domination du marché par une entreprise unique. Une telle comparaison démontre d'ailleurs l'utilité de la plasticité du droit communautaire qui peut s'adapter aux changements économiques, du moins jusqu'à un certain point, sans nécessiter une réforme des textes. En 1980³, le GWB allemand a été modifié pour permettre au Bundeskartellamt de lutter contre le phénomène de concentration dans le secteur de la distribution commerciale, en établissant notamment une présomption de dépendance du fournisseur à l'égard de l'acheteur⁴. Cependant, la jurisprudence ultérieure allait démontrer la totale inefficacité de l'amendement en ce domaine. Le Kammergericht refusa de reconnaître une position dominante du

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Rec. 1979, p.554.

2. Celle-ci fait référence à l'absence de concurrence, ou de situation prépondérante de l'entreprise que l'on déduit de la place occupée par l'entreprise sur le marché, de sa puissance financière, des possibilités d'accès au marché, de l'élasticité de celui-ci.

3. 4e amendement du 26.4.1980, faisant suite aux lois du 15.9.1953 et du 3.8.1973.

4. U.Immenga "La concentrazione fra imprese e il controllo delle fusioni: concezione tedesca ed esperienze" in Contratto e impresa, 1988, Kadam Padova, p.485.

côté des acheteurs et mit ainsi fin aux tentatives du Bundeskartellamt¹.

2. Position dominante collective

Ainsi qu'il résulte du texte de l'article 86, le comportement interdit peut être réalisé par plusieurs entreprises. On a vu² que, dès les premières décisions d'application de l'article 86, la Commission avait condamné solidairement plusieurs sociétés pour abus de position dominante. Mais il s'agissait de sociétés mères et de filiales constituant une entité économique unique. Dans deux décisions de décembre 1988³, la Commission fait pour la première fois application de l'article 86 du traité sur le fondement de la détention par les entreprises d'une position dominante collective. Dans la première, dite du "verre plat", elle met l'accent sur le lien structurel existant entre les entreprises : Celles-ci disposent d'un degré d'indépendance par rapport aux pressions concurrentielles qui les met en mesure de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sans tenir notablement compte des comportements des autres participants au marché. Dans la seconde décision, elle se base sur le fait que les entreprises ne se concurrencent pas les unes les autres, et que les tiers se trouvent dans une position de dépendance économique à leur égard.

Ces décisions suscitent quelques inquiétudes parmi certains commentateurs⁴. Si la position dominante collective se présente comme un instrument de contrôle efficace, le risque existe

1. Voir J.Pfeffer op. cit. p.97, et la jurisprudence citée, ce paragraphe, II.1.

2. Voir par ex. l'arrêt du 6.4.1974, aff.6-7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223, et dans ce chapitre, la section 1, §2.

3. Déc. du 7.12.1988, verre plat, J.O.C.E. 1989, L.33/44, et du 21.12.1988, Magill TV Guide, J.O.C.E. 1989, L.78/43.

4. Contrairement aux commentateurs allemands, les britanniques et français sont réservés pour admettre l'utilisation même du concept.

néanmoins que l'abus de position dominante se transforme progressivement en un instrument aveugle visant à sanctionner exclusivement le degré de concentration de certains marchés. Tiré à l'extrême, le concept aboutirait à ce que toute entreprise sur un marché d'oligopole se retrouve à commettre un abus de position dominante collective. Son comportement serait indifférent : La position dominante résulterait de la situation du marché, l'abus serait réalisé par le parallélisme de comportement qui pourrait résulter de la structure du marché oligopolistique.¹

Le problème tient donc aux critères de distinction d'une position dominante collective d'un simple oligopole. Il s'avère qu'il n'est pas possible de trouver un modèle adéquat dans la législation allemande qui utilise pourtant le concept de longue date². Aux termes de l'article 22 du GWB, trois entreprises dominant conjointement un marché dès lors qu'elles en détiennent ensemble 50% des parts et lorsqu'il n'existe entre elles aucune concurrence substantielle. Mais la preuve de la domination conjointe est très difficile à établir puisque la Cour fédérale allemande a adopté une conception très large de la notion de concurrence substantielle à l'intérieur de l'oligopole : Même en l'absence de concurrence sur les prix et la qualité des produits, une addition des facteurs concurrentiels mineurs (présentation des produits, services après vente, primes) suffit.³ Cette théorie dite de la "mosaïque" est critiquée pour avoir empêché le Bundeskartellamt d'avoir interdit des ententes dans des domaines

1. Voir la note sur l'arrêt de M.-C. Boutard-Labarde et L. Vogel, S.J. éd.G., 1990(II), Fasc.21432-21434, et l'analyse faite dans le cadre de l'article 85 dans ce chapitre, section 2 §1 III.

2. De cet avis, M. Schödermeier "Collective Dominance Revisited: An Analysis of the EC Commissions's New Concepts of Oligopoly Control", E.C.L.R. 1990(I), p.30 et s.

3. R. Bouscant, "Existe-t'il un contrôle des entreprises en position dominante dans la République fédérale d'Allemagne?", Gaz. Pal., 4-6 fév.1990, p.3.

tels que le secteur des médicaments, des produits pétroliers, de l'électronique¹ alors que, dans ces secteurs, le comportement parallèle des oligopolistes sur le plan des prix et de la qualité des produits entrave le libre choix du consommateur². Par ailleurs, la notion de dépendance économique utilisée par la Commission dans sa décision Magill TV Guide³ ne peut, telle qu'elle est prévue à l'article 26 §2-2 du GWB, être transférée au droit communautaire. En droit allemand, elle concerne les rapports entre deux entreprises considérés isolément tandis que la position dominante de l'article 86 du Traité CEE doit se référer à un marché⁴. Enfin, conformément à la solution dégagée dans l'arrêt Amhed Saeed⁵ selon laquelle des entreprises liées par un accord ressortissant de l'article 85 ne peuvent collectivement abuser d'une position dominante, l'idée d'un lien structurel entre les oligopolistiques comme élément décisif d'une position dominante collective doit être abandonnée. Il faut donc, comme pour l'application de l'article 85 à des pratiques concertées entre entreprises d'un marché oligopolistiques, recourir à plusieurs indices qui seront à eux seuls insuffisants. Les plus importants sont le comportement parallèle adopté par les entreprises, le bénéfice qu'elles en tirent et l'absence de concurrence réelle. M.Schödermeir⁶ propose d'établir une présomption de domination collective d'un marché quand le comportement parallèle des oligopolistiques concerne leurs

1. Par ex. dans l'affaire Tonolli/Metallgesellschaft, la Cour suprême considère comme élément suffisant de concurrence, une marge de prix différentielle de 0,7% entre producteurs sur des produits (cables) totalement homogènes, ce qui excluait donc une concurrence sur la qualité ou les produits eux-mêmes. BGH WuW/E 1824, 1828.

2. R.Bouscant, op. cit., p.3.

3. J.O.C.E. 1989, L.78/43.

4. M. Schödermeier, op. cit., p.32.

5. C.J.C.E. arrêt du 11.4.1989, aff. 66/86, Rec. 1989, p.838.

6. Idem.

relations avec les concurrents extérieurs. Cela serait alors aux entreprises de prouver qu'elles ne retirent aucun profit de leur comportement pour se dégager de l'accusation. Au contraire, un comportement parallèle adopté dans les relations avec leurs clients signifierait qu'il s'agit d'un simple phénomène oligopolistique.

II. Délimitation du marché pertinent

Suivant la formule utilisée par la Commission dans la décision Akzo¹, "la délimitation du marché vise à définir l'espace commercial à l'intérieur duquel il convient d'évaluer les conditions de la concurrence et la puissance de l'entreprise en position dominante sur le marché". La démarche est primordiale car selon que le marché sera évalué de façon plus ou moins étroite, il sera plus ou moins facile d'établir une position dominante. Dans tous les cas, il doit être défini sous un double critère géographique et matériel.

1. La délimitation matérielle du marché

La délimitation matérielle du marché consiste à définir les produits à prendre en considération. La Cour rappelle dans l'affaire Continental Can² concernant les emballages légers, que "la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits". Pour former un marché distinct, les produits en cause doivent s'individualiser, non

1. Déc. du 14.12.1985, J.O.C.E. 1985, L.374/1 concernant l'application de l'article 86 ; la définition est également applicable pour le contrôle des concentrations..

2. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Rec. 1973, p.215.

seulement par leur utilisation, mais aussi par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination. En d'autres termes, le marché sera déterminé par le ou les produits pouvant être individualisés par leurs caractéristiques particulières les différenciant des autres produits au point qu'ils soient peu interchangeables avec eux et ne subissent leur concurrence que d'une manière peu sensible.¹ Cette détermination du marché du point de vue matériel soulève des difficultés car, en réalité, il n'existe pas de produits substituables mais de simples degrés de substitutalité. Il s'agit donc d'une notion éminemment relative qui confère aux autorités compétentes un large pouvoir d'appréciation² et que la Cour a accepté de laisser à la Commission.³

Dans la majorité des cas, l'entreprise supposée détenir une position dominante a donc intérêt, pour contester l'accusation de la Commission, à élargir au maximum les limites de son marché, ce qui entraînera un affaiblissement corrélatif de la position qu'elle y détient. Au contraire, la Commission doit éviter toute possibilité d'élargissement du marché qu'elle a délimité pour justifier l'abus de la position dominante. La jurisprudence de la Cour illustre le taux élevé de contestation en la matière. Dans l'affaire Hoffmann-La Roche⁴, la Cour admet que chaque groupe de vitamines constituait un marché particulier ; dans l'affaire Hugin⁵, que les pièces de rechange de la marque Hugin formaient un marché distinct au motif que "ces pièces ne sont pas

1. *Idem*, att.22.

2. L.Vogel, *op. cit.*, point 37.

3. I. Van Bael "Discretionary powers of the Commission and their legal control in trade and antitrust matters" in Discretionary Powers of the Members States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, J.Shwarze (ed), p.175.

4. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Rec. 1979, p.461.

5. C.J.C.E. arrêt du 31.5.1979, aff.22/78, Rec. 1979, p.1869.

interchangeables avec les pièces de rechange des caisses enregistreuses d'autres marques" ; dans l'affaire Michelin¹, que le marché des pneus neufs était dissociable de celui des pneus d'occasion ; dans l'affaire United Brands², que le marché de la banane ne pouvait être compris dans celui des autres fruits.

En matière de contrôle de concentration, la démarche ne change pas. Dans l'affaire Renault-Volvo³, la Commission distingue trois marchés de poids lourds en fonction du tonnage : Ils sont séparés par des frontières techniques et commerciales, et ne sont pas interchangeables.

Au contraire, dans le cas de puissances d'achat se manifestant dans le secteur de la distribution commerciale, le problème se renverse. Il s'est pour l'instant posé dans les seuls Etats membres⁴ et ce, de façon d'autant plus aigue que la législation, trop rigide, n'offrait pas de moyens de lutte efficaces. L'affaire de référence concerne la firme Metro qui est la plus grosse entreprise allemande de "cash & carry". Le Bundeskartellamt soutenait qu'il était possible de déterminer un marché pertinent d'acheteurs de toute une gamme de marchandises alimentaires et de certains produits de nettoyage et de soins corporels car celle-ci était régulièrement demandée par les grossistes. En concluant à la non-interchangeabilité de l'offre émanant des "cash & carry" et du grossiste traditionnel, le Bundeskartellamt déterminait le marché du point de vue des entreprises de distribution en leur qualité de prestataires de services. L'Office justifiait cette façon de procéder non

1. C.J.C.E. arrêt du 9.11.1983, aff.322/81, Rec.1983, p.3461.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207.

3. DÉC. du 7.11.1990, IV/M004, non pub.

4. Du moins en France et en Allemagne. Voir à ce sujet les études de W.Kartte "Puissance d'achat: Quelques éléments de réflexion sur un phénomène en pleine évolution", et de M.Kerber "Puissance d'achat: Un sujet permanent et controversé en Allemagne fédérale", publiées au R.C.C. 1985, n°32, p.5 et s.

seulement par le souci de simplifier les enquêtes puisqu'il aurait été très coûteux de s'attacher à connaître la situation du marché pour chaque produit mais aussi par le fait que la puissance du marché d'une entreprise de distribution réside essentiellement pour ses fournisseurs dans le contact qu'elle assure avec la clientèle. La Cour d'Appel de Berlin refusa la détermination d'un marché unique pour les produits alimentaires et non-alimentaires¹. De même, dans l'affaire "Coop-Wandmaker"², la Cour d'appel fit injonction au Bundeskartellamt de déterminer les parts de marché spécifiques détenues par les principaux acheteurs pour certains produits ou certaines catégories de produits représentatifs, la référence à un "marché de l'approvisionnement des produits alimentaires" lui ayant paru manifestement trop grossière.

2. L'assiette géographique du marché

Un marché géographique n'a pas de frontières clairement définies et, selon les affaires, l'assise géographique est plus ou moins aisée à déterminer. La Cour de justice considère que le marché ne peut être délimité "qu'à une zone dans laquelle les conditions objectives de concurrence du produit en cause doivent être similaires pour tous les opérateurs économiques"³. Le cas le plus facile est certainement celui de l'existence d'un monopole légal⁴ ou de fait⁵, ou d'un cloisonnement des marchés nationaux provoqué par les comportements restrictifs des entreprises concernées puisque la détermination géographique du

1. BGH. 11.3.1986, WuW/E 2231 in WuW, 1986 p.713.

2. Kammergericht 5.11.1986 WuW/E OLG 3917.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207, att.44.

4. Voir C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Gema, Rec. 1979, p.3173.

5. Voir C.J.C.E. arrêt du 13.11.1975, aff.26/75, Général Motors, Rec. 1975, p.1367.

marché est alors opérée par les entreprises¹. Mais, le plus souvent, une analyse économique détaillée est nécessaire. Elle sera fondée sur les caractéristiques des produits ou services en cause, les coûts de transport et les obstacles que les concurrents doivent surmonter pour pénétrer dans la zone géographique à l'intérieur de laquelle l'entreprise détient une position dominante. Dans l'affaire United Brands², la Commission avait délimité le marché géographique de la banane à l'Allemagne, le Danemark, l'Irlande, les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg, qui constituaient une zone sans barrières économiques significatives risquant de rendre difficile l'importation, le mûrissage et la vente des bananes "Chiquita". De plus, la société United Brands avait organisé la commercialisation de ses produits à partir de sa filiale de Rotterdam qui constituait un centre unique pour ladite zone. La Commission excluait trois marchés nationaux, l'Italie, la France et le Royaume-Uni où un régime préférentiel était accordé aux producteurs des anciennes colonies, différant ainsi sensiblement du reste de la Communauté. United Brands contestait cette analyse, en affirmant que les zones retenues présentaient des conditions de concurrence trop dissemblables pour être considérées comme un marché unique.³ La Cour refusa ce moyen en constatant qu'à l'exception de dispositions tarifaires distinctes et de coûts de transport nécessairement différents, mais non discriminatoires, les marchés retenus présentaient des conditions de concurrence similaires pour tous.⁴ L'arrêt de la Cour suscita à l'époque de vives critiques. V.Korah remarquait que les zones exclues devaient quoiqu'il en soit être prises en compte pour définir le marché car n'importe quelle firme pouvait à partir de ces Etats importer

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, Rec. 1975, p.1663.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207.

3. idem, att.36 et suivants.

4. idem, att.52.

des bananes sur le marché considéré.¹ Selon elle, la Cour s'était plus attachée à donner une définition du marché et les raisons de celle-ci, plutôt qu'à son analyse. Elle reconnaît que la détermination d'un marché est une question de degré, pas de définition. S'il peut être judicieux de définir une zone d'enquête et l'appeler "marché pertinent", les pressions de la concurrence extérieures sont importantes.

Il faut noter que le nouveau règlement sur le contrôle des concentrations fait expressément référence à la concurrence extérieure.

§ 2. Les infractions liées à la détention d'une position dominante

Avec l'article 86 du traité, le droit communautaire réprime l'abus d'une position dominante. Le règlement 4064/89 en interdit la création ou le renforcement en cas de restriction occasionnée à la concurrence.

I. L'exploitation abusive

L'exploitation abusive n'est pas définie synthétiquement par le traité et la jurisprudence communautaire. Seule une étude casuistique permet de délimiter le concept.

1. Le concept d'abus

Un des aspects primordiaux de la répression organisée par l'article 86 est qu'elle ne vise pas la position dominante en soi mais l'abus qui en est fait. L'entreprise en position dominante est ainsi dans une position parfaitement légitime ; elle doit pourtant en tenir compte dans son activité car certaines

1. V.Korah, "Concept of a dominant position within the meaning of article 86", C.M.L.R. 1980, p.405-406.

pratiques et comportements, qui seraient licites pour d'autres, seront dans son cas considérés comme illégaux. L'article 86 illustre les types de comportement considérés comme abusifs pour une entreprise en position dominante mais, comme pour l'énumération donnée à l'article 85, celle de l'article 86 n'est donnée qu'à titre d'exemple¹. Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche², la Cour définit l'abus de position dominante comme une "notion objective qui vise les comportements d'une entreprise qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour objet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence". Il faut retenir de cette définition que la notion d'abus est indépendante de celle de faute. Cette constatation se vérifiait déjà avec l'arrêt Continental Can³ dans lequel la Cour affirmait que "le renforcement de la position dominante détenue par l'entreprise pouvant être abusif est interdit par l'article 86 du traité quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet". La seconde caractéristique importante est que le comportement doit être de nature à influencer la structure du marché concerné, c'est à dire le nombre, le degré d'information et la mobilité des vendeurs et des acheteurs, la nature du produit ou du service⁴. La troisième est que le comportement de l'entreprise doit avoir

1. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215.

2. C.J.C.E. arrêt du 19.2.1979, aff.85/76, Rec. 1979, p.461.

3. C.J.C.E. arrêt du 21.3.1973, aff.6/72, Rec. 1973, p.215, att.27.

4. Voir C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.517, att.31 à 35.

pour effet de restreindre la concurrence, soit en faisant obstacle à son maintien, soit en entravant l'apparition d'une concurrence nouvelle. Enfin, il faut relever que le dernier élément de la définition, c'est à dire le recours à des moyens différents de ceux s'appliquant à une compétition normale, semble plus limité. Il s'appliquerait uniquement en cas de recherches technologiques aboutissant à une innovation importante renforçant la position dominante de l'entreprise et restreignant la concurrence sans pour autant résulter d'une action anticoncurrentielle. Dans l'affaire Tetra Pak¹, la Commission avait considéré que cette société avait abusé de sa position dominante en acquérant (la) licence exclusive (BGT) qui a eu pour effet de renforcer sa position déjà dominante, de diminuer davantage la concurrence restante et de rendre encore plus difficile l'arrivée de nouveaux concurrents". Le Tribunal considère que "l'élément décisif dans la constatation du caractère abusif de l'acquisition résidait", non pas dans la reprise de la société détentrice du brevet, mais "spécifiquement dans la position de la société requérante sur le marché en cause et en particulier (...), dans la circonstance qu'au moment des faits, seule la détention du procédé protégé par la licence BTG était susceptible de donner à une entreprise les moyens de concurrencer efficacement la requérante dans le domaine du conditionnement aseptique du lait".

Les Etats membres connaissent également la répression des abus de position dominante mais les problèmes diffèrent. En France, la doctrine² s'attache à l'emploi du concept en droit pénal. Il est en effet considéré comme une notion civiliste évoquant le détournement d'un droit, d'une liberté. Déjà

1. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Rec. 1990, p.347, att.23.

2. X. De Mello, "L'ordonnance (modifiée sur la concurrence et la constitution", Gaz. Pal. du 15.1.1987, p.30.

critiquable en droit communautaire en raison du caractère répressif du texte, son emploi en droit pénal devient inadmissible puisque celui-ci recourt à l'intime conviction en matière de preuve. "Le jugement porté révèle d'une appréciation subjective, essentiellement psychologique, voir morale". L'"intime conviction porte sur les faits et est enserrée dans la définition des éléments matériels du délit, tandis que l'appréciation du caractère abusif d'un comportement est un jugement de valeur qui n'est enfermé dans aucun cadre prédéterminé"¹. A cet égard, les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 apparaissent discutables sur le plan constitutionnel.

En Allemagne, les critiques s'adressent aux restrictions apportées par l'interprétation jurisprudentielle du concept. De 1958 à 1990, 14 comportements abusifs ont été sanctionnés sur 1084 procédures de contrôle ouvertes². Le droit allemand prévoit deux cas d'abus de position dominante. Le premier, qui correspond à l'abus d'entrave à la concurrence, est soumis à la théorie dite des deux barrières imposée par la Cour d'Appel de Berlin. L'abus n'est constitué que si l'acte mis en cause produit un effet sur la structure du marché et ne contient aucune performance économique. Or, celle-ci est considérée de façon très bienveillante. Selon la Cour fédérale de justice, une entreprise de presse a pu vendre à perte, éliminer ses concurrents sans commettre d'infraction dès lors qu'elle a pu démontrer, qu'en moyenne, la couverture de l'ensemble de ses coûts de réalisation serait réalisée. Le second cas correspond à l'abus d'exploitation. La référence est le prix réclamé par l'entreprise qui doit dépasser un prix limite. Celui-ci est calculé en

1. Idem. L'auteur conteste ainsi la validité de certaines dispositions de l'ordonnance française sur la concurrence au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et de l'article 34 de la Constitution.

2. Il est vrai que l'action du Bundeskartellamt est très importante sur le plan de la prévention.

ajoutant, au prix de la concurrence relevé sur un marché étranger comparable, divers suppléments prenant en compte l'effort de recherche, services rendus à la collectivité allemande. Or, les décisions d'interdiction de prix abusifs sont régulièrement annulées par les juridictions allemandes du fait de contestations nées dans l'utilisation de la méthode des suppléments¹.

2. Cas d'exploitation abusive énumérés à l'article 86

La plupart des comportements constitutifs d'une exploitation abusive d'une position dominante se retrouve dans l'énumération donnée par l'article 86 §2. Le premier cas vise une entreprise en position dominante qui impose de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables. Sur le premier point, trois situations peuvent en principe être distinguées. Dans la première, l'entreprise exploite sa position dominante en tant que demandeur, impose à ses fournisseurs des prix d'achat inéquitablement bas et se procure, vis à vis de ses concurrents, un avantage compétitif qui tient exclusivement à sa puissance économique. Dans les deux autres, l'entreprise abuse de sa position d'offreur pour imposer des prix de vente inéquitablement bas en entraînant une éviction de ses concurrents et dont les consommateurs ne sont susceptibles de tirer profit que sur une période extrêmement limitée². Les prix peuvent au contraire être inéquitablement élevés, ce qui peut bénéficier aux concurrents mais exploite les consommateurs. Ce dernier comportement, qui est d'ailleurs le plus courant, était reproché à la firme United Brands³. La Commission constatant une différence de prix dépassant parfois 100% à l'égard de clients irlandais, avait enjoint à l'entreprise de réduire ces écarts

1. R.Bouscant "Existe-t'il un contrôle des entreprises en position dominante dans la R.F.A.?", Gaz.Pal. 4-2 fév.1990, p.3.

2. Voir la déc. du 23.7.1983, J.O.C.E. 1983, L.252/13.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207.

d'au moins 15%. La Cour juge que la simple constatation d'écart importants entre les prix pratiqués pour le même produit dans les Etats membres ne suffit pas. Une analyse de la "structure des coûts" permet seule "d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé". En présence d'une telle disproportion excessive, la Commission doit alors examiner "s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents".

Dans l'affaire BRT-Sabam¹, la fixation de conditions de transactions non équitables a été censurée : "Une cession obligatoire de l'ensemble de tous les droits d'auteurs, actuels et futurs, sans distinguer parmi eux entre les différentes formes d'utilisation généralement reconnues, peut apparaître comme une transaction non équitable, surtout si cette transaction est exigée pour une période prolongée après la démission de l'associé". Par ailleurs, "le fait qu'une entreprise chargée de l'exploitation de droits d'auteurs, occupant une position dominante au sens de l'article 86, imposerait à ses adhérents des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social et qui entraveraient ainsi de façon inéquitable la liberté d'un adhérent dans l'exercice de son droit d'auteur, peut constituer une exploitation abusive".

Le second cas vise une entreprise en position dominante qui elle limite la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs. Dans l'affaire de l'entente sur le sucre², le système de rabais mis en place fut considéré comme illicite puisqu'il était "de nature à limiter les débouchés au préjudice des consommateurs au sens de l'article 86 §2 du fait qu'il empêchait ou restreignait les possibilités

1. C.J.C.E. arrêt du 30.1.1974, aff.127/73, Rec. 1974, p.51.

2. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, Générale Sucrière, Rec. 1975, p.1663.

d'autres producteurs". Les cas limitant les débouchés sont les plus fréquents, puisqu'ils recouvrent toutes les restrictions aux importations et exportations entre les Etats membres. Il faut rapprocher de ce comportement, le refus de fourniture. Dans l'affaire United Brands¹, la Cour conclut "qu'une entreprise disposant d'une position dominante pour la distribution d'un produit -bénéficiant du prestige d'une marque connue et appréciée des consommateurs- ne saurait cesser ses livraisons à un client ancien et respectant les usages commerciaux, lorsque les commandes de ce client ne présentent aucun caractère anormal". Le cas de limitation du développement technique au préjudice des consommateurs est particulièrement rare. Il pourrait correspondre à l'achat d'un brevet par une entreprise dominante, dans le seul but d'en empêcher l'exploitation par des concurrents.

Le troisième cas d'abus visé par l'article 86 consiste à appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. On retrouve ce type de comportement dans les affaires Générale sucrière² et Hoffmann-La Roche³, censurant les systèmes de rabais discriminatoires mis en place. La Cour prend soin de les distinguer de ceux "liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé" ; elle examine les avantages de prix, qui ne sont pas fondés sur des différences de coûts et de charges supportés par le fournisseur en relation avec les quantités vendues mais qui augmentent en fonction du pourcentage de ses propres besoins.

Enfin, l'article 86 §2 mentionne l'abus consistant à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les

1. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207; voir aussi 6.3.1974, aff.6 et 7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223.

2. C.J.C.E. arrêt du 15.12.1975, aff.40 à 48, 50, 54 à 56, 11 et 114/73, Rec. 1975, p.1663.

3. C.J.C.E. arrêt du 24.5.1977, aff.107-76, Rec. 1977, p.957.

partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. Ce cas assez rare est illustré par l'arrêt Générale Sucrière¹, dans laquelle une entreprise en position dominante avait étendu "la portée de l'interdiction de concurrence au delà de ce qui correspond à la nature juridique et économique en cause".

Sont également constitutifs d'un abus de position dominante, le fait pour une entreprise d'adresser des menaces de rétorsion commerciale². Des contrats d'approvisionnement exclusif peuvent également être abusifs. Dans l'affaire Hoffmann-La Roche³, la Cour relève que "la circonstance que le co-contractant de La Roche est lui-même une entreprise puissante et que le contrat n'est manifestement pas le résultat d'une pression exercée par La Roche sur son partenaire n'exclut pas l'exploitation abusive d'une position dominante, pareille exploitation consistant en l'espèce dans l'atteinte supplémentaire portée par l'exclusivité d'approvisionnement à la structure concurrentielle d'un marché dans lequel, à la suite de la présence d'une entreprise en position dominante, le degré de concurrence est déjà affaibli".

II. La création et le renforcement d'une position dominante incompatible avec le Marché commun

Le droit communautaire considère comme incompatible avec le Marché commun, la création et le renforcement d'une position dominante y restreignant sensiblement la concurrence. Mais le compromis politique, à la base du choix des critères d'évaluation, pose des difficultés au niveau juridique. L'interprétation des règles apparaît à cet égard incertaine.

1. C.J.C.E. arrêt du 15.12.1975, Rec. 1975, p.1663.
2. Voir la déc. du 14.12.1985, Akzo-Chemie, J.O.C.E. 1985, L.374/1.
3. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Rec. 1979, p.461.

1. Les critères communautaires

Selon l'article 2 §3 du règlement 4064/89, "Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun". Inversement, celles qui, dans les mêmes conditions, ne créent pas, ou ne renforcent pas une position dominante, doivent être déclarées compatibles. Dans les Etats membres également, notamment en Allemagne et en France, la condition de base pour interdire une concentration est la création ou le renforcement d'une position dominante entravant la concurrence. Ce qui varie, ce sont les critères d'évaluation de la distorsion à la concurrence apportée par l'opération. A la base, se pose le problème du choix du principe. Faut-il apprécier la légitimité d'une fusion en appliquant une définition "per se" fondée plus, sur des raisons d'opportunité politique, que sur une étude du marché ? Au contraire, l'analyse ne doit-elle pas être conduite au cas par cas, en fonction du type des accords et des effets que la concentration peut produire sur le marché ? Chaque méthode comporte des inconvénients. D'un côté, faire l'amalgame entre les effets potentiels d'un phénomène de concentration et les effets préjudiciables à la concurrence comporte un risque inhérent relativement grave de ne plus pouvoir distinguer entre les effets incitatifs et les effets coalitifs, et comment ceux-ci nuisent à la concurrence. D'un autre côté, il est démontré que le recours à des seuls critères prévisionnels ne tient pas compte de la multitude de situations qui peuvent favoriser les phénomènes de concentration.¹ Il est donc très difficile de faire un choix généralisé en faveur d'une législation répressive. Le choix effectué dans les Etats membres est vivement critiqué en

1. R.Cornetta, op. cit., p.63.

ce que le recours à des présomptions manifeste une inadéquation substantielle quand, avec l'individualisation de paramètres rigides, on entend brider un phénomène qui, comme les fusions, a mille motivations¹. Les législateurs nationaux ont parfaitement conscience de tout cela, quand d'un côté ils ne peuvent éviter d'élaborer une législation sur le contrôle des concentrations et que, d'un autre côté, ils arrivent à réaliser un système qui réussit savamment à harmoniser la fixation de critères et paramètres plus ou moins rigoureux avec l'inefficacité des résultats.² Le législateur communautaire a adopté une définition méthodique moins précise que celle retenue dans les Etats membres. Par exemple, le règlement ne fait référence qu'à une entrave "significative" à la concurrence tandis qu'en droit allemand ou français, les concentrations entre entreprises sont caractérisées par le recours à des présomptions d'incompatibilité tirées du pourcentage de parts sociales acquises dans une entreprise ou des droits de vote, ou du chiffre d'affaires et des parts de marché. Ce mécanisme connaît ses limites avec les conglomérats qui, sans dominer un marché, détiennent une puissance économique et financière importante et les facilités de détournement de la loi offertes par le cadre exigü des seuils et définitions posés³. Les bases de la législation communautaire, quoique différentes, sont également critiquées pour leur faiblesse : Le règlement consitue plus un compromis politique qu'une formulation et une définition d'une théorie substantielle

1. *Idem.*

2. *R.Cornetta, op. cit., p.63.*

3. Il faudra voir les effets du Ve amendement qui introduit principalement une clause, dite "omnibus", destinée à atteindre les transactions complexes situées juste au dessous des seuils, combinant par exemple l'acquisition de 24,99% des parts d'une société et l'établissement d'accords longue durée de fourniture ou de crédit.

sur les concentrations¹. La formulation n'est cependant pas sans avantage : Il est beaucoup plus difficile de réviser un texte au niveau communautaire, et le juge a ainsi les moyens d'adapter le texte à la réalité économique. Il reste à voir si cette solution, plus souple, permettra des résultats satisfaisants du point de vue des entreprises.

2. Méthodes d'appréciation

Les critères de compatibilité/incompatibilité pouvaient être envisagés de deux points de vue. Le premier consiste à procéder à une appréciation globale des effets de la concentration en tenant compte de la politique industrielle et sociale de la Communauté. Le second, d'inspiration plus libérale, se limite à une analyse purement économique de la concurrence au regard de la protection de la structure de la concurrence dans le Marché commun. Il exclut toute compétence permettant à la Commission d'imposer des idées déterminées de politiques industrielles qui pourraient contredire les objectifs de politique nationale de concurrence².

Le règlement retient les deux systèmes, ce qui ne manque pas de poser de difficiles problèmes de conciliation³. L'article 2 du règlement 4064/89 impose à la Commission de "tenir compte de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le Marché commun au vu, notamment, de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ; de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, les

1. Voir B.Hawk, "The EEC Merger Regulation: The First Step Toward One-Stop Merger Control", A.L.J., Vol.59, 1990(1), p.214.

2. Voir pour le point de vue allemand, U.Immenga, op. cit., p.487.

3. Etaient partisans du premier système, la R.F.A. et la G.B., du second, la France, l'Italie et l'Espagne. Voir, J.-B.Blaise, op. cit., p.763.

possibilités de choix des fournisseurs et utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de leur existence en droit ou en fait de barrière d'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence." La doctrine est divisée quant à l'interprétation adéquate du règlement mais aboutit néanmoins à des solutions convergentes. Les analyses publiées peuvent être regroupées en trois courants principaux. Le premier¹ considère que le texte comporte une contradiction. Les impératifs mentionnés à l'article 2 §1, tenant à l'intérêt des consommateurs ou à l'évolution du progrès technique, ne peuvent se concilier avec la création ou au renforcement d'une position dominante entravant la concurrence. La commission ne pourrait en tenir compte que dans le cadre de l'article 8 du règlement, pour les imposer en tant que charges et conditions en cas de constatation de compatibilité de l'opération. Le second, relativement proche, part de la constatation que le règlement donne la priorité à l'analyse des facteurs de concurrence, sans faire référence à des considérations de politique industrielle, sociale et régionale. Cela laisse tout au plus à la Commission, la possibilité de prendre en compte l'intérêt des consommateurs et le progrès technique dans une sorte de règle de raison à l'américaine pour analyser la situation de la concurrence². Enfin, le dernier s'attache à la différence de rédaction avec l'article 85 §3 du traité. Le fait, que l'expression "obstacle à la concurrence" soit nettement plus restrictive que celle "n'élimine pas la

1. J.-B.Blaise, op. cit., p.764.

2. J.-L.Dechery, op. cit., p.320.

concurrence" visée à l'article 85 §3, devrait empêcher la Commission de reprendre sa jurisprudence antérieure lui permettant de tenir compte de facteurs économiques et sociaux. Cependant, l'ambiguïté rédactionnelle ouvre la porte à une interprétation différente de la part de la Commission¹.

Or, si l'on en croit les communications de cette dernière, il apparaît, certes discrètement, que la Commission n'entend pas se limiter à des critères de concurrence. D'une part, elle indique qu'elle examinera "l'évolution du progrès technique à la lumière des principes consacrés à l'article 85 §3. D'autre part, elle considère que les critères mentionnés au règlement constituent une liste globale qui sera utilisée pour l'évaluation de l'impact d'une concentration, mais qu'il y a lieu de tenir compte de la compétitivité des entreprises situées dans des régions présentant un important retard de développement et nécessitant des restructurations². Rappelons à cet égard les déclarations de Sir L.Brittan³ selon lequel les dispositions du règlements doivent être envisagées dans un contexte beaucoup plus large, celui des buts de cohésion sociale et économique de la Communauté. Notons enfin que le Parlement souligne, lui-même, la nécessité "d'une relation équilibrée entre la politique de la concurrence et les autres objectifs de la Communauté"⁴.

1. E.F.Glynn Jr "An American Looks at the Merger Proposal", A.L.J. 1990, Vol.59, p.299.

2. Bull.C.E., sup.2/90, p.8 et 23.

3. "The Law and Policy of Merger Control in the EEC", E.L.Rev. 1990, n°5, p.353.

4. Résolution portant avis du Parlement européen sur le XIXe rapport de la Commission CE sur la politique de la concurrence, voir XXe rapport, p.298.

Chapitre II. APPLICATION DES REGLES DU JEU PAR LA COMMISSION

En cas de non-respect des règles du jeu de la concurrence par les entreprises, les règlements communautaires prévoient une panoplie de mesures formelles permettant à la Commission de les forcer à le faire. Il s'avère pourtant qu'en pratique, l'immense majorité des affaires se règlent suivant un mode officieux.

Quelle que soit la voie choisie, qui peut d'ailleurs être mixte, il faut s'assurer que des garanties suffisantes entourent les droits des entreprises. A cet égard, un phénomène quelque peu paradoxal émerge petit à petit, celui de la formalisation de la procédure informelle. Mais, cette forme de quête de sécurité juridique pourrait en réalité masquer les carences du système et n'être qu'un pis-aller destiné à en éviter la paralysie.

Section 1. Règlement formel des affaires du droit de la concurrence

Les pouvoirs de la Commission de prendre des décisions formelles en matière de concurrence croissent au fil des années. La Cour de justice lui a d'abord reconnu la compétence de prendre des décisions provisoires, puis le Conseil lui a conféré celle de s'opposer à des opérations de concentration de dimension communautaire. Pour les entreprises, la question est de savoir si l'application formelle des règles de la concurrence est claire et prévisible.

§ 1. Les décisions défavorables à l'entreprise

En présence d'une entente contraire aux règles de la concurrence dans le Marché commun, la Commission pourra refuser

d'accorder une attestation négative¹, arrêter une décision en cessation ou d'incompatibilité renforcée le cas échéant par une injonction ou une astreinte. Elle pourra aussi sanctionner l'entreprise en lui infligeant une amende.

I. La décision en cessation ou d'incompatibilité

La sanction de base en droit de la concurrence est la nullité des accords ou des pratiques qui sont jugés incompatibles avec les buts fixés par le traité. Les injonctions et les astreintes sont là pour en assurer l'exécution.

1. Caractère déclaratif des décisions

L'article 3 du règlement 17/62 permet à la Commission de constater formellement les infractions aux dispositions des articles 85 et 86 du traité. Elle en avait déjà le pouvoir au titre de l'article 89 mais elle ne disposait alors pas des moyens efficaces pour faire respecter les dispositions d'interdiction. L'article 8 §3 du règlement 4064/89 autorise quant à lui la Commission à déclarer une opération de concentration contraire aux règles du Marché commun. Prises seules, ces décisions, qui ont un simple caractère déclaratif, auront une portée insuffisante. En cas de pratiques concertées ou d'abus de position dominante, la nullité de plein droit édictée à l'article 85 §2 sera inefficace. De plus, les ententes et les décisions interdites par l'article 85 §1 sont nulles sans qu'une décision de la Commission soit nécessaire. La nullité a un caractère absolu et interdit qu'un accord ou une décision puisse être invoqué devant une juridiction nationale, que cela soit entre les parties ou à l'égard des tiers. La Cour de cassation française a ainsi cassé un arrêt marquant le refus du juge d'examiner le

1. Ce type de décision ne sera pas envisagé en particulier car il ne comportant aucun trait particulier.

moyen tiré de la nullité d'une clause d'un contrat de license au motif qu'une transaction était intervenue entre les parties et avait acquis l'autorité de la chose jugée, car "la législation sur la concurrence dans la Communauté économique européenne" est "une matière d'ordre public, insusceptible comme telle de transaction"¹. Ces constatations amènent à s'interroger sur l'intérêt des décisions en cessation et, ce faisant, sur la validité de celles qui visent des infractions potentielles ou, au contraire qui sont déjà achevées. Mais on ne peut contester la nécessité de statuer sur une éventuelle situation juridique confuse², d'autant plus qu'un accord n'est nul dans son ensemble que si les éléments frappés par l'interdiction n'apparaissent pas séparables des autres éléments de l'accord³. La Commission peut également avoir intérêt à "clarifier sa position sur le point de droit en cause"⁴, encourager les actions menées devant les tribunaux nationaux⁵, ou encore formellement dissuader l'entreprise de reprendre des activités illicites⁶. Aussi, la Cour n'a jamais discuté la compétence de la Commission pour prendre des décisions pour des infractions déjà réalisées et terminées. Un tel pouvoir est par contre beaucoup plus douteux à l'égard des infractions potentielles. Par exemple, la Commission pourrait-elle interdire à des entreprises de conclure un accord

1. Cour de cass. 26.3.1979, Sté des Ateliers de construction de Compiègne c.Fabry, J.C.P. ed.C.I., 1980, 13212, note F.-Ch.Jeantet.

2. C.J.C.E. arrêt du 2.3.1983, aff.7/82, GVL, Rec. 1983, p.483, att.27.

3. Voir C.J.C.E. arrêt du 30.6.1966, aff.56/65, LMT/MBU, Rec. 1966, p.338, 360.

4. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Tetra Pak Rausing, Rec. 1990, p.357, att.8.

5. Déc. du 19 déc. 1984, Importation d'alluminium d'Europe de l'Est, att.n°183.

6. Déc. du 5 déc. 1984, Assurances Incendie, J.O.C.E. 1984, L.35/20, °45.

visant à créer une filiale commune ? Si, dans la décision Wano-Schwarzpulver¹, elle a pris une décision interdisant le projet de coopération que les entreprises concernées avaient soumis à son approbation, les parties avaient déjà mis l'accord en application même si celui-ci n'avait pas été formellement été concrétisé. En fait, lorsqu'il n'y a ni accord, ni pratique, la Commission ne peut prendre une décision au fond.² Elle peut juste prendre une recommandation ou une mise en garde. Son utilisation est toutefois plus vaste. Dans l'affaire BP-Kemi³, la Commission a ainsi fait savoir aux parties qu'elles seraient "susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle procédure au titre de l'article 85 si l'actuel lien contractuel est prorogé ou remplacé".

2. Les injonctions

Aux termes de l'article 3 du règlement 17/62, la Commission "peut obliger par voie de décision, les entreprises (...) à mettre fin à l'infraction constatée". La Cour a clairement établi que cette disposition emportait le pouvoir d'ordonner à l'entreprise "d'entreprendre certaines activités ou prestations, illégalement omises" ou de leur interdire "de continuer certaines activités, pratiques ou situations, contraires au traité"⁴. L'article 8 §4 du règlement 4064/89 est plus précis puisqu'il indique que la Commission peut ordonner "la séparation des entreprises ou des actifs regroupés ou la cessation du contrôle commun ou toute autre action pour rétablir une concurrence effective". La question a fait l'objet, dans le cadre du règlement 17/62, d'une jurisprudence abondante. Suivant la nature de l'infraction,

1. Déc. du 20.10.1978, J.O.C.E. 1978, L.322/26.

2. C.-S.Kerse, op. cit., p.166.

3. Déc. du 5.9.1979, J.O.C.E. 1979, L.286/32.

4. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6-7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223, att.45.

l'injonction peut se traduire en une obligation de faire ou de ne pas faire mais, en pratique, le résultat recherché est identique. Ainsi, l'obligation de ne pas entraver l'accès d'un tiers à ses produits¹, pourrait se formuler en une injonction de fournir des biens ou des services². Dans l'affaire Grundig-Consten³, le producteur et le concessionnaire ont été tenus "de s'abstenir de toute mesure tendant à gêner ou à entraver l'acquisition par des entreprises tierces, à leur gré, auprès de grossistes ou de détaillants établis dans la CEE, des produits visés au contrat en vue de leur revente dans le territoire du contrat". Dans sa décision Haarden en Kachelhandel⁴, la Commission a interdit au liquidateur de percevoir des amendes imposées du temps où l'entente était encore applicable. L'obligation peut porter sur le respect de certains prix "maxima" ou "minima".⁵ L'entreprise peut également être contrainte à faire des propositions en vue de mettre fin à l'infraction⁶. Dans tous les cas, l'injonction doit avoir un contenu concret que les destinataires puissent exécuter. Lorsque les limites entre les comportements licites ou illicites n'apparaissent pas clairement, notamment avec l'article 86 du traité, la Commission peut alors être amenée à indiquer à l'entreprise concernée comment se comporter.⁷ A cet effet, la décision doit préciser la portée de l'obligation c'est à dire les quantités, les fréquences et les prix que l'entreprise doit respecter pour livrer.⁸

1. Décision du 2.12.1981, Hasselblad, J.O.C.E. 1982, L.161/18.

2. Voir par ex., la déc. du 14.12.1972, Zoja/CSC-ICI, J.O.C.E. 1972, L.299/51

3. C.J.C.E. arrêt du 16.6.1966, aff.56-58/64, Rec. 1966, p.498.

4. Déc. du 3.6.1975, J.O.C.E. 1975, L.159/22, att.3.

5. Déc. du 17.12.1975, Chiquita, J.O.C.E. 1976, L.95/1, att.1 et 3.

6. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223, att.46. La Commission doit alors se prononcer dans une deuxième décision formelle, qui sera publiée, sur ces propositions.

7. Thiesing, Schröter, Hochbaum, op. cit., p.368.

8. C.J.C.E. arrêt du 27.3.1974, BRT/Sabam, p.313, 316.

La décision est souvent assortie d'une obligation de publication ou de communication à adresser aux tiers qui, suivant les affaires, pourront être les membres de la fédération condamnée¹, les concessionnaires, distributeurs², voire même les consommateurs³. Dans ce cas, l'injonction doit respecter la règle imposant à la Commission de ne publier que "des renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises."

3. Le prononcé d'une astreinte

Les règlements en matière de concurrence donnent à la Commission le pouvoir de prononcer des astreintes journalières⁴. Dans le cadre du règlement 17/62, elle peut infliger des astreintes de 50 à 1.000 écus par jour de retard pour contraindre les entreprises à mettre fin à une infraction aux articles 85 ou 86, déférer à une décision formelle d'enquête, respecter une obligation ou une charge assortissant l'octroi d'une exemption. Le règlement 4064/89⁵ augmente radicalement le montant des pénalités de retard imposables. Elles peuvent atteindre un maximum journalier de 25.000 écus lorsqu'il s'agit d'obliger les entreprises à se soumettre à une décision ordonnant une vérification ou réclamant des renseignements et de 100.000 écus pour les contraindre à respecter une condition ou charge assortissant une décision de la Commission ou exécuter une mesure de déconcentration.

1. Déc. du 20.7.1978, GB-Inno-BM-Fedetab, J.O.C.E. 1978, L.224/29.

2. Déc. du 20.7.1988, Iveco-Ford, J.O.C.E. 1988, L.230/1.

3. Déc. du 2.12.1981, Hasselblad, J.O.C.E. 1982, L.161/18.

4. Il est intéressant de voir que le droit allemand ne connaît pas ce type de mesures coercitives. L'entreprise peut uniquement se voir infliger une amende unique ou récurrente, qui peut aller de 10.000 à un million de D.M. Voir l'article 24 §6 du GWB.

5. Art.13 du règlement.

Le mécanisme de l'astreinte suppose en pratique que deux décisions soient prises. La première pour menacer l'entreprise de devoir payer une pénalité journalière si elle ne se conforme pas à ce qui lui est dit de faire, la seconde pour calculer le montant de la sanction finale. Ce découpage n'est pas anodin puisqu'au moins en matière d'enquête, l'audition des intéressés et la consultation du Comité consultatif ne sont pas obligatoires lors du prononcé de la première décision¹. Il faut ensuite remarquer qu'à la différence des amendes, la nature de l'astreinte n'est pas précisée par les textes communautaires. Son caractère administratif doit cependant définitivement être admis bien qu'il soit toujours l'objet d'un débat récurrent².

S'il s'avère qu'en pratique la Commission a très peu utilisé son pouvoir d'infliger des astreintes, une grande discrétion lui est reconnue pour le faire. Elle doit toutefois rester dans les limites fixées par les règlements. Or, les intentions de la Commission sur la questionne sont pas très claires. Dans la décision Zoja/CSC-ICI³, elle a imposé le maximum de l'astreinte prévue pour chacune des obligations mises à la charge de l'entreprise⁴ dépassant donc pour la même infraction, la même décision, le maximum de 1.000 écus prévus au règlement 17/62. La question ne fut pas discutée devant la cour mais la manoeuvre de la Commission pour repousser les limites de ses compétences, est quelque peu grossière. La lecture de l'article 16 ne laisse pas de doute. Elle n'autorise pas la Commission à multiplier les astreintes pour une même infraction⁵. Si près de trente ans

1. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Hoechst, Rec. 1989, p.2919, att.55 et 56 ; voir également cette thèse, Titre I, ch.III, §.1, II, 1..

2. Voir le paragraphe suivant consacré aux amendes.

3. Déc. du 14.12.1972, J.O.C.E 1972, L.299/51.

4. Il s'agissait d'une obligation de fournir des biens et de soumettre des propositions à la Commission.

5. C.-S.Kerse, op. cit., p.232.

après l'entrée en vigueur du règlement les montants fixés lui semblent insuffisants, il lui appartient de soumettre une proposition de modification au Conseil. Mais, il faut constater que l'astreinte peut atteindre une somme élevée. Peu de contraintes lient la Commission lorsqu'elle doit en fixer le montant. Les règlements précisent seulement que lorsque les entreprises ont satisfait à l'obligation pour laquelle l'astreinte avait été prononcée, la Commission peut liquider l'astreinte à un niveau inférieur que celui qui résulterait de la décision initiale. Seul le règlement 17/62 impose un montant minimum au dessous duquel la Commission ne peut descendre en lui interdisant de remettre la créance¹. Les critères applicables sont sensiblement les mêmes qu'en matière d'amende, le comportement de l'entreprise acquérant simplement une importance majeure. Dans l'affaire Hoechst², la Commission n'a accordé aucune remise à l'entreprise qui s'était opposée à la mise en oeuvre de ses pouvoirs d'enquête et a liquidé l'astreinte prononcée à la somme de 55.000 écus ; elle n'a pas tenu compte de ce que la vérification, telle que diligentée, constituait une violation d'un principe fondamental d'un droit reconnu dans l'ordre juridique national de l'intéressé, du fait qu'il s'agissait de la première interprétation des dispositions de l'article 14 §6 du règlement 17/62 et du délai qui fut nécessaire à l'entreprise pour intenter une procédure de référé. Dans une affaire Baccarat³, elle liquidé l'astreinte 10.000 écus, ce qui constituait une réduction des trois-quarts par rapport au montant imposable, car l'entreprise n'avait pas compris la procédure

1. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.583, opposant la décision de la Haute Autorité n°3/52 pour les majorations de retard visées à l'article 50 §3 du Traité CECA. Egalement, le règlement 4064/89 ne pose aucune limite.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Rec. 1989, p.2919.

3. Déc. n°91/213, J.O.C.E. du 18.4.1991 L.97/16 ; l'astreinte était de 1.000 écus par jours de retard sur 43 jours..

communautaire pensant être déchargée de ses obligations du fait qu'une transaction était intervenue avec le plaignant qui avait retiré sa plainte.

II. L'amende

Le droit communautaire de la concurrence sanctionne par des amendes, deux types d'infractions. Les premières correspondent à la violation des règles de fond, c'est à dire quand les entreprises contreviennent aux dispositions des articles 85 §1 et 86 du traité, aux charges assortissant une décision d'exemption individuelle ou, dans le cadre du règlement 4064/89, à celles imposées par une décision de déclaration de conformité d'une opération de concentration ou à la réalisation illicite de l'opération. Les secondes sanctionnent les infractions aux règles de procédure telles que la fourniture d'indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande d'attestation négative ou d'une notification, la fourniture d'un renseignement inexact, tardif ou incomplet lors de l'instruction de l'affaire, la présentation incomplète de documents lors de vérifications ou le refus de se soumettre à une décision ordonnant une vérification. Le règlement 4064/89 ajoute la possibilité d'infliger une amende aux entreprises qui n'auraient pas notifié une opération de concentration de dimension communautaire.

Ces pouvoirs de sanction n'ont pas été utilisés pendant près de sept années après l'entrée en vigueur du règlement 17/62. Depuis, les amendes sont de plus en plus fréquentes et de plus en plus lourdes.¹ En élevant le niveau des sanctions pécuniaires, le règlement sur le contrôle des concentrations renforce encore le durcissement constaté.

1. On peut noter qu'en droit français, le même phénomène est perceptible avec la mise en place des nouvelles dispositions de la concurrence.

1. Nature de l'amende

Les règlements communautaires¹ spécifient que les amendes n'ont pas un caractère pénal. Cette disposition est toujours l'objet de vives controverses car, de la nature juridique de l'amende, dépendrait la question de savoir si, et dans quelle mesure, il y a lieu pour combler les lacunes du droit communautaire de faire appel aux principes généraux ancrés dans le droit pénal des Etats membres². Elle influencerait en outre sur le standard de la preuve et le montant des amendes. En pratique, les avantages du choix de telle ou telle procédure pour les opérateurs économiques ne sont pas toujours là où l'on s'imagine. Le plaidoyer en faveur du caractère pénal des sanctions communautaires pouvait donc se concevoir dans le cas d'entreprises cherchant pour leur propre compte à éviter l'infliction d'une amende ; compte-tenu de l'aspect infamant de la condamnation et du procès pénal et de l'inadaptation patente de ce type de procédure à la vie économique, il apparaît beaucoup plus surprenant de la part d'auteurs³ qui réclament à grands cris l'amélioration des droits de la défense. Il ne faudrait donc pas que la réaffirmation du caractère administratif de la procédure communautaire de la concurrence dans le règlement sur le contrôle des concentrations⁴ ouvre de nouveau le débat sur la reconnaissance d'un droit pénal européen.

Le caractère administratif des sanctions communautaires ne se justifie pas uniquement pour des raisons pratiques mais, également pour des considérations liées à la coloration morale des infractions économiques. Il est en effet inexact d'affirmer que l'identification des entreprises en tant qu'auteurs d'une

1. Notamment les articles 15 §4 du règlement 17/62 et 14 §4 du règlement 4064/89.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.562.

3. Voir notamment A.Pliakos, op. cit., p.148 et s.

4. Voir article 14 §4.

infraction est toujours possible ce qui ne serait pas toujours le cas de l'auteur réel et que seule la dépénalisation des infractions économiques permet le remplacement des peines d'emprisonnement et d'amendes pénales par des sanctions pécuniaires très élevée¹ : La majorité des actes contrevenants aux règles de la concurrence communautaire constitueraient dans l'ordre pénal des contraventions puisque seule, dans cette classe d'infraction, l'élément intentionnel n'est pas requis². Ces propos méconnaissent le droit pénal des affaires: Non seulement les infractions à la législation économique n'exigent pas que l'intention frauduleuse du prévenu soit établie³, mais il n'est pas nécessaire d'identifier le dirigeant de l'entreprise en tant qu'auteur de l'acte incriminé. Sa responsabilité pénale est présumée et les conditions d'exonération sont très strictement définies. De plus, la condamnation solidaire du dirigeant et de l'entreprise permet de garantir le paiement de l'amende.

La conséquence de la nature de la procédure sur le standard de la preuve est plus délicate. En droit civil, le juge doit en effet décider lequel du demandeur ou du défendeur semble le mieux fondé en ses arguments et, s'il ne peut décider, il doit trancher en faveur du second. Le droit pénal requiert au contraire que le ministère public, voire le plaignant, prouve la culpabilité de l'accusé "beyond a reasonable doubt" selon le droit britannique, par des "éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la conviction" selon le droit français. Mais la frontière entre les deux domaines est difficile à tracer : Le problème du degré de preuve exigé implique de mettre en balance des considérations de politique économique et sociale, soit d'une

1. A titre d'exemple, les peines prévues pour les contraventions en droit français de la concurrence ne dépassent pas des amendes de 10.000 francs.

2. A.Pliakos, op. cit. p.177.

3. Cass.Crim. 3.11.1981, Lamy commercial. Distribution. Consommation. 1984, p.175, n°402.

part les réalités économiques et d'autre part les contraintes de la Commission en matière de méthodes d'instruction. La Cour évite ainsi soigneusement toute discussion théorique sur le problème.

Enfin, l'argument tiré des garanties offertes par la procédure pénale en matière de droits de la défense apparaît également mal fondé. S'il est entendu qu'une des conséquences du caractère administratif des sanctions communautaires tient à ce que le recours aux règles du droit et de la procédure pénale des Etats membres ne peut être que limité, il est plus douteux, du moins pour ce qui concerne le domaine de la concurrence et du droit économique, d'affirmer que la mise en oeuvre des principes généraux du droit, contrairement au droit pénal, s'accompagnerait d'adaptations rendant en définitive leur portée moins contraignante¹. En effet, les garanties procédurales prévues par le droit communautaire auxquelles la Commission est tenue² peuvent s'avérer beaucoup plus favorables aux entreprises que les règles de procédure pénale. Les conclusions présentées à la Cour de cassation française, dans une affaire jugée le 15 décembre 1988³ sont à cet égard révélatrices : Devant le caractère lacunaire des textes applicables qui ne prévoient pas la notification d'une décision ordonnant une vérification, il est demandé aux juges de ne pas se référer aux règles nationales de procédure pénale mais aux principes relevant du droit judiciaire général européen. Par ailleurs, dans le cas du principe de la légalité des peines et des délits et, plus précisément, de celui

1. Dans ce sens H.Hubrecht "La notion de sanction administrative", P.A., 1990, n°8, p.10 et s.

2. Selon la Cour, cette obligation s'applique même si la Commission ne peut être assimilée à un tribunal au sens où l'emploie l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, C.J.C.E arrêts des 15.7.1970, aff.45/69 Boehringer-Mannheim, Rec. 1970, p.769, 802, et du 29.10.1980, aff.209 à 215 et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125, att.81.

3. Voir Gaz. Pal. du 21.3.1989, p.8 et s.

de la légalité de l'incrimination, c'est la matière économique qui pousse la Cour de justice de Luxembourg mais aussi le juge pénal national à se contenter d'une incrimination textuelle extrêmement vague. Par contre, la légalité de la sanction, qui rend impossible le recours à une sanction autre que l'une de celles expressément prévue par le texte, est d'application stricte. Le principe de la proportionnalité des peines, est consacré par le règlement 17/62 lui-même, qui indique que le montant de l'amende doit être calculé en fonction de la durée et de la gravité de l'infraction. Le principe du non-cumul des sanctions tient également une place primordiale. Il soulève à cet égard un problème auquel les entreprises échappent au plan communautaire mais qui peut se présenter dans certains Etats-membres et ce, sur deux niveaux. D'une part, la règle "non bis in idem" ne joue, la plupart du temps, que dans l'ordre juridique interne¹ et non dans les relations internationales.² D'autre part, en raison de l'indépendance des ordres administratifs et pénaux, le principe du non-cumul des sanctions n'est théoriquement pas applicable. Cela emporte un risque pour les entreprises puisque l'autorité de la chose jugée au pénal ne lie l'administration que pour ce qui concerne la constatation de faits par les juges répressifs. Cela signifie que la Commission peut se fonder directement sur un jugement pénal antérieur devenu définitif pour infliger une sanction. Des solutions peuvent

1. Le principe est inscrit à l'article 103 §2 de la loi fondamentale allemande. Il constitue également une loi de la "commun law" connue comme "autrefois défense". En France, le principe de non-cumul n'a pas une valeur constitutionnelle et une loi peut y déroger. Déc.82-143 D.C. du 30.7.1982, R.57. Voir les commentaires de C.Teitgen-Colly "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", P.A., 1990, n°8, p.39.

2. L.Idot, "Le contrôle des pratiques ...", préc. cit., p.705, qui mentionne que seules les législations pénales italiennes et allemandes obligent le juge à imputer le montant des amendes prononcées et acquittées à l'étranger sur les condamnations pécuniaires qu'ils prononcent.

toutefois être trouvées. En France, le Conseil constitutionnel est intervenu pour éviter les aléas d'une superposition arbitraire des sanctions pécuniaires pénales et administratives en déclarant que "le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues"¹. Il faut par ailleurs noter que le fait, que l'amende n'ait pas un caractère pénal, interdit sa prise en compte par les juridictions nationales pour prononcer une déchéance ou une condamnation pénale ultérieure.² Enfin, on peut mentionner les principes de la non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère³ et de la personnalité des peines.

Pour conclure, il faut constater que le bilan d'une dépenalisation des infractions économiques est en général positif. La reconnaissance du caractère pénal des amendes ne se justifie pas du point de vue de la protection des droits de la défense. Cependant, la répression administrative reste toujours porteuse d'un risque d'arbitraire⁴. Aussi, "la mise en oeuvre du pouvoir de sanction de la Commission doit être entourée de garanties procédurales rigoureuses, recherchées dans une approche processuelle (...) largement inspirée du modèle procédural de la justice pénale de telle sorte qu'on finisse par ne plus voir les différences que là où elles sont rendues nécessaires par la particularité des fonctions."⁵

1. Déc. n°89/260, D.C. du 28.7.1989.

2. Gide, Loyrette et Nouel, Op. cit., p.319.

3. Voir son adaptation dans la déc. du 7.12.1988, Verre plat, J.O.C.E. 1989, L.33/44, point n°84.

4. C.Teitgen-Coly, op. cit., p.41.

5. A.Pliakos, op. cit., p.181. L'auteur arrive à cette conclusion après avoir longuement argumenté en faveur du caractère pénal des amendes et de la procédure administrative devant la Commission et après avoir réclamé la suppression du pouvoir de sanction de cette dernière.

2. Prononcé de la sanction

Avant d'étudier l'usage par la Commission de son pouvoir de sanction, il importe de souligner qu'en droit communautaire de la concurrence, les sanctions pécuniaires frappent les entreprises et non leurs dirigeants. Cette disposition s'oppose aux législations allemande et française qui prévoient la condamnation personnelle des dirigeants ou responsables des entreprises intéressées. Une première conséquence résulte de ce qu'on ne peut déduire du droit communautaire une quelconque solidarité de paiement entre les entreprises et leurs dirigeants. Au contraire, l'article 42 de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence organise une solidarité automatique des entreprises à l'égard des amendes infligées à leurs représentants tandis que l'article 54 de l'ordonnance française laisse à la juridiction saisie la faculté de prononcer une condamnation solidaire. Une seconde conséquence est qu'une société mère peut être tenue responsable du comportement de ses filiales¹.

Le pouvoir de sanction de la Commission est qualifié de pouvoir quasi-discrétionnaire², voire discrétionnaire³. Il peut être utilisé pour "réprimer des comportements illicites aussi bien que d'en prévenir le renouvellement". La sanction prend dans ce cas une valeur "pédagogique" et peut être infligée alors que "le comportement constitutif de l'infraction et la possibilité de ses effets nuisibles (ont) cessé"⁴. Mais, le problème principal

1. Voir cette thèse, ch. précédent, section 1, §2, I, 1.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.555.

3. R.Dumey, "L'infliction d'amendes dans le droit communautaire de la concurrence", Gaz. Pal., 1975 (1), p.316.

4. C.J.C.E. arrêts du 15.7.1970, aff.44/69, Buchler, Rec. 1970, p.733, att.49 et du 14.7.1972, aff.54/69, matières colorantes, Rec. 1972(5), p.742. A cet égard, H.J.Schoth, op. cit. p.147, relève que le mot amende, en anglais "fine" dérive du mot latin

reste l'obligation éventuellement mise à la charge de la Commission de sanctionner les entreprises fautives. En indiquant qu'elle "peut" infliger une amende, les règlements 17/62 et 4064/89 impliqueraient que la Commission reste libre en ce domaine. Beaucoup d'affaires¹ sont d'ailleurs soulevées sur question préjudicielle des tribunaux nationaux dans lesquelles la Commission n'intervient que dans la procédure judiciaire. Mais, les affaires dans lesquelles la Commission n'a pas prononcé de sanction malgré l'existence d'une infraction correspondent aux seuls cas où la règle applicable n'était pas clairement établie. Plusieurs fois², la Commission a ainsi indiqué qu'elle avait renoncé à infliger des amendes "parce que le type de restrictions constatées fait pour la première fois l'objet d'une décision de la Commission et que leur caractère d'infractions au traité n'était pas évident pour les entreprises concernées". Dans sa décision sur "l'entente des roulements à billes"³, elle constate une infraction à l'article 85 §1 du traité mais n'impose pas d'amende car l'accord avait été conclu avant la publication de "l'avis relatif à l'importation de produits japonais dans la Communauté tombant sous l'application du Traité de Rome".

(Footnote continued from previous page)

"finis" signifiant fin, ce qui implique que l'infraction soit terminée avant le prononcé de la sanction. La durée et la gravité de l'infraction, qui constituent les deux éléments déterminant le montant de l'amende, ne peuvent également s'apprécier qu'une fois que le comportement litigieux a cessé.

1. Voir par ex. l'aff.161/84, Pronuptia, Rec. 1986, p.353.
2. Déc. Papiers peints de Belgique, J.O.C.E. 1974, L.237/3, Tetra Pak J.O.C.E. 1988, L.272/1.
3. Déc. du 29.11.1974, J.O.C.E. 1974, n° L 343.

L'entreprise n'est généralement pas sanctionnée lorsque le problème posé présentait un caractère inédit¹, que la décision constitue une innovation en pratique² ou qu'aucune sanction économique n'a jamais été infligée³, que la pratique administrative s'avère incertaine lorsque les faits litigieux se produisent⁴ ou encore, que le contexte se présentait sous des aspects particulièrement ambigus⁵. Ces manifestations de bienveillance ne sont pas tout à fait gratuites puisque, conformément aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime, la règle de droit n'est applicable que si elle est claire et prévisible pour les justiciables⁶. Le droit britannique de la concurrence est à cet égard particulièrement strict : L'entreprise est supposée, hors les cas de prohibition flagrante, ne pas avoir les moyens de savoir, avant la décision de la Commission des monopoles et des fusions ou du tribunal des pratiques restrictives si l'entente ou la pratique concernée est contraire à l'ordre public⁷. Le droit communautaire est beaucoup moins exigeant. Il se contente de préciser que l'entreprise ne peut être sanctionnée que pour une infraction commise de "propos délibéré ou par négligence"⁸ ; cette indication devrait sous-entendre la connaissance au moins potentielle de la règle de droit. Or, la Commission n'a pas hésité à imposer des amendes très élevées dans des affaires où elle développait de nouvelles applications du droit. Par exemple, elle sanctionna la compagnie

1. Voir T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Tetra Pak Rausing, Rec. 1990, p.357, att.8.

2. Déc. du 15.12.1982, Toltecs-Dorcet, XIe rapport sur la concurrence, point n°87.

3. Déc. WEA-Filipacchi, J.O.C.E. 1972, L.303/52.

4. Déc. Parchemin végétal, J.O.C.E. 1978, L.70/54 n°83.

5. Déc. BP-Nederland, J.O.C.E. 1977, L.299/18.

6. Voir le Titre II, ch.I et la jurisprudence reportée à l'introduction.

7. Voir R.Merkin & K.Williams, Competition Policy in the U.K. and the EEC, Sweet & Maxwell, London, 1984, p.419;

8. Art. 15 §1 du règlement 17/62 et 14 §1 du règlement 4064/89.

United Brands d'une pénalité d'un million d'écus, tout en admettant que la décision représentait la première fois un examen approfondi de l'ensemble d'une telle politique (de prix) au regard de l'article 86 du traité"¹. Le fait que la disposition n'établisse aucune différence de traitement entre les deux types d'infraction amène à s'interroger sur son importance quant à la qualification de l'infraction. Le propos délibéré implique en effet une connaissance de la règle de droit et la conscience de l'accomplissement de l'infraction tandis que ce second élément fait défaut dans le cas d'une simple négligence. La première qualification a été retenue dans l'affaire WEA-Filipacchi² car l'entreprise avait été avertie par ses revendeurs que l'interdiction d'exporter constituait une infraction au droit communautaire ou, dans l'affaire de l'Industrie européenne du sucre³ car une consultation juridique l'avait informée de la violation des règles du traité. La négligence seule a été retenue dans la décision "Philips"⁴ où elle paraît d'ailleurs avoir été un facteur atténuant dans l'imposition de la sanction. L'entreprise s'était engagée à supprimer toute interdiction d'exportations vers les Etats membres et avait demandé à ses filiales de modifier en ce sens leurs conditions générales de vente ; seule sa filiale allemande avait omis de supprimer l'interdiction d'exporter à un type limité de produit.

L'affaire General Motors⁵ allait marquer un tournant de la pratique suivie par la Commission. L'avocat général H. Mayras avait soutenu qu'en cas d'amende infligée pour sanctionner une infraction commise de propos délibéré alors que celle-ci n'était

1. Déc. du 17.12.1975, Chiquita, J.O.C.E., 1976, L.95/1, p.18; la Commission indique cependant qu'elle tient compte de ce fait pour infliger une amende modérée .

2. J.O.C.E. 1972 L.303/52.

3. J.O.C.E. 1973, L.140/17.

4. Déc. du 5.10.1973, J.O.C.E. 1973, L.293/40.

5. C.J.C.E. arrêt du 13.11.1975, aff.26/75, Rec. 1975, p.1367.

due qu'à une simple négligence, la Cour n'avait pas le pouvoir de substituer la qualification donnée par la Commission et devait annuler la décision. La Cour ne se prononça pas sur le problème. Néanmoins, en présence du moindre doute, la Commission a désormais tendance à ne plus se prononcer sur le caractère intentionnel ou non de l'infraction. Sa formulation habituelle est que les entreprises ont commis une infraction "à tout le moins par négligence" car elles "savaient ou, en tout cas, ne pouvaient ignorer que de telles pratiques constituaient des infractions."¹ La Cour n'a pas condamné ou critiqué cette approche ; il faut donc être attentif à ce que la non-spécification du caractère intentionnel ou non-intentionnel de l'infraction n'entraîne pas une violation du principe de proportionnalité quant à la fixation du montant de l'amende². A ce niveau, la négligence intervient en tant que facteur réducteur de la gravité de l'infraction³. Toutefois, il ne faudrait pas attribuer à la disposition une force que la Cour lui refuse : Dans l'affaire BMW⁴, elle affirme clairement qu'il importe peu de savoir si l'intéressé avait ou non conscience d'enfreindre l'article 85 §1 en commettant les faits constitutifs de l'infraction.

3. Fixation du montant de l'amende

Les amendes doivent pouvoir atteindre un montant suffisamment élevé pour dissuader les entreprises de violer les règles du droit de la concurrence et pour éviter qu'elles puissent en intégrer le coût. Le droit communautaire est à cet égard

1. Décision dite des "matières colorantes", voir aussi Pittsburh Corning, Commercial Solvents, "sucre" etc..

2. C.-S.Kerse, op. cit., p.209.

3. C.J.C.E arrêt du 14.2.1972, aff.7/72, Boehringer, Rec. 1970(6), p.810.

4. C.J.C.E. arrêt du 12.7.1979, aff.32, 36 à 82/78, Rec. 1979, p.2435, att.44.

considéré l'un des systèmes juridiques occidentaux prévoyant les plus puissantes sanctions pécuniaires.¹ Les fourchettes d'amende établies par règlements CEE varient selon qu'il s'agit de sanctionner une infraction aux règles de procédure ou aux règles de fond et qu'elle se rapporte ou non une opération de concentration.

Selon l'article 15 §1 du règlement 17/62, les entreprises ayant commis une infraction de type procédural sont passibles d'une amende de 100 à 5.000 écus tandis que le règlement sur le contrôle des concentrations autorise l'imposition d'amendes dix fois supérieures, soit de 1.000 à 50.000 écus. En ce qui concerne les infractions aux règles de fond, l'article 15 §2 du règlement 17 prévoit l'infliction d'amendes de 1.000 à 1.000.000 d'écus, "ce dernier montant pouvant être porté à 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent pour chacune des entreprises ayant participé à l'infraction". La rédaction du règlement 4064/89 est différente ; il vise uniquement le prononcé d'"amendes jusqu'à concurrence de 10% du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises" ayant participé à l'opération de concentration². Le mode de calcul du chiffres d'affaires à prendre en considération est fixée de façon très détaillée³. Il reprend les règles jurisprudentielles concernant l'application du règlement 17/62 auxquelles nous nous limiterons : La limite supérieure fixée "vise à éviter que les amendes soient disproportionnées par rapport à l'importance de l'entreprise et, comme seul le chiffre d'affaire global peut effectivement donner une indication approximative à cet égard, il

1. C.Harding, "The Use of Fines as a Sanction in EEC Competition Law", C.M.L.Rev., 1979, Vol.16, p.591.

2. Les entreprises concernées sont définies à l'article 5 du règlement.

3. Voir l'article 5 du règlement 4064/89, et l'annexe au règlement 2367/90 sur le formulaire CO de notification d'une concentration, Bull.suppl.2/90.

convient (...) de comprendre ce pourcentage comme se référant au chiffre d'affaires global" et non au simple montant des ventes des biens ou prestations ayant donné lieu à l'infraction.¹

Le règlement 17/62 impose à la Commission de tenir compte² de la gravité et de la durée de l'infraction. Ces deux éléments étant en pratique difficilement dissociables, les décisions ne font souvent pas apparaître dans quelle mesure la durée de l'infraction intervient pour fixer le montant de l'amende. Quelques affaires font toutefois ressortir nettement l'utilisation de ce critère. Par exemple, dans l'affaire "General Motors", la brièveté de l'infraction -soit deux mois- a été explicitement retenue comme une circonstance atténuante. Au contraire, dans l'affaire Zoja³, la Commission a estimé que le fait de priver une entreprise en matières premières pendant plus de deux ans constituait une infraction particulièrement longue. Cependant, la Cour a réduit le montant de l'amende de moitié car la durée de l'infraction aurait pu être abrégée si la Commission était intervenue plus rapidement après avoir été avertie par le dépôt d'une plainte⁴.

La durée de l'infraction, qui ne constituera généralement pas, en matière de concentration, un paramètre significatif, disparaît avec le règlement 4064/89. Il est remplacé par celui tenant à la nature de l'infraction. Ce dernier était déjà largement pris en compte dans la pratique antérieure de la Commission puisque la nature de l'infraction détermine également

1. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, Pioneer, Rec. 1983, att.119.

2. Article 15 du règlement 17/62.

3. Voir déc. Zoja/CSC-ICI du 14.12.1972, J.O.C.E. 1972, L.299/51; voir également sur la fourniture à la Commission d'informations inexactes, C.J.C.E arrêt du 20.6.1978, aff.28/77, Tepea, Rec. 1978, p.1391, 1420.

4. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6-7/73, ICI-CSC, Rec. 1974(3), p.223.

la gravité de celle-ci. Il faut à cet égard comprendre que la fixation du montant des sanctions pécuniaires s'inscrit dans "une politique générale visant à appliquer en matière de concurrence, les principes fixés par le traité et à orienter en ce sens le comportement des entreprises. (...) Il s'ensuit que la Commission doit prendre en considération, non seulement les circonstances particulières de l'espèce, mais également le contexte dans lequel l'infraction se place et veiller au caractère dissuasif de son action, surtout pour les types d'infractions particulièrement nuisibles pour la réalisation de la Communauté"¹. La Commission n'est donc pas liée par le montant des amendes qu'elle a fixées dans le passé. Elle doit être capable d'adapter à tout moment le niveau des amendes au besoin de sa politique.

Dans cette optique, la nature de l'infraction, son but et ses effets restrictifs sur la concurrence constituent les critères les plus significatifs pour fixer le montant de l'amende². Les accords ou pratiques contraires aux buts fondamentaux du Traité CEE, seront considérés comme particulièrement nocifs et donc sanctionnés par une amende élevée. Tel est le cas des accords sur les prix³ et des interdictions d'import-export : Ces clauses "constituent un type de restriction à la concurrence qui par sa nature même met en danger les échanges entre les Etats membres ; dès lors la Commission (peut reconnaître à une telle infraction) une certaine gravité et en tenir compte au regard des dispositions de l'article 15 du règlement 17"⁴. Mais la nocivité de l'infraction peut également résulter de l'importance

1. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.jtes 100 à 103/80, Musique Diffusion française, Rec. 1983, p.1825.

2. C.-S Kerse, op. cit., p.212.

3. C.J.C.E. arrêt du 10.12.1985, aff.240 à 242, 261, 262, 268-269/82, Sticking Sigarettenindustrie, Rec.1985, att.22.

4. C.J.C.E. arrêt du 1.2.1978, aff.19/77, Miller, Rec. 1978, p.131.

particulière du produit en cause pour les consommateurs¹, pour le développement technologique futur et l'économie de la Communauté², de son utilisation par de nombreuses industries³. L'infraction aura au contraire un caractère mineur si le produit concerné ne pèse que marginalement sur les dépenses des utilisateurs⁴, que son marché reste négligable dans la Communauté⁵. Le maniement de ce critère est cependant subtile : Dans l'affaire Théal/Watts⁶, la Commission a considéré que des appareils à nettoyer des disques n'étaient pas des produits nécessaires au consommateur tandis que dans sa décision Hasselblad⁷, elle relève que les produits concernés, en l'espèce des appareils photo haute gamme, ont une grande valeur à l'unité et que leur impact, même sur un petit nombre de consommateur, peut être considérable.

Par ailleurs, certaines facteurs subjectifs peuvent influencer sur le montant de l'amende offrant ainsi à la Commission une très grande discrétion. "Dans le cas d'une infraction commise par plusieurs entreprises" elle peut ainsi, "sans porter atteinte au principe de la détermination individuelle de la sanction, fixer au préalable un plafond global pour l'amende, déterminé en relation avec la gravité que l'entente représentait pour la concurrence et les échanges dans le marché commun, et de répartir ensuite ce total entre les entreprises sanctionnées. La considération de la situation et du comportement individuel de

1. Déc. du 16.7.1969, entente internationale de la quinine, Rec. 1969, L.192/5, déc. du 2.1.1973, Industrie européenne du sucre, J.O.C.E. 1973, L.140/17.

2. Déc. Siemens-Fanuc, J.O.C.E. 1985, L.376/29.

3. Déc. matières colorantes, J.O.C.E. 1969 L.195/11.

4. C.J.C.E. arrêt du 20.6.1978, aff.28/77, Tepea, Rec. p.1391, 1418.

5. C.J.C.E. arrêt du 25.2.1986, aff.193/83, Windsurfing, Rec. 1986, p.643.

6. Déc. du 21.12.1976, J.O.C.E. 1977, L.39/19.

7. J.O.C.E. 1982, L.161/18.

chaque entreprise et de l'importance du rôle qu'elle a joué dans l'entente, peut intervenir lors de l'estimation individuelle du montant de l'amende".¹ Il reste que le montant de l'amende doit être proportionné aux capacités de l'intéressé.² La dispense de sanction peut ainsi être justifiée en cas de situation particulièrement défavorable de l'entreprise³, voire l'application d'un traitement plus clément dans le cas d'une simple association professionnelle⁴. Mais, la situation financière déficitaire de l'intéressé n'a pas forcément à être prise en compte car cela reviendrait alors à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché.⁵ Un autre critère est tiré de la conduite de l'entreprise. Celle-ci s'apprécie d'abord eu égard à sa participation à l'infraction ; du fait de leur bonne connaissance du droit communautaire, les grandes entreprises seront certainement plus facilement retenues responsables⁶. Dans l'affaire BMW⁷, la Commission a ainsi échelonné les sanctions infligées de 1.000, 2.000 à 150.000 écus, en épargnant les concessionnaires qui agissaient sous la contrainte et à l'encontre de leurs propres intérêts économiques, et en sanctionnant durement BMW Belgium. De même, des circonstances atténuantes peuvent être trouvées dans des difficultés d'approvisionnement,

1. C.J.C.E. arrêt du 14.12.1972, aff.7/72, Boehringer, Rec. 1972, p.2436.

2. Voir par exemple l'arrêt de la C.J.C.E. du 1.2.1978, aff.19/77, Miller, Rec. p.131, 153, dans lequel la Cour déboute la requérante qui refusait de produire son bilan.

3. Déc. Blanc de Céruse, J.O.C.E. 1979, L.21/16, n°38.

4. Aff. Dansk Pelsdyravlerforening, concernant une association d'éleveurs, XVIIe rapport sur la concurrence, point n°50.

5. C.J.C.E. arrêt du 8.11.1983, aff.96, 102, 104, 105, 108 et 110/82, IAZ, Rec. p.3369, cf. p.3417.

6. Déc. du 19.12.1984, pâtes à papier, J.O.C.E. 1985, L.85/1, att.146.

7. Déc. J.O.C.E. 1975, L.29/1 ; voir également la déc. Sperry New Holland, J.O.C.E. 1985, L.376/21.

la non-utilisation des possibilités de livraisons compensatoires¹, ou du fait de l'existence antérieure de réglementations nationales anticoncurrentielles². Mais, la conduite de l'entreprise, son "obéissance", lors de la procédure administrative est également primordiale³, soit qu'elle propose des mesures concrètes pour mettre fin aux restrictions incriminées, soit qu'elle modifie les contrats litigieux de concert avec les services de la Commission⁴. La Cour a même réduit l'amende infligée, en constatant que les entreprises en cause avaient exécuté les fournitures ordonnées dans la décision de la Commission⁵. Dans le même ordre de paramètre, la Commission emprunte aux législations nationales, des critères tels que la récidive⁶ ou celui du profit réalisé par l'entreprise du fait de l'infraction⁷.

Enfin, la reconnaissance en droit communautaire de la règle du non-cumul des amendes interdit qu'une entreprise puisse être sanctionnée deux fois pour les mêmes faits. La Cour a la première appliqué le principe en cas "de sanctions infligées pour des infractions au droit des ententes d'un Etat membre et, par

1. Déc. du 16.7.1969, Entente internationale de la quinine, J.O.C.E. 1969, L.192/5."

2. Déc. du 2.1.1973, Industrie européenne du sucre, J.O.C.E. 1973, L.140/17.

3. Voir les aff. British Sugar et Racal Decca Marine Ltd au XVIIe rapport sur la concurrence, point n°73 et 74.

4. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche Rec. p.461, cf.p.557.

5. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6-7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223.

6. Déc. Verre plat en Italie, J.O.C.E. 1981, L.326/32. Le critère est expressément visé à l'article 55 de l'ordonnance française du 1.12.1986.

7. Voir par ex., C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Musique Diffusion Française, Rec. 1983, p.1825. Le droit allemand prévoit que le maximum de l'amende imposable est égal à trois fois le montant du profit que l'entreprise a tiré de l'infraction.

conséquent, commises sur le territoire communautaire".¹ La Commission l'a ensuite étendu en cas de violation simultanée, par les mêmes comportements, de deux dispositions du traité : Dans la décision "Verre plat"², où elle constate que l'accord entre les fabricants de verre sur le marché italien est contraire à l'article 85 §1 et est également constitutif d'un abus de position dominante collective, elle estime qu'"en l'absence de toute disposition expresse en matière de cumul d'amendes contenue dans le droit communautaire et, en particulier dans l'article 15 §2 du règlement n°17, (...) la règle de non cumul est d'application et, donc que seules les amendes pour l'infraction la plus grave doivent être infligées aux entreprises".

Le problème est qu'en droit de la concurrence, ce sont d'avantage les effets anticoncurrentiels qui sont condamnés, plutôt que le comportement lui-même. Ainsi, dans l'affaire Boehringer³, les sanctions infligées par les autorités des U.S.A. pour le même accord n'ont pas été prises en compte, car la sanction communautaire ne visait que les effets produits dans le Marché commun. Or, ceux-ci n'avaient pas été visés dans la décision américaine. Le principe du non-cumul des amendes tiré du droit pénal est donc très amoindri en droit de la concurrence. La condition d'identité des faits n'est pas réalisée.

§ 2. Les décisions favorables à l'entreprise

Les affaires du droit de la concurrence peuvent se clôturer par la prise d'une décision favorable à l'entreprise intéressée,

1. C.J.C.E. arrêt du 14.12.1972, Boehringer, Rec. 1972, p.1281, att.3.

2. Déc. du 7.12.1988, J.O.C.E. 1989, L.33/44.

3. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.45/69, Rec. 1970, att.60 et 61.

sous la forme d'une attestation négative, d'une exemption individuelle ou d'une décision de compatibilité d'une opération de concentration. Mais des conditions très lourde peuvent assortir la décision et placer l'entreprise dans une situation délicate. L'impossibilité de systématiser les règles applicables contribue certainement pour beaucoup à un tel constat.

I. L'attestation négative

Aux termes de l'article 2 du règlement 17/62, la Commission peut constater sur demande des entreprises "qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 85 §1 ou de l'article 86 du traité"

L'attestation négative constitue une décision au sens de l'article 189 §4 du traité. Une première question à se poser est de savoir si la Commission est tenue de déférer à la demande de l'entreprise de lui délivrer une telle attestation. L'administration énonce clairement qu'elle n'est soumise à aucune obligation de ce chef¹. Les commentateurs n'interprètent pas de même, la disposition de l'article 2 du règlement 17. Selon eux², la Commission ne détient pas le droit décider à son gré de la délivrance ou de la non délivrance d'une attestation négative. L'emploi du mot "peut" à l'article 2 ne fait qu'exprimer le pouvoir qui lui est attribué. Une entreprise pourrait donc diligenter un recours en carence si elle arrive à démontrer qu'elle a un intérêt juridiquement protégé à obtenir la décision.

Une deuxième incertitude concerne sa portée qui est relativement limitée. D'une part, elle ne postule pas la

1. Voir la note complémentaire au formulaire A/B.

2. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.358.

clarification complète des faits pertinents même si la Commission peut décider d'office de procéder à un complément d'information et qu'elle s'efforce en règle générale de présenter l'affaire de façon complète et détaillée. D'autre part, l'attestation devient sans objet dès lors que les circonstances de fait se modifient ultérieurement à l'égard d'un point essentiel de la décision. Aucune décision de retrait n'est utile puisque, contrairement à la décision d'exemption individuelle, l'attestation a un effet purement déclaratoire. Enfin, elle ne confirme pas même l'inapplicabilité des articles 85 et 86 du traité puisque la Commission se borne à constater qu'il n'y a pas lieu, "pour elle", d'intervenir. D'un point de vue juridique, l'attestation négative n'offre donc, ni sécurité juridique contre une procédure de la Commission, ni protection absolue au plan national. Cette question délicate ne fait cependant pas l'unanimité parmi les auteurs. Certains¹ considèrent que l'attestation négative délivrée par la Commission exclut toute possibilité d'infraction. Dès lors, la décision lie l'administration tant que les éléments de fait ou de droit restent inchangés. Cela sera le cas pour la révélation de faits inconnus lors de la délivrance de l'attestation, de la survenance de faits nouveaux lesquels peuvent être indépendants des parties ou encore une modification de la jurisprudence communautaire rendant impossible le maintien de la décision. D'autres² estiment que la Commission peut prendre des attestations négatives "faibles" ou "d'opportunité". En d'autres termes, elle peut délivrer une attestation même en présence d'une infraction, mais ne juge pas opportun d'intervenir en raison du caractère mineur de l'infraction. Dans ce cas, il serait impossible de se prononcer nettement sur les effets de la

1. Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.347 et 356, se référant à la doctrine dominante allemande..

2. Voir les auteurs cités par Thiesing, Schröter et Hochbaum, idem.

décision sans considérer les motifs qui ont conduit la Commission à accorder l'attestation¹. Si l'accord ne tombe pas sous le coup de l'article 85 §1, car il n'est pas restrictif de concurrence au sens du droit communautaire, les Etats membres devraient être liés par cette interprétation car la Commission s'est prononcée sur le fond. Compte-tenu de l'absence de mise au point de la Commission qu'on ne peut que regretter, la prudence recommande, malgré l'improbabilité d'une attestation "d'opportunité", de se ranger dans le second groupe et de vérifier systématiquement les tenants de la décision communautaire.

II. L'exemption individuelle

La décision d'exemption individuelle représente en principe le but ultime recherché par les entreprises qui ont notifié une entente à la Commission. En réalité, une telle décision est bien rare. A supposé qu'il en soit ainsi, les conditions et charges souvent trop lourdes, les effets limités de la décision, font que celle-ci ne représente certes pas une panacée pour les opérateurs économiques.

1. La décision d'exemption

Selon l'article 8 du règlement 17, "la décision d'application de l'article 85 §3 du traité est accordée pour une durée limitée et peut être assortie de conditions et charges". Pour définir ces deux modalités, qui doivent permettre à la Commission "de contrôler à chaque moment si les conditions qui justifient l'exemption, demeurent réunies"², l'administration jouit d'un

1. A.Piroche "Les autorités nationales et le droit communautaire de la concurrence", R.C.C., n°51, 1989, p.13.

2. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff. 17/74, Transocean Marine Paint Association, Rec. 1974, p.1063, att.16.

large pouvoir d'appréciation, tout en étant tenue de respecter les limites que l'article 85 met à sa compétence."¹

En ce qui concerne la fixation de la validité qui doit être limitée, aucun délai spécifique n'est indiqué. Il sera en pratique compris entre cinq à dix ans mais peut exceptionnellement aller jusqu'à quinze ans. En l'espèce, la pratique de la Commission ne peut être systématisée², si ce n'est que les entreprises doivent obtenir le temps nécessaire pour leur permettre de réaliser l'objectif de l'accord³. Dans le cas d'une création de filiale commune nécessitant des investissements très lourds, l'exemption sera concédée pour une longue période⁴. Inversement, un cartel de crise ne sera exempté que sur une courte durée⁵. Pour conclure la question des délais, on mentionnera qu'en cas de renouvellement d'exemption, l'exemption doit en principe être accordée à compter du jour où un contrat licite a été conclu ; pour des raisons d'équité, la Commission accepte en fait que la décision d'exemption s'applique à l'issue du délai précédent lorsque le renouvellement a été demandé avant l'échéance et que les modifications proposées par la Commission ont été adoptées immédiatement⁶.

Pour ce qui est des conditions et charges pouvant assortir la décision d'exemption, aucune distinction rigoureuse ne peut être établie dans la pratique. En règle générale, la charge constitue un moyen d'information que la Commission utilise pour acquérir une meilleure connaissance du marché au cours de l'activité commune tandis que la condition vise des faits ou des actes dont la réalisation pourrait justifier la modification ou le retrait

1. Idem.

2. C.-S.Kerse, op. cit., p.178.

3. Déc. du 20.12.1971, Sopelem-Langen, J.O.C.E. 1972, L.13/47, déc. du 17.1.1979, Beecham-Park Davis, J.O.C.E. 1979, L.70/11.

4. Déc. Beecham-Park Davis, J.O.C.E. 1979, L.70/11.

5. Déc. Fibres synthétiques, J.O.C.E. 1984, L.207/17.

6. Déc. du 21.12.1983, Saba, J.O.C.E. 1983, L.376/41.

de l'exemption.¹ Elle peut simplement consister en l'obligation d'expurger, dans un certain délai, le contrat notifié de ses clauses illicites.² Il peut ensuite s'agir de l'obligation de communiquer à la Commission des modifications concernant les entreprises et les accords concernés³. L'obligation peut porter au contraire sur l'interdiction d'échanger des informations. Ainsi, dans la décision "fibre optique"⁴, l'exemption fut accordée sous la condition qu'aucun renseignement relatif à la production et à la distribution du produit ne devait être échangé entre les sociétés mères et la filiale commune elle même.

Les charges consisteront à exiger la communication de renseignements de façon périodique sur un laps de temps déterminé⁵ ou, immédiatement après la survenance d'évènements précis désignés par la Commission⁶ ou encore à titre préalable⁷. L'entreprise peut être ainsi tenue à fournir un rapport d'activité périodique portant sur les volumes de production et ventes⁸, sur la fabrication, les licences de brevets, sur les prix⁹, sur des mesures de spécialisation et leurs effets¹⁰, sur les éventuels refus ou retraits d'agrément à un système de distribution sélective¹¹. La charge imposée peut consister à adresser des documents précis, tels que des procès-verbaux du Comité qui définit les orientations de l'activité

1. P.Laurent "Concurrence. Ententes-exemptions", J.C.P. Concurrence- Consommation, Fasc.435, 1987, point n°71.

2. Déc du 21.12.1973, Transocean II, J.O.C.E. 1974, L.19/18.

3. Déc. du 27.6.1967 Transocean, J.O.C.E. 1967, 163/10.

4. Déc. du 14.7.1986, J.O.C.E. 1986, L.236/30, voir aussi déc. fibres synthétiques, J.O.C.E. 1984, L.207/17.

5. Déc. du 20.12.1974, Rank-Sopelam, J.O.C.E., 1975, L.29/20.

6. Déc. 10.12.1984, Eurochèques, J.O.C.E., 1985, L.35/43.

7. Déc. du 4.12.1986, ENI-Montedison, J.O.C.E. 1987, L.5/13.

8. Déc. Transocean, J.O.C.E. 1967, 163/10.

9. Déc. du 15.12.1975, Bayer-Gist, J.O.C.E. 1976, L.30/13.

10. Déc. du 28.5.1971, FN-CF, J.O.C.E. 1971, L.134/6 et déc. du 17.1.1972, Man-Saviem, J.O.C.E. L.31/29.

11. Déc. Saba II, J.O.C.E. 1983, L.376/41 et Grundig, J.O.C.E. 1985, L.233/1.

commune¹, le calendrier des foires-expositions du secteur concerné².

Certaines de ces conditions et charges peuvent apparaître de prime abord insignifiantes ; en réalité, la Commission fait preuve d'une grande propension à en fixer d'extrêmement lourdes et contraignantes. Et, si la Cour exige que "les entreprises soient clairement informées en temps utile de l'essentiel des conditions auxquelles la Commission envisage de subordonner une exemption et aient l'occasion de lui présenter leurs observations, (...) spécialement (...) lorsqu'il s'agit de conditions qui imposent des charges non négligeables et d'une portée étendue"³, on peut douter du réel respect des droits de la défense des entreprises : Du fait de la longueur inconsidérée des procédures et des lourdes conséquences civiles en cas de refus de l'exemption, les entreprises n'ont pas vraiment la possibilité de discuter avec la Commission, des amendements, conditions et charges qu'elle estime devoir leur imposer. Seulement en acceptant les conditions de l'administration communautaire, les parties réussissent à sauver l'accord notifié et les années d'exécution de celui-ci d'un total échec.⁴

2. Effets de l'exemption

La décision d'exemption lie la Commission, les autorités et juridictions nationales jusqu'à l'échéance fixée. Elle confère au bénéficiaire un droit opposable aux tiers. "Les décisions d'exemption créent des droits en ce sens que les parties à une entente ayant fait l'objet d'une telle appréciation peuvent s'en prévaloir à l'égard de tiers invoquant la nullité de l'entente"

-
1. Déc. Carlsberg, J.O.C.E. 1984, L.207/26.
 2. Déc. Vifka, J.O.C.E. 1986, L.291/46.
 3. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff.17/74, Transocean Marine Paint Association, Rec. 1974, p.1063, att.15.
 4. I.Van Bael "EEC Antitrust Enforcement and Adjudication as seen by Defense Counsel", R.S. 1989, n°7, p.3.

sur la base de l'article 85 §2.¹ Elle ne fait en aucun cas obstacle à l'application de l'article 86 par la Commission de Bruxelles ou par les autorités nationales compétentes². Aucune décision préalable de retrait de l'exemption n'est nécessaire : Compte-tenu du caractère non rétroactif de cet acte, cela équivaldrait à admettre que l'exemption au titre de l'article 85 §3, vaut simultanément exemption de l'interdiction de l'abus de position dominante.³ Toutefois, "il y a lieu (...) de vérifier si, concrètement, les constatations effectuées en vue de l'octroi de l'exemption au titre de l'article 85 §3, ne font pas obstacle à l'application de l'article 86".⁴

Au regard du droit interne, l'accord exempté devrait être considéré comme licite bien que la Cour ne se soit pas directement prononcée dans cette hypothèse. La doctrine a été longtemps divisée entre les partisans de la "double barrière" et ceux de la "simple barrière", la position des premiers revenant à nier l'effet de la décision d'exemption. Désormais, il paraît établi que la théorie de la "simple barrière" l'emporte⁵. Un accord qui a bénéficié d'une exemption individuelle, ou par catégorie, ne peut être interdit par les autorités nationales. Celles-ci sont liées par la décision de la Commission et ne peuvent se montrer plus sévères qu'elle.

III. Les décisions de compatibilité

1. C.J.C.E. arrêt du 11.12.1980, aff.31/80, L'Oréal, Rec. 1980, p.3775, att.23.

2. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Tetra Pak, Rec. 1990, p.357.

3. Idem, att.25.

4. Idem, att.26.

5. Dans un arrêt Grundig du 25.10.1982, la Cour de cassation a fait prévaloir la théorie de la simple barrière.

Les décisions de compatibilité peuvent intervenir dans trois cas de figure. Le premier résulte de la constatation, dès le premier examen de la notification, qu'aucun doute sérieux ne peut être soulevé quant à la compatibilité de la concentration avec le Marché commun. La Commission constate alors qu'elle ne s'oppose pas à l'opération¹. Le second type correspond aux décisions implicites résultant du non-respect par la Commission de son obligation de se prononcer sur l'incompatibilité de l'opération dans un délai maximum de quatre mois à compter de la date d'engagement de la procédure². Dans ce cas en effet, la concentration est réputée être compatible avec le Marché commun.³ Enfin, au titre de l'article 8 §2 et 3, la décision de compatibilité peut intervenir à l'issue de la procédure administrative, "le cas échéant après modifications apportées par les entreprises". Comme en matière d'exemption individuelle, elle pourra être assortie de conditions et charges, "destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission en vue de modifier le projet initial de concentration"⁴.

La décision de compatibilité "couvre les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration"⁵. Elle a pour effet de valider toutes les transactions réalisées en violation du délai de suspension ouvert par la notification de l'opération⁶.

1. Article 6 §2 du règlement 4064/89.

2. Art. 10 §3 du règlement 4064/89. A condition, que le délai n'ait pas été suspendu en vertu du paragraphe 4.

3. Art. 10 §6 du règlement 4064/89.

4. Voir par ex. la déc. Alcatel/Telettra, C.M.L.R. June 1991, p.406.

5. Article 8 §2.

6. Article 7 §5.

§ 3. Les mesures provisoires

Quelles que soient les procédures concernées, la Commission peut prendre certains types de mesures provisoires avant d'arrêter une décision au fond. Leur importance apparaît capitale au regard de l'efficacité du système communautaire.

I. La reconnaissance de la compétence de la Commission

En l'absence de dispositions écrites expresses dans le Traité CEE ou dans le règlement 17/62, la Cour de justice a reconnu dans l'ordonnance Camera Care du 17 janvier 1980¹, la compétence de la Commission à prendre des mesures provisoires. Cette décision allait susciter des prises de position doctrinales très diversifiées².

1. Absence de dispositions écrites

A la différence du Traité CECA et de certaines législations nationales³, le Traité de Rome ne contient aucune disposition concernant la possibilité pour la Commission de prescrire des mesures provisoires. Le règlement du Conseil n°17/62 ne comporte également aucune indication si ce n'est que la Commission peut, avant de prendre une décision au fond, adresser aux entreprises et associations d'entreprises intéressées des recommandations visant à faire cesser l'infraction.⁴ La Commission s'est rapidement trouvée confrontée à un afflût de plaintes assorties de demandes de mesures provisoires⁵. Le problème était prévisible car, dans de nombreux pays, on a pu assister à un accroissement de ces demandes qui touchent d'ailleurs différentes branches du droit. Ce phénomène tenant en règle générale à la

1. Aff.792/79R, Rec. 1980, p.119.

2. Les critiques concernant le rôle de la Cour et les méthodes d'interprétation utilisées seront étudiées au Titre III.

3. Article 56 de la loi allemande du 27 juillet 1957.

4. Voir l'article 3 §3 du règlement 17.

5. Voir dixième rapport de la concurrence.

durée des procédures au fond¹, le droit communautaire pouvait difficilement être en reste. Or, la Commission n'a pas saisi le Conseil d'une proposition de règlement pour intégrer au règlement 17 la faculté de prendre des mesures provisoires ou pour l'interpréter en ce sens. C'est la Cour de justice qui, confrontée à la demande des entreprises, a pris l'initiative dans l'affaire Camera Care² de reconnaître ce pouvoir à la Commission. Les faits de l'espèce sont les suivants.

Le 26 juin 1979, la société Camera Care dépose plainte auprès de la Commission contre les sociétés Hasselblad en raison du refus de ces dernières de l'approvisionner en matériels photographiques et d'accords pris avec certains distributeurs pour restreindre les importations vers le Royaume-Uni. Camera Care demande également la prise de mesures provisoires pour obliger Hasselblad à cesser immédiatement de telles pratiques qui risquent de l'éliminer du marché. Le 27 août, la Commission fait savoir à la plaignante qu'elle s'estime incompétente puis revient sur sa position en s'en remettant à l'interprétation que la Cour de justice donnera. C'est dans ces conditions que la société Camera Care dépose deux recours, le premier sur le fondement de l'article 173 et de l'article 175 du traité, le second en référé pour demander à la Cour de prendre elle-même les mesures provisoires sur la base de l'article 186 du traité.

2. Fondements de la compétence reconnue à la Commission

Se référant à sa jurisprudence *National Carbonising*³, concernant les dispositions du Traité CECA, la Cour se déclare

1. P.Meijknecht et R.Ch.Verschur, op. cit., p.395.

2. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Rec. 1980 (I), p.119.

3. C.J.C.E. ord. du 22.10.1975, aff.109/75R, Rec. 1975, p.1193.

incompétente au titre de l'article 186 du traité¹ en affirmant qu'"il est conforme aux principes de structure de la Communauté que les dispositions provisoires éventuellement nécessaires soient prises par l'institution communautaire chargée de recevoir les plaintes des gouvernements et particuliers, de procéder aux enquêtes et prendre des décisions au regard des infractions constatées, le rôle de la Cour de justice consistant à exercer le contrôle judiciaire des actions de la Commission en la matière."² Utilisant la théorie de "l'effet utile", la Cour reconnaît la compétence de la Commission à prendre des mesures provisoires en vertu de l'article 3 du règlement 17³ : "La Commission doit pouvoir prendre aussi, dans le cadre du contrôle que lui confie, en matière de concurrence, le traité et le règlement n°17, des dispositions conservatoires, dans la mesure où celles-ci pourraient paraître indispensables en vue d'éviter que le droit prévu à l'article 3 ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire, en raison de l'action de certaines entreprises. Les compétences que la Commission tient de l'article 3 §1 du règlement n°17 comprennent dès lors, celle de prendre les dispositions provisoires indispensables pour lui permettre d'exercer de manière efficace ses fonctions et, en particulier, pour garantir l'effet utile des décisions éventuelles visant à obliger les entreprises à mettre fin aux infractions constatées."

1. Celui-ci dispose que "Dans les affaires dont elle est saisie, la Cour de justice peut prescrire les mesures provisoires nécessaires".

2. A. Moavero Milanese, "Il potere della commissione della Comunità europea di adottare provvedimenti cautelari provvisori nel corso delle procedure per l'applicazione delle regole di concorrenza", Riv. dir. ind. 1984, I, p.107.

3. Pour une étude plus approfondie, voir A. Moavero Milanese, op. cit., p.116, qui relève que la théorie des pouvoirs implicites a déjà été utilisée par la Cour, notamment dans l'affaire n°22/70, A.E.T.R. du 31.3.1971., Rec. 1971, p.263 ss.

Certains auteurs¹ ont reproché aux juges de Luxembourg d'avoir dénaturé l'article 3 du règlement 17/62 et d'avoir procédé à une véritable intervention législative. Aucun pouvoir n'ayant été expressément confié à la Commission, celle-ci ne pourrait prétendre, comme tout organisme créé par un texte juridique, à aucun pouvoir inhérent. Plus encore, la lecture de l'article 3 limiterait explicitement les facultés de la Commission dans la phase d'instruction à la prise de recommandation. Ces arguments sont sans doute exacts mais ne tiennent pas suffisamment compte de la spécificité du droit communautaire de la concurrence. Il est indispensable que celui-ci sache répondre à la demande des praticiens et soit capable de s'adapter rapidement. Pourtant, ils mettent en évidence l'insuffisance de la base légale donnée aux mesures provisoires de la Commission CEE et qui se retrouvera dans la procédure de mise en oeuvre.

La solution adoptée était également critiquée en ce qu'elle serait de nature à compromettre le partage des compétences entre la Commission et les juridictions nationales. Selon L.Focsaneanu², les juges nationaux, qui restent compétents lorsque la Commission a engagé une procédure au fond et qui disposent d'une compétence exclusive pour statuer sur les conséquences de droit privé de la violation des articles 85 et 86 du traité, doivent rester également exclusivement compétents pour le prononcé de mesures provisoires. En droit, l'argument ne peut être accepté. Par exemple, dans le système français, les juges des référés qui sont à même de prononcer les mesures provisoires

1. L.Focsaneanu, "Une décision inquiétante de la Cour de justice des communautés Européennes", R.T.D.E. 1980, n°2, p.296. Voir aussi l'opinion de l'avocat général J.-P.Warner, dans l'affaire Camera Care, Rec. 1980, p.133.

2. Op. cit., p.295.

en question¹ sont en principe incompétents pour accorder des dommages intérêts, prononcer la nullité d'un accord. Par ailleurs, la notion d'intérêts privés ne sera pratiquement jamais seule en cause, la plupart des affaires faisant appel à la notion d'affectation du commerce entre Etats membres ou d'ordre concurrentiel de la Communauté dans le cas où une entreprise risque de disparaître². En pratique, la critique semble également inefficace dans la mesure où les juridictions nationales continuent d'être saisies de demandes de mesures provisoires. Ainsi, contrairement aux souhaits de certains commentateurs³, "la nouvelle voie de droit" ouverte par la Cour n'a pas connu le développement attendu. Toutefois, la jurisprudence Camera Care aura eu des répercussions importantes dans les Etats membres. Le législateur française l'a adoptée en attribuant au Conseil de la concurrence des compétences analogues à celle de la Commission alors que l'institution préalable ne pouvait pas adopter des mesures provisoires.⁴

1. Bien que certains auteurs, comme par exemple V.Korah, "Commission has power to grant interim relief", E.L.Rev. 1980, p.138, considèrent que cette compétence n'est pas évidente.

2. C.Salamon, "Les mesures provisoires de la Commission européenne de la concurrence durant l'instruction des affaires soumises aux articles 85 et 86 du traité de Rome", Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, (6) 1986, p.1824 et 1825.

3. V.Korah, "Commission has power to grant interim relief", E.L.Rev. 1980, p.139.

4. Aux termes du décret du 29.12.1986, le Conseil de la concurrence peut prendre, après audition des intéressés, "les mesures conservatoires qui lui sont demandées (...). Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence".

II. Typologie des mesures provisoires communautaires

On distingue en procédure civile, trois types de mesures provisoires : celles qui tendent à garantir l'exécution de la décision au fond et dont l'exemple type est la saisie conservatoire, celles à caractère exclusivement régulateur, que l'on peut définir comme des mesures destinées à sauvegarder ou à organiser temporairement une situation conflictuelle sans impliquer le moindre jugement sur le fond et enfin, les mesures provisoires qui anticipent sur le jugement au fond. Dans ce dernier cas, on constate que les mesures provisoires peuvent constituer, en droit de la concurrence, un moyen de pression particulièrement efficace puisqu'en règle générale, aucune procédure au fond n'est engagée par la suite.¹

Le pouvoir attribué à la Commission en la matière n'a pas cette portée. Les conditions de validité attachées aux mesures provisoires, que la Cour de justice a fixées dans l'ordonnance Camera Care², sont en effet très restrictives. Elle énonce que "Les mesures provisoires ne doivent être prises qu'en cas d'urgence établie, en vue de parer à une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui en demande l'institution, ou intolérable pour l'intérêt général. Il convient encore que ces mesures soient de caractère intérimaire et conservatoire et qu'elles restent limitées à ce qui est nécessaire dans la situation donnée. En les instaurant, la Commission est tenue de respecter les garanties essentielles assurées aux parties concernées par le règlement 17 notamment par l'article 19 de celui-ci. Il faut, enfin, que les décisions

1. Notamment en droit de la concurrence suisse, selon P.Meijknecht et R.Ch.Verschuur, "Usage et abus des procédures sommaires" in The Eight Word Conference on Procedural Law - Justice and Efficiency, Editor W.Wedekind- Kluwer, 1989, p.383. En Allemagne également, les mesures provisoires connaissent un usage très intensif.

2. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Rec. 1980, p.119.

soient prises dans une forme telle qu'elles soient susceptibles de recours devant la Cour de justice par toute partie qui se considérerait lésée.

En laissant de côté les notions d'urgence ou de préjudice grave et irréparable bien connues des droits nationaux, il convient de s'attacher à plusieurs difficultés que la jurisprudence communautaire, encore très peu développée sur la question, ne permet pas de résoudre.

1. Les mesures provisoires peuvent-elles être prises d'office par la Commission ?

La référence à l'intérêt général ou à l'ordre concurrentiel communautaire, utilisée par la Cour dans l'ordonnance Camera Care¹, incite à répondre positivement à la question posée. Plusieurs auteurs estiment ainsi que la Commission peut prendre d'office les mesures provisoires qu'elle estime nécessaire². La solution contraire reviendrait d'ailleurs à donner à la procédure d'urgence un caractère contradictoire qui ne correspond pas à celui de la procédure au fond. De plus, même si elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, la Commission doit appliquer les règles de la concurrence par les moyens les plus appropriés, qu'elle soit saisie ou non par une entreprise, et que celle-ci soit ou non en mesure de rapporter la preuve d'une violation du droit. Cependant, la Commission semble avoir adopté une analyse beaucoup plus mesurée lorsqu'elle indique, dans son dixième rapport sur la concurrence³, ne vouloir prendre des mesures provisoires qu'en présence d'une "plainte formelle dont le

1. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Rec. 1980, p.119, att.14.

2. De cet avis, J.Temple Lang, "The powers of the Commission to order interim measures in competition cases", C.M.L.Rev. 1981, p.54, et A.Moavero Milanesi, op. cit. p.124.

3. Point n°59.

caractère fondé doit apparaître "prima facie"¹, devant être suffisamment motivée et contenir le plus de données possibles.² Un autre élément, tiré du droit des Etats membres, peut également faire douter de la possibilité de la Commission à prendre des mesures provisoires d'office. Les législateurs français, qui se sont très largement inspiré du droit communautaire, ont formellement exclu la faculté du Conseil de la Concurrence à prendre des mesures provisoires d'office ou sur demande d'une juridiction. Il est obligatoirement saisi par les personnes habilitées à engager la procédure au fond.³

2. Quels sont les liens de la mesure provisoire avec la décision au fond ?

L'étude de la procédure civile montre que l'un des plus grands problèmes en matière de mesures provisoires est celui qui se pose lorsque le Tribunal saisi au fond s'écarte dans son jugement de la décision prise par la mesure provisoire. Afin de limiter ce risque en droit communautaire de la concurrence, la Cour a circonscrit dans l'affaire Ford⁴ le domaine de la procédure d'urgence aux faits relevant de l'article 3 du règlement 17/62 : "Les mesures conservatoires que la Commission peut arrêter à titre provisoire sont celles qui paraissent indispensables en vue d'éviter que l'exercice du droit de décision prévu par l'article 3 (du règlement 17) ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire, en raison de l'action de certaines entreprises. Il s'ensuit que les mesures provisoires

1. Sur cette condition voir T.P.I. arrêt du 12.7.1991, T-23/90, Peugeot, non rep.

2. Toujours selon J.Temple Lang, op. cit. p.54, une plainte est nécessaire seulement lorsque la Commission n'a pas ouvert de procédure au fond.

3. Article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

4. C.J.C.E. ord. du 29.10.1982, aff.228-229/82R, Rec. 1982, p.3091.

doivent entrer dans le cadre de la décision susceptible d'être prise à titre définitif en vertu de l'article 3." En l'espèce, la Commission ne pouvait, dans le cadre d'une procédure administrative ayant pour objet un contrat de concession, prendre une décision provisoire concernant, non pas ce contrat, mais un refus de vente de l'entreprise qui n'est contraire ni à l'article 85 ni à l'article 86 du traité. Même en admettant que la Commission puisse, à l'occasion d'une décision d'application de l'article 85 §3, considérer un refus de livrer comme une circonstance excluant l'exemption du contrat de concession ou subordonner une telle exemption ou le maintien de celle-ci à la condition d'une reprise des livraisons, elle n'en serait pas autorisée pour autant à transformer cette condition, par le biais d'une décision provisoire, en une injonction exécutoire distincte n'offrant aucun choix à l'entreprise concernée.¹ On peut noter que la position adoptée en droit français de la concurrence² est similaire, avec cependant une difficulté particulière. Comme la demande peut intervenir en tout état de cause, il peut être difficile d'apprécier si les pratiques ou accords contestés entrent bien dans le champs de la compétence du Conseil. En effet, les pratiques discriminatoires et le refus de vente relevant désormais et en principe du juge civil, une coordination des procédures peut se relever difficile³. En cas de doute, le Président du Conseil de la concurrence peut saisir en référé le président de la juridiction compétente pour qu'une mesure provisoire soit ordonnée.

Les mesures provisoires doivent donc entrer dans le cadre de la procédure au fond sans comporter une anticipation de la

1. Idem, att.22.

2. Déc. 87-MC 03, B.O.C.C. 2 av. 1987.

3. V.Selinsky, "Concurrence. Contrôle des ententes et abus de position dominante en droit français. Conseil de la concurrence. Procédures de contrôle", J.C.P. 1987, Fasc.370, n°96.

décision finale. En cas d'annulation postérieure, il serait en effet impossible de redresser les conséquences occasionnées par la mesure provisoire. Dans l'affaire Ford¹, la Cour a annulé la décision de la Commission en ce qu'elle comportait un "risque sérieux, que les effets préjudiciables de la décision attaquée pourraient, si elle devait être immédiatement exécutée, dépasser ceux d'une mesure conservatoire et provoquer dans l'entre-temps des dommages dépassant les inconvénients inévitables découlant d'une telle mesure."

III. Les mesures provisoires visant les concentrations

L'article 7 §2 du règlement 4064/89 donne compétence à la Commission pour prendre "de sa propre initiative", les mesures provisoires qu'elle estimerait "nécessaires afin d'assurer pleinement l'effet utile de toute décision prise ultérieurement au titre de l'article 8 §3 et 4", c'est à dire les décisions d'incompatibilité ou de déconcentration. La Commission n'est pas limitée à proroger le délai prévu à l'article 7 §1, qui prévoit la suspension de l'opération de concentration pour trois semaines à compter de sa notification, mais cette dernière mesure sera certainement la plus fréquemment utilisée².

En vertu de l'article 7 §4, elle peut "sur demande, octroyer une dérogation aux obligations prévues aux paragraphes 1, 2 et 3", qui concernent respectivement la suspension de l'opération, la prorogation de ce délai et les offres publiques d'achat, "en vue d'éviter un préjudice grave à une ou plusieurs entreprises concernées par une opération de concentration ou à une tierce

1. C.J.C.E. ord. du 29.10.1982, aff.228 et 229/82R, Rec. 1982, p.3091, att.24.

2. Pour une lère application, voir l'aff.Tetra Pak/Alfa Laval, Commission Press Release IP(91) 220, 455, 698.

partie. La dérogation peut être assortie de conditions et charges destinées à assurer des conditions de concurrence effective".

La Commission doit mettre les entreprises concernées en mesure de lui faire connaître leur point de vue avant de prendre la mesure intérimaire et consulter le Comité consultatif¹. Pour les décisions ordonnant la prorogation du sursis ou de dérogation au sursis visées à l'article 7 §2 et 4 du règlement 4064/89, l'audition peut intervenir postérieurement à la décision : Dans ce cas, la Commission "leur communique sans délai et en tout cas avant la fin de la suspension en cours, le texte complet de la décision provisoire et leur fixe un délai pour présenter leurs observations. (...) Si les intéressés n'ont pas fait connaître leur point de vue dans le délai qui leur a été imparti, la décision provisoire de la Commission devient définitive à l'expiration de ce délai".²

§ 4. Information des entreprises

Les règles de procédure du droit de la concurrence sont destinées à éviter l'arbitraire administratif. Elles doivent être suffisamment transparentes pour permettre un contrôle du juge et des entreprises. Leur information est assurée par l'obligation de motiver et de publier les décisions prises.

I. Motivation des décisions de la Commission

L'obligation mise à la charge de la Commission de motiver ses décisions est consacrée par l'article 190 du Traité CEE. Dans la pratique, les entreprises reprochent souvent à l'administration

1. Voir cette thèse, Titre I, ch.III, section 1, §1, II, 2.

2. Art. 11 §2 du règlement 2367/90.

d'utiliser des termes si larges, qu'il est parfois impossible de déterminer la portée même de l'acte. Or, pour bon nombre de décisions comportant des appréciations complexes, le contrôle juridictionnel s'exercera "en premier lieu sur la motivation de la décision, qui, à l'égard desdites appréciations, doit préciser les faits et considérations sur lesquels elles sont basées"¹. Malgré l'annulation de plusieurs décisions de la Commission pour défaut de motif², la jurisprudence reste favorable à l'administration. L'important est que l'entreprise, et le juge, puissent comprendre le raisonnement appliqué. La Cour considère que la "motivation doit être jugée suffisante dès lors qu'elle fait apparaître de façon claire et cohérente les considérations de fait et de droit sur lesquelles s'appuie la condamnation des intéressés, de manière à permettre tant à ceux-ci qu'à la Cour de connaître les éléments essentiels du raisonnement de la Commission."³ A condition que la décision permette à chaque destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son encontre, rien n'interdit donc à la Commission de statuer par une décision unique, même si certains destinataires sont étrangers à certaines infractions."⁴ La motivation doit également faire apparaître que la Commission n'a utilisé dans sa décision, que des éléments figurant dans la communication des griefs sur lesquels l'entreprise a pu faire valoir son point de vue : "Les moyens ne figurant pas dans la communication des griefs ne peuvent être mentionnés par la Commission que si elle ne retient

1. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56-58/64, Grundig-Constern, Rec. 1966, p.429.

2. Idem.

3. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, ACF, Rec. 1970, p.661, att.78.

4. Voir par ex. C.J.C.E. arrêts du 16.12.1975, aff.40 à 48, 50, 54 à 56, 11 et 114/73, Générale Sucrière, Rec. 1975, p.1929, att.111 ; 29.10.1980, aff.209 à 215-218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3125, att.77 ; 17.11.1987, aff.24/87, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566.

que des faits débattus contradictoirement et qu'elle ait fourni, au cours de la procédure administrative, les éléments nécessaires à la défense."¹ Le respect des droits de la défense n'exige pas que la Commission "discute de tous les points de fait et de droit qui auraient été traités par chaque intéressé au cours de la procédure administrative."² Elle n'est pas non plus "tenue d'expliquer d'éventuelles différences par rapport à sa communication des griefs qui constitue un document préparatoire, dont les appréciations sont de caractère purement provisoire et destinées à circonscrire l'objet de la procédure administrative vis à vis des entreprises faisant l'objet de cette procédure".³ Ce n'est que lorsqu'une décision va sensiblement plus loin que les décisions précédentes, qu'il incombe à la Commission de développer son raisonnement de manière explicite.⁴

II. Publicité des décisions de la Commission

La publicité des décisions de la Commission est destinée à assurer l'information des tiers ; elle peut cependant préjudicier gravement à l'entreprise visée alors même que l'infraction n'est pas définitivement établie.

1. Publication au Journal officiel

1. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Musique Diffusion française, Rec. 1983, p.1825, att.14.

2. C.J.C.E. arrêts du 15.7.1970, aff.41/69, ACF, Rec. 1970, p.661, att.77, et du 17.1.1984, aff.43-63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.19.

3. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566, att.70.

4. C.J.C.E. arrêt du 26.11.1975, aff.73/74, Papiers peints de Belgique, Rec. 1975, p.1491.

Les règlements de la concurrence¹ énoncent que la Commission publie au Journal des Communautés européennes, les attestations négatives, les décisions en cessation d'infractions, les décisions d'exemption individuelle, les décisions les révoquant, les décisions de compatibilité ou d'incompatibilité des opérations de concentration prises aux termes de la procédure administrative, les injonctions de déconcentration, les retraits d'agrément. Mais la Commission n'est pas limitée aux décisions expressément mentionnées dans les textes² ; elle peut publier les mesures prises dans le cadre de l'enquête, les décisions prononçant des amendes ou des astreintes. Dans tous les cas, elle doit mentionner les parties intéressées et l'essentiel de la décision et "tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués". En pratique, il s'agira essentiellement de ne pas indiquer les parts de marché et les chiffres d'affaires réalisés par les entreprises concernées³.

La publicité a une double fonction. D'un côté, elle est nécessaire pour informer les opérateurs économiques de l'application de la politique de la concurrence par la Commission et leur permettre de réagir aux informations transmises. C'est le sens de la publication imposé pour les attestations négatives, exemptions et décisions de compatibilité. Elle participe aussi au contrôle de l'activité administrative dont elle assure une

1. Voir l'article 20 du règlement 4064/89 visant les décisions prises en vertu de l'article 8 §2 à 5, et l'article 21 du règlement 17/62 renvoyant aux décisions prises par application des articles 2, 3, 6, 7 et 8.

2. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, ACF, Rec. 1974, p.661, att.102.

3. Voir par ex. la publication de la déc. du 17.11.1981, Langenscheidt/Hachette, J.O.C.E. 1982, L.39/25, où la Commission a fait disparaître les chiffres d'affaires réalisés par les entreprises dans les divers secteurs concernés (en matière d'édition).

certaine transparence. D'un autre côté, elle contient un aspect répressif évident. Certaines législations nationales prévoient la publication comme une des sanctions imposables aux entreprises. De fait, elle peut gravement porter atteinte à l'image de marque de l'entreprise incriminée¹ alors que les faits ne sont pas définitivement établis. A cet égard, le droit français, qui prévoit expressément la publication, permet de faire précéder celle-ci d'un encadré gras indiquant qu'un recours est engagé contre la décision.

2. Déclarations publiques de la Commission

Il faut distinguer la publication au Journal officiel des décisions de la Commission, de la publicité par voie de presse, qui peut être donnée à l'affaire en cours de procédure. Là encore, des avantages et des inconvénients caractérisent ce type d'information. Les mises au point de la Commission permettent d'étouffer des rumeurs, d'encourager l'action des tiers et en règle générale d'informer le public de ce que fait la Commission. Sur le plan général, elles permettent, avec les rapports annuels et les réponses aux questions parlementaires, de compenser le manque de clarté dans la motivation des décisions individuelles². Cependant, cette publicité menée de façon insidieuse peut porter atteinte aux droits de la défense³. Dans plusieurs affaires⁴, les entreprises concernées ont reproché à

1. Dans l'affaire ACF, l'entreprise soutenait que la publicité donnée avait influencé l'opinion publique au détriment de sa réputation et de sa position en bourse, C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, Rec. 1974, p.661, att.100.

2. G.Wils, op. cit., p.51.

3. Voir les déclarations en ce sens de la Chambre de Commerce international, Document de la Commission, n°205/206 de 1975.

4. Par exemple, C.J.C.E. arrêts des 16.12.1975, aff.40 à 48, 50, 54 à 56, 11 et 114/73, Générale sucrière, Rec. 1975, p.1929, att.89; 14.2.1978, aff.27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207, 8.11.1983, aff.110/82, IAZ, Rec. 1983, p.3369.

la Commission d'avoir violé le principe du procès équitable en émettant certaines déclarations publiques faisant apparaître comme établie, l'existence des infractions alléguées, avant qu'elles aient pu être entendues. Bien que la Cour ait à plusieurs reprises émis des regrets quant à la pratique de la Commission en ce domaine, elle n'a jamais annulé une décision à ce titre : Aucun élément du dossier ne permettait de présumer que la décision attaquée n'aurait été prise, ou aurait eu un contenu différent, à défaut des manifestations litigieuses, que celles-ci soient ou non critiquables sur un autre plan. Il semble désormais que la Commission fasse preuve d'une plus grande réserve dans ses communications à la presse et que les critiques formulées à son égard ne soient plus de mise. Elle démontre en l'espèce une capacité louable de réaction positive¹.

§ 5. Exécution des décisions communautaires

Une fois la décision prise, publiée et notifiée aux entreprises concernées, se pose le problème de son exécution. A moins que de façon exceptionnelle, la Commission ne décide de la révoquer, ou que l'entreprise refuse de s'y conformer spontanément, il restera les voies d'exécution forcées, différentes suivant le type d'actes concernés et le lieu d'exécution.

I. Modification et retrait des décisions de la Commission

Par respect du principe de sécurité juridique, la Commission ne peut procéder au retrait ou à la modification de ses décisions que dans des cas très limités.

1. Voir I. Van Bael "EEC Antitrust Enforcement ...", préc. cit., p.18.

1. Le retrait des décisions

En droit communautaire comme dans les Etats membres, les actes légaux ne peuvent faire l'objet d'un retrait : "Dans ce cas, le droit subjectif étant acquis, la nécessité de sauvegarder la confiance dans la stabilité de la situation ainsi créée l'emporte sur les intérêts de l'association qui voudrait revenir sur sa décision"¹. Suivant la jurisprudence de la Cour², l'acte illégal peut faire l'objet d'un retrait lorsque le principe de légalité l'emporte sur les intérêts des administrés au maintien de la situation. "Si l'autorité administrative reconnaît qu'un certain bénéfice a été octroyé par suite de l'interprétation erronée d'une texte, elle a le pouvoir de modifier sa décision antérieure ; le retrait pour motif d'illégalité, même s'il ne peut comporter dans certains cas en raison des droits acquis un effet d'annulation "ex tunc", entraîne toujours cet effet "ex nunc"³.

En droit de la concurrence, la possibilité pour la Commission de modifier ou de retirer une décision d'exemption ou de non-opposition à une opération de concentration est expressément, mais limitativement prévue par les textes⁴.

La révocation peut tout d'abord intervenir si la situation de fait se modifie à l'égard d'un élément essentiel à la décision. Il faut voir que le changement n'est pas forcément lié aux parties ou à l'opération visée par la décision. La structure du marché peut changer à travers une série de facteurs externes,

1. C.J.C.E. arrêt du 12.7.1957, aff.7/56, 3 à 7/57, Algera et autres c. Ass. com., Rec. III, p.18.

2. Voir, C.J.C.E. arrêt du 22.3.1961, aff.42-49/59 SNUJAP, Rec. VII, p.80.

3. C.J.C.E. arrêt du 1.6.1961, aff.15/60, Simon, Rec. VII, p.223, att.250.

4. Voir les articles 8 §3 du règlement 17/62 et 8 §5 du règlement 4064/89. La liste donnée par le règlement 17/62 apparaît limitative. C.-S.Kerse, op. cit., p.180, Il devrait en être de même pour les concentrations.

tels que des crises politiques, financières, des innovations techniques, faillites¹. Quant aux modifications entraînées par les entreprises elles-mêmes, il s'agit de savoir si l'accord tel qu'amendé reste substantiellement le même que celui exempté ou autorisé². Le second cas prévu est celui où les intéressés contreviennent à une charge dont la décision a été assortie. Le manquement doit être suffisamment grave et sérieux. C.-S.Kerse³ soutient à cet égard qu'un simple défaut de satisfaire à l'obligation d'information de la Commission ne saurait suffire mais aucun arrêt ne peut confirmer ce propos. La troisième possibilité de retrait intervient quant la décision repose sur des indications inexactes ou a été obtenue frauduleusement. Comme dans le premier cas, il faut que ces indications aient constitué un élément substantiel de la décision. Toutefois, les règlements 17/62 et 4064/89 diffèrent en ce que le second spécifie que les informations incorrectes doivent avoir été fournies par les parties concernées. Enfin, si les intéressés abusent de l'exemption des dispositions de l'article 85 §1 du traité qui leur a été accordé par la décision, celle-ci peut être révoquée. Mais, la notion d'abus d'exemption, qui vient du droit allemand⁴, n'est définie nulle part. Elle pourrait s'appliquer à un cas d'entreprise en position dominante, qui profiterait d'un système de distribution sélective exempté pour imposer des restrictions d'exportation ou d'importation.

Dans les trois cas invoqués ci-dessus, le règlement 17/62 précise que la décision peut être révoquée avec effet rétroactif.

1. Il peut s'agir de l'adhésion d'un nouvel Etat membre, déc. du 5.3.1975, Sirdar-Phildar, J.O.C.E., 1975, L.125/27.

2. Adhésion d'un nouvel Etat membre, déc. du 5.3.1975, Sirdar-Phildar, J.O.C.E., 1975, L.125/27 ; modification substantielle de l'accord initial, déc. du 11.12.1980, Vacuum Interrupters II, J.O.C.E. 1980, L.383/1.

3. Op. cit., p.181.

4. Article 12 §1.1 du GWB.

La décision de retrait emporte ainsi des conséquences extrêmement graves pour les entreprises. Elle doit être précédée de l'audition des entreprises intéressées et de la consultation du Comité consultatif. Il a été soutenu¹ que dans le cas de retard important dû à la Commission, celle-ci ne pourrait plus, en vertu du principe de sécurité juridique, procéder au retrait de la décision.

Par contre, la Commission peut expressément² prendre une décision d'incompatibilité sans être tenue par aucun délai.

2. La modification des décisions de la Commission

Dans quelle mesure la Commission peut-elle procéder à la modification de ses décisions ? La question, qui se pose notamment lorsqu'une erreur de rédaction a été commise, a rarement été posée en pratique. Dans l'affaire de l'entente sur le sucre³, le nom d'une entreprise avait été laissé par inadvertance en dehors du dispositif de la décision. La Cour jugea que celle-ci ne pouvait s'appliquer à l'entreprise concernée en considérant que, pour déterminer les personnes visées par une décision, seul le dispositif pouvait être pris en compte et qu'il ne pouvait être soumis à plus qu'une simple interprétation. Toutefois, dans l'affaire Navewa-Anseau⁴, la Commission a amendé sa décision pour remédier à une erreur matérielle qui avait conduit à sanctionner à tort une des entreprises concernées.

De simples erreurs matérielles de frappe ou de traduction, qui ne changeant pas le sens du texte, ne peuvent entraver

1. C.-S.Kerse, op. cit., p.182, citant Deringer.

2. Article du 8 §6 du règlement 4064/89.

3. C.J.C.E. arrêt du 15.12.1975, aff.40 à 48, 50-54 à 56-111, 113 et 114/73, Générale sucrière, Rec. 1975, p.1663.

4. J.O.C.E. 1982, L.166/39 et L.325/20.

l'exécution de la décision de la Commission. Celle-ci peut alors procéder à la rectification. Dans l'affaire Continental Can¹, la requérante ne pouvait ainsi se prévaloir de la différence des versions allemandes et françaises publiées au Journal officiel sur l'appellation exacte de l'entreprise. De même, dans la décision Hasselblad, qui faisait apparaître une référence erronée sur une des clauses du contrat, l'erreur ne pouvant avoir aucun effet matériel sur l'entreprise était susceptible de modification².

II. Paiement des sanctions pécuniaires

La décision infligeant une amende ou liquidant une astreinte indique à l'entreprise concernée, le montant à payer, les comptes de la Commission sur lesquels effectuer le paiement et le délai imparti.

1. Délai de paiement

Le délai de paiement est en principe de trois mois. Toutefois, si sa situation économique le justifie, l'entreprise peut obtenir des délais supplémentaires. Dans l'affaire Musique Diffusion française³, la Commission rejette la demande de délais de paiement présentée en raison de la réduction des amendes décidée par la Cour et "du fait que, depuis la date de la décision litigieuse, les entreprises ont pu disposer des sommes en cause sans devoir déposer de garantie ni payer d'intérêts".

En cas de recours judiciaire contre la sanction pécuniaire infligée, le paiement reste exigible en vertu de l'article 185 du

1. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Rec. 1973, p.215, att.8 à 10.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1984, aff.86/82, Rec. 1984, p.883, att.40.

3. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100-103/80, Rec. 1983, p.1825.

Traité CEE. Jusqu'en 1981, la Commission avait cependant pris pour usage de surseoir à la perception des amendes jusqu'au prononcé de la décision de la Cour. Devant la multiplication des actions judiciaires due à l'important avantage que les entreprises pouvaient tirer en retardant le plus possible le paiement de l'amende, elle a restreint sa pratique. Le sursis à exécution que la Commission accorde aux entreprises est désormais soumis à une double condition. Ces dernières doivent accepter de payer les intérêts¹ pour la période de suspension et fournir une garantie bancaire couvrant le montant de l'amende et des intérêts².

2. Monnaie de paiement

La monnaie dans laquelle doit se faire le paiement de l'amende pose, en droit communautaire, un problème particulier. Les montants limites des sanctions sont exprimés dans le règlement 17 en unités de compte. Avant l'établissement du Système monétaire européen et de l'écu³, la Commission et la

1. Les amendes portent intérêts de plein droit à compter de l'exigibilité du paiement, au taux appliqué par le Fonds européen de coopération monétaire à ses opérations en écus, le 1er jour ouvrable du mois au cours duquel la décision a été adoptée, majorée de trois points et demi. Voir par ex. Meldoc 10,5%, J.O.C.E. 1986, L.348/50, Fatty Acids 10,75%, J.O.C.E. 1987, L.3/17, Verre plat 11%, J.O.C.E. 1989, L.33/44

2. C.J.C.E. ord. du 6.5.1982, aff.107/82R, AEG, Rec., p.1549, att.6, et du 7.5.1982, aff.86/82R, Hasselblad, Rec. 1982, p.1555, att.3.

3. Les amendes et astreintes sont exprimées en unités de compte. Elles avaient originellement une valeur différente suivant les champs d'action de la Communauté, soit en l'espèce une valeur de 0,88867088 grammes d'or pur, qui représentait la valeur du dollar U.S. avant sa dévaluation de 1971 (art.18 des règles budgétaires du 15.11.1960, J.O.C.E. 1960, 1939/60). La valeur de l'U.C. était donc de 3,66 D.M., 5,554 Ffr. et 0,4166 livres jusqu'en 1977.

(Footnote continues on next page)

Cour étaient nécessairement amenée à déterminer le montant de l'amende en une monnaie nationale¹. Or, en cas d'activité économique et financière répartie sur plusieurs Etats membres, ou d'entreprise étrangère, les conséquences du choix de la monnaie pouvaient varier de façon considérable. Le problème s'est posé pour la première fois dans l'affaire de la Générale sucrière². Les deux sociétés à qui la Commission avait infligé une amende, estimaient que le montant de celle-ci était déterminée uniquement en unités de compte et que les montants en monnaie nationale indiqués par la Commission n'avaient qu'une valeur indicative. A l'époque, l'unité de compte utilisée par la Commission et la Cour pour fixer le niveau des amendes était la parité-or datant de 1973. En se basant sur la contre-valeur en lires italiennes, les sociétés en question réalisaient une économie de 30 à 40% par rapport aux sommes demandées en monnaie nationale³. La Cour de

(Footnote continued from previous page)

Depuis le 1.1.1981 et l'établissement du Système monétaire européen, l'U.C. est appelé ECU (European Currency Unit), et est défini comme un panier des monnaies des Etats membres. Voir les règlements du Conseil n°3180, J.O.C.E. 1978, L.379/1, 3308/80 J.O.C.E. 1980, L.345/1, déc. du 19.12.1980, J.O.C.E. 1980, L.349/27. En juin 1991, un écu valait 6,697057 F.fr., 0,698934 L.st. et 2,05468 D.M.

1. Maintenant, la conversion est un simple jeu d'écritures comptables qui n'entraîne plus de différence selon les monnaies concernées.

2. C.J.C.E. arrêt du 9.3.1977, aff.41, 43-44/73, Générale sucrière, Rec. 1977, p.445.

3. Elles s'acquittèrent de leur dette fixée à 80.000 u.c. sur la base de 1 u.c. = 625 lires (parité or 1973) alors que le taux de change était de 1 u.c. = 993 lires. Pour la Commission, la société condamnée à 44.335,20 F.fr. restait encore redevable de 144.510,20 F.fr.

justice, saisie d'un recours en interprétation de l'arrêt rendu considéra que "L'étendue des dettes est déterminée par le montant fixé dans la monnaie nationale de chaque entreprise, les montants en unités de compte n'étant indiqués qu'en vue de permettre le contrôle du respect du cadre à l'intérieur duquel les amendes doivent se situer. Toutefois, la Commission, sans y être obligée, est habilitée à accepter le paiement dans une monnaie nationale de la Communauté autre que celle indiquée dans la décision, la conversion de l'une de ces monnaies dans l'autre devant se faire selon le taux de change libre applicable à la date de paiement."¹ La question fut de nouveau abordée dans l'affaire *United Brands*², dans laquelle la Commission n'avait pas exprimé en monnaie nationale, l'amende infligée à la société mère américaine et à sa filiale hollandaise. Contre l'opinion de l'avocat général H. Mayras³ qui proposait de considérer l'unité de comportement sur le marché de la société mère et de ses filiales et d'exprimer le montant de l'amende en dollars U.S, la Cour choisit le florin néerlandais c'est à dire la monnaie nationale de l'entreprise requérante dont le siège est dans la Communauté. Désormais, la Commission libelle fréquemment ses décisions en écus, sans autres spécifications.⁴

III. Exécution forcée des décisions

L'exécution des décisions de la Commission obéit à des modalités différentes suivant le but recherché. Peu de difficultés sont rencontrées en pratique.

1. C.J.C.E. arrêt du 9.3.1977, aff.41, 43 et 44/73, Générale sucrière, Rec. p.445.

2. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff. 27/76, Rec. 1978, p.207.

3. Rec. 1978, p.318.

4. C.-S.Kerse, op. cit., p.231.

1. Délais d'exécution

Une première question à se poser, qui n'est pas réglée par le règlement 17, tient au moment et au délai à partir desquels il doit être mis fin à l'infraction. En principe, lorsque la Commission constate une infraction, elle doit la faire cesser le plus tôt possible dès la notification au destinataire. Elle ne peut accorder des délais transitoires que si, pour des raisons objectives, il n'est pas possible de mettre immédiatement fin à l'infraction ou qu'une telle cessation immédiate entraînerait des inconvénients disproportionnés pour les intéressés et les tiers¹. Dans sa décision Gema², pour tenir compte des délais et autres conditions prévues par le droit allemand, l'entreprise eut un délai de six mois pour modifier ses statuts et contrats de cession tandis que, pour le reste, la cessation des comportements illicites devait être immédiate. Dans l'affaire Continental Can³, l'entreprise s'est vue enjoindre de soumettre dans un délai de six mois, des propositions de déconcentration, la dissolution immédiate de la concentration illégale s'étant révélée techniquement irréalisable.

En tout état de cause, l'exécution des décisions de la Commission ne pourra intervenir après un délai de cinq ans. Le délai de prescription part du jour où la décision est devenue définitive⁴. Il est interrompu par la notification d'une décision modifiant le montant initial de la sanction ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification et, par tout acte de la Commission, ou d'un Etat membre agissant à la demande de celle-ci, visant au recouvrement forcé de la décision⁵. Elle

1. Voir les critiques de Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.370, à propos des décisions CRN, Cimbél, Gisa, Wea-Filipacchi dans lesquelles la Commission n'a pas fixé de délai.

2. Déc. du 2.6.1971, J.O.C.E. 1971, L.134/15.

3. Déc. du 9.12.1971, J.O.C.E. 1972, L.7/25.

4. Art.4 du règlement 2988/74.

5. Article 5 du règlement 2988/74.

est suspendue aussi longtemps qu'une facilité de paiement est accordée ou que l'exécution forcée est suspendue en vertu d'une décision du Tribunal ou de la Cour de Luxembourg.¹

2. Recouvrement forcé des sanctions pécuniaires

L'article 192 du traité reconnaît, aux décisions emportant une obligation pécuniaire, la valeur d'un titre exécutoire².

"L'exécution forcée est régie par les règles de procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu³. La formule exécutoire est apposée, sans autre forme de contrôle que l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des Etats membres désignera à cet effet, et dont il donnera connaissance à la Commission et à la Cour de justice"⁴. En conséquence, le juge de l'exécution ne pourra en aucun cas adopter des mesures de caractère suspensif qui sont de la seule compétence de la Cour de justice de Luxembourg. Lorsque l'entreprise condamnée n'a pas de biens ou d'avoirs dans la Communauté, la Commission devrait intenter une action devant les tribunaux étrangers ou faire percevoir les sommes dues par les agents de l'Etat dans lequel l'entreprise est établie. Cette solution implique qu'une convention internationale ait été conclue en ce sens⁵.

3. Exécution des injonctions

1. Idem, art.6.

2. Au contraire, en droit allemand, l'article 85 du GWB énonce que les certaines décisions du Bundeskartellamt, notamment celles imposant des amendes, nécessitent une décision judiciaire pour être exécutoires.

3. Le cas échéant, les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour permettre l'exécution forcée des actes de la Commission, conformément à l'article 192 du traité.

4. Article 192 §2 du Traité CEE.

5. L.Idot "Le contrôle des pratiques..", préc. cit., p.707.

La seule situation véritablement délicate risque de survenir lorsque la décision concerne une firme située en dehors du Marché commun. Le pouvoir même de prononcer l'injonction est d'ailleurs contesté.¹ Non seulement de telles décisions semblent en général unanimement condamnées² mais de plus certains Etats ont adopté des dispositions leur niant toute efficacité³. Au contraire, dans la Communauté même, l'entreprise ne peut se retrancher sous un quelconque motif, notamment derrière sa législation nationale, pour échapper à l'exécution de la décision. Dans l'affaire Grundig-Consten⁴, la Commission avait fait injonction aux entreprises de ne pas utiliser les droits nationaux relatifs à la marque. La Cour confirme la validité de la décision au motif que le système communautaire "constitué par des règles d'efficacité immédiate et qui s'imposent directement aux individus (..) n'admet pas l'emploi abusif de droits découlant de l'un ou de l'autre droit national des marques". De même, en matière de concentration, la "clause des intérêts légitimes" autorise l'Etat membre à interdire une opération de concentration ou à lui ajouter des conditions et charges : Elle ne lui permet pas d'autoriser une opération interdite par la Commission. A cet égard, on peut mentionner une particularité du droit allemand. Le ministre fédéral de l'Economie a le pouvoir d'autoriser une opération de concentration qui a préalablement fait l'objet d'une interdiction de l'Office fédéral des Cartels "si les avantages qui en résultent pour l'économie en général, excèdent les

1. Voir L.Idot, note sur l'arrêt du 27.8.1988 "Entreprises de pâte de bois", R.T.D.E. n°2, 1989, p.359.

2. L.Idot, "Le contrôle des pratiques..", préc. cit., p.708, citant la résolution 7a du rapport de la 55e conférence de l'International Law Association, de 1972, selon laquelle une telle injonction devrait être retirée...

3. L.Idot, idem, se référant aux art. 31 §5 et 31 §6 de la loi canadienne et à l'art. 1 de la loi britannique "Protection of Trade Interests Act".

4. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56-58/64, Rec. 1966, p.429.

inconvenients qu'elle entraîne sur le plan de la concurrence, ou si elle trouve une justification dans un intérêt prépondérant de la collectivité". Par contre, le ministre ne dispose pas du pouvoir d'interdire une opération de concentration jugée irréprochable par l'Office. Cette disposition s'explique dans la mesure où ce dernier n'a pas pour mission de mettre en oeuvre une politique économique mais d'appliquer une loi protectrice de la liberté.

Il reste que l'entreprise peut toujours demander à la Commission d'amender sa décision¹. Dans l'affaire Gema², l'entreprise disposait d'un délai de six mois pour exécuter la décision de la Commission mais celle-ci accepta une solution alternative proposée par l'intéressé.

4. Exécution des décisions ordonnant une mesure provisoire

L'exécution des mesures provisoires prononcées par la Commission de Bruxelles ne paraît pas évidente. Si l'un de ses membres³ a pu affirmer que, comme n'importe quelle décision prise en vertu de l'article 3 du règlement 17, une décision ordonnant une mesure provisoire était exécutoire d'office, selon Focsaneanu⁴, l'exécution forcée d'une telle décision apparaît impossible. Cet auteur fait remarquer que l'article 192 du traité⁵ ne serait pas applicable en l'espèce puisque la Commission n'a pas le pouvoir d'infliger des astreintes pour faire respecter ses injonctions et ne peut allouer des dommages-intérêts. Il estime en conséquence, que "les tribunaux nationaux

1. Voir dans ce paragraphe au I, 2, la modification des décisions de la Commission.

2. Déc. des 2.6.1971 et 6.7.1972, J.O.C.E. 1971 L.134/15, et 1972, L.166/22.

3. J.Temple Lang, "The powers ..", préc. cit., p.58.

4. op. cit., p.301.

5. "Les décisions du Conseil ou de la Commission qui comportent, à la charge des personnes autres que les Etats, une obligation pécuniaire forment un titre exécutoire".

ne pourront que refuser d'accorder l'exequatur aux décisions de la Commission comportant des mesures provisoires ou conservatoires.

Cette dernière analyse, qui n'a jamais été testée en pratique, semble exagérée. Comme le fait remarquer V.Korah¹, les entreprises choisiront en règle générale d'exécuter volontairement les mesures provisoires ordonnées par la Commission dans la crainte que celle-ci ne prononce, lors de sa décision au fond, une amende particulièrement élevée. Seulement en présence de points de droit à éclaircir, l'entreprise peut être tentée de résister à la décision.

1. "Commission has power ..", préc. cit., p.139.

Section 2. Le règlement amiable des affaires de la concurrence

Si la déformalisation du droit processuel de la concurrence est regardée par certains¹ comme une conséquence regrettable d'une application trop rigide des règles substantielles, le droit de la concurrence est une branche du droit où, traditionnellement, l'arbitrage et la conciliation ont une importance considérable.² Néanmoins, les critiques qui ont été formulées en la matière conduisent à une tentative de formalisation des pratiques officieuses. Est-ce justifié ?

Pour répondre à la question, il faut se reporter aux raisons qui poussent les entreprises à négocier les dossiers de la concurrence, aux règles adoptées et aux résultats qui en découlent.

§ 1. Les bases de la procédure informelle

Les négociations entre la Commission et les entreprises intéressées ne sont pas prévues par les textes communautaires de la concurrence, si ce n'est la mention faite par le règlement 4064/89. Dans certaines législations, notamment britannique, une place considérable est au contraire aménagée pour le règlement amiable des affaires. Quelles sont donc les bases de la procédure informelle dans les procédures communautaires ? Pourquoi, et comment, négocier avec la Commission ?

1. Voir R.Kovar, "Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison", R.T.D.E. 23(2), avr.-juin 1987, p.254.

2. E.Blankenbourg et Y.Tanigushi, "Informal alternatives to and within formal procedures, in The Eighth World Conference on Procedural Law - Justice and Efficiency, Ed. W.Wedekind. Kluwer 1988, p.354.

I. Pourquoi négocier avec la Commission ?

Malgré les conseils proférés par plusieurs auteurs de ne pas se contenter d'un classement non formalisé d'une affaire, en raison de la désagréable incertitude ainsi entraînée, la procédure informelle occupe une place prépondérante en droit de la concurrence. Ce phénomène s'explique-t'il par les seuls avantages que retirent les entreprises par rapport à la procédure officielle ?

1. Importance des négociations

Sauf en cas d'accords particulièrement importants où une décision formelle est explicitement souhaitée par les parties,¹ les entreprises demandent invariablement à la Commission d'envisager le règlement des affaires qui lui sont notifiées sur une base informelle. De fait, dans les dernières années, approximativement 96% des affaires en droit de la concurrence se sont terminées par une transaction informelle alors que 4% seulement ont fait l'objet d'une décision². Le dernier rapport annuel de la Commission³ montre que ce déséquilibre s'accroît.

Toutefois, les chiffres donnés par la Commission ne permettent pas de distinguer clairement la façon dont les affaires sont traitées. Traditionnellement, la Commission négociait avec les entreprises et leur délivrait ce qui est devenu les lettres de classement. Plus récemment, la Commission accepte de régler les affaires sur engagement de bonne foi des parties de se conformer aux règles de la concurrence. Ces engagements peuvent d'ailleurs être le préalable à la délivrance par la Commission d'une lettre de classement, mais débouchent normalement sur une transaction ou une suspension de la procédure. Une base commune relie ces différentes "procédures",

1. N.Green, op. cit. p.305.

2. Voir l'annexe B-3.

3. XXe rapport sur la politique de la concurrence, point n°90.

parfois difficile à distinguer puisque, dans chaque cas, des négociations sont menées entre les services de la Commission et les entreprises.

2. Avantages de la procédure informelle

La voie informelle présente des avantages tant pour l'administration que pour les entreprises. Il s'agit avant tout d'un moyen d'économiser du temps et de l'argent. En raison de l'absence d'obligation pour la Commission de prendre une décision formelle dans les procédures d'application des articles 85 et 86¹ et du fait que la non-clôture d'une procédure qui s'éternise est particulièrement insatisfaisante pour les entreprises et les tiers plaignants², il peut s'agir d'un bénéfice considérable. Cependant, il faut noter que les négociations peuvent elles-mêmes se dérouler sur plusieurs mois, voire plusieurs années. Elles peuvent également éviter le prononcé d'une décision et la publicité douteuse qui sera entraînée par sa publication au Journal officiel. Ce dernier argument n'est cependant pas décisif quant au choix de transiger car on constate que le traitement informel des dossiers ne signifie pas nécessairement qu'ils ne seront pas rendus publics par la Commission. Celle-ci a pour usage dans les affaires d'une importance particulière, pour des problèmes juridiques ou du fait du pouvoir économique des entreprises concernées, de faire un communiqué à la presse³. Enfin, si les entreprises ne peuvent éviter une décision, elles peuvent réussir à l'infléchir en négociant avec la Commission. La voie informelle présente de ce point de vue une forme de sécurité

1. Au contraire, l'article 8 §1 du règlement 4064/89 oblige la Commission à prendre une décision de clôture.

2. O. Due, "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence.", C.D.E. 1987, n°4/5, p.63.

3. VIe rapport sur la politique de la concurrence, point 6.

différente de celle que l'on connaissait, mais qui n'en est pas moins tout de même valable.¹

Du point de vue de l'administration, la procédure informelle permet d'alléger la pression pesant sur ses services en raison de la masse importante de demandes d'attestation négative et de notifications adressées par les entreprises. Les négociations peuvent dans certains cas, pallier à une impossibilité pratique à trouver des solutions formelles qui s'avèreraient satisfaisantes. En matière de concentration, où l'adoption de mesures provisoires s'avère particulièrement difficile², le règlement 4064/89 prévoit expressément la conduite de négociations. Selon l'article 8 §2, la Commission prend une décision constatant la compatibilité de la concentration notifiée, "le cas échéant après modifications apportées par les entreprises concernées". En outre, la voie informelle lui permet d'appliquer plus facilement les règles communautaires de la concurrence en obtenant une sorte de ratification de sa politique par les entreprises intéressées. La Commission privilégie ainsi les négociations dans les affaires mettant en jeu les intérêts et l'organisation d'une profession toute entière³. De sorte, si chaque procédure constitue un accord particulier concernant la Commission et une ou plusieurs entreprises privées, elle peut servir à élaborer une doctrine nouvelle. Sur le plan individuel, la solution négociée est aussi moins inadmissible pour celui à qui on l'applique puisqu'il y a collaboré⁴.

1. Idem.

2. Voir R.Cornetta "La Corte di giustizia della Comunità europea e il controllo delle concentrazioni: la difficile lezione americana" sous l'arrêt de la C.J.C.E. du 17.11.1987 dans l'aff. BAT et Reynolds, Foro It., 1989, IV, p.57.

3. Voir par ex., le marché des droits d'auteurs, la déc. Gema du 2.6.1971, J.O.C.E. 1971, L.134., et Bull. n°3-1974, point 2111.

4. M.-A.Sanson Hermitte, op. cit., p.417.

II. Comment négocier avec la Commission ?

Selon la complexité du dossier, les négociations prennent un caractère ponctuel ou massif. Dans les deux cas, elles s'inscrivent dans un schéma de concessions réciproques où l'impact de la hiérarchie est primordial. La possibilité de mener parallèlement la procédure officielle et la place des tiers sont également deux aspects de la question à ne pas négliger.

1. Système de concessions réciproques

Les négociations en droit de la concurrence peuvent se définir comme la recherche commune de la norme applicable, acceptable de la Commission et des entreprises concernées, à partir de points de vue divergeants. Chacune se présente pour négocier avec une position de base comprenant un noyau central sur lequel elle ne voudra pas céder et des données périphériques qui pourront être transigées.¹ En aucun cas, la Commission ne pourra céder sur des principes fondamentaux acquis mais seulement sur des points de faible ou moyenne importance.² A cet égard, la marge de liberté administrative sera d'abord fonction du stade auquel débutent les négociations. Il est certain que si elles interviennent après la communication des griefs, la position de la Commission sera difficilement modifiable. De même, lorsqu'un tiers plaignant est présent, la marge de manoeuvre se trouvera resserée. Il reste qu'en réponse à une appréciation négative de leurs accords, les entreprises peuvent toujours proposer un memorandum de différentes modifications et la Commission donnera sa réponse sur l'adéquation des suggestions. Elle est toujours susceptible d'abandonner sa position de base. En effet, les négociations menées par un nombre de personnes réduit prennent facilement figure de rapport de forces entre les fonctionnaires

1. M.A. Sanson-Hermitte, op. cit. p.394.

2. M.A. Sanson-Hermitte, op. cit., p.392.

de la Commission et les représentants de l'entreprise. Certes, la Commission détient sur le plan psychologique, une position de force incontestable dont certains ont pu dire qu'elle avait tendance à abuser. Si des sociétés particulièrement puissantes peuvent bénéficier du soutien de groupes de pression¹, il existe des risques pour les entreprises moyennes d'être lésées. Se présentant comme insuffisamment armées sur le plan juridique et financier, la Commission peut, à leur égard, jouer à fond la carte de l'intimidation. Il est toutefois à noter que ce rapport de force entre la Commission et les entreprises n'est pas spécifique à la procédure informelle ; il y tient seulement un rôle majeur².

Enfin, il faut souligner qu'eu égard à la faible valeur des lettres de classement ou de la suspension de la procédure officielle par la Commission, de leur caractère succinct, il est primordial pour l'entreprise d'obtenir au cours des négociations, la preuve écrite des concessions accordées par la Commission. Ce n'est qu'à cette condition, que l'entreprise pourra s'en prévaloir, dans l'hypothèse où une décision ultérieure revenait dessus³.

1. Il faut entendre par agissements de groupes de pression, l'action de personnes en mesure d'exercer une influence, engagées à cet effet, qui entreprennent ou sollicitent des membres de la Commission en dehors du cadre de la procédure d'instruction établie, en vue d'obtenir, dans une procédure accusatoire, une issue différente de celle à laquelle devait normalement conduire l'application ordinaire et prévisible des règles de concurrence existantes à un ensemble de faits portés devant la Commission. V. question écrite n°497/84 de M. A.Simpson à la Commission des Communautés européennes, J.O.C.E. n°243/20 du 19.9.1984.

2. Dans l'affaire des Entreprises de pâte à bois, J.O.C.E. 1985 L.85/1, à la suite de la réponse de l'entreprise à la commission, suivant laquelle les prix de transaction différaient de ceux annoncés, la Commission adressa une demande de renseignements au titre de l'article 11. L'entreprise communiqua, en retours, plus de 100.000 factures et notes de crédit.

3. M.-A.Sanson Hermitte, op. cit., p.414.

2. L'impact de la hiérarchie et de la politique

Organisés selon le modèle de l'administration française, les services de la Commission sont fortement hiérarchisés.¹ La structure est la suivante : A l'échelon le plus élevé on trouve le commissaire, puis le directeur général, les directeurs, les sous-directeurs, les chefs de division, les fonctionnaires-conseillers et enfin les adjoints aux chefs de division. Ces derniers correspondent aux "fonctionnaires chargés du dossier" dans la procédure officielle. En règle générale, les entreprises ont pour interlocuteurs un directeur lorsqu'il s'agit d'affaires d'une certaine importance, et du directeur général pour des dossiers exceptionnels.

Même si dans le cadre de la procédure officielle, l'ensemble des décisions se présentent comme une doctrine unique propre à la Commission, le facteur humain est très important. Le changement des Commissaires influe sur la pratique administrative et, dans chaque affaire, chaque fonctionnaire apporte sa dose d'individualisme. Dans les négociations, il s'agit d'un aspect important car l'entreprise, non satisfaite de la position du fonctionnaire avec qui elle discute, pourra tenter de rechercher un appui aux échelons supérieurs. Inversement, le rapporteur chargé du dossier, qui estimerait trop importantes les concessions consenties par un directeur pourra demander l'intervention du directeur général en sa faveur. Cette hypothèse comporte un risque pour l'entreprise qui se voit exposer à un changement possible de négociateur et de durcissement inattendu de la position de la Commission.

1. Les membres du Bundeskartellamt apparaissent par comparaison beaucoup plus indépendants. Le Président ne peut donner d'ordre aux divisionnaires et le ministre de l'Economie ne peut donner des instructions générales qu'à condition d'être publiées au Journal officiel.

Ce danger, qui peut le cas échéant se retourner en avantage, est majoré par le caractère politique de la nomination des commissionnaires qui peut faire douter de leur indépendance¹. Toutefois, la dimension politique du droit de la concurrence, qui sort renforcée par l'entrée en vigueur du règlement sur le contrôle des concentrations et des pouvoirs ainsi attribués à la Commission, est souvent difficile à évaluer en pratique, la partialité des décisions de la Commission étant le plus souvent dénoncée par une presse populiste et nationaliste, pas toujours honnête². Cependant, des critiques sérieuses font état de la différence de traitement infligé aux entreprises en fonction de leur nationalité³ et l'affaire Douwe Egbert-Van Nelle⁴ démontre, sans qu'aucun doute soit permis, la dimension du problème. La prise de position du vice-Président de la Commission, F.Andriessen, qui soutenait que le Benelux ne constituait pas une partie substantielle du Marché commun ne s'explique que par des raisons de politique nationale ; le classement du dossier qui intervint en juillet 1990, en raison de l'entrée en vigueur du règlement 4064/89, le 21 septembre 1991 est également particulièrement incongru.

Cette dimension politique du droit communautaire de la concurrence rend son application peu fiable et nuit à la sécurité juridique des entreprises.

1. Le problème est également très présent au plan national. Par ex. en France, le maintien des pouvoirs du ministre de l'Economie, alors qu'on a accepté la compétence d'un organisme neutre, favorise les négociations en coulisse.

2. Voir par ex. la série d'articles publiés dans le Parisien des 5-6, 7 et 11.10.1991 intitulés "Le mauvais coup du commissaire anti-européen", "Avions : comment Bruxelles a joué contre l'Europe" et "Aérospaciale-Sir Léon: le bras de fer".

3. Voir I.Van Bael "Comment on the EEC Commission's Antitrust Settlement Practice: The Short-circuiting of Regulation 17?", R.S., 1984, n°22, p.70.

4. Voir J.Maitland-walker, "The Unacceptable Face of Politics in Competition Cases", (1991)1, E.C.L.R., p.3.

3. Négociations menées parallèlement à la procédure officielle

Les négociations peuvent intervenir à tous les stades de la procédure officielle en cas d'engagement de celle-ci, même après qu'une décision ait été prise et qu'une entreprise tierce ait ou non porté "plainte". Inversement, des entreprises peuvent vouloir des contacts informels avec la Commission alors qu'aucune affaire n'est engagée mais celle-ci demande invariablement aux entreprises de notifier leurs accords. Dans les affaires particulièrement complexes ou mettant en cause des restrictions à la concurrence plus sérieuses, la Commission peut très bien décider d'utiliser la procédure officielle et, notamment, adresser à l'entreprise concernée une communication des griefs. De fait, l'engagement et la poursuite de la procédure formelle n'interdisent pas un arrangement amiable. Ils peuvent même le faciliter si l'on considère que l'entreprise sera mieux informée de la position de l'administration et ainsi mieux placée pour répondre et, bien entendu, plus pressée d'éviter une décision formelle. La procédure officielle peut ainsi servir de relai quand les négociations échouent. Dans l'affaire IBM¹, la Commission l'a utilisée comme un élément de marchandage pour accélérer la réponse de IBM dans les négociations, et pour encourager un accord effectif : Il était entendu au terme de plusieurs réunions organisées en 1983 et 1984 pour rechercher un arrangement amiable, que la Commission, en l'absence de la conclusion d'un accord avant une date spécifique en 1984, prendrait une décision formelle qui était déjà grossièrement préparée. L'accord fut conclu à l'issue d'une réunion de onze heures avec la Commission.

1. Voir le XVe rapport sur la politique de la concurrence, point 1 et Bull.CE. 7/8-1984, n°118.

Toutefois, au fur et à mesure de l'évolution de la procédure officielle, il sera de moins en moins probable de pouvoir trouver un règlement amiable puisqu'à un stade avancé de préparation de la décision, la Commission se sera forgé une conviction sur l'affaire ¹.

4. La situation des tiers plaignants lors des négociations

La situation des tiers doit être examinée dans un double contexte. D'une part, les procédures officielles d'application des articles 85 et 86 du traité ne permettent pas, à l'échelon communautaire, l'indemnisation des victimes ; d'autre part, la conciliation et l'arbitrage sont traditionnellement prépondérants en droit de la concurrence.

Dans de nombreuses affaires, la Commission en arrive donc à s'effacer devant les négociations menées directement par les parties. Une bonne illustration est fournie avec un dossier de juillet 1987², dans lequel elle avait ouvert une procédure au titre de l'article 86 du Traité CEE contre le fabricant d'instruments de musique Boosey et Hawkes (B &H). Deux entreprises avaient déposé plainte auprès d'elle pour défaut de livraison d'instruments et de pièces de rechange. La Commission adopta des mesures provisoires enjoignant à B &H d'assurer un minimum de livraisons à l'une des plaignantes. Celle-ci accepta de transiger lors de la procédure qu'elle avait engagé devant le Tribunal de Londres parallèlement à l'action devant la Commission qui clôtura la procédure communautaire sur la demande des plaignantes. Il peut également arriver que cela soit l'autorité saisie de l'affaire qui pousse les parties à négocier. Un exemple très net se trouve dans la pratique du Conseil de la concurrence

1. I. Van Bael, op. cit., p.768.

2. Voir "Actualités communautaires", Bulletin mensuel du dictionnaire du marché commun, avril 1988, N°231, p.8.

français, à qui il est arrivé de donner injonction aux parties de renégocier les contrats en cours.¹

Dans le cas de négociations menées principalement entre a Commission et les entreprises coupables d'une infraction aux règles de la concurrence, les droits des tiers sont limités. Leur première difficulté est d'être correctement informés des négociations. Cela n'est guère évident puisque le Bulletin officiel dans lequel la Commission signale à l'attention des observateurs qu'elle classe le dossier ne comporte qu'un résumé succinct. La seconde limite est tracée par la jurisprudence de la Cour². Celle-ci énonce que la possibilité offerte par la procédure administrative de modifier et d'adapter les accords ou pratiques incriminés aux règles du traité "présuppose le droit des entreprises et de la Commission d'entamer des négociations confidentielles en vue de déterminer les modifications susceptibles de faire disparaître les griefs de celle-ci. Un tel droit serait compromis si les plaignants devaient y assister ou être constamment tenus au courant du développement de ces négociations en vue de présenter des observations sur les différentes propositions avancées par l'une ou l'autre partie. Les intérêts légitimes des plaignants sont pleinement sauvegardés lorsque ceux-ci sont informés du résultat de ces négociations au vu duquel la Commission envisage le classement des plaintes." Ces lettres informant les plaignantes du rejet de leur plainte constituent une décision dès lors que lesdites lettres "mettent fin à l'enquête engagée, comportent une appréciation des accords en cause et empêchent les requérantes d'exiger une réouverture de l'enquête, à moins que celle-ci ne fournissent des éléments

1. C.A. Paris (lère Ch. A) arrêt du 5 mai 1988, Gaz. Pal. 7-8 sept.1988, p.12, note O.Douvreleur et J.-P.Marchi.

2. Voir C.J.C.E. arrêts du 29.10.1980, aff.209 à 215, et 218/78, Fedetab, Rec. 1980, p.3239, att.46, et du 17.11.1987, aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4487, att.23 et 24.

nouveaux"¹. Le problème est qu'elles ne garantissent pas que les transactions Commission/entreprises ne se sont pas faites au dépend des victimes.

Pour pallier à cela, la Commission peut chercher une solution amiable pour les tiers, mais il s'agit d'un pis-aller. Dans l'affaire Gema², elle a, hors du cadre de la procédure engagée, proposé et eu des entretiens avec la société Gema suite au classement de sa plainte, en vue "d'examiner d'autres moyens propres à remédier aux conséquences des pratiques contestées ", soit en l'espèce, de modifier ses statuts juridiques.

§ 2. Classement informel sur engagement de l'entreprise

Dans certaines affaires, la Commission a adopté la pratique de suspendre la procédure officielle lorsqu'une entreprise prend de bonne foi, l'engagement de modifier ses accords ou comportements pour se conformer aux règles de la concurrence.

I. L'engagement adopté par l'entreprise

L'entreprise doit démontrer sa bonne foi. Si la Commission considère que les parties, en proposant des modifications de leurs accords, ne cherchent en réalité qu'à gagner du temps, elle prendra une décision formelle d'interdiction. En dehors de cette condition, les engagements susceptibles d'être adoptés par les entreprises sont très variables. Ils peuvent ainsi être pris pour une durée limitée, consister en une mesure ponctuelle ou au contraire permanente. La pratique communautaire offre de nombreux exemples d'engagements adoptés par les entreprises pour que la Commission accepte de mettre fin à la procédure officielle

1. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566, att.12.

2. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Rec. 1979, p.3173.

engagée. Dans une affaire concernant la firme Ford¹, elle reprochait aux revendeurs allemands du réseau d'avoir annoncé par voie de presse qu'ils n'assureraient pas le service de garanties des véhicules achetés dans un autre Etat membre. Elle a classé l'affaire après l'annonce des revendeurs qu'ils ne pénaliseraient pas les acheteurs de véhicules Ford achetés dans d'autres Etats membres. A également entraîné le classement de l'affaire, une simple circulaire adressée par l'association des importateurs allemands de bois, indiquant que les contrats conclus entre les fournisseurs étrangers et les représentations allemandes ne devaient comporter aucune clause limitant les opérations d'importations à certains acheteurs.² De même, la modification d'un accord de licence exclusive conférant certains droits de propriété industrielle à des meubles "design" a interrompu la procédure d'enquête engagée par la Commission dès que les deux parties "sont convenues de considérer les interdictions à l'exportation comme nulles et non avenues".³ L'affaire IBM⁴ constitue toutefois une référence en la matière. La Commission a pris une déclaration indiquant qu'elle suspendait l'enquête diligentée contre IBM pour abus de position dominante, à la suite de l'engagement de la firme en août 1984, de modifier ses pratiques litigieuses dans la Communauté. L'entreprise s'engageait principalement à communiquer à ses concurrents en Europe, sur leur demande, les "interfaces" de ses matériels et logiciels pour les grands systèmes informatiques ainsi que les protocoles d'accès à son réseau "Systems Network Architecture"⁵. L'engagement stipulait, qu'à compter du 1er janvier 1989, IBM avait la possibilité d'y mettre fin moyennant un préavis de un

1. Bull. CE. 6-1983, p.46.

2. Bull. CE. 5-1983, p.27.

3. Bull. CE. 3-1983, p.34.

4. Bull. CE. 7/8-1984, n°118.

5. Bull. CE. 10-1984, p.100.

an. Il s'avère qu'IBM n'a pas fait usage de cette clause et qu'au cours de la période, une vingtaine d'entreprises ont présenté, 66 demandes portant sur plus de 700 questions.¹

Enfin, les engagements peuvent impliquer l'exercice d'une surveillance par la Commission. Dans l'affaire BAT et Reynolds², la société Philip Morris s'est engagée à informer la Commission de tout amendement, modification ou ajout aux accords et à notifier à la Commission, dans les quarante-huit heures, certaines modifications de répartition des parts entre elle et Rothmans International. Elle s'est en outre engagée à mettre en vigueur sur demande éventuelle de la Commission, un accord de séparation des intérêts respectifs de Philip Morris et de Rothmans international sur le marché communautaire de tabac pour une période de trois mois pendant laquelle la Commission pourra réexaminer la situation au regard des articles 85 et 86 du traité.

II. Valeur de la suspension de la procédure pour l'entreprise

La valeur des accords pris sur engagement des entreprises sera analysée à partir des conclusions pouvant être tirées de l'accord passé entre la Commission et IBM³.

Cet accord mentionne qu'il ne constitue pas une décision formelle et qu'il est dénué de toute conséquence légale. Il suspend la procédure sans y mettre un terme. Il est ainsi prévu que l'accord et tous les documents y afférents (correspondances, memorandum et discussions entre les parties et la Commission) ne pourront pas être utilisés de quelque manière que ce soit, tant

1. XVIIIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°78.

2. Voir C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142 et 156/84, Rec. 1987, p.4566, att.57.

3. Bull.CE. 7/8-1984, n°118.

par la Commission que par IBM. Il est même précisé qu'"il est fondamental pour cet accord qu'il ne soit pas applicable par tout autre personne physique ou morale ou toute autre autorité ou institution." Il semble cependant improbable qu'un engagement formel donné par une partie à la Commission et qui a été publié, puisse obliger une juridiction nationale à ne pas en tenir compte d'autant que les accords et documents en question sont publics et non privés et confidentiels. L'admission d'une telle preuve par une juridiction nationale dépendra des règles de l'Etat concerné.

Par ailleurs, les effets d'un tel type d'accord à l'égard de l'administration ne sont pas clairs. Tout manquement à la bonne foi de la part d'une entreprise peut bien sûr être considéré par la Commission comme un acte de mauvaise foi, qui constituera un élément particulièrement important pour la détermination du montant de l'amende lors de la décision finale suivant la réouverture de la procédure. Reste à savoir si la promesse de la Commission de ne pas se servir des termes de l'accord en cas de reprise de la procédure formelle, s'applique à la substance de toute décision ou si cela inclut également sa politique en matière d'amende. Dans le cas d'accords prévoyant qu'une surveillance est exercée par la Commission, les accords peuvent faire l'objet de réajustement périodiques. Si pour la Commission, l'avantage est de renforcer ses possibilités générales de surveillance et de contrôle, de manière à pouvoir éviter que certaines clauses d'accord acceptées par elle ne produisent dans le futur des effets contraires aux règles du traité¹, la charge peut s'avérer très lourde pour l'entreprise.

§ 3. Les lettres administratives

1. Idem, att.58.

Clôturant informellement les procédures en droit de la concurrence, les lettres administratives ont été vivement critiquées pour le manque de sécurité juridique qu'elles procurent aux entreprises. Mais l'intérêt suscité par ce type de règlement des dossiers semble désormais retombé. Est-ce à dire que les problèmes soulevés ont été réglés ?

I. La pratique des lettres de classement

Les lettres administratives correspondent à une pratique très courante de la Commission non prévue par les textes¹. Elles émanent en général d'un directeur ou d'un sous-directeur et consistent à clôturer, sans décision formelle, l'instruction d'ententes susceptibles d'être visées par l'interdiction des articles 85 §1 et 86. Pour être exact, il faudrait discerner les lettres intérimaires² concernant les procédures sur notifications fondées sur l'article 4 du règlement 17, qui indiquent que la Commission, en accord avec les entreprises intéressées, n'estime pas nécessaire de poursuivre la procédure formelle jusqu'à l'octroi d'une décision d'exemption, des lettres de classement dans lesquelles la Commission atteste de l'inapplicabilité des règles du Traité. Plus récemment elle s'est contentée d'indiquer qu'elle n'entendait pas intervenir et qu'elle classe l'affaire sans prendre de décision formelle.

Les seules occasions où la Cour s'est prononcée sur ces lettres remontent aux années 1980, à l'occasion de recours préjudiciels dans le secteur de la parfumerie³. Plusieurs

1. Voir la communication de la Commission au J.O.C.E. n°C 343/4 du 31.12.1982.

2. Voir la communication de la Commission au J.O.C.E. 1983, C 295/6.

3. Voir C.J.C.E arrêts du 10.7.1980, aff.253/78 et 1 à 3/79, Guerlain, sur renvoi du tribunal de commerce aff.37/79, Anne Marty, Rec. 1980, et 99/79, Lancôme, Rec. 1980, p.2327, 2481 et 2511.

dirigeants de sociétés étaient poursuivis pour refus de vente devant des juridictions pénales françaises, à la suite de plaintes avec constitution de partie civile déposées par des détaillants. Les actions reposaient sur l'article 37 §1(a) de l'ancienne ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945¹, réprimant pénalement le refus de "satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou prestations de services n'est pas interdite par la loi ou un règlement d'autorité publique". Les règles nationales étaient donc plus strictes que le droit communautaire. Les prévenus se réclamaient de "l'autorisation" donnée par la Commission de Bruxelles sur la validité des accords sur lesquels reposaient leurs systèmes de distribution sélective. En réalité, les entreprises qui avaient notifié les contrats de concession exclusive et les conditions d'agrément à la Commission de Bruxelles, puis modifié, sur les observations de celle-ci, certaines clauses des contrats, avaient reçu une lettre de la Commission, communiquant "qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard des accords précités en vertu des dispositions de l'article 85 §1 du Traité de Rome. Cette affaire peut dès lors être classée."

1. Dans l'ordonnance du 1er décembre 1986, le refus de vente peut constituer un abus de position dominante (art.8). Il est aussi pénalement sanctionné par l'article 30 quand il s'exerce à l'encontre d'un consommateur.

Cette analyse est critiquée¹ en ce que la Cour ne clarifie pas la question de la nature des lettres de classement et, en raison de ses effets discutables sur les entreprises.

II. Effets des lettres de classement

Les effets des lettres de classement doivent être distingués en droit communautaire et dans les Etats membres.

1. Effets à l'égard de la Commission

Les effets produits par les lettres de classement, à l'égard de la Commission elle-même, n'ont jamais été définis en jurisprudence. La Commission leur reconnaît une simple valeur déclaratoire. Les commentateurs² partagent cette analyse. L'avis que la Commission y exprime ne l'engage pas pour l'avenir mais la lie en ce qu'elle ne pourra, en vertu du principe de la sécurité juridique, réouvrir le dossier si elle ne constate pas une modification des éléments qui ont fondé sa position. Cependant, la lettre de classement n'obéissant pas à l'obligation de motivation de l'article 190 du traité, l'entreprise pourra difficilement démontrer que la Commission ne pouvait s'écarter de l'appréciation faite par ses services sans modification des circonstances de faits ou, que son appréciation n'avait pas été faite sur la base d'indications inexactes. A cet égard, la

1. V.Korah, "Comfort Letters - Reflections on the Perfume Case", E.L.Rev., 1981, P.14-39 ; voir cependant l'article de G. Le Tallec "Une symbiose entre le droit communautaire et le droit national: la distribution sélective des parfums", R.T.D.E. 24(3), juill.-sept. 1988, p.437.

2. Voir la position exprimée par l'avocat général Reischl dans l'affaire L'Oréal n°253/78 et 1 à 3/79, arrêt de la C.J.C.E. du 11.12.1980, Rec. 1980, p.3805, et Lord Mackenzie Stuart, "Legitimate Expectations and Estoppel in Community Law and English Administrative Law", L.I.E.I., 1983(I), p.53.

mention de clôture dans la presse compte moins que l'obtention de documents écrits par l'entreprise.¹

La situation de l'entreprise reste donc fragile. En cas de changement de position apparemment injustifié de la part de la Commission, la charge de la preuve qu'elle devra supporter s'avère très lourde. Les droits des tiers apparaissent encore plus négligés, principalement du fait de l'incertitude dans laquelle les lettres de classement les placent. Elles semblent fortement entraver, si ce n'est vouer à l'échec, toute action de leur part sans qu'il y ait eu une discussion à laquelle ils aient été parties à part entière².

2. Effets à l'égard des autorités nationales

Les lettres de classement ne privent pas les autorités nationales de leurs compétences. Bien au contraire, elles mettent fin à la validité juridique dont bénéficient, à partir de leur notification, les "accords anciens"³. Les dispositions du règlement 17 concernant la nécessité d'une décision de la Commission vis à vis des juridictions nationales ne s'appliquent plus. Reste à savoir si celles-ci peuvent se prononcer sur leur validité au vu des règles communautaires et des règles internes.

La première hypothèse à envisager est celle d'une procédure nationale fondée sur le droit interne.

Refusant d'assimiler les lettres de classement aux attestations négatives ou aux exemptions, la Cour a clairement

1. Voir M.A. Sanson-Hermitte, *op. cit.* p.413.

2. Voir R.Kovar, "le droit communautaire et la règle de raison", *R.T.D.E.*, 23(2), avr.-juin 1987, p.254, et "Efficacité de la répression des ententes et protection des intéressés: un équilibre difficile", *Dalloz*, 1981, Chron.133.

3. Sur la définition des "accords anciens", voir cette thèse, Titre I, ch.I, section 1, §3.

jugé que la prise de position exprimée par la Commission ne fait pas obstacle à l'application des règles nationales par les juridictions ou les autorités administratives¹ : 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 lesquels l'incompatibilité des accords en cause avec l'article 85 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 et n'est pas opposable aux tiers, l'opinion communiquée dans de telles lettres constitue néanmoins un élément que les juges des Etats membres peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords ou comportements en cause avec les dispositions de l'article 85.

Le problème tient à ce que les critères utilisés par la commission pour émettre une lettre de classement sont souvent obscurs² et qu'ainsi la juridiction nationale peut se trouver dans une situation difficile, d'autant plus qu'elle est limitée dans ses compétences au regard de l'article 85 §3 pour apprécier la validité des contrats ou pratiques concernés.

La seconde hypothèse est celle d'une procédure poursuivie sur le seul droit interne.

Lorsque des accords ne bénéficient pas d'une décision d'exemption au titre de l'article 85 §3 du traité, mais d'une

1. Voir C.J.C.E. arrêts du 10.7.1980, aff.253/78 et 1 à 3/79, Guerlain, Rec. 1980, p.3125, att.13, et du 11.12.1980, aff.31/80, L'Oréal, Rec. 1980, 3375.

2. I.Van Bael "The Antitrust Settlement Practice of the EEC Commission", in Antitrust and Trade Policy in the United States and the European Community, Fordhame University School of Law, Barry Hawk Ed, 1985, Ch.33, p.763.

seule lettre de classement, et qu'il n'entrent dans le champ d'aucun règlement d'exemption par catégorie, les autorités nationales ont la possibilité d'appliquer des dispositions du droit interne de la concurrence éventuellement plus strictes que le droit communautaire. La raison est que le droit communautaire et le droit national en matière de la concurrence considèrent les pratiques restrictives sous des aspects différents, ce qui fait que les autorités nationales peuvent agir également à l'égard de situations susceptibles de faire l'objet d'une décision de la Commission. Mais, cette solution peut poser des problèmes d'appréciation divergente du droit de la concurrence dans les différents Etats membres. Consciente de ce risque, la Cour de justice précise donc qu'elle ne saurait admettre une application parallèle du droit national de la concurrence si celle-ci devait porter préjudice à une application uniforme des règles communautaires dans l'ensemble du Marché commun.¹ Le droit communautaire prévaut ainsi sur le droit national mais n'empêche pas son application.

III. La nature des lettres de classement

Quelle est la nature juridique des lettres de classement ? Constituent-elles un acte ou une prise de position suffisante pour interdire un recours en carence ? Sont-elles des décisions au sens de l'article 173 du traité ?

La réponse à ces questions n'a pas été clairement apportée par la Cour de justice et les commentateurs, qui se gardent bien d'adopter des conclusions trop tranchées, sont divisés à ce sujet. Sur le point de savoir, lorsque les conditions de fond se trouvent réunies, si les entreprises peuvent obliger

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1969, aff.14/68, Walt Wilhem c.Bundeskartellamt, Rec. 1969, p.1.

l'administration à leur en délivrer une attestation négative au moyen d'un recours en carence, il faut noter que la question reste théorique en raison de l'attitude modérée adoptée en la matière par la Commission. Pour certains auteurs, ce droit existe indiscutablement¹. Le refus d'accorder une attestation négative constituerait une décision au sens de l'article 173 §2 du traité. Néanmoins, la jurisprudence rendue en la matière² invite à une analyse plus modérée. Il semble qu'une lettre de classement constituera une prise de position suffisante de la part la Commission pour interdire aux entreprises concernées d'introduire un recours en carence³. Sur le second point, la jurisprudence communautaire ne fournit que des éléments de réponse d'ordre négatif : La Cour considère que, pour des raisons procédurales, les lettres de classement n'ont pas la même valeur juridique que les exemptions et les attestations négatives. Elles ne répondent pas aux mesures de publication prévues à l'article 19 §3 du règlement 17/62 destinées à assurer l'audition des tiers⁴. Deux observations s'imposent : D'une part, les termes utilisés par la Commission dans les lettres de classement adressées dans ces affaires de la parfumerie⁵ sont pratiquement les mêmes que ceux définissant l'attestation négative. D'autre part, la Commission a publié désormais au Journal officiel l'essentiel de l'accord ou de la pratique en question, pour permettre aux tiers d'intervenir

1. A. Braun, A.Gleiss et M.Hirsch, Droit des ententes de la CEE, Larcier, Bruxelles, 1977, n°317, cités par R.Kovar, "Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile", Dalloz 1981(I), p.135.

2. Voir cette thèse, IIIe partie, Ch.I.

3. D.K.Livingston and C.J.Sherliker, "Comfort Letters and Articles 85 and 86: Procedure and Jurisdiction", New Law Journal, 12, 1981, p.289.

4. Idem, p.2373, att.11 et 12.

5. Voir C.J.C.E arrêts du 10.7.1980, aff.253/78 et 1 à 3/79, Guerlain, aff.37/79, Anne Marty, Rec. 1980 et 99/79, Lancôme, Rec. 1980, p.2327, 2481 et 2511.

dans le délai fixé par la Commission¹. Son intérêt dans un droit naturel et une procédure équitable laisse d'ailleurs à penser qu'elle suivra une procédure analogue à celle tracée par l'article 19 du règlement 17². Il reste que cette disposition envisage une action positive de l'administration tandis qu'en émettant une lettre de classement, la Commission n'a pas l'intention de prendre une décision. Il en est de même pour la consultation du Comité consultatif, avec lequel la Commission a annoncé vouloir trouver un arrangement pour entretenir des contacts en la matière.³

Il est indubitable que le caractère informel de l'acte n'est pas ce qui conditionne le plus la position juridique de l'entreprise. Le critère pour déceler une décision au sens de l'article 189 du traité est à rechercher dans la substance de l'acte, dans les effets affectant le destinataire. L'analyse doctrinale sur la question débouche sur des conclusions contradictoires, même si l'ambiguïté, l'incertitude des lettres de classement sont unanimement dénoncées. La Commission⁴ et certains auteurs⁵ considèrent qu'elles ne constituent pas des décisions au sens de l'article 189 du traité et sont donc insusceptibles de recours. Le premier argument tient à ce que les lettres de classement émanent de fonctionnaires qui n'ont souvent pas compétence pour prendre seul des décisions et que la forme de l'acte ne peut être assimilée à une décision⁶. Il s'agit là d'un

1. Communication de la Commission, J.O.C.E. 1983, C.295/7. Le délai est en général de un mois.

2. N.Green, op. cit., p.307.

3. XIIe rapport sur la politique de la concurrence, point 30.

4. XIVe rapport sur la politique de la concurrence, point 50.

5. Voir par ex.V.Korah, "Comfort Letters .." préc. cit., p.23-24.

6. Contrairement aux transactions et suspensions de procédure comme dans l'affaire IBM, où il ne fait pas de doute que la décision engage toute la Commission. Bull.C.E., 1984 n°7/8, point 1.

grave problème pour les entreprises qui devraient pouvoir être sûres de la valeur des actes émanants de la Commission, quelque soit le fonctionnaire signataire. Or, il est déjà arrivé dans le passé, que la Commission décide différemment de ce qu'avaient précédemment annoncé ses membres, même de haut niveau¹. Pour d'autres auteurs², les lettres administratives de classement peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Elles présentent des effets contraignants en ce qu'elles dissuadent la Commission de considérer la possibilité d'accorder une exemption sous l'article 85 §3 : Un accord qui aurait bénéficié d'une exemption, mais est ainsi privé d'une exemption formelle, est attaquant devant les juridictions nationales. En outre, les anciennes ententes gagnent après leur notification une validité provisoire mais la perdent après une lettre de classement.

Cette dernière analyse n'est pas sans conséquence. Le juge communautaire devant être mis en moyen d'exercer effectivement son contrôle, la Commission serait dans l'obligation de motiver ces actes. La pratique de celle-ci adhère d'ailleurs à cette hypothèse puisque la Commission indique en règle générale, une raison telle que l'accord ou la pratique notifié tombe dans le champs d'application d'un bloc d'exemption³, qu'il n'est pas susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et d'avoir des effets sur la concurrence.⁴

1. I. Van Bael, op. cit. p.778, se référant à l'aff.71/74, Frubo, Rec. 1975, p.5-63.

2. F.-C. Jeantet, "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence", R.T.D.E., 1986, n°22, p.64, et R.Kovar "Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile", Dalloz 1981, Chron.XIII., N.Green, op. cit., p.311.

3. Voir par ex. la décision de la Commission dans l'affaire AEG Telefunken, 1982, VIIIe rapport sur la politique de la concurrence, point n°78.

4. N.Green, op. cit. p.307.

Mais, quelque soit le recours envisagé, l'entreprise risque d'être forclosé en son action¹. Dans le cas d'un recours en carence, le temps de délivrance de l'acte risque de s'avérer beaucoup trop long. Dans le cas d'une procédure fondée sur l'article 173 du traité, les entreprises se montreront, au moins dans un premier temps, satisfaites d'obtenir une lettre de classement qui ne sera émise par la Commission qu'avec l'accord des parties. Cela ne sera qu'à un stade ultérieur qu'il pourra s'avérer nécessaire à l'entreprise de contester l'acte et il est peut probable qu'à ce moment, l'entreprise soit encore dans les délais pour le faire.

IV. Le constat d'insécurité juridique et les mesures proposées

La Commission a négligé pendant longtemps, le fait que les procédures informelles aient une "valeur juridique" moindre de celle des décisions formelles.² En 1982, soit peu après les affaires de distribution dans le secteur de la parfumerie³, elle reconnaissait⁴ que la sécurité juridique des entreprises en ce qui concerne l'appréciation des contrats au sens de l'article 85 du Traité CEE devait être améliorée. Elle proposait à cette fin, de revaloriser le statut juridique des lettres de classement, de manière à "écarter sinon en droit, du moins dans la pratique, des décisions divergentes des juridictions. Le principal moyen proposé à cet effet était la publication des lettres de classement au Journal Officiel. Cependant, cette mesure ne résout

1. D.K.Livingston et C.J.Sherliker, op. cit., p.289.

2. C.-S.Kerse, op. cit., p.194.

3. Voir C.J.C.E arrêts du 10.7.1980, aff.253/78 et 1 à 3/79, Guerlain, aff.37/79, Anne Marty, 99/79, Lancôme, Rec. 1980, p.2327, 2487 et 2511.

4. Voir la réponse donnée par la Commission à la question écrite n°1508/81 de Lady Elles, J.O.C.E. 1982, n° C85/6.

rien car, si en principe la publication était le critère essentiel de distinction établi par la Cour de justice entre les lettres administratives et les décisions d'attestation négative ou d'exemption, la Commission précise également que la lettre administrative n'a pas la valeur d'une décision susceptible de recours devant la Cour de justice. Il reste qu'il s'agit d'un élément d'information important pour les tiers, qui constitue donc un progrès à leur égard.

La garantie d'une sécurité juridique suffisante serait de résoudre les dissensions entre les droits internes et communautaires contre lesquels les lettres de classement ne présentent aucune garantie. La Commission l'a bien compris et indiquait ainsi s'efforcer, "en étroite collaboration avec les autorités compétentes des Etats membres, de définir des critères uniformes pour l'appréciation des différents accords suivant le droit interne et le droit communautaire des ententes"¹. Certains auteurs² proposent, plus radicalement, de réviser le règlement 17/62 pour permettre aux juridictions nationales de délivrer des exemptions individuelles au titre de l'article 85 §3. En fait, une telle solution enlèverait aux entreprises, un intérêt certain pour négocier au niveau communautaire et présenterait tous les inconvénients d'une décentralisation du droit communautaire de la concurrence.

En conclusion, il faut constater que, dans le cadre des négociations menées avec la Commission, la situation d'une entreprise n'est pas pire que celle objet d'une procédure formelle. Les aspects insatisfaisants pour les droits de la défense sont inhérents au caractère informel de la procédure. La formaliser pour renforcer la sécurité juridique des entreprises serait également lui ôter ses quelques avantages. Or, ce ne sont

1. Réponse donnée par la Commission à la question écrite n°1508/81 de Lady Elles, J.O.C.E. 1982, n° C-85/6.

2. D.K.Livingston et C.J.Sherliker, op. cit., p.288.

pas les seuls inconvénients de la procédure officielle qui poussent les entreprises à s'en contenter, voire à la solliciter, mais un trait du dynamisme particulier du droit économique et il semble donc inopportun de vouloir éliminer cette forme de règlement des affaires¹.

Il reste que la place considérable prise par la procédure informelle fait courir un risque de voir abandonner l'élaboration d'une doctrine cohérente de la part de la Commission et d'une tendance à élaborer un droit "secret". Il est donc indispensable de mieux informer les entreprises de la politique et des critères adoptés par la Commission lors des négociations informelles ; il est également primordial de garder une soupape de sécurité en permettant aux entreprises de rester libres de ne pas céder et d'intenter, le cas échéant, un recours devant le Tribunal de première instance.

1. Par ex. R.Kovar est très opposé à la procédure informelle. "Efficacité de la répression des ententes...", préc. cit.. Voir à ce sujet l'article de O.Due "Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire", C.D.E. n°4/5, 1987, p.383-396, qui propose une codification des règles du droit communautaire ; d'un avis contraire, J.Schwarze "Tendencies towards a Common Administrative Law in Europe", E.L.Rev., 1991, vol.16, p.18.

Conclusion du titre II

La médiocre prévisibilité des règles de la concurrence ne permet pas de garantir une protection juridique efficace aux entreprises. L'application du droit s'avère incomplète et partielle. Les opérateurs économiques sont traités inégalement par la Commission, selon leur puissance et leur nationalité.

Diverses raisons participent à ce constat.

Sans qu'aucunes modifications n'aient jamais été effectuées, les dispositions du Traité CEE de 1957 continuent de s'appliquer. Or, il est patent que les concepts économiques, les réalités commerciales, sociales ont profondément évolué et la Commission sanctionne à présent des types de comportement qu'il aurait été impensable de réprimer il y a trente ans. La fluidité des règles de la concurrence constitue un facteur d'insécurité qui est renforcé par la place prépondérante de la procédure informelle. Les entreprises n'ont pas accès aux critères appliqués par la Commission qui refuse de les systématiser et de les divulguer. Ce constat est encore aggravé par la dimension politique du droit de la concurrence. Elle se ressent quand il s'agit de déterminer la valeur à accorder à la concurrence parmi les objectifs de la Communauté et, encore d'avantage, lorsqu'il s'agit de protéger tel ou tel type d'intérêt national.

Cette dernière observation est d'autant plus préoccupante que le rôle central de la Commission se renforce. Il résulte tant de l'interprétation très large des textes du droit communautaire que de l'attribution de nouveaux pouvoirs pour arrêter des mesures provisoires ou contrôler les opérations de concentration communautaires.

S'il apparaît illusoire de prétendre éliminer toute trace d'inégalité parmi les opérateurs économiques, plusieurs mesures, insuffisantes isolément, peuvent améliorer le traitement des

affaires de la concurrence. La plus évidente, qui est réclamée depuis des années par le Parlement et par la Commission elle-même, consiste à renforcer les effectifs de la DG IV. Elle permettrait ainsi de dissocier les fonctions d'enquêteur, de procureur et de juge qui sont actuellement cumulées par les mêmes services. La Commission s'y oppose pour des raisons matérielles. Une autre mesure, largement commentée par la doctrine et la presse, regarde le développement du rôle des juridictions nationales ; elle ne suppose pas de simples déclarations d'intention mais une harmonisation des différents systèmes juridiques de la Communauté. Si cette dernière est, en elle-même, vivement souhaitable, il faut noter que le traitement national des affaires ne résoudra pas les difficultés rencontrées au niveau communautaire. Il ne fera que les déplacer. Egalement, le renforcement du contrôle du Parlement permettrait d'améliorer l'application des règles de la concurrence. Il faut pour cela que ses interventions soient conçues comme un correctif à l'inéquilibre des forces entre la Commission et les entreprises et se situent là où ces dernières ne peuvent, ou ne veulent pas agir. Il faut, à cet égard, accroître leurs possibilités d'obtenir un contrôle judiciaire rapide et efficace.

Enfin, il faut s'interroger sur la nécessité de codifier d'avantage les règles de la concurrence. Elle apparaît inopportune du point de vue de l'adaptabilité du droit, des difficultés de révision des textes communautaires et des avantages de la voie négociée mais les explications et communications de la Commission n'ont aucune valeur juridique et elles ne peuvent apporter une quelconque sécurité aux entreprises. Les efforts de systématisation des règles devraient donc incomber plus particulièrement aux juges communautaires et au Conseil.



**INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
DEPARTEMENT DE SCIENCES JURIDIQUES**

Rosso
134
I-II

VOLUME 2

**LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES
EN DROIT COMMUNAUTAIRE
DE LA CONCURRENCE**

Bénédicte BEAUCHESNE

Membres du jury :

Prof. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE (Université de Paris X-Nanterre)
Prof. Fausto CAPELLI (Université de Parme)
Prof. Peter MÜLLER-GRAFF (Université de Trier)
Prof. Jürgen SCHWARZE (Supervisor - EUI)
Prof. Jean VERGÈS (Université de Paris I)

Thèse soumise à l'approbation du jury en vue de l'obtention du doctorat de
l'Institut universitaire européen

le 19 décembre 1991.

Harvard University Library



3 0001 0011 3100 4

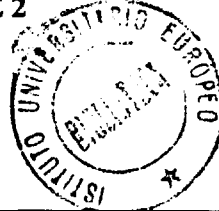
**INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
DEPARTEMENT DE SCIENCES JURIDIQUES**

Rosso
134
I - II

ECr
9

VOLUME 2

BEA



**LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES
EN DROIT COMMUNAUTAIRE
DE LA CONCURRENCE**

Bénédicte BEAUCHESNE

Membres du jury:

Prof. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE (Université de Paris X-Nanterre)

Prof. Fausto CAPELLI (Université de Parme)

Prof. Peter MÜLLER-GRAFF (Université de Trier)

Prof. Jürgen SCHWARZE (Supervisor - EUI)

Prof. Jean VERGÈS (Université de Paris I)

Thèse soumise à l'approbation du jury en vue de l'obtention du doctorat de
l'Institut universitaire européen

Florence, le 19 décembre 1991.

TITRE III. LE CONTROLE JUDICIAIRE

La première condition au maintien des interventions de l'administration dans un cadre strict de légalité est l'existence d'un juge habilité à trancher les différends. A cette fin, l'article 164 du Traité de Rome énonce que "La Cour assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité." Le système de contrôle judiciaire, qui s'inspire très clairement des droits français et allemand, a récemment été l'objet d'une importante réforme avec l'instauration d'un Tribunal de première Instance, désormais compétent pour le contrôle des actes de la Commission. Mais, il faut spécifier que le juge communautaire ne jouit que d'une compétence d'attribution. Toute compétence, qui ne lui a pas été expressément déferée, est exercée par les juridictions des Etats membres. Dans l'ordre juridique communautaire, le juge du droit commun est aussi le juge national.

Offrant une vaste gamme de voies de recours, le système judiciaire communautaire paraît très complet. Il reste que l'efficacité du contrôle dépend d'abord de son accessibilité pour les justiciables. Elle est également fonction des pouvoirs dont le juge est doté et de la manière dont il les met en oeuvre. En dernier lieu, l'efficacité du contrôle s'apprécie à la simplicité, au coût, à la longueur et la connaissance de la procédure, ainsi qu'aux effets des décisions qu'elle génère.

Chapitre I. L'ACCESSIBILITE DU CONTROLE JUDICIAIRE

L'étendue de la protection juridictionnelle des entreprises en droit communautaire est déterminée par les conditions de recevabilité des recours contre les actes de la Commission. Or, dans le Traité de Rome, le droit à agir des particuliers, qui a été distingué de celui des institutions et des Etats membres, désignés comme des requérants privilégiés¹, a été singulièrement restreint par le législateur². Celui-ci s'est en effet montré plus soucieux de favoriser la fonction réglementaire des exécutifs communautaires à qui incombait la réalisation pratique de l'intégration.³ Cependant, il ne faut pas oublier le concept de "l'effet direct" du droit communautaire qui autorise les entreprises à l'invoquer devant les juridictions nationales et qui tempère ainsi les inconvénients résultant des conditions d'accès restrictives au contrôle judiciaire.⁴

Le Traité CEE consacre la double acceptation du principe de légalité en reconnaissant d'une part, le recours en annulation et, d'autre part, le recours en carence. Bien que la Cour ait affirmé que les articles 173 et 175 du traité "ne forment que

1. Voir, à cet égard, C.J.C.E. arrêt du 22.5.1990, aff.C-70/88, Parlement européen c.Cons., Rec. 1990, p.I.2041.

2. M.Fromont, "L'influence du droit français et allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la C.J.C.E.", R.T.D.E. 1966(2), p.64.

3. E.Petersen "L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de justice des Communautés européennes", R.T.D.E., 1966, p.257.

4. Voir J.Schwarze, "The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1988, p.27.

l'expression d'une seule et même voie de droit"¹, la doctrine dominante² discerne dans le recours contentieux de l'article 175, un recours "sui generis". Ces deux voies de droit seront ainsi étudiées distinctement.

Section 1. Conditions de recevabilité du recours en annulation

Le recours en annulation est réglementé par l'article 173 du Traité CEE qui dispose en ses deux premiers alinéas :

"La Cour de justice contrôle la légalité des actes du Conseil et de la Commission, autres que les recommandations ou avis. A cet effet, elle est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un Etat membre, le Conseil ou la Commission.

Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement ou individuellement".

1. C.J.C.E. arrêt du 18.11.1970, aff.15/70, Chevalley, Rec. 1970, p.979. Voir en doctrine J.Boulouis et R.-M Chevallier Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, Paris, Dalloz, 1978, 2e éd., p.293, et les conclusions des avocats généraux qui, en dépit de certaines équivoques, sont dans l'ensemble favorables à la thèse de l'assimilation; cités par R.Kovar "Recours en carence", J.Cl.D.I., Fasc. 161-C, 2e cah. 9, 1980, p.4 n°8.

2. Voir par exemple, R.Kovar, op. cit., p.5, B.Barav, "Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire", R.T.D.E., 1975, p.66, M.-C.Bergerès, Contentieux communautaire, PUF, 1989, p.216.

Techniquement, les conditions de recevabilité doivent être envisagées sous trois aspects différents. Dans quel délai le recours peut-il être engagé, quels sont les actes attaquables et qui sont les requérants admis à agir ? Dans chaque cas, le fait de ne pas satisfaire aux conditions édictées constitue une fin de non recevoir que le juge communautaire peut soulever d'office¹.

§ 1. Délais de recours

Les délais de saisine doivent être suffisamment brefs pour assurer une certaine stabilité juridique aux actes administratifs et le juge n'est pas compétent pour en ordonner la prolongation. Le délai de recours en annulation est fixé par l'article 173 §3 du traité à deux mois et part, suivant le cas, "de la publication de l'acte"², de sa signification au requérant, ou à défaut du jour où il en a eu connaissance"³. En droit français et en droit allemand, on notera que le délai n'est que de un mois. Le recours de pleine juridiction qui comprend nécessairement, "in se", une demande d'annulation doit être formé dans la limite de temps prévue pour cette dernière⁴.

En cas de situation confuse, l'entreprise devra se montrer particulièrement vigilente sur la question : Dans l'affaire Gema⁵, la requérante avait saisi la Cour d'un recours en carence

1. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1989, aff.346/87, Bossi, Rec. 1989, p.303, 332.

2. Suivant l'article 81 §1 du règlement de procédure, le délai ne commence à courir que quinze jours après la publication de l'acte au J.O.C.E.

3. Pour une étude très détaillée, se reporter à P.Olivier "Limitations of Actions before the European Court", E.L.Rev. 1978(3), p.7 et 8.

4. Voir T.P.I. arrêt du 29.5.1991, aff.T-12/90, Bayer, non rep. dans lequel la requérante a été déclarée forclosée. La défaillance de ses services, à l'origine du retard, n'a pas été considérée comme une erreur excusable.

5. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Rec. 1979, p.3200.

dans les délais impartis mais, faute de s'être aperçue assez tôt que la communication qui lui avait été faite par la Commission contenait une prise de position, la société avait laissé s'écouler le délai d'introduction du recours en annulation.

§ 2. Les actes susceptibles de recours

L'article 173 du traité conditionne la recevabilité du recours en annulation intenté par les particuliers au caractère décisoire de l'acte. Bien qu'en règle générale, trois critères sont retenus pour définir une décision, celui tenant à l'organe, celui afférant à la forme de l'acte, celui tenant au contenu de l'acte¹, le législateur communautaire et la Cour de justice n'ont attaché d'importance qu'à ce dernier critère en abandonnant celui plus restrictif du caractère obligatoire prévu à l'article 189 du traité.² Deux catégories d'actes sont essentiellement concernées : celle des décisions qui sont "prises sous l'apparence d'un règlement" et celle des actes de procédure.

I. Le recours contre les décisions prises sous la forme d'un règlement.

Les entreprises peuvent former un recours en annulation contre les décisions prises sous l'apparence d'un règlement, non contre les règlements communautaires eux-même. Toutefois, elles peuvent, si besoin est, s'opposer à leur application en soulevant une exception d'illégalité.

1. Le choix communautaire

1. R.Kovar, "Recours en annulation", J.Cl.D.I. 1980, Fasc. 161-C, 1er cah., p.1.

2. Celui-ci dispose que "la décision est obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne."

L'article 173 du traité admet la recevabilité des recours dirigés contre une décision "prise sous l'apparence d'un règlement". Il s'ensuit que les entreprises ne peuvent attaquer que les seules décisions et que le critère retenu par le législateur lui-même, pour qualifier l'acte, réside dans son contenu, non dans sa forme. Ce refus d'ouvrir aux particuliers une voie de recours contre les règlements communautaires, s'explique par les exigences politiques¹ qui ont conduit le législateur à ne pas vouloir conférer à la Cour de justice une influence démesurée au sein des communautés : Faute d'un pouvoir législatif nettement distinct, les autorités communautaires exercent en fait un pouvoir mi-législatif, mi-réglementaire et le contrôle de conformité des règlements au traité équivaut pratiquement à un contrôle de la constitutionnalité d'actes quasi-législatifs².

Les négociateurs du traité pouvaient en effet choisir entre les différentes techniques utilisées par les législations nationales : La solution est admise en droit français par le biais du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, elle ne l'est pas en droit allemand qui conçoit le contentieux de l'annulation de façon purement subjective. Les recours ont pour objet de mettre fin à un litige entre l'administration et un de ses administrés, seules les mesures individuelles peuvent faire l'objet d'un recours en annulation³. Il faut cependant noter que la solution choisie, en droit communautaire, est plus sévère que celle retenue en droit allemand qui attache un effet suspensif aux recours en annulation permettant plus facilement, au

1. Voir cependant A.Frignani, "Commentaires sur l'arrêt Metro-Saba du 25.10.1977", C.D.E. 1978, n°4, p.467, pour qui il s'agit d'un simple souci d'éviter les manoeuvres abusives et d'émulation.

2. Voir C.J.C.E. arrêt du 16.7.1956, aff.8/55, Fédération charbonnière de Belgique, Rec. II, p.226, 227.

3. M.Fromont, op. cit., p.50.

particulier, de s'opposer à l'application de l'acte tant que sa validité n'a pas été contrôlée par le juge.

L'influence du droit allemand se ressent également dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dans un arrêt du 12 décembre 1962¹, elle distingue le règlement de la décision en jugeant que "les traits essentiels de la décision résultent de la limitation des "destinataires" auxquels elle s'adresse alors que le règlement, de caractère essentiellement normatif, est applicable non à des destinataires limités, désignés ou identifiables mais à des catégories envisagées abstraitement ou dans leur ensemble". En d'autres termes, le critère employé par la Cour, pour définir une décision, est le fait que l'acte en question est appliqué à des individus et non à des situations objectives. Dans un arrêt ultérieur², la Cour reconnaît qu'"il peut arriver qu'un acte, tout en ayant dans son ensemble un caractère réglementaire, contient des mesures qui s'adressent à des personnes déterminées de manière à les individualiser au sens de l'article 173 §2 du traité" ; le recours est toutefois déclaré irrecevable car l'acte ne contenait aucune disposition concernant les intérêts de "certaines personnes déterminées, désignées ou identifiables", il affectait les intérêts de catégories d'utilisateurs et d'opérateurs commerciaux abstraitement envisagés ou caractérisés uniquement par leur participation au marché des produits en cause".

Or, comme le démontre R.Dinnage³, la jurisprudence générée par la nécessité de distinguer la décision des règlements influencera la notion de "personne directement et individuellement concernée" à laquelle fait référence le

1. Aff.16-17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes, Rec. VIII, p.918.

2. C.J.C.E. arrêt du 13.3.1968, aff.30/67, Molitoria et autres c.Cons., Rec. 1968, p.172.

3. "Locus standi and Article 173 EEC: The effect of Metro SB Grossmarkte v.Commission", E.L.Rev. 1979, P.22.

paragraphe 2 de l'article 173 du traité : Dans de nombreux cas, le juge sera en effet tenté d'éviter de définir les mesures attaquées en tant que décisions et de recourir, à la place, au critère de l'exigence d'un lien direct et individuel pour arriver en fin de compte au même résultat¹. Comme on ne peut raisonnablement envisager que le mot "individuel" puisse avoir des significations différentes suivant qu'il soit utilisé pour définir une décision par rapport à un règlement, ou pour déterminer un "intérêt individuel" dans le cadre d'une décision adressée à une autre personne, la conception étroite ainsi retenue se retrouvera pour déterminer les requérants admis à agir.² On peut cependant estimer que cette influence résulte des mêmes sources d'interprétation que la Cour puise dans le droit allemand.

2. L'exception d'illégalité

Si les entreprises ne disposent pas de recours direct contre les règlements communautaires, elles peuvent le cas échéant se prévaloir de l'exception d'illégalité en application de l'article 184 du traité qui dispose : "Nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 173, alinéa 3, toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un règlement du Conseil ou de la Commission, se prévaloir des moyens prévus à l'article 173, alinéa 1, pour invoquer devant la Cour de justice l'inapplicabilité de ce règlement".

L'article 184 du traité est d'ailleurs conçu comme un correctif aux restrictions pesant sur les particuliers dans le cadre du recours en annulation. Dans l'arrêt Simmenthal³, la

1. Voir en ce sens, l'arrêt du 13.3.1968, aff.30/67, Molitoria, Rec. 1968, p.171.

2. R.Dinnage, op. cit. p.22, reconnaît cependant que "la Cour ne peut être blâmée de son approche étroite puisqu'elle ne peut aller au-delà du carcan législatif imposé par le législateur".

3. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1979, aff.92/78, Rec. 1979, p.777.

Cour reconnaît qu'il est "l'expression d'un principe général du droit assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs constituant la base juridique de la décision attaquée". L'interprétation large donnée par la Cour "découle de la nécessité d'assurer un contrôle de la légalité en faveur des personnes exclues, par l'alinéa 2 de l'article 173, du recours direct contre les actes de caractère général, au moment où, elles sont touchées par les décisions d'application qui les concernent directement et individuellement". Même si l'utilité de l'exception d'illégalité a pu paraître limitée en droit de la concurrence¹, elle permet notamment un contrôle indirect des actes tels que les règlements d'exemption par catégorie.

II. Le recours contre les actes de procédure

Si toutes les décisions formelles² constituent des actes susceptibles de recours en annulation, il reste les nombreux actes que la Commission adopte au long de la procédure administrative et qui ne revêtent pas la forme d'une décision selon la définition donnée par l'article 189 du traité.

En délimitant les critères applicables, la Cour est parvenue, par un cheminement original, aux solutions déjà connues des législations allemandes et françaises qui sont identiques sur ce point³.

1. R.Kovar, "L'exception d'illégalité", J.CL.D.I., 1981, Fasc.161-C, 3ème cahier, p.5, n°6.

2. Dans de nombreux cas, le règlement 17/62 prévoit expressément que l'acte par lequel la Commission adopte certaines mesures est une décision susceptible de recours. Voir par exemple l'article 14 §3 en matière de vérification, l'article 11 §6 pour les demandes d'information etc..

3. M.Fromont, op. cit., p.48.

1. Les critères jurisprudentiels

La Cour affirme dans l'affaire des "Cimenteries"¹ qu' on ne saurait tirer de l'absence du terme décision à une disposition du règlement 17/62, "ni du caractère provisoire de la procédure prévue par ce texte, le faculté de procéder par simple avis. Le silence des textes, en une matière qui affecte les garanties des droits des particuliers, ne saurait conduire à une interprétation la moins favorable à ceux-ci". Cherchant ainsi à définir un juste équilibre entre les intérêts administrés et ceux de l'administration, qui s'est régulièrement opposée à l'ouverture d'une voie de recours contre ses actes, la Cour a dégagé deux conditions cumulatives auxquelles doivent répondre les actes de procédure pour faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 173 §2 du traité.

La première condition tient au caractère définitif de la position adoptée : "Lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment aux termes d'une procédure interne, ne constituent en principe des actes attaquables, que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution aux termes de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale."²

La seconde condition regarde les effets juridiques obligatoires de l'acte qui doivent être de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci. Ces actes sont susceptibles de recours car ils constituent "le terme ultime d'une procédure spéciale distincte de celle qui doit permettre à la Commission de

1. C.J.C.E. arrêt du 15.3.1967, aff.8 à 11/66, Rec. 1967, p.93, 131.

2. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-64/89, Automec, Rec. 1990, p.369, att.42.

statuer au fond"¹. En effet, la seule possibilité d'intenter un recours contre la décision finale constatant une infraction ne serait pas de nature à donner à l'entreprise concernée une protection adéquate de ses droits, en ce domaine.

Ces critères, qui obligent parfois à un découpage subtil de la procédure, ont été appliqués à la plupart des actes et le contrôle des concentrations ne pose pas de nouvelles interrogations en ce domaine; toutefois, certaines mesures n'ont toujours pas été examinées par le juge communautaire dans le cadre d'un recours en annulation².

2. Les actes susceptibles de recours en annulation

L'entreprise peut tout d'abord contester, indépendamment de la décision au fond, la légalité d'un acte pris en application de l'article 15 §6 du règlement 17/62 l'informant du résultat négatif de l'examen provisoire d'un accord qu'elle a notifié à la Commission : Il ne constitue pas un simple avis mais un acte par lequel celle-ci a arrêté, de façon non équivoque, une mesure comportant des effets juridiques affectant les intérêts des entreprises concernées et s'imposant obligatoirement à elles. Il suffit, à cet égard, d'envisager l'hypothèse dans laquelle la mesure provisoire serait exclusive de tout recours juridique puisque celle-ci aurait alors pour effet de dispenser la Commission de rendre une décision finale grâce à l'efficacité de la simple menace d'une amende.³

1. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639, att.11.

2. Elle ne s'est pas prononcée sur les lettres de classement. Le problème ayant été étudié de façon détaillée dans le cadre de la procédure informelle, on se reportera au Titre II, ch.II, section 2, §3.

3. C.J.C.E. arrêt du 15.3.1967, aff.jtes 8 à 11/66, "Cimenteries", Rec. 1967, p.93, 131.

Elle peut également demander à la Cour de contrôler la légalité des décisions de communiquer des documents à un tiers car, même s'il est pris pour faciliter l'instruction de l'affaire, l'acte revêt un caractère définitif et est indépendant de la décision devant intervenir sur l'existence de l'infraction; il fait également grief à l'entreprise intéressée en permettant au tiers d'utiliser les documents communiqués.¹ Enfin, les entreprises peuvent engager un recours en annulation contre un acte de rejet d'une plainte² : Il s'agit d'une décision définitive par le fait qu'elle met fin à l'enquête engagée, comporte éventuellement une appréciation des accords en cause et empêche les parties plaignantes d'exiger la réouverture de l'enquête à moins qu'elles ne fournissent des éléments nouveaux. La décision peut ainsi être de nature à affecter les intérêts légitimes du plaignant"³.

3. Les actes insusceptibles de recours

Les entreprises ne peuvent demander l'annulation d'un acte purement confirmatif : Un tel acte n'affecte pas leurs intérêts légitimes puisque, dans cette hypothèse, les effets sont créés par la décision initiale⁴. En principe⁵, les entreprises ne

1. C.J.C.E. arrêt du 24.6.1986, aff.53/85, AKZO, Rec. 1986, p.2607.

2. C.J.C.E arrêts des 11.10.1983, aff.210/81, Demo-Studio Schmidt, Rec. 1983, p.3045; 28.3.1985, aff.298/83, CICCE , Rec. 1985, p.1105; 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4487.

3. Voir par ex. l'aff.210/81, Demo-Studio Schmidt, préc. cit., concernant le refus par la commission de considérer comme une infraction aux articles 85 et 86 du traité, le refus d'admission comme concessionnaire qui avait été opposé au tiers plaignant.

4. Voir C.J.C.E arrêt du 25.10.1977, aff.26/76, Metro , Rec. 1977, p.1975.

5. Voir cependant l'arrêt du 9.10.1990, aff.C-366/88, République française c.Com., Rec. 1990, p.3595, dans lequel la Cour a annulé une instruction intérieure de service de la Commission qui constituait en réalité une prise de position de celle-ci.

peuvent pas non plus intenter un recours contre les mesures d'ordre intérieur telles que les instructions, les circulaires ou les notes, qui "ne produisent des effets que dans la sphère interne de l'administration et ne créent aucun droit ou obligation dans le chef des tiers"¹.

Sont également insusceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, l'acte portant engagement de la procédure administrative² et la communication des griefs par la Commission³. La non-application de l'article 173 du traité à de tels actes pouvait se discuter puisqu'ils interrompent tous deux la prescription prévue au règlement n°2988/74 et que le premier prive de leur compétence les autorités des Etats membres concernés. La Cour fait prévaloir d'autres motifs : En premier lieu, l'interruption de la prescription et la charge de devoir se défendre "ne dépassent pas les effets propres à un acte de procédure et n'affectent pas, en dehors de sa situation procédurale, la situation juridique de l'entreprise concernée". Celle-ci ne perd pas une éventuelle protection contre les amendes et n'est pas obligée à reconsidérer ses pratiques commerciales. En second lieu, les intérêts de l'entreprise concernée ne sont pas atteints par le fait que l'engagement de la procédure met un terme à la compétence des autorités des Etats membres et que la communication des griefs cristallise la position de la Commission.⁴

En raisonnant par analogie, le Tribunal juge, dans un arrêt Automec du 10 juillet 1990⁵, que la communication prévue à

1. C.J.C.E. arrêt du 25.2.1988, aff.190/88, Les Verts c.Parlement, Rec., p.1097, att.8.

2. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639.

3. C.J.C.E. arrêt du 5.8.1973, aff.48/72, Brasserie de Haecht c.Wilkin Jansen, Rec. 1973, p.70.

4. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639, att.17 à 19.

5. Aff.T-64/89, Rec. 1990, p.369.

l'article 6 du règlement 99/63, par laquelle la Commission indique à la partie plaignante les motifs pour lesquels elle n'estime pas devoir donner une suite favorable à sa demande et lui donne l'occasion de présenter ses observations éventuelles, ne faire l'objet d'un recours en annulation car elle "n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits procéduraux de la requérante"¹. Cette décision jurisprudentielle, qui est criticable au regard de la protection juridique du plaignant, tranche une longue discussion doctrinale². Elle illustre l'application particulièrement délicate des critères dégagés par la Cour de justice : Afin de déterminer si la position de la Commission exprimée dans sa lettre est définitive ou non, si l'entreprise se trouve dans le cas prévu à l'article 6 du règlement 99/63 ou, si sa plainte est définitivement rejetée, le Tribunal doit procéder à une véritable "dissection" de la correspondance de la Commission : Il constate que la "lettre attaquée contient, aussi bien des éléments susceptibles de créer l'impression d'une prise de position définitive (...) que, des éléments de caractère provisoire". Plus loin, il relève que le langage utilisé à cet endroit (du dispositif de la correspondance) est moins définitif que celui employé par la Commission dans ses décisions précitées (Demo-Studio Schmidt, CICCE et Bat et Reynolds)".³ Une telle motivation, pour le moins décevante, laisse présager de nouvelles discussions sur la recevabilité des recours en droit communautaire de la concurrence. Mais le débat restera limité car, en raison des

1. Idem, att.58.

2. Cette discussion est étudiée dans le chapitre consacré à la saisine de la Commission.

Voir à ce sujet, Thiesing, Schröter et Hochbaum, op. cit., p.379, J.Temple Lang, "Community Antitrust Law Compliance and Enforcement", C.M.L.Rev. 1981, p.346, et pour un avis contraire, voir les conclusions de l'A.G. M.Caportorti dans l'affaire GEMA du 18.10.1979, Rec. 1979, p.3173, 3196.

3. T.P.I arrêt du 10.7.1990, aff.T-64/89, non rep., att.53 à 54.

règles fixées par le traité que la Cour ne peut outrepasser, le contentieux de l'annulation ne doit pas pouvoir profondément évoluer au travers de constructions prétoriennes¹. Déjà, pour refuser d'ouvrir un contrôle précoce pour certains actes préparatoires de la Commission, les juges de Luxembourg avaient clairement énoncé qu'un tel recours les obligerait "à porter une appréciation sur des questions, sur lesquelles la Commission n'a pas eu l'occasion de se prononcer et aurait ainsi pour conséquence une anticipation des débats au fond et une confusion des différentes phases des procédures administratives et judiciaires. Il serait donc incompatible avec les systèmes de répartition des compétences, entre la Commission et la Cour, et des voies de recours prévus par le traité."²

Il reste que la Cour n'a pas statué sur la question de savoir si, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il s'agit de mesures dépourvues même de toute apparence de légalité³, un recours juridictionnel à un stade précoce peut être considéré comme compatible avec le système des voies de recours prévu par le traité ; comme le relève l'avocat général sir G.Slynn⁴, "La Cour devrait être en mesure d'exercer un contrôle sur les institutions et les fonctionnaires de la Communauté, à quelque stade que ce soit, lorsqu'il est clairement démontré que des actes sont illégaux. Il n'y a guère d'intérêts à ce que des procédures illégales soient poursuivies à grands frais, tant pour la Communauté que pour ceux qu'elles affectent." Il rappelle à cet égard que, dans le droit administratif de certains Etats

1. M.-C.Bergerès, op. cit., p.191.

2. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639, att.20.

3. Voir à ce sujet, les arrêts du 12.7.1957, aff.7/56 et 3 à 7/57, Algera et autres c.Ass.Com., Rec. 1957 p.81,122; et du 26.2.1987, aff.15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, Rec. 1987, p.1005, 1035.

4. Conclusions développées dans l'aff.60/81, IBM, Rec. 1981, p.2639, 2660.

membres, de tels actes constituent une voie de fait, c'est à dire un comportement s'écartant si ouvertement des règles légales qu'il justifie, de la part de celui qui en est victime, le recours immédiat à une mesure d'urgence afin de faire cesser le trouble qui en résulte.¹ Bien que la pratique suivie par la Commission pour appliquer les règles de la concurrence, rende la réalisation de cette situation très improbable, le cas échéant, la transposition d'une telle règle en droit communautaire serait parfaitement concevable.

Il reste donc à signaler une dernière catégorie d'actes qui, de par leur nature, semblent difficilement pouvoir faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice. Il s'agit de la non-opposition de la Commission à une demande d'exemption prévue par un règlement d'exemption par catégorie² : à supposer même que les tiers soient informés de la non-opposition, celle-ci ne donnera pas lieu à la délivrance d'une décision formelle, mais résultera, au contraire, du silence conservé par la Commission dans le délai prescrit. Si la non-opposition a une valeur identique au règlement d'exemption, lui-même inattaquable, il n'en reste pas moins que celle-ci suppose un examen individuel d'une entente déterminée et une prise de position, bien que tacite, de la Commission.³ Il faut noter que la recevabilité d'un recours en annulation est peu vraisemblable ; il ne présente un intérêt que s'il était admis que la non-opposition lie les juridictions nationales⁴.

1. Définition de G.Cornu, op. cit., p.826.

2. Par exemple sur les licences et brevets n°418/85, J.O.C.E. L53 du 22.2.1985, sur les accords de spécialisation n°417/85, J.O.C.E. L.53 du 22.2.1985.

3. Voir M.-C.Boutard-Labarde, "Existe-t'il un droit à la procédure pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle ?", S.J. 1988. 3360, point 29.

4. Idem.

§ 2. Les requérants admis à agir

L'article 173 §2 du Traité CEE permet à "toute personne physique ou morale" de "former un recours en annulation contre les décisions dont elle est le destinataire". Cette notion doit être précisée. En cas de saisine simultanée de la Commission par deux entreprises concurrentes, d'une plainte et d'une notification concernant un même accord, l'administration peut, si elle estime que les faits ne permettent pas de caractériser une infraction aux règles du traité, délivrer une attestation négative à l'entreprise concernée et adresser, à la plaignante, la communication prévue à l'article 6 du règlement 99/63. Dans ce dernier cas, la lettre est certes adressée au plaignant mais elle n'est que le support matériel de l'acte par lequel la Commission exprime sa position.¹ Il reste donc considéré comme un tiers par rapport à l'acte.

Cette conception est déterminante car l'article 173 oblige l'entreprise qui n'est pas le destinataire de l'acte, du fait que la décision a été prise sous l'apparence d'un règlement ou a été adressée à une autre personne, à démontrer, pour pouvoir demander l'annulation de l'acte, que celui-ci "la concerne directement et individuellement".

I. Conditions générales

Même si l'entreprise est le destinataire de l'acte dont elle entend demander l'annulation au Tribunal, elle doit avoir la qualité pour ester en justice. Celle-ci doit, comme pour la notion d'acte attaquant, s'apprécier à la date d'introduction de

1. Voir R.Joliet, "Observations sur l'arrêt du 10.6.1982. Lord Bethell devant la Cour de justice: en avion ou en bateau..?", C.D.E., 1987, 23(4), p.563.

la demande et non au moment du trouble allégué. Le problème n'a pas été posé dans le contentieux communautaire de la concurrence mais la Cour d'appel de Paris¹ a eu l'occasion de rappeler qu'il appartient aux entreprises de saisir le Conseil avant de disparaître du marché concerné. Par contre, aucune limitation n'est établie en ce qui concerne la nationalité des parties et les entreprises étrangères au marché commun disposent du même droit que les entreprises ayant leur siège dans la Communauté².

II. Les entreprises non-destinataires de la décision

Lorsque l'entreprise³ n'est pas le destinataire de l'acte dont elle entend demander l'annulation, elle doit alors démontrer qu'il la concerne directement et individuellement.

L'analyse des conditions, qui a dû être effectuée par la Cour de justice, a notablement évolué au cours des années. Au bout du compte, il s'avère impossible de déterminer avec certitude la teneur exacte de la disposition.

1. L'évolution jurisprudentielle

Décevant l'expectative d'une large application du paragraphe 2 de l'article 173 du traité⁴, la Cour a, dans l'un de ses premiers arrêts relatifs au Traité CEE⁵, défini restrictivement la notion de personne "individuellement concerné" : "Les sujets,

1. Paris, 1ère Ch. 23.2.1989. B.O.C.C.R.F. 3 mars 1989.

2. H.G.Schermers, Judicial Protection in the European Communities, 3rd ed., Kluwer, 1983, p.201.

3. La formule "autre personne" vise également les Etats membres. Voir C.J.C.E. arrêt du 15.7.1963, aff.25/62, Plaumann, Rec. IX, p.197.

4. Il faut relever que dans le cadre du traité CECA, ouvrant plus largement les voies d'accès à la cour de justice pour les particuliers, la Cour avait pu développer une jurisprudence favorable à ceux-ci.

5. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1963, aff. 25/62, Plaumann & Cie, Rec. 1977, p.1875.

autres que les destinataires d'une décision, ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise de manière analogue à celle du destinataire." La définition adoptée par la Cour est directement inspirée du droit allemand qui admet la recevabilité du recours lorsque l'entreprise est atteinte dans ses droits individuels, non dans sa situation légale et réglementaire.¹

Mais cette conception restrictive² allait se révéler trop rigide pour cadrer avec les développements ultérieurs de la jurisprudence, notamment avec l'arrêt Metro du 25 octobre 1977³. Dans cette affaire, la requérante, qui avait été exclue d'un système de distribution sélective organisé par la société Saba, demandait à la Cour d'annuler la décision de la Commission accordant une exemption à Saba. La requérante soutenait qu'elle était directement et individuellement concernée par la décision de la Commission puisque celle-ci avait pour effet pratique de rendre licite le refus de vente qui lui avait été opposé. Or, la décision attaquée, en exemptant le système de distribution sélective de Saba, autorisait l'exclusion de toute personne qui aurait été susceptible d'y participer en raison de son activité commerciale mais qui ne satisfaisait pas aux conditions du système. Il n'était ainsi pas possible de distinguer la société Metro de celle de n'importe quel autre grossiste. Suivant la

1. Voir M.Fromont, op. cit., p.63.

2. Voir sur la jurisprudence de la Cour, A.Barav "Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court", C.M.L.Rev. 1974(11), P.191-198.

3. Aff.26/76, Rec. 1977, p.1975. Certains commentateurs ont parlé de revirement de jurisprudence. Par exemple, selon A.Pliakos, "la Cour a été piégée par sa propre jurisprudence", op. cit., p.207.

définition donnée dans l'arrêt Plaumann¹, la société Metro n'était pas véritablement "individuellement concernée" : L'expression "directement et individuellement" ne peut être appliquée à une catégorie non définie quant à sa nature ou à son nombre, l'adverbe "directement" impliquant une relation causale qui devrait être démontrée dans chaque cas. ²

La Cour admit cependant la recevabilité du recours en annulation de Metro en affirmant qu'"il est de l'intérêt, à la fois d'une bonne justice et d'une exacte application des articles 85 et 86, que les personnes physiques ou morales qui sont, en vertu de l'article 3 §2b du règlement 17, habilitées à constater une infraction auxdits articles 85 et 86 puissent, s'il n'est pas fait droit en tout ou partie à leur demande, disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes"³.

Du point de vue de la technique juridique, cette approche de la Cour est sujette à critiques car l'exigence de protection paraît avoir été déduite de l'existence de la plainte. Bien que Metro ait été le seul plaignant de l'affaire, le fait d'avoir présenté une demande en vertu de l'article 3 du règlement 17/62 ne l'individualise pas légalement et ne le range pas dans une catégorie de tiers dont les droits auraient été affectés de façon différente. Il faudrait donc en conclure que Metro avait le droit à ce que la Commission lui adresse une décision, laquelle n'a pu lui être adressée du fait de l'exemption accordée à Saba. Or, la jurisprudence de la Cour dénie un tel droit aux plaignants. On en revient ainsi au point de départ, à savoir que la notion de personne "individuellement concernée" se base sur les effets précis de la plainte. Comme la plainte n'emporte aucune modification de la situation légale de celui qui la dépose, Metro

1. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1963, aff.25/62, Rec. VIII, p.197.

2. A.Frignani, op. cit., p.467.

3. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1977, aff.26/76, Metro, Rec. 1977, p.1975.

ne pouvait avoir été affecté que par les seuls effets pratiques de la décision de la Commission, comme n'importe quelle autre entreprise qui ne fera cependant pas partie à la catégorie des tiers plaignants.

Du point de vue pratique, l'arrêt Metro constitue indiscutablement à un élargissement du recours en annulation par rapport à la jurisprudence Plaumann¹ mais, paradoxalement, il est perçu par la majorité des auteurs comme une restriction du droit des tiers à un contrôle juridique² : Il excluerait du recours en annulation, toute personne qui, même affectée par un acte, ne saurait être considérée comme faisant partie d'une catégorie formelle prédéterminée, celle des tiers ayant participé à la procédure devant la Commission au titre de l'article 3 ou 19 du règlement 17/62. Cette analyse dominant largement en doctrine, peut-on adhérer à l'opinion exprimée par M.Frignani³, pour qui, la solution correspond à "un choix législatif qui n'implique pas un régime discriminatoire à l'égard de ceux qui n'ont pas participé à la procédure administrative par rapport à ceux qui y ont participé ; tout simplement les premiers se voient imposer la charge de la preuve de leur intérêt à agir, qui est au contraire présumée pour ces derniers" ? Si l'on en croit les sources d'inspiration du législateur et du juge communautaire dans ce domaine, il semble qu'il faille se rallier à l'opinion dominante. En effet, le droit allemand, qui est lui-même guidé par le souci d'instituer un lien entre les garanties de la procédure administrative et la protection juridictionnelle, prévoit en la matière que "l'appel est ouvert aux parties à la procédure devant

1. Voir par ex.R.Joliet, op. cit., p.555.

2. Voir J.Dinnage, op. cit., p.33, A.Pliakos, op.cit., p.207-208, et Pardolesi "Regole antimonopolistiche del trattato CEE e contratti di distribuzione: tutela della concorrenza o dei concorrenti ?", Foro it., 1978, IV, c.82.

3. Op. cit., p.467.

l'autorité de contrôle des ententes"¹.

2. Un résultat incertain

La jurisprudence postérieure à l'arrêt Metro présente un aspect parcellaire marqué et aboutit à une systématisation insuffisante du droit en ce domaine. L'arrêt Lord Bethell² illustre cet "impressionisme juridique" parfaitement regrettable. Dans cette affaire, la Cour se démarque de la formulation donnée à la notion de personne individuellement et directement concernée. Elle rejette le recours en annulation formé par Lord Bethell, membre du Parlement européen et de la Chambre des Lords, contre la communication de la Commission lui signifiant qu'elle n'entendait pas instruire l'affaire sur les éléments qu'il avait dénoncés dans la plainte déposée contre diverses compagnies aériennes pour violation de l'article 85 du traité. En sa double qualité d'usager des lignes aériennes et d'animateur d'un mouvement d'usagers des mêmes services, le plaignant ne se trouvait pas dans la position juridique précise du destinataire actuel d'un acte susceptible d'annulation. La solution rendue, qui paraît avoir été escamotée par la Cour, ne constitue pas une référence en la matière. Il faudrait se reporter à la jurisprudence plus significative qui est intervenue en matière d'aides d'Etat³ ainsi qu'à l'affaire C-70/88⁴. Dans cette dernière, la Cour donne une très large interprétation de la notion de "qualité pour agir en annulation" mais elle concerne

1. Article 62 §2 du GWB.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.6.1982, aff.246/81, Rec. 1982, p.2277.

3. Voir notamment les arrêts de la Cour des 5.10.1983, aff.191/82, Fediol, Rec. 1983, p.2913, du 20.3.1985, aff.264/82, Timex Corporation, Rec.1985, p.849, et du 28.1.1986, aff.169/84, Cofaz, Rec. 1986, p.391, et l'étude de J.Schwarze, "Contrôle juridictionnel des décisions prises en matière d'anti-dumping", D.C.S.I., Parma, 1989, p.557 et 558.

4. C.J.C.E. arrêt du 22.5.1990, Parlement européen c.Cons., Rec. 1990, p.2041.

les institutions et il est difficile de la transposer aux entreprises en matière de concurrence. Deux éléments méritent toutefois d'être relevés. D'une part, la Cour¹, en voulant se référer aux arrêts Plaumann² et Metro³, analyse ce dernier comme la justification de l'ouverture d'une voie de recours pour les tiers plaignants lorsqu'un règlement leur accorde des garanties procédurales les habilitant à demander à la Commission de constater une infraction aux règles communautaires. D'autre part, la notion de "personne individuellement et directement concernée" peut s'analyser à travers le rôle joué par l'entreprise dans le cadre de la procédure précontentieuse. Dans l'arrêt Metro II⁴, la Cour déclare Metro recevable même s'il n'avait pas la qualité de tiers plaignant car il était directement et individuellement concernée au sens de l'article 173 en raison de sa qualité de tiers étant intervenu à la procédure.

Pour conclure, on constatera qu'en dépit de l'importante et intéressante évolution réalisée, la Cour continue de faire référence à ses décisions les plus anciennes et de de présenter sa jurisprudence comme un ensemble logique et cohérent. Cette tentative n'est pas sans conséquence sur le plan de la sécurité juridique des entreprises car l'identification formelle de la règle est rendue plus difficile. Cette démarche apparaît d'autant plus regrettable que, dans ce domaine du droit déjà lacunaire, le règlement 4064/89 soulève de nouvelles questions particulièrement délicates. Dans quelle mesure, les entreprises tierces à l'opération de concentration pourront-elles prétendre être

1. Voir l'arrêt Cofaz du 28.1.1986, Rec. 1986, p.391, att.22 à 24.

2. C.J.C.E. arrêt du 15.07.1963, aff.25/62, Rec. IX, p.197.

3. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1977, aff.26/76, Rec. 1977, p.1975.

4. C.J.C.E. arrêt du 22.10.1986, aff.75/84, Rec. 1986, p.3021, att.20.

individuellement concernées ? Les syndicats peuvent-ils satisfaire aux conditions posées par l'article 173 §2 du traité ? Or, une réponse adéquate à ces questions suppose l'abandon sans faux semblant de la jurisprudence initiale de la Cour.

Section 2. Conditions de recevabilité du recours en carence

Le recours en carence est réglementé par l'article 175 du traité qui dispose : "Dans le cas où, en violation du présent traité, le Conseil ou la Commission s'abstient de statuer, les Etats membres et les autres institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour de justice en vue de faire constater cette violation.

Ce recours n'est recevable que si l'institution en cause a été invitée à agir. Si à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois.

Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour de justice dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions de la Communauté d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis."

Les conditions de recevabilité du recours en carence sont, comme en matière du recours en annulation, beaucoup plus restrictives pour les particuliers que pour les requérants privilégiés, Etats membres ou autres institutions communautaires. On envisagera successivement les conditions tenant à la saisine préalable de la Commission et de la Cour de justice.

§ 1. Saisine de la Commission

L'article 175 §2 du traité subordonne la recevabilité du recours en carence au fait que l'institution en cause ait été

préalablement invitée à agir et qu'elle n'ait pas pris position à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation. L'instauration de ce "recours gracieux" répond à un double objectif : Si l'inaction de la Commission est due à une négligence, le différend sera résolu par l'adoption de la mesure sollicitée et une procédure contentieuse coûteuse sera alors évitée. Si au contraire, la Commission refuse de prendre la mesure en question, la requête permettra de délimiter le litige.¹ Ce faisant, le législateur n'a pas précisé les conditions de validité de la saisine préalable ; il revenait donc à la Cour de justice de les définir quant à la forme et aux délais impartis.

Ces conditions de forme ont été principalement examinées dans le cadre du Traité CECA mais l'argumentation de la Cour est conçue dans de tels termes, qu'elle est transposable à l'article 175 du Traité CEE. L'invitation à agir ne doit pas répondre à des exigences trop formalistes ; il suffit que la demande soit motivée et qu'elle exprime clairement le comportement exigé de l'institution. Le caractère "péremptoire ou comminatoire" doit ressortir², une simple lettre destinée à attirer l'attention de l'autorité sur un fait donné ne fera pas courir le délai laissé à l'administration pour prendre position.³

Le problème de délai et de prescription mérite d'être étudié plus longuement car il regarde les exigences de sécurité juridique que peuvent revendiquer des tiers dont la situation s'est établie et stabilisée à la faveur de l'inaction de ceux qui auraient dû mettre en oeuvre le mécanisme du recours en carence.

1. Voir J.Schwarze, *The Role of the European Court .., préc. cit.*, p.20.

2. Voir C.J.C.E. arrêt du 22.5.1985, aff.13/83, Parlement c.Cons., *Rec.* 1985, p.1513, att.24.

3. Voir A.Barav, *op. cit.* p.56, citant la jurisprudence en matière du Traité CECA et notamment l'aff.8/71, arrêt du 13.7.1971, *Rec.* 1971(5), p.705.

Dans l'affaire 8/71, Royaume des Pays-Bas contre Commission¹, l'avocat général s'était ainsi élevé contre "l'idée d'établir, par voie juridictionnelle, un délai à l'expiration duquel les intéressés seraient forclos du droit de saisir l'administration" car elle heurterait avant tout au principe fondamental de la sécurité juridique et cela, à d'autant plus forte raison que, ni la méthode analogique, ni la méthode de droit comparé², ne permettent de déterminer avec certitude le délai qui pourrait être retenu comme raisonnable". La Cour admit pourtant que les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire, à l'origine des délais instaurés en matière de recours judiciaire, ne pouvaient conduire à des conséquences aussi contraires que l'obligation de saisir la Cour dans un bref délai et l'absence de toute limitation pour saisir la Commission. Pour cette raison, elle estima que tout requérant est tenu d'observer "un délai raisonnable" qui, selon elle, n'était pas respecté en l'espèce puisque l'intéressé avait attendu plus de dix-huit mois avant de présenter une requête préalable.³

De façon quelque peu surprenante, le problème n'a plus été soulevé depuis, bien que, dans l'affaire Gema⁴, la requérante ait attendu plusieurs années avant de saisir la Commission, sans que ce délai ne soit pris en considération pour déclarer le recours irrecevable.

Rappelons, enfin, que la saisine de la Commission marque le point de départ du délai de prescription édicté par l'article 175 §2 du traité : Le recours en carence doit être formé dans un

1. C.J.C.E. arrêt du 6.7.1971, aff.59/70, Rec. 1971, p.639.

2. La notion est connue en droit français sous l'idée de "diligence moyenne".

3. Pour une critique de l'arrêt, voir P.Olivier, op. cit., p.13.

4. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Rec. 1979, p.3173.

délai de deux mois, qui court de l'expiration de la durée de deux mois laissée à la Commission pour agir. On notera qu'en droit allemand, "l'appel est possible sans limitation de délai", si l'autorité administrative ne prend aucune décision.¹

§ 2. La constitution de la carence

Les conditions de recevabilité du recours en carence sont définies de façon particulièrement ambiguë par l'article 175 du traité. Il faut donc se reporter de nouveau à la jurisprudence de la Cour et, en particulier à l'affaire Gema² qui réunit les principales difficultés de la matière, à savoir la notion de prise de position et de manquement de la part de la Commission, l'illégalité de la carence et la définition du destinataire de l'acte.

Les faits de l'espèce sont les suivants : La société allemande de droits d'auteur, Gema, avait porté plainte auprès de la Commission contre trois sociétés de radio-télédiffusion qu'elle accusait d'abus de position dominante. Tenue dans un premier temps informée de la procédure, soit de la communication des griefs et de l'audition des parties, Gema ne reçut plus aucune information pendant quatre années. Après avoir mis la Commission en demeure de prendre une décision formelle, celle-ci lui adressa une lettre lui expliquant pourquoi elle ne donnait pas suite à la plainte et l'invitant à lui présenter ses observations conformément à l'article 6 du règlement 99/63. Considérant que la correspondance n'avait qu'un simple caractère interlocutoire, Gema saisit la Cour sur le fondement de l'article 175 du traité pour voir enjoindre à la Commission de prendre une décision

1. Article 65 §2 du GWB.

2. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Rec. 1979, p.3173.

formelle.¹ Saisie d'une exception d'irrecevabilité, la Cour devait répondre à deux questions principales : La Commission avait-elle pris position au sens de l'article 175 §2 du traité et avait-elle manqué, au sens de l'article 175 §3 du traité, d'adresser l'acte sollicité par Gema ?

I. Le défaut de prise de position ou d'adresser un acte autre qu'un avis ou une recommandation

La réponse aux questions posées ci-dessus dépend pour chacune, du sens que l'on donne à la notion d'acte. Auparavant, il faut mentionner que la procédure de l'article 175 du traité ne peut s'appliquer au refus de la Commission de révoquer un acte car une telle solution permettrait de contourner le délai de recours fixé par l'article 173.²

Suivant une interprétation extensive, l'omission d'arrêter un acte insusceptible d'être assimilé au schéma formel de la décision peut être attaquée par le recours en carence ; réciproquement, la Commission prend position en adoptant une mesure autre qu'une décision impérative. La majorité des commentateurs³ penche pour cette analyse, en estimant que la formulation ne renvoie pas à la seule catégorie des actes obligatoires visés à l'article 189 du traité, pour des raisons terminologiques d'abord, car l'emploi du terme "acte" par le législateur implique qu'il n'a pas voulu circonscrire la possibilité d'intenter un recours en carence aux seules décisions, pour des raisons systématiques ensuite, car il n'est question que d'une abstention de statuer. L'invitation à une

1. La demande en annulation formée par Gema fut déclarée irrecevable en vertu de l'article 42 §2 du règlement de procédure concernant la production de moyens nouveaux en cours d'instance.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.12.1969, aff.10-18/68, Eridania, Rec. 1969, p.459.

3. Voir par exemple, R.Kovar "Le recours en carence", J.Cl.D.I., Fasc.161-C, 2e cah., 9, 1980, n°23.

"prise de position" constituerait ainsi une invitation à agir et non pas à décider.¹

Cette analyse a été critiquée. Pour A.Pliakos², admettre que la Commission puisse prendre position par l'intermédiaire d'un acte provisoire dépourvu d'effets juridiques définitifs, c'est insitutionnaliser une lacune considérable dans la protection juridique des ressortissants communautaires. Il faut déterminer la nature attaquant d'un acte, non en fonction de la nature de l'acte positif demandé mais, selon les effets produits par l'abstention d'adopter un tel acte. Selon A.Barav³, cette interprétation extensive est en contradiction avec l'économie du système contentieux communautaire qui exclut du champ de contrôle de la légalité des actes dépourvus de caractère décisif. Aucune raison ne pourrait ainsi expliquer pourquoi des actes, qui ne sont attaquant par aucune autre voie de droit, pourraient l'être par le recours en carence. L'entreprise ne doit pouvoir exiger que des décisions formelles de la Commission mais celle-ci ne prendra valablement position, au sens de l'article 175 §2, qu'en adoptant une décision susceptible de recours.

La Cour semble considérer que la décision explicite de rejet, le silence de l'institution doivent être appréciés en fonction de l'acte dont l'adoption a été refusée⁴. En d'autres termes, la nature de l'abstention doit être identique à celle de l'acte positif dont elle est supposée être l'homologue⁵. Dans l'arrêt Gema, dont la portée reste limitée⁶, la Cour de justice adopte

1. Voir par exemple les conclusions de l'avocat général Capotorti, dans l'aff.125/78, Rec. 1979, p.3173, 3193.

2. Op. cit., p.202.

3. Op. cit., p.59.

4. C.J.C.E. arrêt du 8.3.1972, aff.42/71, Nordgetreide, Rec. 1972, p.105.

5. R.Kovar op. cit., p.8.

6. Voir M.-C.Boutard-Labarde, op. cit., n°18.

une interprétation extensive de l'article 175 §2 du traité, en considérant que la Commission a pris position en procédant à la communication prévue à l'article 6 du règlement 99/63, rendant ainsi Gema irrecevable en son recours en carence¹. Mais, cette jurisprudence ne donne qu'une orientation générale et il est, pour le reste, patent que le manquement de cette voie du recours n'est pas facile pour la Cour de Luxembourg.

Si, dans l'affaire Kompristenverband², elle a clairement affirmé que l'article 175 du traité ne peut s'appliquer qu'au manquement de la Commission de prendre une décision ou de définir sa position et non à l'adoption d'une mesure différente de celle souhaitée par l'entreprise requérante, elle ne s'est jamais prononcée sur le fait de savoir si une réponse d'attente de la Commission constitue une prise de position bien que la question se soit posée à plusieurs reprises. Dans l'affaire Lord Bethell³, la Commission avait cherché à démontrer que la lettre, qu'elle avait adressée au requérant, ne faisait part que d'une opinion provisoire. Elle s'était réservé la possibilité d'examiner l'affaire plus à fond et de prendre, "si elle constat(a)it que la réalité sous-tendant les pratiques de fixation des tarifs est contraire aux dispositions (...) du traité, les mesures nécessaires". La Commission faisait donc apparaître sa lettre comme une réponse d'attente ouvrant la possibilité d'un recours en carence puisque, loin de fournir au requérant une position définitive, elle le lanterna⁴. La Commission avait en effet intérêt à faire échouer le recours sur la non réalisation de la condition tenant au destinataire de l'acte sollicité puisque, du

1. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, Rec. 1979. p.3173, att.21.

2. C.J.C.E. arrêt du 13.7.1971, aff.8/71, Deutscher Kompristenverband, Rec. 1971, p.705.

3. C.J.C.E. arrêt du 10.6.1982, aff.246/81, Rec. 1982, p.2277.

4. Voir R.Joliet, op. cit., p.555.

même coup, le recours en annulation n'était pas recevable faute d'un acte ayant un caractère définitif.

Une telle attitude de la Commission mériterait certes d'être censurée. Mais, eu égard aux réserves dont la Cour fait preuve pour accueillir les recours en carence, il est peu probable qu'un débat soit engagé à ce sujet.

II. La carence doit constituer une violation du traité

Le recours en carence n'est pas recevable dès que la Commission s'abstient de prendre un acte sollicité. Il faut encore que la Commission ait été dans l'obligation, de part le traité ou le droit dérivé, de prendre l'acte considéré. La question peut essentiellement se poser avec les décisions accordant une attestation négative et les décisions en cessation. En se prononçant sur les secondes, la Cour a estimé que les articles 155 et 89 du traité¹ n'imposaient pas à la Commission d'obligation au sens de l'article 175². Dans les arrêts *Gema*³ et *Lord Bethell*⁴, elle a ainsi déclaré les recours en carence irrecevables car, en s'abstenant de prendre la mesure réclamée, la Commission n'avait violé aucune règle s'imposant obligatoirement à elle. Les requérants n'avaient pas le droit d'exiger une décision définitive sur l'existence de l'infraction: L'article 3 du règlement 17, qui prévoit qu'en présence d'une

1. L'article 155 fixe les attributions générales de la Commission. L'article 89, précise quant aux règles applicables aux entreprises que "...la Commission veille (...) à l'application des principes fixés par les articles 85 et 86. Elle instruit, sur demande d'un Etat membre ou d'office, (...) les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens d'y mettre fin..."

2. C.J.C.E. arrêt du 28.10.1971, aff.15/71, *Mackprang*, Rec. 1971, p.797.

3. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Rec. 1979, p.3200.

4. C.J.C.E. arrêt du 10.6.1982, aff.246/81, Rec. 1982, p.2277.

infraction la Commission "peut" obliger les entreprises responsables à y mettre fin, n'entraîne pas pour le plaignant un droit d'exiger une décision définitive sur la procédure engagée à la suite de la plainte.

Le recours en carence n'est recevable que si l'institution attaquée avait l'obligation d'agir, non lorsque l'administration est libre d'agir et que son omission est imputable à un détournement de pouvoir.

Mais l'arrêt Lord Bethell¹ reste critiquable² car les juges confondent la recevabilité et le fond : Savoir si l'institution défenderesse a violé une obligation relève du fond du litige ; si ce problème devait être tranché au stade de la recevabilité, il ne resterait plus rien à trancher lorsque le fond serait abordé. Cette critique, qui semble parfaitement justifiée semble devoir être circonscrite au cas d'espèce. Dans un arrêt ultérieur³ tranchant un recours en carence engagé par le Parlement européen contre le Conseil, la Cour écarte la fin de non-recevoir du défendeur fondée sur le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour la mise en oeuvre de la politique commune des transports : Cela ne concerne pas "la question de savoir si les conditions spécifiques de l'article 175 sont respectées, mais relève du problème plus général de déterminer si l'absence d'une politique commune dans le secteur des transports peut représenter une carence au sens de cette disposition".

III. Le requérant doit être le destinataire potentiel de l'acte

1. Idem.

2. R.Joliet, op. cit., p.559.

3. C.J.C.E. arrêt du 22.5.1985, aff.13/83, Rec. 1985, p.1513, att.26.

Le recours en carence est, selon l'article 175 §3 du traité, ouvert aux seuls destinataires de l'acte. Le requérant doit-il être le destinataire au sens formel, parce que nommément désigné comme tel dans le dispositif ou, suffit-il qu'il ait été individuellement et directement concerné au sens de l'article 173 §2 du traité ?

Selon une restrictive restrictive défendue par l'avocat général Capotorti¹, les possibilités de former un recours en carence sont plus restreintes que celles d'un recours en annulation : L'article 175, à la différence de l'article 173, ne précise pas la possibilité pour un particulier d'attaquer un acte qui, tout en le concernant directement et individuellement, ne lui est pas adressé. Cette interprétation serait justifiée par la nature du recours en carence qui tend à sanctionner l'abstention illégale d'exercer une compétence² et sert à éviter l'enlisement des procédures. Le recours en carence visant l'obtention d'un acte qui, par sa nature et sa destination, doit être adressé au demandeur, il ne doit pas être étendu aux personnes qui, tout en subissant les effets de l'acte, n'en sont pas les destinataires.

Selon une interprétation libérale proposée par l'avocat général Dutheillet de Lamothe³, la formulation de l'article 175 §3 du traité permettrait de dépasser, tout comme le fait l'article 173 d'une manière expresse, la notion de "destinataire de l'acte". Donner à la notion d'acte susceptible de recours, une portée différente suivant qu'on applique l'article 173 ou l'article 175, ferait, dans certains cas, dépendre l'existence ou l'absence d'une voie de droit du comportement des autorités communautaires saisies d'une demande. Si elles répondent à la

1. Voir ses conclusions dans l'aff.125/78, Gema , Rec. 1979, p.3173.

2. A.Barav, op. cit., p.53.

3. Conclusions présentées dans l'aff.15/71, Mackprang, arrêt du 28.10.1971, Rec. 1971, p.797, 808.

demande, soit en l'acceptant, soit en la rejetant, le recours de l'article 173 serait ouvert à l'auteur de ladite demande, même s'il n'est pas le destinataire de l'acte intervenu ou demandé dès lors que cet acte le concerne directement et individuellement. Si, au contraire, les autorités communautaires ne répondent pas à l'intéressé, il serait, selon la thèse de la Commission, privé de toute voie de droit dès lors qu'il n'est pas le destinataire de l'acte demandé, même si celui-ci le concerne directement et individuellement.

Dans l'affaire *Gema*¹, la Cour a adopté l'interprétation restrictive en déclarant que le requérant doit être dans la position du destinataire potentiel de l'acte sollicité. Dans l'affaire *Lord Bethell*², elle a réaffirmé le principe en déboutant le requérant au motif qu'il ne pouvait intenter un recours en carence contre la Commission, qui aurait manqué de constater une infraction aux règles de la concurrence de la part des compagnies aériennes, car une telle constatation aurait visé les compagnies aériennes et non lui.

Cette solution, qui est très certainement la plus fidèle à la lettre de l'article 175 §3³, a soulevé de nombreuses critiques car elle restreint encore plus drastiquement les conditions de recevabilité du recours en carence que ce ne fut le cas pour le recours en annulation⁴. Surtout, elle aboutit en droit de la concurrence communautaire à une lacune grave puisqu'elle ferme toute voie de recours à l'entreprise qui voudrait remettre en cause l'omission de prendre une décision défavorable à une autre

1. C.J.C.E. arrêt du 18.10.1979, aff.125/78, Rec. 1979, p.3173.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.6.1982, Rec. 1982, p.2277.

3. Pour M.-C.Boutard-Labarde, l'interprétation est erronée car l'acte en cause n'est pas le refus de la Commission de prendre une décision constatant une infraction, mais son refus de rejeter la plainte sous la forme d'une décision destinée au plaignant, op. cit., point 18.

4. Voir, R.Joliet, op. cit., p.555.

entreprise. Pour certains commentateurs¹, elle reste admissible dans la mesure où la protection juridictionnelle des plaignants est assurée par la possibilité d'un recours direct devant les juridictions nationales. Dans cette mesure, il ne faudrait pas craindre une faille dans le système général de protection juridictionnelle des particulier. Mais, même si le renforcement du rôle des juridictions nationales est prôné par bon nombre², le renvoi aux procédures en vigueur dans les Etats membres apparaît regrettable et ce, pour trois raisons. D'une part, lorsque le comportement incriminé a une dimension internationale, l'engagement de procédures au niveau des Etats membres sera particulièrement difficile et compliqué. D'autre part, s'agissant par définition d'un cas où la Commission se refuse d'agir, l'affaire risque de poser des problèmes d'interprétation des normes communautaires et inciter les juges nationaux à utiliser la procédure de demande préjudicielle auprès de la Cour de Luxembourg. Enfin, la diversité des législations nationales appelait d'autant plus une solution exemplaire en droit communautaire.

A cet égard, il faut souligner qu'en droit allemand³, les conditions de recevabilité pour le recours en carence sont moins restrictives que celles prévues en droit communautaire, du moins avec l'adoption d'une interprétation littérale de l'article 175 §3 du traité⁴ : "L'appel est (...) recevable au cas où l'autorité de contrôle des ententes s'abstiendrait de rendre l'ordonnance requise et à l'application de laquelle le demandeur prétendrait avoir droit. Est également considéré comme "défaut de décision",

1. E.Paulis, "La position de la partie plaignante en matière de concurrence", R.T.D.E., 23(4), 1987, p.630.

2. A commencer par la Commission de Bruxelles, voir aussi J.Temple Lang "Community Antitrust Law -Compliance and Enforcement", C.M.L.Rev. (18), 1981, p.340 et s.

3. Article 62 §3 du GWB.

4. Voir E.Paulis, op. cit. p.623.

le fait pour l'autorité de contrôle des ententes de ne pas prendre position, sans motif valable, dans un délai approprié, sur une requête tendant à faire prononcer une décision. Le défaut de décision est alors considéré comme un refus".

En droit anglais, le plaignant ne dispose d'aucun recours en cas d'inaction de l'Office of Fair Trading, d'une part car le pouvoir d'action de l'O.F.T. est conditionné par l'existence d'une atteinte à l'intérêt public et d'autre part en raison de la possibilité pour les particuliers d'une action directe devant les Tribunaux civils.¹ De même, en droit français, l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'a pas réglé le cas d'inaction de l'administration² mais celui-ci reconnaît le droit pour le demandeur d'obtenir une décision du Conseil de la concurrence, qui est susceptible d'un recours en annulation.

1. Idem, p.623.

2. Idem, p.624.

Chapitre II. L'EXERCICE DU CONTROLE JUDICIAIRE

Caractérisé par le nombre très restreint de règles précises auxquelles la Commission est assujettie, le droit de la concurrence communautaire comporte un risque, une potentialité d'arbitraire d'autant plus grand que les préjudices provoqués peuvent être profonds. Des moyens de contrôle appropriés et un degré de contrôle judiciaire suffisamment poussé apparaissent à cet égard un élément de garanties déterminant pour les entreprises.

Le contentieux de la concurrence implique aussi que le juge interprète les règles de droit, voire qu'il en crée de nouvelles. Assurant la défense d'intérêts divergents, ces règles génèrent des conflits que le juge devra résoudre en composant, modelant, la hiérarchie des normes du droit de la concurrence.

Section 1. Le contrôle de la légalité des décisions de la Commission

Le contrôle de la légalité des actes de la Commission vise tant les règles écrites du droit communautaire, que les règles non-écrites. Dans les deux cas, l'irrégularité doit affecter la décision au moment où elle a été prise, les actes postérieurs ne pouvant, par exemple, influencer sur sa validité¹.

1. Voir C.J.C.E. arrêts du 8.11.1983, aff. 96 à 102, 104, 105, 108, et 110/82, IAZ, Rec. 1983, p.3369, att.16 et du 17.10.1989, aff.97 à 99/87, Dow Chemical Ibérica, Rec. 1989, p.3181, att.35 : La Cour juge que le comportement des agents de la Commission au cours d'une vérification, même illicite, n'est pas de nature à affecter la légalité de la décision ordonnant ladite vérification.

§ 1. Les moyens tirés de la violation des règles écrites

Selon l'article 173 §1 du traité, le contrôle de la légalité des actes administratifs exercé par la Cour de justice porte sur l'incompétence, les violations des formes substantielles, la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application et sur le détournement de pouvoir ; en pratique, il est toutefois difficile de catégoriser aussi distinctement les vices pouvant affecter les actes de la Commission.

I. Le contrôle des règles de compétence

L'article 4 du Traité CEE impose à la Commission d'agir dans les limites des attributions qui lui ont été conférées. En droit de la concurrence, le grief tiré de l'incompétence qui n'a, jusqu'à présent, jamais donné lieu à l'annulation d'une décision de la Commission a été invoqué dans trois cas de figure.

Le premier est celui de la délégation de pouvoir ou de signature où, dans plusieurs affaires¹, les entreprises concernées ont contesté la régularité du mandat donné par la Commission à son fonctionnaire. On peut noter que ce moyen pourrait être classé, comme le fait d'ailleurs la Cour, dans les irrégularités de procédure. Le second met en cause les pouvoirs implicites attribués à l'institution. Ceux-ci ont été discutés dans l'affaire Camera Care², dans laquelle la Cour a déclaré que l'article 3 §1 du règlement 17³ donnait compétence à la Commission pour prendre des mesures provisoires. Enfin, le

1. Voir par ex. les arrêts de la Cour du 17.1.1984, aff.43-63/82, VBVB et VBBB, Rec. 1984, p.19, du 23.9.1986, aff.5/85, Akzo II, Rec. 1986(8), p.2585 et 21.9.1989, aff.46/87, Hoechst, Rec. 1989, p.2919.

2. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Rec. 1980, p.119.

3. "Si la Commission constate sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du traité, elle peut obliger par voie de décision, les entreprises (...) intéressées à mettre fin à l'infraction constatée".

contrôle de la compétence de la Commission à prendre une décision peut être effectué d'un point de vue territorial et temporel. L'incompétence a été régulièrement invoquée par les entreprises qui ont leur siège social en dehors du territoire des Etats membres¹ ou encore, qui ont été soumises à des vérifications pour des agissements antérieurs à l'adhésion du pays d'établissement dans le Marché commun².

II. Le contrôle du respect des formes substantielles

Le contrôle de la Cour s'exerce sur les formalités dont l'omission ou l'accomplissement irrégulier a pu exercer une influence sur la décision rendue. Comme l'affirme la Cour dans l'affaire Distillers³, "il n'est pas nécessaire d'examiner les irrégularités de procédure alléguées par la requérante. Il n'en serait autrement que s'il existait une possibilité qu'en l'absence de ces irrégularités, la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent." Dans l'affaire Boehringer⁴, la Cour juge que la communication irrégulière à des tiers de documents couverts par le secret professionnel ne peut entraîner la nullité de la décision de la Commission que si cette irrégularité est susceptible d'affecter les possibilités de la défense de la requérante". Inutile d'insister sur le fait qu'en pratique, l'entreprise concernée rencontrera le plus souvent de grandes difficultés, si ce n'est une impossibilité, à apporter la

1. C.J.C.E. arrêts des 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215; et 6.3.1974, aff.6 et 7/74, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223; et 27.9.1988, aff. 89, 104, 116, 117, 125 à 129, 185/85, Entreprises de pâte de bois, cf. note dans S.J. 1990, n°11, 21428-21429.

2. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff. 97 à 99/87, Dow Chemical Ibérica, Rec. 1989, p.3181, att.61 à 65.

3. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1980, aff.30/78, Rec. 1980, p.2229, att.26.

4. C.J.C.E. 15.7.1970, aff.45/69, Rec. 1970, p.769.

preuve que l'absence d'irrégularité aurait abouti à une décision différente. Par exemple, lorsqu'elle voudra alléguer une violation des règles de consultation et d'audition du Comité, comment pourra-t'elle démontrer que la consultation, si elle avait été régulièrement effectuée, aurait modifié la décision de la Commission alors que l'entreprise n'a pas même la possibilité de connaître le contenu de l'avis rendu par le Comité ?¹

La requérante doit démontrer que la violation des règles de procédure ou de motivation a eu des conséquences préjudiciables à son égard. Dans l'affaire AEG², la Cour admet que le droit des entreprises à être entendues avait été violé mais elle ne considère pas l'infraction comme suffisante pour vicier la décision : Le moyen tiré de la violation des droits de la défense n'a pas (...) de portée générale, en ce qu'il se limite à critiquer des violations concernant quelques cas particuliers, et ne saurait impliquer l'irrégularité de la procédure dans son ensemble. Pour cette raison, bien que la légalité d'un acte communautaire s'apprécie au jour où il a été pris³, l'entreprise ne pourra invoquer un vice substantiel qui aurait été régularisé. Dans l'affaire de l'entente européenne du sucre⁴, certaines entreprises avaient invoqué la violation du principe du procès équitable, du fait de la publication de déclarations de la Commission faisant apparaître comme établies les infractions reprochées. La Cour considère qu'aucun élément du dossier ne permet de présumer que la décision attaquée n'aurait pas été prise, ou aurait eu un contenu différent à défaut des

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, ACF Chemiefarma, aff.41/69, Rec. 1970, p.661.

2. C.J.C.E. arrêt du 25.10.1983, aff.107/82, Rec. 1983, p.3151, att.30.

3. C.J.C.E. arrêt du 7.2.1973, aff.40/72, Schroeder c.R.F.A., Rec. 1973(1), p.125.

4. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, Rec. 1975, p.1663, att.8.

manifestations litigieuses". Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche¹, elle admet également qu'un défaut de communication de pièces, opposé de façon injustifiée par la Commission au cours de la procédure administrative et portant atteinte aux droits de la défense, peut être régularisé au cours de la procédure judiciaire dès lors qu'un "débat contradictoire a pu être et s'est effectivement établi à leur sujet". De même, le non respect du régime linguistique prévu à l'article 217 du traité constitue un vice pouvant affecter la régularité de la notification d'une décision mais non pas de la procédure administrative dès lors qu'il est établi que la requérante a pu utilement prendre connaissance du contenu de la décision.²

Enfin, ce cas d'ouverture du contrôle porte sur le respect des règles de motivation de l'acte. Celles-ci répondent à un double objectif qui est de permettre aux entreprises intéressées de comprendre la portée de la décision prise à leur égard et faciliter un éventuel contrôle ultérieur du juge. La jurisprudence communautaire apparaît très restrictive car elle a développé un concept purement fonctionnel de la motivation : Celle-ci est considérée comme suffisante si elle permet de contrôler l'application exacte des textes en faisant ressortir le raisonnement suivi par l'administration,³. A cet égard, le juge apprécie tant le dispositif de la décision que l'exposé des motifs.⁴ Notons enfin que, contrairement à l'erreur commise par certaines entreprises qui invoque une violation des règles substantielles, "l'examen du point de savoir si la Commission a,

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.461, att.16.

2. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1970, aff.41/69, ACF Chemiefarma, Rec. 1970, p.689.

3. Voir cette thèse, Titre II, ch.II, section 1, §4, I.

4. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, Suiker Unie et autres, Rec. 1975, p.1931, att.122.

ou n'a pas, apporté la preuve de l'infraction alléguée, relève du fond", de même que l'utilisation de certains modes de preuves.¹

Le contrôle du respect des formes substantielles par la Cour de justice est très critiqué². Selon A.Braun³, cette jurisprudence contient une contradiction : Si, comme la Cour l'affirme, les droits de la défense constituent un principe fondamental du droit communautaire, la sanction de leur violation n'est-elle pas nécessairement la nullité absolue, c'est à dire une nullité qui n'est en aucune manière susceptible d'être couverte ? Elle confond les droits de la défense devant la Commission avec les mêmes droits devant la Cour de justice. La Commission pourrait donc impunément ne pas les respecter dès lors qu'ils le sont devant la Cour. La jurisprudence de la Cour est donc loin d'assurer aux droits de la défense le respect dont ils ont besoin. "Considérant que la décision ne peut être entachée de nullité que lorsque les irrégularités procédurales entraînent une illégalité matérielle, la Cour ne semble être disposée d'ajuster la sanction de la violation du droit d'être entendu à la dignité juridique qu'il revêt"⁴.

Ces réflexions doivent être nuancées. Il est en effet impératif qu'un formalisme tatillon ne puisse bloquer l'action administrative alors que le non respect de la formalité n'a pas affecté la position de l'entreprise. Si l'on se reporte aux règles de procédure civile française applicables au domaine de la concurrence, on retrouve les mêmes restrictions qu'en droit

1. C.J.C.E. arrêt du 16.6.1966, aff. 56 & 58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.429.

2. Voir I.Van Bael " EEC Antitrust Enforcement and Adjudication as seen by a Defense Counsel", R.S., sept.1989, N°7, p.20.

3. "Les droits de la défense devant la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes", Revue Internationale de la Concurrence, 1980, p.7.

4. A.Pliakos, op. cit., p.431.

communautaire : "La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public"¹.

III. La violation du traité ou de toute autre règle relative à son application

Ce cas d'ouverture du contrôle de la légalité est suffisamment vaste pour englober les griefs précédents : Par exemple, le défaut de motivation d'un acte est considéré comme une violation des règles essentielles de la procédure mais il pourrait aussi bien ressortir de la violation du traité qui prévoit, en son article 190, l'exigence de motiver. Il est aussi plus complexe qu'il n'y paraît. La violation du traité ou d'une règle relative à son application ne vise pas seulement la contrariété entre deux normes, la décision déférée à la censure de la Cour devant être compatible avec la règle juridique de valeur supérieure. Celle-ci peut d'ailleurs être écrite, prévue par le traité, les règlements du Conseil et de la Commission, ou les conventions communautaires², ou non écrite puisque, comme il sera vu plus loin, "officiellement" du moins, la jurisprudence communautaire n'est pas reconnue comme une source du droit. Par ce moyen, la Cour sanctionne également l'application irrégulière des règles du droit communautaire de la concurrence qui accordent à la Commission l'usage d'un pouvoir discrétionnaire. Or, les causes de nullité énumérées à l'article 173 ne contiennent aucune indication relative à la portée du contrôle que la Cour de justice doit exercer. Comme on le verra, celui-ci se limitera à

1. Voir l'article 114 alinéa 2 du N.C.P.C.

2. Voir à ce sujet, R.Kovar "Ordre juridique des Communautés européennes. Sources et rapports de droit", J.Cl. D.I. Fasc.161-B2, n°28 et svts.

l'erreur de fait ou à l'erreur manifeste qui, selon elle, constitue en elle-même une violation du droit.¹

IV. Le détournement de pouvoir

Emprunté à la jurisprudence administrative française², le détournement de pouvoir est le quatrième cas d'ouverture du contrôle de la légalité prévu à l'article 173 du traité. Il se définit comme l'illégalité consistant, pour une autorité administrative, à utiliser ses pouvoirs dans un but autre que celui qui lui permet de poursuivre la compétence qu'elle exerce³. Le contrôle du détournement de pouvoir n'est pas un contrôle de l'opportunité car, si la Commission possède une certaine marge discrétionnaire quant au but de son acte, elle n'a pas le choix entre plusieurs types de buts et ne doit agir que dans le sens du traité. Par conséquent, le contrôle du détournement de pouvoir correspond à un examen de la régularité du but et non de son opportunité⁴. Il entraîne toutefois un contrôle d'intention, c'est à dire la recherche des mobiles qui ont inspiré l'auteur de l'acte. Cette tâche étant particulièrement délicate, la Cour de justice n'admet qu'avec prudence le moyen tiré du détournement de pouvoir.⁵ Le contentieux du droit de la concurrence n'offre ainsi aucun

1. Voir l'article 87 §4 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal.

2. L.Cartou, op. cit., p.171.

3. G.Cornut, Vocabulaire Juridique, P.U.F., 1987, p.264.

4. B.Asso "Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice", R.M.C. n°2/1976, p.181.

5. Voir l'arrêt de la C.J.C.E. du 11.2.1955, aff.3/54, ASSIDER c.Hte Aut., Rec. 1955, p.127 et les conclusions de l'avocat général M.Lagrange pour une étude comparative du détournement de pouvoirs dans les différents Etats membres. Il conclut que l'absence de valeur commune doit amener le droit communautaire à dégager sa propre notion d'abus de pouvoir.

exemple d'annulation d'une décision de la Commission sur ce moyen bien que celui-ci ait été articulé à plusieurs reprises. Dans l'affaire Akzo du 23 juillet 1986¹, les requérantes avaient invoqué le détournement de pouvoir en se basant sur l'article 20 du règlement 17/62 qui dispose que "les informations recueillies dans le cadre des pouvoirs d'enquête conférés à la Commission ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées". Elles soutenaient que la décision ordonnant une vérification avait été prise pour les punir d'avoir contesté une communication de griefs dans une autre procédure. Faute de preuve, elles ont été déboutées.

V. Le contrôle de l'"inertie" de la Commission

Bien qu'énoncé dans le cadre du recours en annulation, le contrôle de la légalité est en principe, également applicable au contrôle exercé au titre du recours en carence.² Du fait de la spécificité de cette voie de recours, l'entreprise ne peut à l'évidence invoquer l'incompétence de la Commission à prendre l'acte qu'elle aura demandé, pas plus qu'elle ne peut arguer d'une violation des formes substantielles dans une situation où, par définition, la Commission n'a pas statué.

Quant au détournement de pouvoir, deux interprétations sont possibles. Il est exclu si l'on adopte une conception restrictive. Le recours en carence ne peut aboutir que si la Commission était tenue d'adopter un acte, c'est à dire qu'elle se trouve dans une situation de compétence liée³. Elle ne peut dans ce cas se retrancher derrière des difficultés objectives pour justifier de son inertie : "Le degré de difficulté de

1. Aff. 5/85, Rec. 1986(8), p.2585, att.24 ; voir aussi l'ord. du 15.5.1975, aff.71/74R, Frubo, Rec. 1975, p.563, att.15 et 16.

2. H.-G.Schermer, op. cit., p.166.

3. De cet avis, M.-C.Bergerès, op. cit., p.229.

l'obligation faite à l'institution n'est pas pris en considération par l'article 175"¹. Une approche extensive rend possible le contrôle de la carence de la Commission, même si celle-ci est libre ou non d'adopter l'acte, dès lors que son abstention constitue un détournement de pouvoir. Une telle conception doit sans conteste l'emporter. Elle suppose cependant une telle charge de la preuve pour l'entreprise que sa mise en oeuvre apparaît très hypothétique.

La censure de la carence, c'est à dire concrètement de l'illégalité d'une absence de manifestation de volonté, est d'ailleurs elle-même malaisée car elle n'est pas, par définition, concrétisée. Le juriste est ainsi tenté de la rattacher à une décision négative fictive laquelle ne peut être appréhendée comme une décision positive. La mise en évidence de la carence suppose un véritable bouleversement de l'approche prétorienne puisqu'il ne s'agit plus de censurer un comportement illégal reposant sur une initiative de la Commission mais de sanctionner une défaillance fautive. Celle-ci ne peut être établie que par la confrontation d'une décision potentielle à un corps de règles préétablies, comme le traité ou les règlements. La marge de manoeuvres offerte au juge, qui est particulièrement importante, serait paradoxalement à l'origine de sa répugnance à l'utiliser².

Il faut ainsi constater qu'en droit de la concurrence, les recours en carence ont systématiquement été rejetés.

1. Voir l'aff.13/83, Parlement c.Cons., arrêt du 22.5.1985, Rec. 1985, p.1513, att.48. dans laquelle la Cour a déclaré illégale l'abstention du Conseil de prendre des mesures dans le domaine du transport.

2. Voir M.-C. Bergerès, op. cit., p.217.

§ 2. Les moyens tirés de la violation des règles non écrites

Parmi les règles non écrites dont la Cour assure le respect, les principes généraux du droit sont sans conteste les plus importantes. Si on écarte la coutume, dont l'existence n'est pas établie en droit communautaire¹, il reste à s'interroger sur la reconnaissance des règles prétoriennes en tant que normes du droit communautaire.

I. Le contrôle du respect des principes généraux du droit

Pour comprendre la nature et la portée des principes généraux en droit communautaire, il est utile de se reporter à l'analyse plus vaste de H.Buch² : Le principe général n'est ni un axiome, ni un postulat qui requiert l'assentissement de l'auditeur. Produit de la généralisation et de la systématisation des phénomènes, le principe trouve son origine dans la réalité des normes qui régissent un corps social donné, plus précisément dans l'affrontement de la réalité et la systématisation de celle-ci. Ce n'est que lorsqu'il s'est dégagé de celle-ci que le principe devient à son tour la cause qui l'animerait. Les principes généraux sont aussi vieux que les systèmes juridiques eux-mêmes ; mais s'ils constituent une catégorie de la pensée et jouent donc à ce titre un rôle non négligeable, ils constituent par contre une formule vide de contenu et qu'il faut donc remplir. Pour ce

1. Selon R.Kovar, op. cit. n°58, l'existence d'une coutume est très controversée. Les indications indirectes de la jurisprudence de la Cour pour reconnaître une valeur à des éventuelles règles coutumières sont défavorables.

2. "A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs", Miscellanea W.J.Van der Meersch, Tome III, Bruylant 1972, p,419 et 420.

faire, P.Pescatore¹ propose une systématisation en droit communautaire basée sur quatre rapports fondamentaux : la liberté, l'égalité, la solidarité et l'unité. Plus concrètement, il convient de se reporter aux arrêts Stauder² et Internationale Handelsgesellschaft³, dans lesquels la Cour a jugé que "Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté". Par la technique des principes généraux, la Cour contrôle la conformité des actes de la Commission aux droits fondamentaux⁴, c'est à dire les droits qui constituent les prérogatives essentielles de la vie humaine. Avec l'arrêt Nold⁵, elle a ajouté qu'elle doit également tenir compte des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré et coopéré, et notamment par la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950⁶.

Bien qu'en règle générale la doctrine distingue les principes "stricto sensu", définis comme ceux traduisant le plus souvent une exigence de technique juridique et que le juge ne rattache à

1. Voir, "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice", Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant 1972, Tome II, p.330.

2. C.J.C.E. arrêt du 12.11.1969, aff.29/69, Rec. 1969, p.419, 425.

3. C.J.C.E. arrêt du 17.12.1970, aff.11/70, Rec. 1970, p.1125.

4. Par ex. respect de la vie humaine, liberté de conscience, liberté d'opinion, d'action politique...

5. C.J.C.E. arrêt du 14.5.1974, aff.4/73, Rec. 1974, p.491.

6. Voir à ce sujet A.Drzemczewski "The domestic application of the European Human Rights Convention as European Community Law", I.C.L.Q. 1981, n°30, p.128 à 133.

aucune origine particulière¹, et les principes généraux du droit dérivés de l'expérience juridique nationale, les tentatives de classification sont divergentes². Dans le cadre de notre étude, nous nous limiterons aux quatre principes invoqués principalement, mais non exclusivement, par les entreprises en matière de concurrence à savoir, la protection des droits de la défense, la principe de proportionnalité et l'exigence de la sécurité juridique. Tous découlent du principe de la légalité qui subordonne la régularité de l'action administrative à un corps de règles supérieures ou que l'administration s'est elle-même fixées³. Se confondant avec le moyen tiré de la violation du droit, prévu à l'article 173 du traité, ce principe est néanmoins parfois allégué lorsque l'existence des preuves ou faits est contestée.

1. Le respect des droits de la défense

Le principe général du respect des droits de la défense constitue une notion particulièrement connue et ancienne puisqu'elle est réputée constituer le critère même de l'existence d'un juge.⁴ En droit communautaire, il s'agit d'un principe cadre, d'une notion plus fonctionnelle que conceptuelle⁵,

1. J.Boulouis et R.-M.Chevallier, op. cit., p.90.

2. Voir par exemple, les deux classements proposés par M.-C.Bergerès, op. cit., p.206 et P.Pescatore "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres", R.I.D.C., p.352.

3. G.Braibant, N.Questionaux et C.Wiener, op. cit., p.210.

4. H.Buch, op. cit., p.429, cite le procureur général R.Hayoit de Termicourt "le droit de la défense fût déjà reconnu par le préteur romain qui n'admettait pas qu'une personne, même esclave, fût traduite en justice sans être défendue. Robespierre à l'Assemblée constituante le déclara fondé "sur les principes de la raison et la Justice". "La France", dira à son tour, Michel de Bourges, devant la Chambre des pairs en 1835, "ne verra jamais de juge là où il n'y a pas de défense".

5. A.Pliakos, op. cit., p.28.

répondant à l'objectif de protéger les intérêts légitimes du justiciable communautaire face aux pouvoirs considérables qui ont été confiés à la Commission. Il est le plus souvent résumé par le droit d'être entendu. Nous nous contenterons de l'évoquer puisque, largement codifié par les règlements 99/63 et 2367/90, il a été déjà étudié dans le cadre de l'enquête préalable, de la procédure administrative et, en conséquence, du contrôle du respect des formes substantielles. Dans l'arrêt *Transocean Marine Paint Association*¹, la Cour avait d'abord consacré le droit d'être entendu comme "une règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques, qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue". Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*², elle élève la règle en un principe fondamental du droit communautaire : "Le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif" ; faisant application de ce principe "le règlement 17 "oblige la Commission à donner aux intéressés, avant de prendre une décision en matière d'amendes l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs qu'elle a retenus à leur égard".

Mais, pour éviter que les droits de la défense "ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquête préalable", la Cour a reconnu que certains droits doivent être respectés dès le premier stade de l'instruction préliminaire. Tel est le cas de la protection de la

1. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff.17/74, Rec. 1974, p. 1031, att.15.

2. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1979. aff.85/76, Rec. 1979, p.461, att.9.

confidentialité de la correspondance avocat client qui a été reconnue dans l'affaire AM &S¹. Tel est galemment le cas de l'exigence d'une protection du domicile des entreprises "face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées (...) doit être reconnue comme principe général du droit communautaire"². Par contre, le droit d'être assisté d'un avocat a été invoqué sans succès dans l'affaire BASF³ à propos de l'article 9 du règlement 99/63 quant aux modalités de représentation lors de la procédure orale devant la Commission.

2. Le principe de non-discrimination

L'interdiction de la discrimination, énoncé à l'article 40 §3 du traité concernant l'organisation des marchés agricoles⁴, n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire.⁵ Elargi en droit économique pour devenir l'expression spécifique du principe d'égalité de traitement pour

1. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, AM &S, Rec. 1982, p.1579.

2. C.J.C.E. arrêts du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux NV, Rec. 1989, p.3150, att.30.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1972, aff.49/69, Rec. 1972, p.731, att.11.

4. L'article interdit "toute discrimination entre producteurs et consommateurs".

5. G.Van Ecke cité par P.Pescatore dans "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice", in Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant 1972, Tome II, p.330.

Le principe a été utilisé par la Cour dans l'arrêt Costa c.E.N.E.L., Rec. 1964, p.1141, pour fonder le concept de "l'effet direct" du droit communautaire, de façon non convaincante d'ailleurs, puisque dans l'affaire Walt Wilhem c.Bundeskartellamt, la Cour a modifié son raisonnement en jugeant que l'article 7 ne faisait pas référence à la disparité de traitement résultant des différences de législation des Etats membres, mais de l'application des critères objectifs sans regard à la nationalité. Voir, G.Schrans, op. cit., p.408.

l'ensemble des opérateurs économiques¹, il exige, en règle générale, que les situations comparables ne soient pas traitées diversement à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée². En droit de la concurrence, l'application du principe est toutefois plus étroite car la Cour vérifie que les opérateurs économiques placés dans des situations identiques sont régis par les mêmes règles³. Néanmoins, sa reconnaissance en droit communautaire exerce une influence sensible sur l'activité de la Commission⁴.

Parmi les Etats membres, seule la Grande-Bretagne ne prévoit pas de reconnaissance spécifique du principe d'égalité ou de non-discrimination, mais celui-ci fait l'objet d'une protection indirecte par le juge⁵. En France, il n'a eu, jusqu'en 1973, que la valeur d'un principe général du droit qui ne s'imposait donc qu'aux autorités réglementaires, avant de se voir reconnaître une valeur constitutionnelle à laquelle les autorités législatives ne peuvent déroger⁶. Enfin, soulignons que si le lien, qui existe entre le principe général d'égalité et celui de proportionnalité, est assez étroit, au sens que tous deux imposent au législateur de se fonder sur des critères "raisonnables", la Cour utilise séparément ces deux notions : La discrimination se caractérise par la différence arbitraire de traitement introduite par la décision tandis que la proportionnalité s'applique au rapport entre le but et les effets de la décision.⁷

1. J.-P. Spitzer, op. cit., p.738.

2. C.J.C.E. arrêt du 19.10.1977, aff.117/76 et 16/77, Ruckeschel, Rec. 1977, p.1753.

3. Biancarelli, "Chronique générale de jurisprudence communautaire" R.M.C. n°288, juin 1985.

4. F.I.D.E. Le principe d'égalité en droit économique, Vol.2, n°3, p.19.

5. F.I.D.E. op. cit., n°13, p.15.

6. F.I.D.E. op. cit., n°8, p.1.

7. F.I.D.E. op. cit., n°3, p.5.

3. Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité, qui est issu du droit allemand, pose l'exigence d'une adéquation entre le but légal que le législateur poursuit et les moyens choisis pour la réalisation du but en question. Ce principe trouve son expression en droit français par l'excès de pouvoir ou la théorie de l'acte exorbitant mais il faut souligner que, contrairement au juge allemand ou communautaire, le conseil d'Etat n'en fait pas application pour contrôler les actes législatifs.

Le principe de proportionnalité impose que les buts poursuivis soient atteints dans les conditions les plus favorables, avec les moindres sacrifices possibles pour les assujettis¹. En d'autres termes, la Commission doit veiller dans l'exercice de ses pouvoirs à ce que les charges imposées aux opérateurs économiques ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs qu'elle est tenue de réaliser.²

C'est en se référant à ce principe, que la Cour a reconnu le droit à la protection du domicile des entreprises et affirmé sa compétence de contrôle à "l'égard du caractère éventuellement excessif des vérifications effectuées par la Commission"³.

Comme on le verra, le principe de proportionnalité permet au juge communautaire de se rapprocher de l'exercice du contrôle d'opportunité de la décision la Commission. C'est pourquoi les entreprises ont tendance à l'invoquer très fréquemment⁴ pour

1. Voir Dausès, op. cit. p.408. et C.J.C.E. arrêt du 13.7.1962, aff.jtes 17 et 20/61, Klöcker et Hoescht, Rec. 1962, p.615.

2. Voir les arrêts du 20.2.1979, aff.122/78, Buitoni, Rec. 1979, p.677 et du 18.3.1980, aff.26 et 86/79, Forges de Thy-Marcinelle et Monceau, Rec. 1980, p.1083.

3. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux, Rec. 1989, p.3150, att.30. La Cour se réfère à sa jurisprudence CECA, arrêt du 14.12.1962, aff.5 à 11 et 13 à 15/62, San Michele, Rec. VIII, p.859.

4. Récemment C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.97 à 99/87 Dow Chemical Ibérica, Rec. 1989, p.3181, att.37 et 38.

contester le choix opéré par la Commission entre les différents moyens mis à sa disposition par le règlement 17/62.

4. L'exigence de sécurité juridique

Le principe général de la sécurité juridique est, comme le principe du respect des droits de la défense, une notion cadre. Il recouvre de fait les principes de la confiance légitime, du respect des droits acquis et du non retrait des actes administratifs. Il est principalement invoqué en droit de la concurrence, en matière de prescription, de notifications d'entente et d'octroi d'attestation négative.

Le concept de base de l'exigence de la sécurité juridique est qu'il ne peut être appliqué au justiciable communautaire qu'une législation claire et prévisible¹. Or, cette tâche est très délicate en droit économique puisqu'il est particulièrement difficile de faire entrer des faits économiques dans un cadre législatif. Le principe a été consacré par la Cour, dès l'arrêt Bosch du 6 avril 1962², dans une affaire concernant l'éventuelle application immédiate des articles 85 et 86 du traité. Bien qu'au prononcé de l'arrêt, la solution n'avait plus d'intérêt pratique, puisque le règlement 17/62 avait entre temps été promulgué, la question restait âprement discutée. La Cour a jugé qu'il serait "contraire au principe général de la sécurité juridique -règle de droit à respecter dans l'application du traité- de frapper de nullité de plein droit certains accords avant même qu'il soit possible de savoir, donc de constater, à quels accords s'applique l'ensemble de l'article 85." La Cour a ensuite admis "qu'il serait contraire au principe général de la sécurité juridique de

1. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Tetra Pak Rausing, non rep., att.33.

2. Aff.13/61, De Geus C.Bosch et Van Ryn, Rec. 1962, p.90, p.104, et également C.J.C.E. arrêt du 30.4.1986, 209 à 213/84, Nouvelles Frontières, Rec. 1986, p.1425, att.64.

tirer du caractère non définitif de la validité des accords notifiés, la conclusion qu'aussi longtemps que la Commission n'aura pas statué à leur égard en vertu de l'article 85 §3, du traité, leur efficacité ne serait pas entière"¹. Dans l'affaire Brasserie de Haecht II², la Cour suit les conclusions de son avocat général H.Mayras, pour qui ne pas admettre la validité provisoire "serait en effet incompatible avec les exigences de la sécurité juridique", en affirmant que "vu l'absence de possibilités juridiques efficaces permettant aux intéressés d'accélérer l'adoption d'une décision au sens de l'article 85 §3 et dont les conséquences sont d'autant plus graves qu'est considérable le délai utilisé pour parvenir à une telle décision, il serait contraire au principe général de la sécurité juridique de tirer du caractère non définitif de la validité des accords notifiés la conclusion, qu'aussi longtemps que la Commission n'aura pas statué à leur égard en vertu de l'article 85 §3 du traité, leur efficacité ne serait pas entière". Enfin, dans l'affaire Tetra Pak³, la requérante faisait valoir que les articles 85 et 86, interprétés à la lumière du principe de la sécurité juridique, impliquaient qu'un comportement ne peut être interdit par l'article 86 s'il peut être exempté au sens de l'article 85 §3. Le Tribunal rejette la demande d'annulation de ce chef mais il remarque que l'exigence de la sécurité juridique a néanmoins conduit la Commission à ne pas imposer d'amende à l'entreprise du fait "de la nature (...) relativement nouvelle des infractions constatées".

1. C.J.C.E. arrêt du 9.7.1969, aff.10/69, S.A. Portelange c.S.A. Smith Corona Marchant International et autres, Rec. 1969, p.316. Voir également l'arrêt du 18.3.1970, aff.43/69, Brauerei A., Bilger-Söhne, Gmh c.Heinrich Jehle et Marta Jehle, Rec. 1970, p.127.

2. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Rec. 1973(2), p.77.

3. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, non rep. att.33.

Le principe de la sécurité juridique joue un rôle important quant à la constance de la règle dans le temps, en requérant de manière générale, que les lois et, dans une certaine mesure, les situations juridiques des entreprises ne changent pas trop fréquemment¹. Le principe qui sous-tend le concept de prescription a fait l'objet d'appréciations contradictoires. Dans un arrêt du 6 juillet 1971 opposant le Royaume des Pays-Bas à la Commission², la Cour édicte une obligation d'observer un "délai raisonnable" pour saisir la Commission afin de satisfaire à l'exigence de la sécurité juridique alors que pour le même motif, l'avocat général refusait cette solution du fait qu'aucune méthode ne permet de déterminer avec certitude le délai qui peut être retenu comme raisonnable. De nouveau, dans les affaires des "matières colorantes"³, la Cour a en quelque sorte créé une prescription prétorienne, en jugeant qu'"en l'absence de texte à cet égard, l'exigence de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes". En l'espèce, elle a toutefois jugé que le comportement de la Commission ne portait pas atteinte au principe.

En droit communautaire, le principe d'exigence de la sécurité juridique a pour corollaire le principe de la non rétroactivité des actes administratifs, ou du respect des droits acquis, consacré par une jurisprudence abondante qui est toutefois demeurée en dehors du domaine de la concurrence.⁴ De même, il

1. G.Schrans, "The Instrumentality and the Morality of European Economic Law", Bruylant, Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, L.G.D.G., 1972, tome II, p.417.

2. Aff.59/70, Rec. 1971, p.639.

3. C.J.C.E. sept arrêts du 15.7.1972, aff. 48, 49, 51, 52, 54, 55 et 57/69, Rec. 1972, p.655, 732, 774, 828, 874, 915 et 951.

4. Voir les affaires 17/67 Firma Max Neumann, Rec. 1967, p.592, 30/71, Simmers, Rec. 1971, p.929, 96/77, Boch, rec. 1978, p.343, 125/79, Scholton Nonig, Rec. 1978, p.1991 etc..

faut mentionner le principe tiré du droit allemand¹ de la protection de la confiance légitime² qui lie les institutions à la promesse contenue implicitement dans leurs actes pour la façon dont elles exerceront, à l'avenir, le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré.³ A ce titre, la Commission doit prévoir un régime transitoire permettant aux entreprises intéressées de se prémunir contre les effets d'une nouvelle réglementation susceptible d'affecter leur situation juridique présente.

Le principe trouve cependant ses limites dans les risques inhérents à toute activité économique : "Les institutions communautaires disposant d'une marge d'appréciation lors du choix des moyens nécessaires pour la réalisation de leur politique (commerciale), les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des décisions prises par ces institutions dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation"⁴. De même, l'arrêt Peugeot du 12 juillet 1991⁵ limite considérablement l'importance du principe. Le Tribunal, en affirmant que les communications de la Commission ne peuvent avoir aucune influence sur l'interprétation d'un règlement, refuse aux entreprises une quelconque sécurité juridique de ce fait.

II. La règle de l'équité

1. J.Hermann-Rodeville, op. cit., p.10.

2. Voir C.J.C.E. arrêt du 8.6.1977, aff.97/76, Merkur, Rec. 1977, p.1063.

3. Voir A.Touffait "Réflexions d'un magistrat français sur son expérience de juge à la Cour de justice des Communautés européennes", R.I.D.C., 1983, p.294.

4. C.J.C.E. arrêt du 27.9.1979, aff.230/78, Eridania c.Ministère de l'Agriculture et des Forêts, Rec. 1979, p.2479.

5. Aff.T-23/90, non rep.

Parmi les règles non écrites, l'équité joue un rôle à part. Concept vague, à résonance morale qui a toujours hanté le droit, l'équité est tantôt conçue comme un concept exogène au droit positif et, qui le transcendant, "constitue un arsenal de valeurs auxquelles se réfère le système juridique pour y puiser celles dont il a besoin, tantôt comme une possibilité permettant d'humaniser la règle de droit en considérant les circonstances individuelles du cas.¹ Dans sa fonction créatrice ou supplétive, le concept regarde surtout le droit économique international ; dans celle d'application du droit, il intéresse plutôt le droit national². Aucune d'entre elles ne prévaut dans la jurisprudence de la Cour de justice et le recours à la règle reste exceptionnel notamment dans le domaine de la concurrence.

Dans sa fonction correctrice, l'arrêt Neumann³ montre qu'en droit communautaire, l'équité ne peut avoir une portée générale et qu'elle ne peut donc être appliquée qu'au cas par cas. Saisie d'une demande préjudicielle formée par une juridiction allemande sur la possible reconnaissance du principe d'inéquité objective, la Cour a nettement refusé de consacrer ce concept ; elle confirme ainsi sa décision rendue dans l'affaire Balkan⁴, dans laquelle elle avait affirmé qu'il pouvait arriver que la règle nationale d'équité doive s'effacer devant le droit communautaire. Dans le domaine de la concurrence, une seule décision jurisprudentielle significative est intervenue. Pour empêcher le cumul des sanctions, la Cour a considéré dans l'affaire Walt

1. Voir D.Manai in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J., p.146.

2. K.Mortelmans "Equité et droit économique", R.I.D.E. 1989, n°3, p.10.

3. Voir C.J.C.E. 14.11.1985, aff.299/84, Neumann c.Balm, Rec. 1985, p.3663, intervenu en matière de taux de change dans le secteur agricole.

4. C.J.C.E. arrêt du 28.6.1977, aff.118/76, Balkan-Import-Export, Rec. 1977, p.177.

Wilhem¹ que "l'exigence générale d'équité implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction". Cependant, d'autres principes sont invoqués pour demander l'assouplissement ou l'exonération de la règle de droit. Dans l'affaire Musique Diffusion française², la requérante avait invoqué l'état de nécessité et la légitime défense en soutenant que des importations parallèles en provenance d'autres Etats membres auraient justifié une infraction à l'interdiction prévue à l'article 85 §1 du traité. Dans l'affaire IFG³, la Cour a jugé qu'"En ce qui concerne l'existence invoquée d'un principe général de droit visant les cas de force majeure, il est vrai que les systèmes de droit des Etats membres prévoient, dans certains contextes et rapports juridiques, la possibilité de déroger aux rigueurs de la loi, notamment aux effets juridiques découlant de l'inexécution d'une obligation, en cas de force majeure" mais, au vu des circonstances de l'espèce, la Cour a rejeté l'argumentation présentée : "La reconnaissance d'un cas de force majeure suppose que la cause extérieure invoquée par des sujets de droit ait des conséquences irrésistibles et inévitables au point de rendre objectivement impossible pour les personnes concernées le respect de leurs obligations".⁴ Enfin, dans une affaire Bayer⁵, l'entreprise qui était hors délai pour intenter un recours en annulation, avait plaidé la force majeure et le cas fortuit. Le Tribunal la déclara inadmissible aux motifs que la

1. C.J.C.E. arrêt du 13.2.1969, aff.14/68, Rec. 1969, p.16.

2. C.J.C.E. arrêt du 7.6.1983, aff.100 à 103/80, Rec. p.1825, Somm.10, p.1901.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.68/77, Rec. 1978, p.353, 370.

4. C.J.C.E. arrêt du 18.3.1980, Valsabbia, Rec. 1980, p.907, 1022.

5. T.P.I. arrêt du 29.5.1990, non rep.

défaillance des services internes de la requérante, à l'origine du retard, ne pouvait constituer une erreur excusable.

Dans sa fonction de règle supplétive du droit, l'équité n'est également pas tout à fait absente du droit communautaire de la concurrence. Elle est même indirectement mentionnée à l'article 86 du traité qui précise que les pratiques abusives peuvent résider dans l'imposition de "conditions de transaction non équitables". La Commission avait ainsi affirmé¹, que "le régime de concurrence, tel qu'il est institué par le traité, implique finalement que les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence respectent le principe de l'équité économique qui prend aux yeux de la Commission une importance primordiale. (..) Il signifie préserver l'égalité des chances pour les opérateurs économiques, prendre en considération les situations concrètes dans lesquelles se trouvent les entreprises (P.M.E.), les intérêts des travailleurs, utilisateurs, consommateurs et du développement de l'emploi". Mais le concept a été analysé de façon très réductrice² dans l'arrêt *United Brands*³, la Cour ayant appliqué le principe en matière de prix de vente pour considérer le prix inéquitable comme un prix "sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie". L'équité pourrait prendre plus d'importance avec la nouvelle réglementation communautaire du contrôle des concentrations pour l'application des règles à l'égard des entreprises situées dans des régions présentant un retard de développement et qu'il faut restructurer⁴.

1. IXe rapport sur la politique de la concurrence, points n°10 et 11.

2. M.-A.Sanson-Hermitte, Droit européen de la concurrence Cohérence économique. Sécurité juridique., Institut de Relations Internationales, Dijon, 1981, thèse, p.277.

3. C.J.C.E. arrêt du 14.11.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207.

4. Voir la communication de la Commission CEE "Commentaires relatifs au règlement n°4064/89", Bull.CE. supp. 2/90, p.23, art.2.

III. La violation des normes jurisprudentielles constitue-t'elle un moyen autonome de recours ?

Le juge communautaire à qui, il est important de le rappeler, le traité confère le même rang que les autres institutions¹, "ne peut sans déni de justice² se retrancher derrière l'imprécision des traités pour refuser de dire le droit, ni -comme serait tenter de le faire une juridiction internationale- tirer du silence des textes l'obligation de décliner tout jugement"³. De cette affirmation, que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour, se pose la question de savoir si le juge est contraint par l'obligation de statuer, de créer effectivement des règles ou si, au contraire, il doit toujours être réputé n'avoir fait qu'appliquer une norme existante, qu'il découvre ou qu'il révèle, plus qu'il ne la construit ou qu'il ne l'invente ? Concrètement, la violation de la jurisprudence peut-elle constituer un moyen autonome de contrôle de la légalité des actes de la Commission ?

Même si le rôle normateur de la jurisprudence, c'est à dire la faculté d'énoncer une règle générale obligatoire, reste très controversé⁴, on constate parmi les auteurs une majorité qui se dégage pour en reconnaître l'existence. Parmi ceux qui nient le rôle créateur du juge, on retiendra la prise de position, particulièrement significative, de l'avocat général A.Trabucchi⁵ : Si la séparation de la fonction juridictionnelle et de la fonction législative "devait disparaître, le pilier principal de

1. Voir l'article 4 du traité.

2. L'article 4 du code civil français dispose que "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

3. R.Lecourt, op. cit., p.33.

4. Pour une réponse positive, voir en général, A.Hervieu, "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", Revue de la Recherche Juridique -Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix en Provence, Marseille 1989-2, p.275-274.

5. Op. cit., p.62.

la constitution communautaire s'effondrerait puisqu'elle a été conçue comme une organisation régie par le droit, dans l'attribution des différents pouvoirs et avec la garantie du contrôle juridictionnel exercé précisément par la Cour de justice". Or, cette objection traditionnelle de la séparation des pouvoirs a assurément moins de force dans les Communautés puisqu'en raison de leur structure institutionnelle, les organes légiférants n'y possèdent pas une légitimité démocratique comparable à celle des Parlements nationaux.¹ Ecartant cette affirmation de principe, examinons les raisons techniques avancées par J.Boulouis² qui substitue au pouvoir créateur du juge, un pouvoir prétorien s'exprimant par le choix : D'une part, la possibilité pour le juge de suppléer "les carences du droit par un appel à des sources, qui pour n'être pas formellement immédiates n'en sont pas pour autant extérieures ou étrangères", n'est qu'un pouvoir d'intégration ; d'autre part, l'application de méthodes d'interprétation téléologique à des règles qui sont, de par leur nature, fortement marquées par des buts à atteindre, ne peut aboutir à la création d'une règle de droit mais à son simple développement, le cas échéant par une extension des sources. Cette argumentation est contestable dans la mesure où elle nie l'autonomie et l'originalité du droit communautaire : La Cour a constamment refusé d'examiner la légalité des actes administratifs communautaires au vu des règles nationales³ et, lorsqu'elle a érigé en principe général du droit communautaire une règle juridique commune aux droits des Etats membres, le degré de "communauté" de la règle était souvent si faible que son

1. R.Kovar, op. cit., n°59.

2. "A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes", in Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, p.153-154.

3. Voir par ex. l'arrêt du 17.10.1989, aff.97 à 99/87, Dow Chemical Ibérica, Rec. 1989, p.3181, att.37 à 39.

adoption au niveau européen constituait nécessairement pour nombre de justiciables une règle nouvelle. L'auteur joue également sur la notion de création, en utilisant son sens le plus étroit. Par une argumentation identique, P.Pescatore¹ aboutit à une conclusion opposée: "L'interprétation judiciaire est un processus éminemment créateur, au sens qu'il permet de consolider le droit là où il est instable, de le clarifier là où il est incertain et de le développer là où il est inadéquat ou incomplet". Cette reconnaissance mitigée traduit en réalité une évolution notable. Plus de dix ans auparavant, il concédait à la Cour un simple pouvoir d'interprétation, en affirmant: "La Cour s'est gardée de dépasser son rôle judiciaire; elle n'en a pas moins réussi à mettre en évidence le fait que le droit, convenablement interprété, est lui aussi un levier puissant de l'intégration européenne"².

L'examen de la jurisprudence justifie, à notre avis, l'adhésion à la thèse doctrinale désormais dominante selon laquelle "le réalisme exige la prise en considération du droit jurisprudentiel": Confrontée à un système de droit en formation, "La Cour est tenue de préciser le droit communautaire, d'en combler les lacunes et même de pourvoir à son développement, assurant ainsi pour partie une fonction législative"³. Le rôle

1. P.Pescatore, "Il rinvio pregiudiziale di cui all'art.177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali, Foro it., 1986, IV, p.31.

2. P.Pescatore "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice" in Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch, Bruylant, Bruxelles, 1972, Tome 2, p.325.

3. R.Kovar, op. cit., n°59; voir également M.-A.Sanson-Hermitte, op. cit., p.279. G.Cornu, op. cit., p.451, définit la jurisprudence comme l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (notamment dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut).

de la Cour est d'ailleurs appelé à se renforcer d'avantage¹. A titre d'exemple du pouvoir normatif de la jurisprudence, on peut citer l'affaire Royaume des Pays-Bas c. Commission² et celle dite des "matières colorantes"³ dans lesquelles la Cour crée une sorte de prescription prétorienne en appliquant le principe général de la sécurité juridique. Egalement, dans l'affaire C-70/88⁴, la Cour constate qu'elle a le devoir de combler un éventuel vide juridique laissé par les textes, ce qui l'amène à reconnaître au Parlement européen la qualité pour agir en annulation. Enfin, dans le cadre du recours intenté par Stichting Sigarettenindustrie⁵, la Cour accepte d'examiner le moyen tiré de la violation du principe d'égalité de traitement en se référant à une affaire précédente⁶, dans laquelle les entreprises n'auraient pas été sanctionnées malgré de graves infractions, pour comparer les deux affaires.

Il reste qu'en pratique et conformément à la conception "continentale" qui a façonné le contrôle judiciaire communautaire, le précédent, en tant que tel, ne lie pas dans le droit des communautés⁷. La Cour ne reconnaît pas la jurisprudence comme une source du droit et prend ainsi soin de rappeler que les droits, qui découlent du patrimoine juridique communautaire, trouvent leur origine dans les dispositions du droit communautaire elles-mêmes et non dans les arrêts de la Cour

1. L. Cartou "La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire" in Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, p.166.

2. C.J.C.E. arrêt du 6.7.1971, Rec. 1971(5), p.639.

3. C.J.C.E. arrêts des 15.7.1972, aff.48, 49, 51, 52, 54, 55, 57/69, Rec. 1972, p.655, 732, 774, 828, 874, 915 et 951.

4. C.J.C.E. arrêt du 22.5.1990, Parlement européen c. Cons., Rec. 1990, p.I.2041, att.8 et 26.

5. C.J.C.E. arrêt du 10.12.1985, aff.240 à 242, 261-262, 258-269/82, Rec. 1985, p.3861.

6. Il s'agit de l'arrêt du 29.10.1980, Van Landewijck.

7. R.Kovar, op. cit., n°59.

qui les interprètent¹. Bien sûr, le fait de nier un pouvoir ne signifie nullement que l'on ne l'a pas et la seule conclusion pouvant ainsi être tirée de cette prise de position, est que le juge crée des règles de droit, non sans le savoir, mais en tout cas, sans vouloir le reconnaître expressément². Il reste néanmoins à constater que la violation de la jurisprudence ne peut, à elle seule, constituer un moyen du contrôle judiciaire communautaire. La seule référence à la jurisprudence n'est pas de nature à donner une base légale à une décision. En d'autres termes, le requérant devra toujours présenter son moyen sous l'apparence d'une violation de la loi, le juge motiver sa décision de ce chef même si, en réalité, il s'avère indispensable d'étayer les moyens présentés de décisions jurisprudentielles et que, sous couvert de la violation de la loi, soit en fait censurée la méconnaissance de normes prétorienne.

§ 3. La portée du contrôle judiciaire

Le Traité CEE ne contient aucune indication spécifique du contrôle de la légalité des décisions de la Commission ; il spécifie, par contre, que la Cour dispose d'une compétence de pleine juridiction en matière de sanctions pécuniaires.

I. La portée du contrôle de la légalité

La Commission, qui est assujettie à très peu de règles précises, dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour traduire la politique décidée par le législateur et donner un contenu

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 14.12.1982, aff.jtes 314 à 316/81 et 83/82, Waterkeyn, Rec. 1982, p.4337.

2. Voir à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation française, H.Hervieu "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1989-2, p.284.

conjoncturel concret aux normes générales. Pour ne pas se contenter d'un contrôle superficiel, le juge doit, dans chaque cas d'espèce, vérifier que la décision administrative est fondée sur des faits matériellement exacts et une qualification juridique correcte de ceux-ci. Le juge communautaire peut-il aller plus loin ?

1. Les données du problème

Le juge communautaire doit trouver un équilibre à tenir pour éviter de tomber dans l'écueil du contrôle superficiel et dans celui de la substitution de responsabilité avec la Commission. Si le contrôle n'est pas assez poussé, ce sont les droits de la défense qui en pâtissent ; par contre, si le contrôle est trop strict, il paralyse l'action administrative en la privant de toute efficacité et ce, au détriment des tiers.¹

Or, le degré de contrôle présenté par les systèmes judiciaires est très variable : Le juge peut exercer un contrôle d'opportunité en substituant son appréciation à celle de l'administration et en pesant l'adéquation des moyens employés par rapport aux fins poursuivies; il peut, par contre, se limiter à un contrôle minimum en veillant à ce que l'administration n'ait pas commis une erreur manifeste d'appréciation, concept français que l'on retrouve en droit anglais sous la notion de la

1. Par ex. le droit de la concurrence allemand, souvent cité comme exemple du respect des droits des particuliers, montre que le concept d'abus de position dominante vaguement défini par le législateur (art.24 du GWB) a fait l'objet d'une définition prétorienne très restrictive et n'a permis à l'Office fédéral des ententes que d'interdire depuis 1958, quatorze comportements abusifs sur 1 084 procédures ouvertes depuis cette date. Voir R.Bouscant "Existe-t'il un Contrôle des Entreprises en Position Dominante dans la République Fédérale d'Allemagne?", Gaz. Pal. 4-6.2.1990, p.3 et 5 qui relève que cette interprétation favorable aux entreprises en position dominante agit au détriment des petites et moyennes entreprises.

méconnaissance patente¹ ou, en droit allemand, sous celle d'abus du pouvoir discrétionnaire². Suivant l'analyse comparative effectuée par J.Megret³, le problème ne relève pas d'une question de conception juridique mais plutôt d'une appréciation relative à l'opportunité et à la possibilité "technique" du juge de pratiquer un contrôle approfondi.

Sur le premier point, le juge communautaire est en principe libre de décider de la portée du contrôle qu'il effectue car, à la différence d'autres législations, l'article 173 du Traité CEE ne contient pas de restrictions formelles. L'article 33 du Traité CECA indique que "L'examen de la Cour ne peut porter sur l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues les dites décisions ou recommandations, sauf s'il est fait grief à la Haute Autorité d'avoir commis un détournement de pouvoir ou d'avoir méconnu d'une manière patente les dispositions du traité, ou de toute règle de droit relative à son application" et la législation allemande sur la concurrence⁴ prévoit que la Cour d'Appel procède d'office à l'examen des faits, contrôle la régularité et le bien fondé de la décision, notamment "si l'autorité de contrôle des ententes aurait fait un usage abusif de son pouvoir d'appréciation (...) l'appréciation de la situation et du développement économique général est de ce fait soustraite au contrôle du Tribunal".

Sur le second point, le contrôle de juge communautaire est en principe facilité par les importants pouvoirs qui lui sont

1. Voir M.Letourneur "L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence de la CEE", Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant, 1972, Tome II, p.563-578.

2. J.Megret "Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat dans les Etats membres des Communautés européennes", Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant, 1972, Tome II, p.592.

3. Op. cit., p.593.

4. Voir les articles 69 et 70 du GWB.

conférés en vertu de l'article 45 du règlement de procédure. Il peut demander des renseignements et la production de documents, ordonner la comparution personnelle des parties, utiliser des preuves par témoins, l'expertise, la descente sur les lieux. Il s'avère qu'en pratique, la Cour n'a utilisé fréquemment que la première mesure d'instruction¹. Si cette constatation ressort de données matérielles, la création du Tribunal de première instance devrait faciliter les possibilités de contrôle. La décision du Conseil repose d'ailleurs sur la considération "que, pour les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes, l'institution d'un double degré de juridiction est de nature à améliorer la protection juridictionnelle des justiciables"². Dans cette optique, les règles de nomination de magistrats ont été élargies en direction des milieux économiques³.

2. Le juge communautaire exerce un contrôle minimum

En droit communautaire, la majorité des auteurs s'accordent à reconnaître que la Cour rechigne à examiner minutieusement les faits⁴ et exerce un contrôle minimum. Dans l'affaire Grundig-Consten de 1966⁵, elle déclare que "L'exercice des pouvoirs de la Commission comporte nécessairement des appréciations complexes

1. Selon I. Van Bael op. cit., p.21 et A. Pliakos, op. cit., p.219, la Cour aurait ordonné la vérification par témoin dans la seule affaire Suiker Unie du 16.12.1975, Rec. 1975, p.1663.

2. 3e considérant de la décision du 24.10.1988, J.O.C.E. du 21.8.1989, N°C 215/1.

3. Selon l'article 167 du traité, les juges de la Cour de justice "réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, (...) ou sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires". La décision instituant le TPI énonce simplement que "les membres offrent toute les garanties d'indépendance et possèdent la capacité requise pour l'exercice de telles fonctions".

4. C.Orsini "Le juge des référés et l'application des normes communautaires", Gaz. Pal. 9.7.1985, p.395.

5. Aff.56-58/64, Rec. 1966, p.429.

en matière économique. Le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit respecter ce caractère en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit. Ce contrôle s'exercera en premier lieu sur la motivation de la décision, qui à l'égard desdites appréciations, doit préciser les faits et considérations sur lesquelles elles sont basées".¹ Dans l'affaire Remia², elle réaffirme que "s'agissant d'une appréciation économique complexe", la Cour exerce de manière générale, un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application de l'article 85 §1 se trouvent ou non réunies". Dans l'affaire BAT et Reynolds³, elle juge de nouveau que "le contrôle qu'elle exerce sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir". Il reste que le juge est entré dans le débat économique puisqu'il corrige par exemple la définition juridique du marché pertinent⁴. Il semble, dès lors, que le contrôle qu'il sera amené à effectuer en matière de concentration, dont on pouvait craindre la superficialité, devrait être suffisamment approfondi, "peu de considérations proprement économiques fondant une décision pouvant être sanctuarisées"⁵.

Certains auteurs⁶ considèrent d'ailleurs que le juge, qui constate l'erreur manifeste d'appréciation, se place sur le

1. Idem, p.56.

2. C.J.C.E. arrêt du 11.7.1985, aff.42/84, Rec. 1985. p.2566.

3. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, Rec. 1987, p.4566, att.62.

4. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215.

5. J.-L.Dechery "Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations", R.T.D.E., n°2, 1990, p.316.

6. De cet avis, B.Asso, op. cit. p.183.

terrain de l'opportunité : D'une part, il revient sur l'appréciation des faits qui relève normalement de la compétence essentielle de la Commission ; d'autre part, il peut arriver indirectement à en substituer sa propre appréciation des faits. Tel est en particulier le cas pour le contrôle des décisions d'exemption individuelle prévues à l'article 85 §3 : La Commission considère qu'une entente n'est pas conforme à l'article 85 §1 du traité et est donc illégale mais, pour des raisons d'opportunité, estime que la disposition doit être suspendue ; en conséquence, le juge est également conduit à apprécier l'opportunité de la décision d'exemption alors que théoriquement l'accord n'est pas conforme à la loi. La même analyse peut s'appliquer aux décisions d'application de l'article 86 du traité. Par exemple dans l'affaire General Motors¹, la Commission avait sanctionné un abus de position dominante en estimant que l'entreprise avait, de propos délibéré, perçu une redevance exagérée sur le contrôle technique des véhicules en Belgique après le transfert de cette activité de l'Etat aux constructeurs. La Cour relève au contraire que la requérante, ayant rapproché ses tarifs du coût économique effectif et remboursé les personnes qui avaient introduit une réclamation auprès d'elle avant toute intervention de la Commission, l'absence d'exploitation abusive d'une position dominante était caractérisée. Mais le contrôle demeure dans la sphère du contrôle de la légalité car la légalité de la mesure est déduite de son opportunité. Le franchissement du seuil de l'opportunité pure en suggérant, le cas échéant, le recours à des mesures plus adaptées impliquerait tant un pouvoir d'injonction qu'un contrôle plus rapproché dans le temps.²

1. C.J.C.E. arrêt du 13.11.1975, aff.26/75, Rec. 1975(8), p.1367.

2. B.Asso, op. cit., p.45.

II. Le contrôle de pleine juridiction des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article 172 du traité¹, "La Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction (..) sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte ; elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée". L'article 4 de la décision instaurant le Tribunal permet à ce dernier d'exercer les mêmes pouvoirs en première instance.

Le concept de recours de "pleine juridiction" provient du droit administratif français. Il se distingue du recours pour excès de pouvoir en permettant au juge d'aller plus loin que l'annulation de l'acte et, notamment, d'octroyer une indemnité au requérant. Selon la nouvelle législation de la concurrence, le recours intenté par les parties est un recours en annulation et en réformation² : La Cour d'Appel peut examiner à nouveau l'affaire et modifier la décision qui lui est déférée.

En droit communautaire, la rédaction du Traité CEE, qui précise que l'exercice du contrôle de pleine juridiction conféré par l'article 172 ne s'exerce qu'à l'égard des sanctions pécuniaires, signifie que la Cour n'est admise à annuler la décision sur le fondement d'autres moyens que ceux prévus par l'article 173.³ En pratique, les recours visant une amende ou une astreinte sont toujours fondés sur les deux dispositions.

Il reste que la Cour peut toujours annuler, réduire ou augmenter les sanctions pécuniaires ce qu'elle fait d'ailleurs, souvent en pratique. La réduction de l'amende peut résulter d'un défaut de preuve qui peut porter sur un point précis "détachable

1. Voir aussi les art.17 du règlement 17/62 et 16 du règlement 4064/89.

2. Voir l'art.15 de l'ordonnance du 1er déc. 1986.

3. C.S.Kerse, op. cit., p.266.

à titre provisoire des autres dispositions" de la décision¹ mais elle ne dépend pas nécessairement de l'annulation partielle de la décision².

Section 2. Interprétation et hiérarchie des normes de la concurrence

L'insuffisance du contrôle dénoncée par les commentateurs, ainsi que les critiques suscitées par le choix des méthodes d'interprétation des règles de la concurrence, dans le double système de valeurs de la hiérarchie du droit communautaire débouchent sur deux questions : Faut-il codifier le droit communautaire ? Comment celui-ci compose-t'il avec les valeurs externes ?

§ 1. Interprétation des règles de la concurrence

Les normes communautaires de la concurrence ne peuvent, en raison de la généralité des termes employés, s'appliquer directement à un cas concret sans qu'il soit au préalable nécessaire de déterminer le sens et la portée du texte, c'est à dire de l'interpréter. Il est à cet égard significatif, qu'aussi bien pour l'article 85³ que pour l'article 86⁴,

1. C.J.C.E. arrêts des 13.2.1979, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p. 461, att.58 et 140, et 14.2.1978, United Brands, Rec. 1978, p.207, att.235 et 303.

2. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6 et 7/73, ICI-CSC, Rec. 1974, p.223.

3. Voir C.J.C.E. arrêt du 6.4.1962, aff.13/61, De Geus c.Bosch et Van Rijn, Rec. 1962, p.89 et déc. du 17.3.1964, Grofilex, J.O.C.E. du 9.4.1964.

4. Voir C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff. 56 et 58/64, Grundig Consten, Rec. 1966, p.429; et la décision du 2.6.1971, Gema, J.O.C.E. L34 du 20.6.1971.

l'interprétation des règles de concurrence par la Cour de justice a précédé celle de la Commission¹. L'interprétation judiciaire, qui se réalise en grande partie, mais non exclusivement², dans le cadre des demandes préjudicielles de l'article 177 du traité, se situe au coeur du débat juridictionnel. La frontière, entre l'explicitation de la règle et son édicition par le juge, est en effet extrêmement tenue ; par le seul biais des techniques d'interprétation, une juridiction peut modeler un système juridique et notamment accélérer un phénomène de centralisation.³ Pour étudier le processus d'interprétation en droit communautaire, nous distinguerons les méthodes de raisonnement, qui acquièrent un intérêt supplémentaire du fait des différences présentées dans les systèmes juridiques originaires, et les procédures elles-mêmes.

I. Les méthodes d'interprétation

Par le choix de ses méthodes d'interprétation, la Cour de Luxembourg s'est nettement distinguée des juridictions internationales et s'est affirmée comme juge interne : D'une part, au lieu de se confiner à l'interprétation exégétique, la Cour considère désormais le Marché commun comme un fait, de l'existence duquel elle tire les conséquences juridiques et conclusions qui s'imposent⁴ ; d'autre part, elle emploie les méthodes d'interprétation juridique traditionnellement utilisées des juges nationaux en les adaptant aux particularités du droit communautaire.

1. L.Focsanneanu La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Editions techniques et Economiques, Paris 1977, p.12.

2. Les recours indirects représentent environ la moitié des recours. Voir l'annexe C-1.

3. M.-C.Bergerès, op. cit., p.67.

4. G.Schrans, op. cit., p.422.

En règle générale, la Cour utilise d'abord l'interprétation littérale ou grammaticale¹ mais cette méthode reste supplétive. Cette constatation, qui se vérifie en droit interne, est d'autant plus vraie en droit communautaire du fait des limites posées par la rédaction imprécise du traité et les divergences possibles entre les diverses versions linguistiques des textes². La seule prise en considération de la disposition concernée se révélant rarement suffisante pour en dégager la signification, la Cour recourt³ alors à l'interprétation systématique qui consiste à éclairer une disposition par l'examen de l'ensemble normatif qui le sous-tend. Une bonne illustration est offerte par l'affaire National Panasonic⁴ dans lequel la Cour analyse les pouvoirs de vérification conférés à la Commission en vertu de l'article 14 du règlement 17/62, en se reportant à d'autres dispositions du texte. Or, comme le démontre l'arrêt lui-même, l'analyse systématique ou contextuelle est ambiguë car elle "contient en germe les éléments de l'interprétation téléologique"⁵. Il n'est donc pas surprenant que la Cour affirme utiliser conjointement les diverses techniques d'interprétation à sa disposition. Dans l'arrêt Continental Can⁶, elle déclare qu'il convient "d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86, compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres". Mais, comme le relève L.Focsaneanu⁷,

1. Par exemple C.J.C.E. arrêt du 13.7.1966, aff.56 et 58/64, Grundig Consten, Rec. 1966, p.429.

2. M.-C.Bergerès, op. cit., p.68.

3. Mais certains auteurs, comme H.Kutscher, se refusent à établir une hiérarchie parmi les méthodes utilisées par la Cour. "Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario dal punto di visto d'un giudice", Riv. dir. eur. (17) 1977, p.294.

4. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033.

5. M.-C.Bergerès, op. cit., p.72.

6. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Continental Can, Rec. 1973, p.215, att.21.

7. Op. cit., p.38.

"l'accumulation, dans un seul attendu, d'une gamme aussi vaste de procédés d'interprétation divers paraît destinée à apaiser l'incertitude des juges quant au bien fondé de la solution adoptée dans cette affaire". L'affirmation de la Cour reste purement formelle et l'affaire Continental Can illustre en réalité l'importance du choix de la méthode d'interprétation en ce que, des mêmes textes, deux solutions opposées peuvent être dégagées. L'avocat général et les requérantes, en restant attachés au texte de l'article 86, induisaient du fait qu'aucun des exemples qu'il donne ne vise le comportement touchant à la structure interne des entreprises, qu'il ne pouvait s'appliquer aux concentrations. La Cour remonte à la norme supérieure posée par l'article 3f du traité¹ et en déduit que la concurrence, pour ne pas être faussée, ne doit pas avoir été préalablement éliminée et, en conséquence, interdit que l'on fasse une différence entre les situations selon qu'elles révèlent un accord ou une position dominante.²

De fait, la Cour se tourne fréquemment vers l'interprétation téléologique, qui consiste à rechercher l'objet et le but du texte. L'emploi de cette méthode, qui a suscité dans un premier temps la réserve de certains commentateurs qui y voyaient un danger potentiel de trop s'éloigner des textes³, est désormais reconnue comme la voie de développement privilégiée du droit communautaire. La Cour s'applique plus particulièrement, à rechercher "l'effet utile" des traités communautaires, leur but, les principes généraux qu'ils posent à travers un certain

1. L'article 3 f concerne l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun.

2. Voir M.-A. Sanson Hermitte, op. cit., p.260.

3. Voir pour un résumé du débat doctrinal, H.Bauer-Bernet "Motivation et droit communautaire" in La motivation des décisions de justice, Ch.Perelman et P.Foriers (éd), Bruxelles, Bruylant, 1978, p.315.

système, voir une "philosophie", pour déduire l'effet nécessaire de leur finalité préalablement dégagée.¹ En d'autres termes, la Cour se sert des normes destinées à donner aux textes tout l'"effet utile", soit celles qui traduisent l'orientation générale de l'ordonnancement juridique, pour interpréter celles qui sont impliquées par les premières, en s'imposant comme des conséquences nécessaires. On a vu avec l'arrêt Continental Can², qu'en matière d'interprétation des articles 85 et 86, la Cour se référait à l'article 3f du traité concernant l'élimination des frontières, l'établissement et la sauvegarde de la concurrence à l'intérieur du marché commun mais il faut également citer le troisième alinéa du préambule du traité et la philosophie libre échangiste qui s'en dégage.

L'utilisation de la méthode regarde également les règles de procédure. Dans l'affaire National Panasonic³, la Cour analyse ainsi la teneur et la portée des pouvoirs conférés à la Commission par l'article 14 du règlement 17/62 au vu des règles énoncées aux septième et huitième considérants du règlement. Elle en déduit que ces pouvoirs s'inscrivent dans le cadre plus général de la mission de veiller au maintien d'un régime concurrentiel dans le Marché commun tel que voulu par le préambule, l'article 3 f) et les articles 85 et 86 du Traité CEE, et s'imposent dès lors impérativement aux entreprises.

Mais la réponse cherchée ne peut toujours être trouvée dans les textes applicables. Le traité et les règlements communautaires, qui ne comportent ni un catalogue de droits fondamentaux, ni une clause générale à ce sujet, ne reconnaissent

1. Voir P.Cintura "L'objectivisme juridique et la Cour de Luxembourg", R.T.D.E., 1970, p.281.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.2.1973, aff.6/72, Rec. 1973, p.215.

3. C.J.C.E. arrêt du 26.6.1980, aff.136/79, Rec. 1980, p.2033, voir att.20..

que quelques garanties fondamentales, comme par exemple celle de la protection du secret d'affaires et du secret professionnel¹, qui ne recouvrent qu'une partie des droits fondamentaux reconnus par les constitutions des Etats membres. Le droit communautaire ne pouvant prétendre à la primauté sur les droits nationaux s'il n'est pas en mesure de garantir par lui-même une protection égale à celle accordée par les constitutions nationales, la Cour a dû recourir à des éléments extrinsèques tels que la Convention européenne des droits de l'homme, les principes généraux du droit, les "traditions constitutionnelles des Etats membres"². La Commission s'est montrée un fervent partisan de la méthode en énonçant dans l'affaire Walt Wilhem³ que, "tant qu'une réglementation générale n'aura pas été instituée par un règlement communautaire, il faudra résoudre les conflits dans chaque cas d'espèce, en se fondant sur les principes généraux du droit communautaire".

II. Evaluation du choix des méthodes d'interprétation

Les méthodes d'interprétation de la Cour ont généré deux types de critique, mais aussi des éloges.

1. Les différentes critiques formulées en doctrine

Une première critique concerne le rôle excessif joué par la Cour de justice. En dépit des restrictions posées par le législateur quant à la recevabilité des recours judiciaires des particuliers pour ne pas instituer une Cour toute puissante, la jurisprudence communautaire dénote le déséquilibre des rapports

1. Article 214 du Traité CEE.

2. P.Pescatore, op. cit., p.340.

3. C.J.C.E. arrêt du 13.11.1969, aff.14/68, Walt Wilhem et autres c.Bundeskartellamt, Rec. 1969(1), p.1.

institutionnels. L'affaire Camera Care¹ est à cet égard éloquent. En l'espèce, la Commission avait refusé d'adopter les mesures provisoires sollicitées par l'entreprise plaignante en déclarant : "Il appartient à la Cour de décider si des mesures provisoires doivent être prescrites par elle-même ou par la Commission". Elle précisait que des mesures provisoires devraient probablement être prescrites "si la Cour décidait que la Commission a le pouvoir de le faire". Un tel comportement de la part de la Commission laisse entendre que la Cour de justice est son organe de tutelle à qui elle doit demander l'approbation préalable de ses actes². Or, le contrôle judiciaire sur l'administration communautaire doit uniquement relever de l'application des normes à son fonctionnement ; la Cour est donc critiquable en ce qu'elle semble accepter le rôle erroné que lui prête la Commission.

Une seconde critique tient à ce que les juges communautaires auraient privilégié les méthodes d'interprétation connues dans les pays membres originaires, c'est à dire la voie déductive, pouvant ainsi entraîner des difficultés pour les nouveaux adhérents ressortissant de la Common Law qui procéderaient majoritairement par voie inductive.³ En réalité, la critique reste formaliste, comme l'est également la tentative de classification des méthodes d'interprétation utilisées par la Cour. La création d'un nouveau système de droit commun à divers Etats membres nécessite un effort d'adaptation de tout juriste national et les faits mettent en exergue le brio avec lequel les juridictions britanniques se sont saisies de l'application du

1. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Camera Care, Rec. 1980, p.119.

2. L.Focsaneanu, "Une décision inquiétante de la Cour de justice des Communautés européennes", R.T.D.E., 1980, n°2, p.296.

3. Critique mentionnée par H.Kutscher, op. cit., p.297.

droit communautaire¹. Ainsi, A.Touffait, dans ses "réflexions d'un magistrat français sur son expérience à la Cour de justice des Communautés européennes"² mentionne à quel point le privatiste français est dérouté par l'application des principes généraux du droit, puisque la pratique judiciaire française est dominée par l'application de la loi. Lui, qui ne connaît que le contrôle de constitutionnalité des lois "a posteriori", doit intégrer l'idée que, par exemple, le principe de proportionnalité communautaire puisse mettre en échec une loi nationale. Inversement, dans les pays où un tel contrôle existe, le juriste est habitué à raisonner en permanence à un niveau supra-légal. C'est ainsi que les juges italiens et allemands ont saisi leur Cour constitutionnelle de la même question qu'ils avaient préalablement posée à la Cour de justice de Luxembourg, car n'étant pas convaincus du raisonnement suivi, ils voulaient la confirmation que le droit fondamental, tel que protégé par leur constitution, avait été respecté.³

Une troisième critique regarde au coût résultant de la priorité donnée à l'intégration : "Inspirés du désir fervent de faire triompher l'intégration européenne par l'instauration d'un marché unique, sur lequel une concurrence soutenue puisse assurer aux consommateurs les prix et les conditions les plus favorables", les juges auraient sacrifié à ce but de politique économique, le choix le plus approprié aux problèmes juridiques à résoudre.⁴ Alors que l'interprétation restrictive s'imposerait d'autant plus, qu'en droit de la concurrence il s'agit de

1. Idem.

2. Op. cit., p.286 et 288.

3. Voir J.-P.Spitzer, op. cit., p.739 et A.Touffait, op. cit., p.291.

4. L.Focsaneanu, La jurisprudence de la C.J.C.E. en matière de concurrence, Editions techniques et économiques, Paris 1977, p.14.

sanctionner ou de contraindre, le droit communautaire est caractérisé, malgré quelques références à l'interprétation restrictive, par une interprétation extensive des textes. Sans que la liste soit exhaustive, on peut mentionner l'élargissement de la notion de concurrence actuelle à celle de concurrence potentielle, de la notion d'entreprise aux groupes de sociétés, de la responsabilité de la société mère aux filiales, des règles de concurrence à l'exercice des droits de la propriété industrielle et intellectuelle, l'application du principe de l'effet direct des normes communautaires¹, de la "portée très large" accordée aux pouvoirs de vérifications de la Commission².

Cette critique est certainement fondée même si elle tient pour beaucoup à l'incapacité des autres institutions politiques à engager une action commune pour promouvoir le processus d'intégration et au rôle considérable ainsi attribué à la Cour. Elle se vérifie surtout dans la première décennie de la jurisprudence communautaire puisque la Cour cherchait alors à affirmer l'existence d'un ordre juridique nouveau qui se démarquait des solutions nationales ou internationales³. Dans sa seconde, la jurisprudence est au contraire marquée par la tentative de compenser le développement des pouvoirs de la Communauté en protégeant les droits individuels des particuliers⁴. S'il est vrai que la Cour cherche encore à renforcer l'autorité de la Communauté en interprétant largement les compétences de celle-ci, elle accentue nettement la

1. J.A.Winter "Direct Applicability and Direct Effect- Two Distinct and Different Concepts in Community Law", C.M.L.Rev. 1972(9), p.437.

2. Voir C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.97 à 99/87, Dow Chemical Ibérica, Rec. 1989, p.3181, att.23.

3. Le point culminant de cette jurisprudence se trouve dans les arrêts Van Gend & Loos du 5.2.1963, aff.26/62, Rec. 1963, p.8 et Costa c.E.N.E.L. du 15.7.1964, aff.6/64, Rec. 1964, p.1141.

4. Voir J.Schwarze, "The Role of..", préc. cit., p.29.

protection des droits individuels¹. Depuis la fin des années soixante-dix, la jurisprudence se caractérise par l'effort de la Cour de maintenir les acquis communautaires malgré les réticences qui peuvent se manifester dans les Etats membres². La fin des années quatre-vingt marque une nouvelle direction avec l'arrêt Hoechst³, dans lequel la Cour oblige la Commission à respecter les garanties offertes par les procédures nationales lorsqu'elle a besoin de l'assistance des autorités locales pour procéder à une vérification, et avec la reconnaissance de droits des entreprises dans la phase d'enquête.

2. Apports de la jurisprudence communautaire

La jurisprudence de la Cour de justice a permis d'accélérer l'évolution de l'ordre juridique communautaire de manière satisfaisante puisqu'en se démarquant des schémas traditionnels du droit international, le droit communautaire n'a pas été dominé par les concepts nationaux. Au contraire, une interaction enrichissante entre le droit communautaire et les droits nationaux s'est développée : Les règles traditionnelles communes des Etats membres ont donné une base et une inspiration à l'ordre juridique communautaire ; en retour, celui-ci commence à inspirer les législations nationales. Ainsi, d'un côté, le droit communautaire a emprunté au droit allemand le principe de l'inviolabilité des locaux des entreprises⁴ et, au droit anglais, celui de la protection de la correspondance entre

1. Les arrêts les plus célèbres sont ceux du 12.11.1969, aff.22/69, Stauder, Rec. 1969, p.419, du 17.12.1970, aff.11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. 1970, p.1125 et du 14.5.1974, aff.4/73, Nold, Rec. 1974, p.491.

2. Voir J.Schwarze, op. cit., p.30, citant l'affaire 804/79 Com. c.Royaume-Uni, arrêt du 5.5.1981, Rec. 1981, p.1045.

3. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Rec. 1989(9), p.2919.

4. Voir l'affaire 46/87 et 227/88, Hoechst, C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, Rec. 1989(8), p.2919.

l'avocat et son client¹ ; d'un autre côté, le législateur français réforme la réglementation nationale de la concurrence² en s'alignant sur le modèle européen. L'avantage de ce mécanisme est de faciliter la connaissance de la règle applicable et d'empêcher une disparité de traitement suivant la qualification juridique donnée³. Il constitue ainsi un élément indispensable à la sécurité juridique des entreprises.

Pour les particuliers, les solutions dégagées par la jurisprudence communautaire marquent l'ouverture de nouvelles perspectives. Par exemple, en droit français, jamais personne n'aurait ainsi osé imaginer que la théorie du non-retrait des actes administratifs puisse s'appliquer à une loi ou soutenir que le principe de proportionnalité puisse permettre d'y faire échec.⁴ En elle-même, la création d'une juridiction supérieure au législateur a d'ailleurs une influence sur le comportement du justiciable qui en bénéficie et qui se montre beaucoup plus attentif à la protection de ses droits⁵. Elle entraîne aussi un comportement différent de l'administration. Craignant de voir ses décisions déclarées incompatibles avec les dispositions constitutionnelles et les droits ou principes qui en découlent et ses décisions annulées par le juge, l'administration est beaucoup moins impérialiste et plus attentive aux réclamations des citoyens ; elle exécute dans des délais raisonnables les décisions judiciaires la condamnant⁶.

1. Voir l'affaire 155/79, AM & S, C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, Rec. 1982, p.1579.

2. Ord. du 1er.12.1986.

3. L.Idot "L'interprétation du droit interne et du droit communautaire de la concurrence", P.A., mars 1988, n°30, p.21.

4. J.-P.Spitzer, op. cit., p.739.

5. A.Touffait, op. cit., p.290.

6. Idem.

III. Demandes préjudicielles prévues à l'article 177 du traité

Juge de droit commun de l'ordre juridique communautaire, le juge national peut se trouver confronté à des normes trop générales et imprécises pour pouvoir être appliquées sans faire l'objet d'une interprétation. Obéissant à une nécessité d'uniformité du droit¹, puisque des interprétations divergentes dans les divers Etats membres de la Communauté auraient abouti à la ruine du système, l'article 177 du traité met en place une procédure de consultation de toute juridiction nationale qui, confrontée à une décision nécessitant l'interprétation d'une norme communautaire, peut, "si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question". Elle est tenue de le faire si le jugement à intervenir n'est pas susceptible "d'un recours juridictionnel en droit interne".

Même si la procédure de demande préjudicielle n'est pas une nouveauté puisqu'elle est déjà bien connue des droits internes, que cela soit entre les ordres judiciaires et administratifs dans le système français ou dans l'organisation des cours constitutionnelles comme en Allemagne, elle a polarisé l'attention des commentateurs en se révélant la voie privilégiée de l'intégration des systèmes nationaux dans l'ordre communautaire. La Cour a d'ailleurs entendu largement la compétence non contentieuse qui lui était attribuée pour interpréter les dispositions du traité, des actes des institutions communautaires et de la validité de ces derniers, en l'utilisant pour les principes non écrits, les accords avec les Etats tiers, les actes d'adhésion des Etats membres ou encore, pour les actes relevant des protocoles sur l'interprétation et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, ou

1. R.Kovar, op. cit., n°56.

sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales¹.

Il est à noter qu'en dépit de pressions de certains auteurs² soutenant que la qualité des décisions préjudicielles serait améliorée par un transfert de compétence au profit du Tribunal de première instance et la possibilité d'interjeter appel des décisions rendues, le Conseil a maintenu la procédure du seul ressort de la Cour. Cela est parfaitement justifié puisqu'une possibilité d'appel ne correspondrait pas au caractère non contentieux de la procédure³.

En pratique, bien que ce soit principalement les parties à soulever un point de droit communautaire et demander le recours au mécanisme de l'article 177 pour obtenir l'interprétation de la Cour de Luxembourg, le juge national est libre d'agir d'office. On relève à cet égard une incidence significative de la conception de la procédure dans l'Etat membre. Ainsi, les magistrats britanniques se contentent, en règle générale, de retransmettre les questions telles que posées par les parties tandis que d'autres élaborent des questions théoriques poussées ou indiquent leurs propres avis sur la question⁴. Quoiqu'il en soit, la Cour n'accepte, sans l'intervention du juge national, aucune influence pour élargir la question ou la retirer de la part des litigants⁵ qui ne sont pas considérés, même s'ils

1. Protocoles de Luxembourg du 3.6.1971.

2. Voir par ex. J.Lever "The Procedure of the European Court of Justice" in F.C.L.I. 1986, p.445.

3. Voir J.Schwarze, "The Role ...", op. cit., p.24.

4. P.Pescatore "Il rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte e i giudici nazionali", Foro it. 1986, p.32.

5. Par ex. dans l'arrêt du 5.10.1988, aff.247/86, Alsatel-Novasam, Rec. 1988, p.5987, la Cour a refusé d'étendre la question du juge malgré les conclusions en ce sens de la Commission et des parties.

peuvent se faire représenter lors des plaidoiries, comme parties à la procédure devant la Cour¹. Les parties à l'instance nationale sont pourtant le plus directement affectées par la procédure : La solution donnée par la Cour de Luxembourg aura une force obligatoire à l'égard du juge national qui est conduit à surseoir à statuer jusqu'à ce que la question soit tranchée. A cet égard, la procédure de l'article 177 est très critiquée en ce qu'elle ralentit le déroulement des procès et permet d'introduire certaines exceptions dilatoires². Son utilisation en référé est même contestée, puisque le juge doit alors prendre des mesures immédiates antinomiques avec les longueurs que suppose l'examen de fond demandé à la Cour de Luxembourg.³ Il reste qu'il "peut accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire, et est obligé, si besoin est, d'écarter toute règle de droit national qui se heurterait à l'application de cette règle".⁴

La mise en oeuvre de la procédure prévue à l'article 177 du traité pose deux problèmes. Le premier, qui concerne la définition de la juridiction susceptible de poser une question préjudicielle⁵, appelle peu de commentaires. On notera simplement que les tribunaux arbitraux ne constituent pas une

1. Les parties peuvent néanmoins se faire représenter pour formuler des observations.

2. M.C.Bergerès, op. cit., p.231 ; voir également l'annexe C-3.

3. C.Orsini "Le juge des référés et l'application des normes communautaires", Gaz. Pal. 9.7.1985, p.395.

4. C.J.C.E. arrêt du 19.6.1990, aff.C.213/89, The Queen c.Factortame Ltd, Rec. 1990, p.I.2466, att.21 et 23.

5. A l'origine, la Cour a dégagé cinq critères: l'origine légale, la permanence, le caractère obligatoire de la juridiction, le caractère contradictoire de la procédure et l'application de la règle de droit. Voir l'aff.61/65, Vaassen Gobbels et les conclusions de l'A.G.J.Gand. Rec. 1966, p.377.

juridiction au sens de l'article 177¹. Le second, qui est beaucoup plus délicat et qui divise la doctrine, se trouve dans l'usage de la procédure. Si la Cour de Luxembourg ne constitue pas une juridiction d'appel hiérarchiquement supérieure, au sens où elle ne juge pas les faits et ne substitue pas sa décision à celles des juges nationaux, et que la procédure est réputée s'articuler dans un système de collaboration entre les juges communautaires et nationaux, son utilisation a provoqué des réticences notoires. Comment doit-on définir l'obligation de renvoi mise à la charge des juges dont la décision est insusceptible d'un recours juridictionnel² puisqu'en droit français, un même juge peut statuer en premier ou dernier ressort suivant le montant du litige et, en droit anglais, selon qu'il fasse droit ou non à la demande du requérant. Pour les partisans de la théorie "organique"³, l'article 177 §3 n'est applicable qu'aux seuls juges se trouvant aux sommets des hiérarchies juridiques nationales et dont la compétence s'étend à l'entier territoire de l'Etat membre. Cette interprétation répondrait au but fixé par la disposition du traité qui est d'éviter le développement d'une jurisprudence divergente. En pratique, on peut constater que la jurisprudence de la Cour donne raison aux partisans de l'examen "au cas par cas"⁴. Cependant, elle a strictement limité l'application de l'article 177 §3 en jugeant par exemple, à propos du système de procédure allemand, qu'un magistrat rendant une ordonnance de référé non susceptible de recours, n'est pas lié par une obligation de renvoi puisque les

1. Voir l'aff.102/81, Nordsee, Rec. 1982, p.1095. Cependant, la sentence arbitrale pourrait être examinée par le biais du juge de l'exequatur. Voir l'aff.126/73, Rec. 1974, p.201, et pour une appréciation critique de cette jurisprudence, X. de Mello "Arbitrage et droit communautaire", Revue de l'arbitrage, 1982, n°4, p.395.

2. § 3 de l'article 177 du traité.

3. Voir par exemple P.Pescatore, op. cit., p.35.

4. Voir J.Schwarze, The Role of .., préc. cit., p.24.

parties gardent la possibilité d'obliger leur contradicteur à porter l'affaire devant le juge du fond qui aura compétence pour réformer entièrement la décision rendue¹. Surtout, toute question posée devant une juridiction relevant de l'article 177 §3 n'oblige pas à un renvoi devant la Cour : Le magistrat doit apprécier si la difficulté d'interprétation du droit communautaire est indispensable à la solution du litige et si elle existe réellement, en vérifiant notamment que la Cour n'y ait pas déjà répondu dans un arrêt précédent². C'est à ce propos qu'on a pu vérifié des refus de certaines juridictions³ de se soumettre à l'obligation posée par l'article 177 §3, en se retranchant notamment derrière la théorie de "l'acte clair".

A l'opposé, on peut noter un détournement de la procédure telle que conçue par le législateur communautaire. Une bonne partie des demandes sont assimilables dans les faits à des recours en manquement contre un Etat membre⁴. La Cour ne peut pas statuer sur la validité d'une mesure de droit interne au regard du droit communautaire⁵ mais tout au plus fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui pourraient lui être utiles dans

1. C.J.C.E. arrêt du 24.5.1977, aff.107/76, Hoffmann-La Roche c.Centrafarm, Rec. 1977, p.957.

2. Suivant l'arrêt du 6.10.1982, CILFIT c.Ministère de la Santé italien, aff.283/81, Rec. 1982, p.3415, il suffit d'une jurisprudence constante de la Cour qui résout le point de droit litigieux, même s'il n'existe pas une stricte identité des faits de l'espèce.

3. Cette résistance a été particulièrement vive pour le Conseil d'Etat français, voir par ex. l'aff."Syndicat des fabricants de semoule" du 1.3.1968, Recueil Lebon p.149, mais se retrouve, pour d'autres raisons, également en R.F.A. ou en Italie.

4. P.Pescatore, op. cit., p.44, qui cite l'exemple de la célèbre affaire 26/62, Van Gend & Loos.

5. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1964, aff.6/64, Costa c.E.N.E.L., Rec. X, p.1141.

l'appréciation des effets de cette disposition¹. De façon plus tranchée, il arrive que des parties créent, en rencontrant l'assentiment du juge national, des procédures uniquement destinées à obtenir l'avis de la Cour de justice communautaire². Sans insister sur ces excès, il faut souligner la nécessité, dans une communauté regroupant divers systèmes judiciaires, que le juge et les parties, soient conscients de la relativité de leur mode de penser.³

Enfin, il reste à souligner que la possibilité de contester la décision de renvoi du juge national dépend des règles en vigueur dans chaque Etat membre. Alors qu'en France, une telle décision est insusceptible de recours, en Allemagne, la Cour constitutionnelle a, au contraire, estimé qu'un refus de poser une question préjudicielle au juge communautaire, pouvait constituer une violation de l'article 101 de la loi fondamentale allemande. Cette disposition, qui interdit les juridictions d'exception et prévoit que les tribunaux spécialisés doivent être établies uniquement par la loi, proclame que nul ne peut être empêché de comparaître devant son juge naturel. Pour ne pas ajouter à cette confusion, lorsqu'un appel est interjeté, la Cour se considère saisie jusqu'à ce qu'elle ait reçu un acte judiciaire l'informant que la demande est suspendue ou retirée⁴.

§ 2. Résolution des conflits dans la hiérarchie des normes

1. C.J.C.E. arrêt du 11.4.1973, aff.76/72, Michel, Rec. 1973, p.457.

2. Voir par ex. l'aff.112/80, C.J.C.E. arrêt du 5.5.1981, Dürbeck c.Hauptproblamt Franckfurt am Main, Rec. 1981(4). Dans l'aff.104/79 Foglia c.Novelo, du 11.3.1980, Rec. 1980, p.745.

3. P.Pescatore, op. cit., p.36.

4. P.Pescatore, op. cit., p.37.

Le contrôle de la légalité des actes administratifs amène à s'interroger sur la hiérarchie des normes car, comme tout ordre juridique, le droit communautaire est déterminé par une double échelle de valeurs qui constitue une source de conflits avec lesquels le juge est obligé de composer¹.

En droit de la concurrence, il s'agit pour lui de concilier les exigences du "welfare economics" et celles des ordres juridiques internationaux et nationaux.

I. Conflit du droit et de la matière économique : Faut-il codifier le droit de la concurrence ?

Dans le secteur de la concurrence, le droit communautaire, en tant qu'instrument juridique, pose un certain nombre de règles et de contraintes. L'importance des règles écrites y est somme toute négligeable et, si la jurisprudence apparaît comme un facteur d'évolution, elle reste soumise aux aléas de la casuistique. En 1967², l'avocat général Roemer déclarait : "Nous ne devrions pas oublier que dans les années passées, la Cour a eu, à chaque fois, à trancher des cas d'espèces et que c'est de ce point de vue que doivent être appréciées les tentatives qu'elle a faites en vue d'aboutir à une définition. Ce fait (...) doit nous garder d'en tirer des généralisations aboutissant à des conclusions doctrinales que la Cour elle-même ne peut avoir voulues en raison de la nature de ses compétences". Cette position n'est plus acceptable à l'heure actuelle. Le justiciable communautaire doit pouvoir prétendre à une systématisation suffisante du droit pour le garantir de l'arbitraire et lui assurer la sécurité juridique adéquate. Or, la jurisprudence de Cour de Luxembourg n'atteint pas ce but. Le recours aux principes généraux est en lui-même source d'insécurité juridique, en raison de l'incertitude qui

1. G.Schrans, op. cit. p.425.

2. Conclusions de l'A.G.Roemer dans l'arrêt de la C.J.C.E. du 15.2.1967, aff.8 à 11/66, Cimenteries, Rec. 1967, p.128.

s'attache à leur application puisque la Cour ne s'est jamais tenue à les appliquer systématiquement comme c'est le cas lorsqu'un texte existe.¹

Il faut donc s'interroger sur la nécessité d'une codification du droit communautaire de la concurrence. Il faut constater qu'à l'origine, celle-ci aurait nécessité un consensus politique sur des points de détails qu'il était vain d'espérer. L'utilisation de termes généraux et imprécis est donc directement liée aux réticences politiques qui ont accompagné la création du Marché commun. Aujourd'hui encore, la codification pose une difficulté particulièrement épineuse puisque toute incidence juridique sur l'activité économique doit nécessairement prendre en compte la mobilité et plasticité de celle-ci, alors qu'il existe une contradiction fondamentale entre la fluidité de la matière économique et la fixité de la règle juridique. Il est cependant erroné de croire comme il est fréquent, qu'en droit économique, le législateur est dans l'impossibilité de convertir son objectif en des règles clairement établies et qu'il peut toujours en déléguer la tâche au juge.²

La codification, qui présente des avantages certains du point de vue de la sécurité juridique, a cependant l'inconvénient d'enfermer le juge dans un carcan rigide : En matière de recevabilité des recours des particuliers sur le fondement des articles 173 et 175 du traité, la Cour, qui a été très critiquée, a plusieurs fois affirmé son impuissance à aller contre les textes et affirmé ses regrets exprimant une condamnation de la rigueur du système.³ Ainsi, le développement des règles jurisprudentielles reste conseillé en droit de la concurrence⁴ car, en droit communautaire, la possibilité de révision des

1. M.-A. Sanson-Hermitte, op. cit., p.287.

2. G.Schrans, op. cit., p.414.

3. J.Boulouis, op. cit., p.160.

4. Idem.

textes est beaucoup plus difficile que dans n'importe quel autre système et il est primordial que les règles puissent adhérer à la vie économique. Les efforts du Conseil et de la Commission pour clarifier les concepts économiques utilisés, par le biais de diverses communications, comme celles relatives aux accords d'importance mineure, aux différents règlements d'exemption par catégories et, dernièrement, au règlement de contrôle des concentrations¹ constituent des palliatifs acceptables. Leur valeur est certes très incertaine : Elles ne peuvent juridiquement lier l'interprète puisqu'elles constituent l'expression d'une opinion manifestée en dehors du cadre légal et elles n'ont donc pas la force des considérants inscrits aux règlements². La pratique offre d'ailleurs des exemples de la Commission contredisant ses propres communications après quelques années de recul³ mais elles ne doivent toutefois pas être sous-estimées car elles donnent une orientation de la future politique communautaire⁴.

Il reste qu'il serait tout à fait envisageable d'établir un catalogue des droits des entreprises dans les procédures administratives. Encore une fois, l'inconvénient de ce type de codification serait de rendre plus difficile, si ce n'est de bloquer, toute évolution en la matière. L'avantage serait de leur

1. Dans ce dernier cas, Bull. supp. 2/90, p.23, il s'agit d'ailleurs de "déclarations conjointes" du Conseil et de la Commission ce qui est assez inhabituel.

2. J.-B.Blaise "Concurrence- Contrôle des opérations de concentration", R.T.D.E. 1990, n°4, p.746.

3. H.-W Wertheimer "The Haecht II Jugement and its repercussions", C.M.L.Rev. 1973(10), p.417.

4. J.-B.Blaise, idem.

reconnaître une force, tirée de l'écrit¹, qui donnerait au droit communautaire une dimension nouvelle et une valeur irréprochable. S'il est peut-être encore trop tôt pour une telle solution, elle apparaît inéluctable à plus long terme.

II. Le conflit entre les exigences de l'efficacité économique et les valeurs extra-juridiques

Tout ordre juridique est mis au service de valeurs extrajudiciaires (justice, ordre..) qui dépassent de loin le cadre de l'efficacité économique. Elles obligent la Cour à varier la portée du contrôle effectué suivant la norme invoquée et l'acte contesté.

1. Les conflits internes

Les conflits internes, la contradiction inhérente à toute chose², n'épargnent pas le droit communautaire de la concurrence. Ainsi, la mise en oeuvre des principes généraux du droit constituent une avance considérable pour les entreprises en leur offrant ainsi une protection contre l'arbitraire de l'administration et du législateur ; elle pose aussi le problème de savoir jusqu'où les intérêts légitimes des particuliers peuvent primer l'intérêt communautaire général. Dans l'affaire

1. Il est, en la matière, très significatif qu'en Grande-Bretagne, le débat sur la nécessité du pays de se doter d'une constitution écrite comme seul moyen d'assurer aux particuliers une défense satisfaisante de leurs droits prenne autant d'importance dans le débat politique. Voir par ex. New Statesman Society, 1 Nov.1991, London, p.21-30 ou A.Constable "Getting it in Writing", Time, Nov.4.1991, p.39.

2. Voir H.Buch, op. cit., p.426, citant la Rechtsphilosophie de Radbruch reprenant l'idée d'Ilsen "avez-vous déjà pensé une idée jusqu'à son terme sans vous heurter à une contradiction? 1932", §9 "Antinomien der Rechtsidee", p.70

Brasserie de Haecht¹, l'avocat général relevait que la solution du litige les plaçait "devant la nécessité de procéder à une conciliation d'intérêts. D'un côté, il y a l'intérêt à l'exécution d'accords qui ont été validement conclus et dont la violation entraîne souvent l'effondrement définitif de tout un système. De l'autre côté, il y a l'intérêt général au maintien des règles de la concurrence". Dans l'affaire Tetra Pak², il est révélateur que la requérante prenne soin de préciser que l'équilibre entre la garantie de la sécurité juridique des entreprises et le maintien d'une concurrence efficace serait assuré dans cette hypothèse (inapplicabilité de l'article 86 à des accords bénéficiant d'une exemption) par le pouvoir de la Commission de retirer le bénéfice de l'exemption.

La jurisprudence montre que la Cour privilégie toujours un principe au détriment d'une autre. Comme remarquait l'avocat général Dutheillet de La Mothe à l'adresse des juges : "Chaque fois que vous avez jugé légitime ce qui peut vous paraître comme une atteinte au principe général de la sécurité des situations juridiques, vous avez toujours tenu à souligner que la légitimité de cette atteinte résultait de la nécessité, pour atteindre le but poursuivi, d'enfreindre plus ou moins un principe général du droit"³. On peut à cet égard citer l'opposition de l'intérêt général aux intérêts des particuliers, des moyens d'action de la Commission aux droits des opérateurs économiques, des droits de la défense aux intérêts des tiers, du droit de la concurrence au droit de la propriété industrielle etc.. La Cour trouve donc une solution à ces contradictions en dissociant les divers intérêts

1. C.J.C.E. arrêt du 6.2.1973, aff.48/72, Brasserie de Haecht II, Rec. 1973(2), p.77.

2. C.J.C.E. arrêt du 10.7.1990, aff.T-51/89, Rec. 1990, p.347, att.33.

3. C.J.C.E. arrêt du 23.11.1971, aff.62/70, Bock, Rec. 1971, p.897, 917, concernant l'application de l'article 115 du traité.

en présence et en instaurant une hiérarchie entre eux¹.

La jurisprudence communautaire hisse les principes généraux du droit à un rang supra-législatif², à la différence de la notion identique dégagée en droit français par le Conseil d'Etat qui lui attribue une valeur infra-législative et supra-réglementaire³, mais la hiérarchie des normes et, par conséquent la portée du contrôle de la légalité, n'est pas fixe. Si le juge doit vérifier la légalité d'un acte législatif, il n'hésitera jamais à examiner l'acte litigieux au regard des principes généraux ; toutefois, leur rôle se renforce au fur et à mesure que l'intérêt public va décroissant. La Cour se montre ainsi plus favorable aux intérêts privés lorsqu'il s'agit d'examiner la validité d'un acte émanant d'un Etat membre plutôt que des autorités communautaires et, parmi celles-ci, s'il s'agit d'un acte de la Commission plutôt que du Conseil.

2. Les conflits externes

1. Par ex., elle fait passer le principe de l'unité du droit communautaire devant celui de l'équité. Voir K.Mortelmans, op. cit., p.21.

2. J.-P.Spitzer, "Les principes généraux de droit communautaire dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes", Gaz. Pal. 1986 (Doc.), p.732.

Dans l'affaire C-70/88, Parlement européen c.Cons. du 22.5.1990, Rec. 1990, p.I.2041, la Cour affirme que "L'absence, dans le traité, d'une disposition prévoyant le droit de recours en annulation en faveur du Parlement peut constituer une lacune procédurale, mais elle ne saurait prévaloir à l'encontre de l'intérêt fondamental qui s'attache au maintien et au respect de l'équilibre institutionnel défini par les traités constitutifs des communautés européennes".

3. Suivant la définition de G.cornu, op. cit., p.614, les principes généraux sont des "règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent respecter".

Le droit communautaire de la concurrence est également soumis à des valeurs externes secrétées par le droit international et les droits internes. En principe, les actes administratifs de la Communauté ne doivent pas violer les préceptes du droit international que la Cour, en affirmant la personnalité juridique propre de la Communauté, distille sous forme de règles communes aux systèmes juridiques des Etats membres¹. Il ne fait ainsi pas de doute que la Communauté est liée par les accords internationaux qu'elle a conclus et, sous certaines conditions, par les accords internationaux passés par les Etats membres. Toutefois, des frictions peuvent naître de l'analyse divergente de principes identiques : Par exemple, ce qui est reconnu équitable en droit international peut s'avérer incompatible avec le droit communautaire.²

A l'égard des règles des Etats membres, la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux a été affirmée par la jurisprudence de la Cour, dont la position a pu être résumée en la formule "le droit communautaire l'emporte dans son ensemble sur l'ensemble des règles de droit nationales"³, qu'il s'agisse d'un conflit entre le Traité CEE et une loi postérieure⁴, d'un règlement communautaire ou d'une disposition constitutionnelle⁵. La supériorité du droit communautaire s'impose en conséquence sur toute mesure nationale législative même postérieure⁶, indépendamment de toute considération chronologique. Cette primauté n'empêche pas les systèmes juridiques nationaux de jouer un rôle important, aussi bien comme "valeur externe" dont le

1. G.Schrans, op. cit., p.429.

2. K.Mortelmans, op. cit. p.18, qui cite les problèmes entre le GATT et la CEE au sujet de l'agriculture.

3. R.Kovar, op. cit., n°73.

4. C.J.C.E. arrêt du 15.7.1964, aff.6/64, Costa c.E.N.E.L., Rec. 1964, p.1141.

5. C.J.C.E. arrêt du 17.12.1970, aff.11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. 1970, p.1125.

6. C.J.C.E. arrêt du 14.12.1971, aff.43/71, Rec. 1971, p.1039.

droit communautaire doit tenir compte¹, qu'en cas de renvoi aux règles nationales directement prévu par le traité ou les règlements. En matière de pouvoir de vérification de la Commission, l'article 14 §6 du règlement 17/62² dispose qu'en cas d'opposition des entreprises, les Etats membres sont tenus d'assurer l'efficacité de l'action administrative communautaire en prêtant l'assistance nécessaire à cet effet. Mais, l'arrêt Dow Chemical Ibérica³ laisse apparaître le conflit latent entre le droit communautaire et les droits nationaux. La solution dégagée par la Cour semble un pis-aller à l'impossibilité politique ou technique, d'aboutir à une unification des législations nationales. Rappelons que la requérante s'était opposée à l'exécution de la décision ordonnant une vérification qu'elle assimilait à une perquisition violant un droit fondamental reconnu par la Constitution de son pays. La Cour juge que "c'est le droit national qui définit les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect du droit des entreprises. Par conséquent, dès lors que la Commission entend mettre en oeuvre, avec le concours des autorités nationales, des mesures de vérification non fondées sur la collaboration des entreprises concernées, elle est tenue de respecter les garanties procédurales prévues à cet effet par le droit national". La Cour poursuit en énonçant qu'"il entre dans les pouvoirs de l'instance nationale d'examiner, (...) si les mesures de contrainte envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification et de veiller au respect des règles de son droit national dans le déroulement de ces mesures."

Avec le règlement sur le contrôle des concentrations, c'est le législateur lui-même qui a introduit une clause de sauvegarde

1. G.Schrans, op. cit., p.428.

2. Egalement du règlement 4064/89.

3. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff. 97 à 99/87, Rec. 1989, p.3181, att. 30 à 32.

en faveur des Etats membres¹. Elle leur permet de prendre des mesures appropriées à l'égard d'une opération de dimension communautaire, relevant en principe de la compétence exclusive de la Commission, afin d'assurer la protection de leurs intérêts légitimes. Il est cependant spécifié clairement que ces intérêts doivent être compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

1. Article 21 §3.

Chapitre III. L'EFFICACITE DU CONTROLE JUDICIAIRE

L'efficacité du contrôle judiciaire dépend de son accessibilité pour les entreprises, du fait qu'elles en connaissent les règles, des effets produits par les décisions rendues¹ et, éventuellement, de la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice subi.

En droit communautaire, le premier point est le plus préoccupant.

Section 1. La procédure communautaire est-elle à la portée des entreprises ?

S'interroger sur l'accessibilité du contrôle judiciaire pour les entreprises de la Communauté revient à se demander, outre la question de l'ouverture des différentes voies de recours qui a déjà été vue², si la procédure est organisée de manière simple, efficace et peu coûteuse.

§ 1. L'organisation de la procédure

Au niveau du contrôle des actes de la Commission, la procédure communautaire se caractérise, du moins pour un juriste français, par la souplesse et la simplicité de ces règles. La réforme de la procédure du 24 octobre 1988, instaurant un double degré de juridiction, est inspirée de cette préoccupation. Seul, le problème du multilinguisme est de nature à en compliquer l'aspect.

1. G.Braibant, N.Questiaux et C.Wiener, Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, Editions Cujas, Paris, 1973, p.310.

2. Voir cette thèse, titre III, Ch.I.

I. Le partage des compétences entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance

En matière de concurrence, le contrôle des actes de la Commission, y compris de ceux regardant les opérations de concentration, est désormais du ressort du Tribunal de première instance. Selon l'article 4 du texte constitutif¹, les articles 172, 174, 176, 184 à 187 et 192 du Traité CEE sont applicables au Tribunal. Il est donc compétent pour prendre les mesures provisoires utiles et il peut statuer en pleine juridiction en matière de sanctions pécuniaires. A ce propos, il faut rejeter l'interprétation de J.-B. Blaise² qui considère que l'article 16 du règlement 4064/89 sur le contrôle des concentrations attribuant expressément à la Cour de justice la compétence pour statuer sur les recours de pleine juridiction de l'article 172 du traité, le tribunal est lui-même incompétent en ce domaine.

Par contre, il est incontestable que la Cour de justice statue sur les demandes préjudicielles formées en vertu de l'article 177 du traité et sur les recours en responsabilité non contractuelle de l'administration fondés sur l'article 215 du traité³.

Le transfert de compétence⁴ est dicté par l'idée générale selon laquelle le jugement, par le Tribunal de première instance, d'affaires supposant l'examen de situations de fait complexes,

1. Déc. du Conseil du 24.10.1988, J.O.C.E. 1989, C.215/1.

2. "Concurrence; Contrôle ..", préc. cit. p.768.

3. Le partage des compétences, notamment en matière de "dumping" et de responsabilité non contractuelle, n'est pas définitif ; l'article 3 de la déc. prévoyant une possibilité de révision après deux ans de fonctionnement. Voir aussi Court of First Instance of the European Communities "Reflections on the Future Development of the Community Judicial System", E.L.Rev., vol.16, n°3, June 1991, p.1988, qui souhaite une révision de l'article 168 A du traité.

4. Il s'agit seulement d'une redistribution des compétences détenues par la Cour et non de l'introduction de compétences nouvelles dans l'ordre communautaire.

devrait permettre une amélioration d'ensemble du fonctionnement de la justice communautaire. La Cour pourrait se consacrer à sa mission de dire le droit, tandis qu'une juridiction spécifique traiterait de manière plus adaptée le contentieux où les données factuelles nécessitent une analyse très poussée. L'entreprise devrait y trouver son compte en ayant la possibilité de s'adresser à chaque degré à une juridiction mieux adaptée à sa fonction. Du point de vue des valeurs judiciaires européennes, la création du Tribunal constitue un progrès remarquable. Sans mettre en place un véritable deuxième degré de juridiction, la réforme offre aux entreprises la possibilité de faire vérifier successivement par deux juridictions que le droit communautaire n'a pas été violé à leur détriment. "L'ordre juridique consacre, ainsi, une conception du procès équitable (...) en droit de la concurrence."¹ Le système communautaire ne fait d'ailleurs que s'aligner sur les droits nationaux qui comportent déjà une telle structure.²

Les risques créés par ce transfert partiel de compétence de voir les entreprises mal diriger leur recours sont quasi-inexistants en droit de la concurrence. Ils sont, quoiqu'il en soit couverts par la réglementation. lorsque la Cour constate qu'une affaire relève de la compétence du Tribunal, elle la

1. M.Darmon et D.Ludet, "La création du Tribunal de première Instance", S.J., Ed.G., 1989, n°49, 3418, §60.

2. En France, le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence a été transféré à l'ordre juridictionnel (Cour d'Appel de Paris) mais il s'agit d'un recours autonome qui présente une nature hybride, mi-administrative, mi-judiciaire. Voir J.-P.Israel, "les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1er déc.1986.", in Liberté des prix et concurrence., A.F.C.E.-I.C.C., juin 1989, p.86. Les décisions peuvent être déférées à la Cour de cassation. En Allemagne, la Cour d'Appel de Berlin, Kammergericht, statue sur les recours contre les actes du Bundeskartellamt sous le contrôle de la Cour suprême fédérale.

renvoie à celui-ci sans qu'il puisse alors décliner sa compétence¹. Dans l'hypothèse où c'est le Tribunal lui-même qui s'estime incompétent et renvoie l'affaire devant la Cour, rien ne semblerait interdire à la Cour d'avoir une opinion différente et de décliner sa compétence.²

Par ailleurs, lorsque la Cour et le Tribunal sont saisis "d'affaires ayant le même objet, soulevant la même question d'interprétation ou mettant en cause la validité du même acte"³, deux solutions sont possibles : La Cour ou le Tribunal peuvent, après avoir entendu les parties, ordonner le sursis à statuer jusqu'au prononcé de la décision de l'autre juridiction. Lorsque les demandes tendent à l'annulation du même acte, le Tribunal a alors la possibilité de se dessaisir au profit de la Cour pour que celle-ci statue sur l'ensemble des demandes.

II. Recours contre les arrêts du Tribunal

Toute partie ayant partiellement ou totalement succombé peut former un pourvoi contre "les décisions du Tribunal mettant fin à l'instance et contre les décisions qui tranchent partiellement le litige au fond ou qui mettent fin à un incident de procédure portant sur une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité"⁴.

Les conditions de forme appellent peu d'observations. On se contentera donc d'indiquer, qu'à l'exception des décisions rejetant une demande d'intervention contre lesquelles l'entreprise dispose d'un délai de quinze jours pour former un pourvoi, le délai de recours qui doit être présenté par un avocat inscrit à l'un des Barreaux de la communauté, est de deux mois à compter de la signification de la décision. Les règles de

1. Article 47, al.2 du statut de la Cour CEE.
2. M.Darmon et D.Ludet, idem.
3. Article 47, al.3 du statut de la Cour.
4. Article 49 de la décision du 24.10.1988.

procédure devant la Cour cherchent à accélérer la mise en état de l'affaire avec, en principe, un seul jeu d'écriture pour les parties et l'obligation d'obtenir l'autorisation du Président pour présenter des conclusions ultérieures¹.

Plus intéressantes, sont les conditions de fond. D'une part, les entreprises, qui étaient parties intervenantes en première instance, ne peuvent se pourvoir devant la Cour que lorsque la décision les affecte directement. Par contre, les Etats membres et les institutions de la Communauté peuvent diligenter un recours même s'ils n'étaient pas intervenus devant le Tribunal. Pour limiter le danger que constitue cette disposition pour les entreprises, il est spécifié que la Cour peut, lorsqu'elle juge ledit pourvoi infondé, "indiquer ceux des effets de la décision annulée du Tribunal qui doivent être considérés comme définitifs à l'égard des parties au litige"². D'autre part, "le pourvoi devant la Cour est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularités de procédure portant atteinte aux droits de la partie requérante ainsi que la violation du droit communautaire. Un pourvoi ne peut porter uniquement sur la charge et le montant des dépens."³

Lorsque la Cour considère que le pourvoi est fondé et que la la décision du Tribunal doit être annulée, deux solutions s'offrent à elle. Elle peut soit trancher elle-même définitivement l'affaire si celle-ci est en état d'être jugée, soit la renvoyer devant le Tribunal pour qu'il statue."⁴ Celui-ci sera alors lié par les points de droit tranché par l'arrêt⁵.

-
1. Voir l'article 119 du nouveau de règlement de procédure.
 2. Article 55 §3 de la décision du 24.10.1988.
 3. Article 51 de la décision du 24.10.1988.
 4. Article 54 de la décision du 24.10.1988.
 5. Article 55 §2 de la décision du 24.10.1988.

III. Possibilité d'intervention d'un tiers à la procédure

Les interventions devant le juge communautaire sont réglées par l'article 37 du statut de la Cour qui établit, comme en matière d'ouverture des voies de recours, une distinction entre d'une part les Etats membres et les institutions de la Communauté et, d'autre part, les particuliers. Tandis que les premiers peuvent intervenir sans restriction au litige, les seconds doivent justifier "d'un intérêt au résultat de l'affaire". On peut noter qu'en droit français de la concurrence, où aucune disposition n'autorisait l'intervention des tiers, la Cour d'appel a accepté de puiser dans les règles de procédure de droit commun pour admettre cette possibilité¹. En effet, les principes d'immuabilité du litige et de l'autorité de la chose jugée doivent trouver leur limite dans la nécessité d'évolution du procès et de protection des tiers. Toutefois, il existe un risque de fragiliser les décisions rendues en matière de concurrence et, compte-tenu de la spécificité de ce domaine du droit, on retrouve un souci constant de limiter le contentieux né de la répression des pratiques anticoncurrentielles aux personnes ayant la qualité de "partie en cause".

Sans s'attarder sur les conditions formelles de recevabilité qui appellent peu de commentaires, si ce n'est que la requête doit être faite dans les trois mois qui suivent la publication au Journal officiel de la note relative à l'existence de l'affaire, les conditions de fond sont identiques à celles dégagées en droit français. Le Tribunal doit connaître le strict contentieux issu de la décision de l'autorité administrative mais il doit aussi être parfaitement informé. Le tiers intervenant doit ainsi démontrer d'un intérêt qui doit reposer sur le recours

1. Voir F.Daudret "La notion de partie et de tiers en droit de la concurrence et ses conséquences sur la configuration du litige", R.C.C. 1990, n°57, p.28 et s.

principal¹ et il ne peut intervenir qu'au soutien des conclusions d'une des parties². Toutefois, la Cour ne s'est jamais prononcée sur la faculté d'une partie intervenante à soulever une exception d'irrecevabilité³.

L'intervention de certains tiers ne posent pas de difficulté particulière, leur intérêt à la solution du litige étant particulièrement flagrant. Tel est le cas des tiers plaignants⁴, des entreprises visées par un plaignant en cas de recours de ce dernier contre la décision de la Commission de ne pas donner suite à sa demande⁵ ou de ne pas prendre les mesures provisoires sollicitées⁶ ainsi que les entreprises poursuivies devant des juridictions nationales si la décision de la Commission contestée devant la Cour était à la base des recours intentés dans les Etats membres⁷.

Les interventions d'associations représentatives, plus délicates, sont cependant courantes. Dans l'affaire des "ententes du sucre", l'intervention d'une association italienne de défense des consommateurs⁸ a été admise car elle démontrait un intérêt dans l'application correcte d'une disposition de la Communauté,

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 8.4.1981, aff.197-200, 243, 245 & 247, Ludwigshafener Walzmühle Erlenz KG, Rec. 1981, p.1041.

2. Article 37 §3 du statut de la Cour, identique au droit français.

3. A l'occasion de l'affaire BAT et Reynolds, la Cour a évité de trancher le problème. C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142 et 156/84, Rec. 1987, p.4566, att.12.

4. Voir par exemple, l'aff. 6 et 7/73, ICI-CSC, Rec. 1974(I), p.223.

5. Voir par exemple, C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987, aff.142-156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1986, p.4566.

6. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79 R, Camera Care, Rec. 1980, p.119.

7. C.J.C.E. arrêt du 16.6.1966, aff.56-58/64, Grundig-Consten, Rec. 1966, p.299.

8. C.J.C.E. arrêt du 16.12.1975, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73, Générale sucrière, Rec. 1975, p.1663, att. 3 et 4.

de même que la Commission Consultative des Barreaux Européens dans l'affaire AM &S¹ relative à la protection de la correspondance avocat/entreprise durant les vérifications effectuées par la Commission au titre de l'article 14 du règlement 17.

§ 2. Coût de la procédure

Le coût de la procédure devant les juges de Luxembourg est un élément de politique judiciaire qui ne doit pas être négligé. Bien que les informations ne soient pas diffusées en la matière, il semble qu'en matière de contentieux de la concurrence, les frais judiciaires engagés par les entreprises soient très lourds². On retrouve donc, en la matière, l'opposition classique entre les intérêts de l'administration et ceux du justiciable. La Commission soutient pour sa part, qu'avec le nombre croissant d'affaires, il ne faut pas "favoriser les recours par une gratuité aussi poussée que possible"³. Il reste qu'un coût disproportionné à l'intérêt poursuivi par l'entreprise serait susceptible de remettre en question son droit d'obtenir un contrôle des actes de la Commission. Dans quelle situation, l'entreprise se trouve-t-elle dans les procédures de la concurrence ?

1. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, AM &S, Rec. 1982, p.1579.

2. Comme éléments de référence, on peut citer un arrêt du 19 mai 1982 concernant la restitution de l'indû, dans lequel le Conseil a été condamné à payer aux divers requérants, la somme de 300.000 francs pour l'ensemble des frais récupérables. Dans le domaine de la concurrence, on sait que les productions écrites des parties atteignent facilement plusieurs milliers de pages, ce qui montre le travail produit par les divers services de l'entreprise, ses avocats, et de la valeur représentée.

3. Voir les conclusions de la Commission dans l'aff.126/76, Firma, Rec. 1979, p.2131.

I. Les frais de procédure

Avant d'examiner les frais d'une action judiciaire, il faut se rappeler que la procédure devant la Commission est gratuite. Les dépenses, que les entreprises doivent effectuer à cette occasion, correspondent à leur propre coût de fonctionnement ; à la différence de ce qui se passe en Allemagne¹, aucune taxe n'est perçue par l'administration. Une telle solution, envisagée lors de l'édiction des premiers règlements d'application, avait été repoussée afin de ne pas détourner les entreprises de la procédure.

Selon le règlement de procédure de la Cour et du Tribunal², la procédure judiciaire est gratuite et les parties n'ont pas à supporter les frais exposés par le Tribunal. Cependant, si celui-ci estime que ces frais auraient pu être évités, il peut "condamner la partie qui les a provoqués à les rembourser et à payer les frais de tout travail de copie et de traduction effectué à la demande d'une partie et considérés par le greffier comme extraordinaires". Cette disposition a une application très limitée. Toutefois, dans l'affaire IBM³, la Cour a condamné la requérante à payer les frais occasionnés par sa demande d'ordonner la communication de documents relatifs à l'engagement de la procédure par la Commission, en considérant que la demande était devenue sans objet en raison du rejet du recours principal.

Il reste qu'une partie des frais engendrés par le procès est en principe mise à la charge des parties. Selon le règlement de procédure, les dépens comprennent les sommes dues aux témoins et aux experts ainsi que les "frais indispensables exposés par les parties aux fins de la procédure, notamment les frais de

1. Voir l'article 73 du GWB. Les taxes et frais requis sont élevés mais, non prohibitifs.

2. Il s'agit d'un projet de règlement publié au J.O.C.E. n°C136 du 5.6.1990.

3. C.J.C.E. arrêt du 11.11.1981, aff.60/81, Rec. 1981, p.2649, att.26.

déplacement et de séjour et la rémunération d'un agent, conseil ou avocat"¹. Ces frais n'entendent pas la rétribution du salarié de l'entreprise ou du fonctionnaire membre de la Commission².

En cas de contestation, la formation de jugement à laquelle l'affaire a été attribuée est seule compétente³, les problèmes d'exécution restant du ressort des tribunaux nationaux⁴.

La juridiction saisie a une obligation de statuer sur les dépens "dans l'arrêt ou l'ordonnance qui met fin à l'instance"⁵, même si les parties n'ont pas conclu en ce sens⁶. Le problème des frais ne sera donc pas tranché lorsque le juge prononce une mesure provisoire car, la procédure étant appelée à se poursuivre, les frais pourront être discutés à un stade ultérieur ou, lorsque la Cour statue sur une demande préjudicielle, l'arrêt n'étant qu'un incident de la procédure pendante devant la juridiction nationale⁷. Dans ce dernier cas, le juge national devra suivre les règles en vigueur dans l'Etat membre mais la solution demeure injuste quant au principe : Pourquoi une partie supporterait-elle seule les frais d'une procédure générant une solution ayant une valeur générale ? Le nouveau règlement de

1. Article 91 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal (ancien article 73).

2. Voir C.J.C.E. ord. du 21.6.1979, aff.126/76R, Dietz, Rec. 1979, p.2131 et la note de A.Dashwood, E.L.Rev. 1976(4), p.357-359, qui relève que le droit britannique admet une telle indemnisation contrairement aux droits continentaux.

3. Elle statue par ordonnance non susceptible d'appel.

4. Voir l'aff. 4/73, Nold, Rec. 1974, p.491.

5. Article 87 §1 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal (art.69 §1 ancien).

6. Voir l'arrêt de la C.J.C.E. du 10.6.1982, aff.246/81, Lord Bethell, Rec. 1982, p.2277, où l'Avocat général invitait la Cour à ne pas statuer sur les frais des parties intervenantes qui n'en avaient pas demandé le remboursement. Dans sa décision, la Cour précise que celles-ci supporteront leurs propres dépens.

7. Voir par ex. C.J.C.E arrêt du 19.6.1990, aff.C.213/89, Queen c.Factortame, Rec. 1990, p.I.2466, att.24.

procédure¹ constitue à cet égard un progrès en instaurant des facilités financières pour la représentation ou la comparution à l'instance préjudicielle des parties au litige principal.

II. Règlement des dépens

Le principe en droit communautaire, comme dans les règles de procédure des Etats membres, est que la partie qui succombe est condamnée aux dépens.²

Il faut pour cela que l'adversaire en ait fait la demande. Mais, le délai octroyé à cet égard n'est pas très clair : Dans certains arrêts, les conclusions formulées à l'audience ont été acceptées³, ce qui apparaît discutable au regard du respect du contradictoire alors que, dans l'affaire CICCE⁴, la Cour a déclaré tardive la demande de la Commission présentée dans son mémoire en duplique. Dans ce cas, comme en l'absence de conclusions en ce sens⁵, la partie gagnante doit supporter ses propres dépens. En cas de pluralité de parties, la condamnation peut alors être prononcée à titre solidaire.

Mais, le principe posé par l'article 87 §1 du nouveau règlement de procédure supporte des exceptions qui donnent au

1. Article 104 du règlement.

2. Article 87 §1 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal.

En cas de désistement d'une partie, ou de non-lieu à statuer, se reporter aux articles 87 §5 et 6 du nouveau règlement de procédure (art.69 §4 et 5 ancien).

3. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T.64/89, Automec, Rec. 1990, p.369, att.79. et les conclusions de la C.C.B.E. dans l'affaire 155/79, AM &S, Rec. 1982, p.1575, et l'affaire 113/77, NTN Bearing Co c. Conseil, Rec. 1979, p.1185.

4. C.J.C.E. arrêt du 28.3.1985, aff.298/83, Rec. 1985, p.1117.

5. Voir C.J.C.E. arrêt du 10.6.1982, aff.246/81, Lord Bethell, Rec. 1982, p.2277: Les dix compagnies aériennes intervenues avec succès aux côtés de la Commission supportent leurs propres dépens faute d'avoir conclu à la condamnation du requérant.

juge communautaire la possibilité de répartir les dépens "si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs"¹. La compensation peut être totale ou partielle : Dans l'affaire BMW², chacune des entreprises, qui s'étaient vues infliger des amendes d'un montant différent suivant la gravité de l'infraction, est condamnée à payer la partie des frais de la Commission correspondant au pourcentage de l'amende qui lui a été infligée par rapport au total de la pénalité. Dans l'affaire Automec³, le Tribunal condamne la Commission à payer la moitié des dépens de la requérante.

Le juge dispose d'un très large pouvoir d'appréciation. La jurisprudence montre que la compensation des dépens est très fréquemment ordonnée. L'occasion se présente d'ailleurs dans la très grande majorité des affaires car l'entreprise, qui introduit un recours, présente un éventail de moyens le plus large possible⁴. Aussi, même en gagnant globalement son recours, la requérante et, par voie de conséquence, son adversaire succomberont nécessairement sur quelques chefs. Par exemple, dans l'affaire Commercial Solvents⁵, la Cour réduit de moitié l'amende infligée par la Commission mais condamne les requérantes aux dépens en estimant que celles-ci avaient succombé pour l'essentiel de leurs conclusions. Dans le cas United Brands⁶, la

1. Article 87 §2 du même règlement.

2. C.J.C.E. arrêt du 12.7.1979, aff.jtes 32, 36 à 82/78, BMW Belgium SA et autres c.Commission, Rec. 1979, p.2435.

3. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T.64/89, non rep.

4. Voir l'article 48 §2 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal (art.42 §2 ancien) qui interdit, à moins de faits nouveaux, la production de moyen nouveau en cours d'instance, et par exemple l'aff.T64/89 dans laquelle la requérante introduit un recours contre plusieurs actes de la Commission "à titre de précaution", T.P.I. 10.7.1990, att.63.

5. C.J.C.E. arrêt du 6.3.1974, aff.6 et 7/73, Rec. 1974, p.223, att. 53. Voir également les aff.100 à 103/80, Musique Diffusion Française, Rec. 1983, p.1825, att.137.

6. C.J.C.E. arrêt du 14.2.1978, aff.27/76, Rec. 1978, p.207.

décision de la Commission est partiellement annulée et l'amende réduite mais chaque partie est condamnée à supporter ses propres dépens au motif que la Commission a succombé sur l'un des griefs fait à la demanderesse. La compensation des dépens est également ordonnée dans l'affaire AM & S¹ bien que l'entreprise ait obtenu la reconnaissance du droit à la protection de documents couverts par le secret professionnel.

Malgré le flou occasionné par l'absence d'un véritable débat sur le règlement des frais de procédure, qui interviendra peut-être avec l'introduction d'un double degré de juridiction, deux tendances peuvent être dégagées quant à l'application de l'article 87 §1 et §2. La première est que la Cour tient principalement compte de l'objectif principal du recours : Quand une entreprise demande à titre principal l'annulation de la décision de la Commission et qu'elle n'obtient que la diminution de l'amende demandée à titre subsidiaire, la Cour compense les dépens. La seconde est qu'en présence d'une infraction au droit communautaire, la Cour opère un partage des dépens même si la révision de la mesure contestée s'avère parfaitement équitable².

Aux termes du règlement de procédure, les dépens peuvent également être partagés "pour des motifs exceptionnels"³. L'emploi par la Cour, de cette disposition, reste cependant marginal et il faut se reporter au contentieux externe au droit de la concurrence pour trouver, comme motifs exceptionnels, la complexité des questions soulevées ou l'intérêt général de la

1. C.J.C.E. arrêt du 18.5.1982, aff.155/79, Rec. 1982, p.1575, att.38 et 39.

2. M.Bierry et A.Dal Ferro, "The Practice followed by the Court of Justice with regard to costs", C.M.L.Rev., Vol.24, 187, n°3, p.523.

3. Article 87 §2 du nouveau règlement de procédure (art.69 §3 ancien).

solution attendue¹. Rompant avec cette pratique, le Tribunal a, dans un de ses premiers arrêts², appliqué cette disposition au dépens de la Commission en raison de l'incertitude juridique créée par son comportement ambigu. La compensation n'intervient toutefois que pour moitié car la requérante, irrecevable en son recours, avait maintenu sa demande malgré la clarification de la position de la Commission.

Par ailleurs, le règlement de procédure autorise la formation de jugement à condamner une partie, même gagnante, "à rembourser à l'autre partie les frais qu'elle lui a elle-même fait exposer et qui sont jugés frustratoires ou vexatoires"³. Il peut s'agir de la production tardive de documents, d'action manifestement infondée ou de recours conçu comme un moyen dilatoire. Jusqu'à présent, la Cour a appliqué très parcimonieusement cette disposition faisant souhaiter à certains commentateurs, et ce, pour des raisons opposées, une modification du règlement. Pour les uns⁴, la mesure adoptée est trop sévère et n'est pas assez dissuasive à l'égard des "plaignants en quête de prétoire" ; pour les autres⁵, elle ferait double emploi avec la possibilité de compenser les dépens pour des motifs exceptionnels.

1. Voir cependant l'arrêt de la C.J.C.E. du 13.11.1975, aff.26/75, General Motors, Rec. 1975, p.1367 où la requérante doit supporter ses dépens malgré l'annulation totale de la décision attaquée. La Cour ne donne aucune explication quant aux motifs exceptionnels.

2. T.P.I. arrêt du 10.7.1990, aff.T-64/89, Automec, Rec. 1990, p.369, att.80.

3. Article 87 §3 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal. (ancien article 69 §3)

4. J.Biancarelli in "Perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne", J.Schwarze (ed), Baden Baden, 1987, p.81., qui mentionne l'existence en droit français, de la possibilité pour le juge d'infliger des amendes pouvant atteindre 20.000 Ffr. en cas de recours manifestement abusif.

5. M.Bierry et A.Dal Ferro qui proposent une refonte des articles 69 §2 et 3 du règlement de procédure de la Cour, op. cit., p.536.

Il est intéressant de constater que le nouveau règlement de procédure, en conservant les dispositions antérieures, ne suit pas la recommandation du Conseil¹ tendant à ce que le Tribunal ait le pouvoir, en cas de recours manifestement abusif, d'imposer une amende au requérant ou d'octroyer des dommages-intérêts au défendeur, ainsi que d'appliquer des déchéances en cas d'usage de moyens dilatoires. La recommandation prévoit également que, "dans des cas particuliers, l'avocat devrait être contraint à payer des frais de justice".

Enfin, on notera qu'en ce qui concerne les frais exposés par les tiers intervenants, l'ancien règlement de procédure de la Cour ne faisait pas de différence entre les institutions, les Etats membres et les particuliers. La Cour avait pour usage de condamner la partie principale à payer les dépens des tiers étant intervenus aux côtés de la partie gagnante et de faire supporter aux autres parties leurs propres frais². Le nouveau règlement de procédure de la Cour et du Tribunal³ opère un changement intéressant en stipulant que les Etats membres et les institutions supportent les frais qu'ils ont engagés, le juge appréciant librement l'opportunité de condamner les particuliers aux dépens.

1. Voir la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice, n° R (84) 5, du 28.2.1984, Publications des Communautés européennes.

2. Voir par exemple l'arrêt Metro II de la C.J.C.E. du 22.10.1986, aff.75/84, Rec. 1986, p.3021, att.93. La société Metro, dont le recours est rejeté, est condamnée aux dépens, y compris ceux de la société Saba et de la R.F.A. intervenues au soutien de la Commission tandis que le Royaume-Uni intervenu à ses côtés supporte ses propres dépens. Voir également C.J.C.E. arrêt du 28.2.1984, aff. 228 et 229/82, Ford, Rec. 1984, p.1129, att.25.

3. Article 87 §4 du règlement de procédure de la Cour et du Tribunal.

Section 2. Connaissance de la procédure de contrôle

Les entreprises ont connaissance des procédures et des décisions judiciaires communautaires par la motivation et la publicité. Plusieurs difficultés sont rencontrées en ce domaine.

§ 1. Motivation des décisions de justice

En règle générale, la motivation des décisions juridictionnelles sert à concilier la sécurité juridique et l'évolution du droit en guidant l'action future des organes exécutifs et l'application des actes par leurs destinataires.¹ Il s'avère qu'elle prend une importance particulière en droit communautaire de la concurrence car, comme pour toute décision juridique, l'élaboration de la jurisprudence fait intervenir un raisonnement d'ordre logique mais également de choix relevant de la politique juridique, de jugements de valeur. Moins la règle peut se rattacher à la logique et plus le choix politique y est prépondérant, plus elle doit y être expliquée ou, en tout cas, explicite et claire de façon à ce qu'on ne puisse se méprendre sur sa signification et sa portée². La nécessité de motivation est d'autant plus flagrante que le droit communautaire, en tant que droit économique, fait appel à des notions très mouvantes, que les traités de base contiennent peu de dispositions normatives étant fondés sur la notion d'objectifs à atteindre et qu'il prévaut sur le droit national des Etats membres.

Or, les décisions de la Cour de justice et du Tribunal sont rédigées selon le modèle continental, c'est à dire sans qu'apparaissent les éventuelles opinions dissidentes. Selon I. Van

1. H. Bauer-Bernet, "Motivation et droit communautaire" in La motivation des décisions de justice, Bruylant, Bruxelles, 1978, p.329.

2. A. Hervieu, op. cit., p.304.

Bael¹, cette solution présentait l'inconvénient, en partie lié à la surcharge de travail de la Cour, de rendre difficile, si ce n'est impossible, l'interaction, au combien souhaitable, entre juges de différentes cultures juridiques. En effet, chaque juge, qui voit ses efforts mobilisés par les affaires dont il est personnellement chargé en tant que juge rapporteur, ne perçoit aucun profit à tenter d'exprimer une opinion dissidente qui, si elle n'est pas adoptée par tous, n'apparaîtra pas dans l'arrêt. En adoptant le modèle anglo-saxon, le même juge prendrait le temps et ferait l'effort nécessaire pour exprimer son opinion aussi vigoureusement que possible, enrichissant ainsi le dialogue judiciaire. I. Van Bael² relève néanmoins que l'adoption d'un tel système implique une réforme plus générale. En effet, dans les affaires soulevant des intérêts nationaux délicats, l'efficacité de la possibilité d'exprimer une opinion dissidente est liée à l'augmentation de la durée du mandat du juge³ puisqu'à l'heure actuelle leur réélection est contrôlée par les gouvernements nationaux. Surtout, l'absence d'opinions dissidentes minimise les influences nationales sur les juges⁴.

§ 2. Publicité des procédures et des décisions judiciaires

Si la publication des décisions de la Cour reste un facteur

1. "EEC Antitrust Enforcement and Adjudication as seen by Defence Counsel", R.S., 1979, n°7.

2. Idem.

3. Suivant l'article 167 du traité, le mandat a une durée de six ans renouvelable.

4. A la Cour internationale de justice, il est rare qu'un juge vote contre le pays de sa nationalité. G.Wills "Rule of Reason: Une règle raisonnable en droit communautaire ?", C.D.E. 1990, p.52.

controversé de prévention du contentieux¹, la déterminabilité formelle de la règle, qui constitue un élément prépondérant de la sécurité juridique, suppose que l'on puisse y avoir accès et l'identifier. La publicité de la jurisprudence est organisée de plusieurs façons, recueils annuels, publication au Journal officiel et publicité privée ; elle pose, en droit de la concurrence comme dans les autres domaines du droit, le problème de la sélection². La publicité est particulièrement importante en matière de demande préjudicielle puisque tant la synthèse du recours que le dispositif de la décision de la Cour sont publiés au Journal officiel. Mais, pour le reste, comparaison faite avec les recueils des juridictions souveraines des Etats membres, le recueil des décisions de jurisprudence communautaire attire les critiques quant à l'élaboration des tables, du fichage des arrêts, de la rapidité et de la régularité des publications³. Malgré les modifications successives apportées en la matière, par la suppression et la réintroduction de la publication des rapports d'audience des affaires, le résultat atteint est toujours insatisfaisant.

Section 3. Efficacité des décisions judiciaires

L'efficacité des décisions judiciaires communautaires dépend de la durée nécessaire à leur prononcé et, entre-temps, de la

1. J.Biancarelli "Les mesures envisageables pour faire face à l'encombrement croissant du prétoire de la Cour de justice, en dehors de l'institution d'une juridiction de première instance" in Perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne, J.Schwarze (Hrsg), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p.105.

2. Voir à ce sujet, A.Hervieu op. cit., p.297.

3. J.Biancarelli, op. cit., p.82.

possibilité d'obtenir des mesures provisoires, de leur portée et enfin des modalités de leur exécution.

§ 1. Durée des procédures et moyens envisagés pour l'écourter

La durée des procédures judiciaires devant la Cour a nettement augmenté au fil des ans, corrélativement au volume du contentieux¹. Cet engorgement ayant été progressif, plusieurs moyens ont été adoptés pour accélérer le traitement des procédures tels que l'assouplissement des règles de formation plénière, l'augmentation du nombre des référendaires, l'informatisation des services. En 1989, soit l'année de mise en service du tribunal de première instance, l'entreprise avait une perspective d'attente de deux ans avant qu'un arrêt ne soit rendu. Or, cet engorgement de la Cour, qui peut être interprété comme un signe de bonne santé de l'ordre juridique communautaire², met aussi en danger sa solidité et notamment l'effectivité du principe de légalité communautaire et de la primauté de ce droit.³ En effet, quelle peut être la portée de l'annulation d'un acte entâché d'illégalité, plus de deux ans après son prononcé ? Comment croire qu'un délai d'un an et demi ne dissuade pas les juridictions nationales de poser une question préjudicielle à la Cour ? A cet égard, le succès de la nouvelle législation française de la concurrence tient pour beaucoup à la capacité de la Cour d'appel de Paris à rendre rapidement ses arrêts⁴.

1. Voir l'annexe C-3.

2. Voir J.Biancarelli, op. cit., p.76.

3. Voir, M.Darmon et D.Ludet, "La création du Tribunal de première instance des Communautés européennes", S.J. n°47, du 22.11.1989, I- 3418.

4. Voir A.Potocki, "Bilan de deux années d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986", Gaz. Pal. 28-29 avril 1989, p.5 et s.

L'institution du Tribunal de première instance est la mesure prise dont on attend le plus de résultats. Ses limites sont toutefois patentes. Bien qu'il soit encore trop tôt pour juger, le gain de rapidité espéré pourrait être compromis pour des raisons matérielles¹. La création du Tribunal ne risque-t'il pas de susciter l'arrivée d'un nouveau contentieux procédural avec les appels des arrêts de première instance, des rejets de l'intervention d'une partie, des exceptions d'illégalité ?

Dans le cadre d'un colloque sur le développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne en 1987², diverses mesures étaient envisager pour réduire les délais de procédure judiciaire. On peut distinguer celles visant à prévenir l'accroissement du contentieux, celles relatives à la structure et à l'organisation de la Cour, pour simplifier la procédure écrite, rationaliser la procédure orale et enfin, celles relatives à la tenue des délibérés et à la rédaction des arrêts. Leur étude détaillée apparaît inutile car l'intérêt des entreprises semble parfaitement garanti. Par exemple, la suppression de la procédure orale serait contraire à l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui impose une publicité de l'audience et du jugement. Egalement, quand bien même le simple fait d'envisager la limitation de la recevabilité des recours apparaît préoccupant, cette solution est catégoriquement repoussée et un allongement des délais de procédure accordés, jugés trop courts,

1. T.Millet "The New European Court of First Instance" , I.C.L.Q. 1989, vol.38, p.828 citant House of Lords Select Committee, Session 1987-1988, 5th Report, "A European Court of First Instance", §.90.

2. Colloque organisé par le "European Policy Unit" à l'Institut Universitaire Européen de Florence; Perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne, J.Schwarze (Hrsg), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987. Voir notamment J.Biancarelli, op. cit., p.73 et s.

est réclamé¹. La même constatation vaut à l'égard des mesures de fonctionnement interne arrêtées par la Cour : Par exemple, la division en chambres des magistrats, qui entraîne un risque de contrariété de jugement, l'a conduit à instituer un coordinateur de jurisprudence².

Il faut enfin mentionner la réforme d'envergure proposée par J.-P.Jacqué et J.Weiler³ qui consiste à calquer le système des cours fédérales et des cours d'Etats aux Etats-Unis en maintenant la procédure de l'article 177 du traité. Dans cette optique, la Cour de justice des Communautés européennes se transformerait en Haute Cour européenne de justice et quatre, ou trois, cours régionales⁴ seraient créées. Les auteurs espèrent de cette nouvelle architecture judiciaire, un gain de temps dans le traitement des affaires, une meilleure connaissance de la part des juges et une intégration favorisée du droit communautaire. Bien que la proposition puisse apparaître très séduisante sur un plan idéologique, elle pose des difficultés techniques considérables qui augurent une mise en place et un fonctionnement particulièrement ardu. Compte-tenu des risques considérables qui seraient ainsi entraînés, la réforme apparaît, du moins pour l'instant, inopportune. Sans que cela puisse constituer une

1. Il est également réclamé par la Commission. Voir B.Paulin, in Perspectives de développement..., préc. cit. p.168.

2. Voir J.Biancarelli qui relève toutefois que l'encombrement plus important de la chambre plénière risque de s'aggraver avec les années, op. cit., p.84 et 87.

3. "Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire" R.T.D.E. 1990(3), p.441-456 ; les auteurs proposent d'abord un changement radical des procédures de contrôle et de leur esprit incluant l'instauration d'un contrôle "a priori" de la législation communautaire, p.454.

4. Pour la création de 4 cours, la répartition serait la suivante: Royaume-Uni, Irlande, Portugal - Belgique, Espagne, France - Italie, Grèce, Pays-Bas - Danemark, Luxembourg, R.F.A.; pour 3 cours: France, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg - Italie, Espagne, Grèce, Portugal - Allemagne, Royaume-Uni, Irlande et Danemark.

surprise, elle a d'ailleurs été rejetée catégoriquement par les membres du Tribunal de première instance ; le seul point favorablement accueilli se trouve être la création d'une juridiction spécialisée en matière de propriété artistique, littéraire et commerciale selon la proposition de règlement du Conseil du 15 décembre 1989¹.

§ 2. Le sursis à exécution et autres mesures provisoires

En raison des délais de procédure¹, l'accès au contrôle judiciaire pourrait s'avérer lettre morte si les droits des entreprises ne pouvaient faire l'objet d'une protection rapide et adéquate. En droit communautaire, les actes de l'administration bénéficient en effet d'une présomption de validité et sont donc pleinement efficaces dès leur publication ou notification. L'article 185 du traité n'attache pas un caractère suspensif au recours en annulation mais autorise le juge à ordonner le sursis à exécution de l'acte attaqué "s'il estime que les circonstances l'exigent". Le législateur a ainsi choisi le modèle français et délaissé le système allemand beaucoup plus favorable aux intéressés. L'appel y a par principe un effet suspensif, les décisions de l'autorité de contrôle n'étant d'application immédiate que si celle-ci l'ordonne lorsque "l'intérêt public ou les intérêts supérieurs des parties l'exigent"².

1. Voir Court of Justice of First Instance "Reflexions on the Future..", préc. cit., p.175 et s.

1. Voir l'annexe C-3.

2. Article 63 du GWB. En règle générale, l'emploi extensif des mesures provisoires est dénoncé comme abusif.

I. Objet des mesures provisoires et compétence du juge

L'article 186 du traité¹ donne compétence au juge pour prendre toutes les mesures provisoires "nécessaires", notamment celles visant la conservation des intérêts des parties à l'affaire principale, de telle sorte qu'au prononcé de l'arrêt au fond, celui-ci puisse avoir un plein effet. La disposition a cependant perdu beaucoup de son utilité depuis la reconnaissance, dans l'affaire Camera Care², de la compétence de la Commission à arrêter les mesures provisoires "en vue de parer à une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui en demande l'institution, ou intolérable pour l'intérêt général". En droit de la concurrence, la procédure de l'article 186 reste exceptionnelle : Elle a été intentée avec succès dans l'affaire Ford³ où la Cour a jugé que les mesures provisoires de la Commission étaient disproportionnées. Par contre, dans l'affaire Dow Chemical Nederland⁴, la requérante n'a pas obtenu la restitution de documents saisis par la Commission au cours d'une vérification, ni l'interdiction de les utiliser dans la suite de la procédure. Avec l'article 9 §9 du règlement 4064/89, l'article 186 du Traité CEE connaît un regain d'intérêt puisque les Etats membres peuvent demander à la Cour de justice des mesures provisoires pour voir appliquer leur législation nationale.

Dans cette étude, il sera principalement question du sursis à exécution d'une décision de la Commission que le Tribunal de

1. La mention particulière, dont fait l'objet le sursis à exécution de l'acte attaqué, n'implique pas qu'il ait une nature différente des mesures provisoires que la Cour est autorisée à prendre par application de l'article 186. Elle reflète seulement la double compétence de la Cour en tant que juge administratif et juge civil ou commercial.

2. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Rec. 1980, p.119.

3. C.J.C.E. ord. du 29.9.1982, aff.228-229/82R, Ford, Rec. 1982, p.3091.

4. C.J.C.E. ord. du 28.10.1987, aff.85/87R, Rec. 1987, p.4367.

Luxembourg¹ est seul compétent pour ordonner. S'agissant d'un type particulier de mesures provisoires, les observations faites à son sujet demeurent cependant valables pour les mesures prévues à l'article 186. Simplement, en visant la paralysie d'un acte, le sursis à exécution ne peut avoir que des effets limités à l'égard d'une décision positive et ne peut donc équivaloir à la délivrance d'une mesure refusée par la Commission.² On soulignera toutefois l'importance de cette procédure dont l'absence, dans l'ordonnance française du 1er décembre 1986, avait justifié la décision du Conseil Constitutionnel annulant la loi transférant, à une juridiction judiciaire, le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence au motif qu'une garantie essentielle des droits de la défense se trouvait méconnue.³

II. Conditions de forme

Les conditions de forme, auxquelles doivent répondre les demandes de mesures provisoires, sont régies par les articles 83 à 90 du règlement de procédure ; elles sont presque similaires à celles relevant de l'action principale. L'important est que les requêtes doivent être présentées séparément et qu'elles ne sont recevables que si l'entreprise a préalablement engagé un recours au fond.

Le droit communautaire se distingue, à cet égard, de certaines législations nationales qui admettent des recours parallèles ou préalables au recours principal. Le droit anglais

1. Voir la décision du Conseil du 24.10.1988, J.O.C.E. du 21.8.1989, n°C215/1.

2. C.J.C.E. ord. du 31.3.1982, aff.43 et 63/82 R, VBVB et VBBB, Rec. 1982, p.1241.

3. Déc. 86-224 du 23.1.1987, J.O.R.F. du 25.01.1987, p.924.
Le Parlement a rectifié le tir avec la loi du 6.7.1987, n°87-499 laquelle fut incorporée à l'ordonnance et complétée par le décret n°87-849 du 19.10.1987. V. J.C.P. 1987, III, 60726.

limite ainsi l'effet dans le temps des "interlocutory injunctions" à la conclusion de la procédure principale mais ne les subordonne pas au fait que la procédure au fond ait déjà été engagée, le requérant se voyant assigner un délai par le Tribunal pour le faire. Avec l'adoption de la nouvelle ordonnance en matière de concurrence, le législateur français a repris la règle communautaire en établissant ainsi un régime dérogatoire au droit commun¹. Un tel bouleversement des habitudes judiciaires n'est pas allé sans poser de résistances comme en témoigne une première jurisprudence divergente² : "Subordonner la compétence du juge des référés à la condition que la juridiction ait été préalablement saisie du litige serait le contraire même de la procédure de référé et priverait celle-ci de tout intérêt"³. Sans atteindre cette position extrême, il faut constater que les raisons fournies pour justifier l'intérêt de cette règle sont peu convaincantes.

La saisine préalable du juge principal permettrait d'abord d'encadrer la procédure en délimitant les actes dont les justiciables peuvent demander le sursis à exécution⁴. Par exemple, une entreprise ne pourra pas attaquer une directive du Conseil sur le fondement de l'article 185 du traité puisqu'elle n'a pas qualité pour en contester la légalité sur le fondement de l'article 173 ; la Cour pourra alors refuser d'accorder la mesure provisoire au motif que la demande au fond de toute évidence irrecevable. En fait, l'incidence de la recevabilité du recours principal n'est pas liée à cette règle et son importance en droit communautaire n'est que récente : Jusqu'en 1983, la majorité des

1. Article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

2. T.C. 14e Ch. 1.7.1987, Recueil Dalloz Sirey, 1988, 29e cah., p.300.

3. T.G.I.Paris, ord. du 2.12.1987, Recueil Dalloz Sirey, 1988, 29e cah., p.300.

4. G.Bebr Judicial Control of the European Communities, London, Stevens & Sons Ltd, 1962, p.111.

ordonnances montre que, pour éviter tout risque d'interférence entre les compétences du juge du fond et celles du juge du référé, ce dernier avait tendance à ne pas prendre en considération le problème de la recevabilité du recours principal¹.

La règle constituerait par ailleurs une garantie du caractère provisoire de la mesure de référé. Mais, le règlement de procédure laisse au juge la faculté de fixer la date à laquelle la mesure provisoire qu'il ordonne cessera d'avoir des effets ; il l'y oblige lorsqu'il s'agit du sursis à exécution d'une décision².

Enfin, en droit français, son adoption permettrait de faire sortir la procédure du droit commun et, notamment, de l'institution du juge de la mise en état en conservant la compétence du "juge de la concurrence"³. Là encore, l'argument semble de pure forme. On constate en pratique que la voie des référés du droit commun, qui n'est pas soumise à cette obligation de saisine préalable du juge du fond, a vidé de son intérêt le référé concurrence⁴ à moins qu'il ne s'agisse de demander le sursis à exécution d'une décision du Conseil de la concurrence.⁵

Le dépôt de la requête principale nécessitant une préparation nécessairement plus importante que celle des référés, l'adoption en droit français de l'obligation de saisine préalable du juge du

1. B.Pastor et E.Van Ginderachter, "La procédure en référé", R.T.D.E. 25(4) 1985, p.589.

2. Article 89 §2 du règlement de procédure. Dans le projet de nouveau règlement de procédure, il ne s'agit plus que d'une simple faculté. Voir art.110 §2.

3. Voir Recueil Dalloz Sirey, 1988, 29e cah. p.300.

4. Organisé par l'article 36 de l'ordonnance du 1er déc. 1986.

5. Ou encore lorsque le ministre de l'Economie veut saisir le juge. Voir L.Idot et M.-C Boutard Labarde "Bilan des deux ans d'application du nouveau droit de la concurrence" in Liberté des prix et concurrence, AFEC-ICC, 19 juin 1989, p.51.

fond et son maintien en droit communautaire¹ apparaissent inopportuns. Sans doute aurait-il mieux valu se servir du modèle britannique qui encadre plus soupagement la procédure.

III. Conditions de fond

Le droit communautaire laisse une grande latitude au juge saisi puisqu'il peut, selon les articles 186 et 185 du traité, ordonner les mesures provisoires "nécessaires" et le sursis à exécution d'un acte de la Commission "s'il estime que les circonstances l'exigent". L'article 83 §2 du règlement de procédure précise néanmoins que la requête doit spécifier "les conditions établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait ou de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire". Pour préciser les critères applicables, la Cour de justice apparaît s'être largement inspirée de la jurisprudence française qui est particulièrement stricte à l'égard du demandeur². Selon la nouvelle législation de la concurrence³, qui reprend principalement les règles en vigueur, le sursis à exécution peut être accordé à la condition que la mesure ordonnée par le Conseil doive entraîner des conséquences manifestement excessives ou que des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité soient intervenus depuis la notification. Mais le juge reste soumis aux dispositions du droit commun et ses pouvoirs sont strictement encadrés par l'exigence de la survenance d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite. Le droit allemand est, quant à lui, beaucoup plus favorable au demandeur ;

1. La disposition reste inchangée dans le projet du nouveau règlement de procédure. J.O.C.E. 1989, C136/19.

2. G.Bebr, op. cit., p.111.

3. Article 15 §3 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

il suffit que ce dernier soit lésé dans ses droits alors qu'aucun intérêt public majeur n'est en cause.

Si les critères posés par le juge communautaire sont restrictifs, il faut noter qu'en droit de la concurrence, la Cour de Luxembourg accueille plus facilement les demandes de mesures provisoires, généralement des requêtes de sursis à exécution, que dans le contentieux général : Pour ce dernier, les chances d'obtenir les mesures sollicitées sont de l'ordre de 10% contre 33% environ pour les affaires de la concurrence.¹

1. Moyens de fait

Après quelques hésitations, la jurisprudence de la Cour s'est fixée au début des années 1980² pour établir que le requérant doit démontrer qu'il risque, à défaut de l'octroi du sursis à exécution demandé, de subir un préjudice grave et irréparable. Bien que la Cour n'ait fourni aucune définition de la notion, on constate, d'une part, que le préjudice n'a pas besoin d'être certain -il suffit qu'il existe une probabilité pour qu'il se réalise- et d'autre part, qu'il est considéré comme grave et irréparable lorsque l'intérêt du requérant n'est pas susceptible d'être sauvegardé rétroactivement par l'arrêt à intervenir au principal. Une bonne illustration est fournie par l'affaire N.O.S.³ dans laquelle la Cour fait droit à la demande de sursis à exécution en considérant que, si elle "annulait la décision attaquée après que les régimes de remplacement aient été négociés, il est possible qu'entre-temps la structure du marché ait engendré une situation dans laquelle un retours en arrière visant à appliquer de nouveau la décision sur les remises

1. Voir B.Pastor et E.Van Ginderachter, op. cit., p.606 et 621.

2. C.J.C.E. ord. du 7.7.1981, aff. 60-190/81R, IBM, Rec. 1981, p.1857.

3. C.J.C.E. ord.14.12.1982, aff.260/82R, Rec. p.4371 ; voir également 31.3.1982, aff.43-63/82R, VBVB et VBBB, Rec. 1982, p.1241, 18.8.1971, aff.45/71R, Rec. 1971, p.791.

litigieuses soit si difficile qu'un éventuel arrêt d'annulation de la Cour ne puisse plus avoir aucun effet utile."

Par contre, un préjudice exclusivement d'ordre financier, présentera difficilement un caractère irréparable, à moins que le requérant risque de ne pouvoir récupérer les sommes impliquées au cas où il obtiendrait gain de cause dans l'affaire au principal¹, ou que leur paiement, ou non perception, doive entraîner pour lui des difficultés insurmontables mettant en jeu sa viabilité financière². De même, en matière de demande de sursis à exécution d'actes de procédure, le préjudice peut difficilement être considéré comme irréparable. Jusqu'à présent, la Cour a toujours maintenu les décisions attaquées en considérant qu'il pouvait être remédié à la violation de la règle substantielle invoquée. Dans les affaires Hoechst³ et Dow Chemical Nederland⁴ concernant une décision ordonnant une vérification, les requérantes invoquaient un risque de préjudice grave et irréparable résultant, tant de la perte de confiance dans le système juridique que de l'impossibilité de distinguer pour la suite de la procédure, les informations obtenues de manière licite de celles obtenues illégalement. La Cour rejette la demande au motif que l'annulation au principal de la décision d'ordonner une vérification aurait pour effet d'empêcher la Commission d'utiliser les documents ainsi illégalement obtenus. La Cour d'Appel de Paris, qui a une jurisprudence identique, a, pour les mêmes considérations, systématiquement maintenu les injonctions de publication⁵.

1. Voir l'ord. de la Cour intervenue en matière d'anti-dumping, du 14.10.1977, aff.113/77R, N.T.N. Toyo Bearing c.Cons., Rec. 1977, p.1721.

2. Voir pour un refus de l'argument, l'ord. du 30.4.1986, aff.62/86R, Akzo, Rec. 1986(4), p.1503, et 28.10.1987, aff.85/87R, Dow Chemical Nederland, Rec. 1987, p.4367.

3. C.J.C.E. ord. du 26.3.1987, aff.46/97R, Rec. 1987, p.1540.

4. C.J.C.E. ord. du 28.10.1987, aff.85/87R, Rec. 1987, p.4367.

5. L.Idot et M.-C.Boutard Labarde, op. cit. p.51.

Si l'entreprise requérante apporte la preuve qu'à défaut de sursis à exécution de la décision attaquée, elle subira un préjudice grave et irréparable, l'urgence, à laquelle le règlement de procédure fait référence, est alors réputée établie. A l'instar des solutions couramment adoptées dans différents Etats membres¹, l'urgence ne s'apprécie que par rapport à la survenance du préjudice en question. C'est ainsi que dans l'affaire Continental Can², la requérante avait été déboutée de sa demande de sursis à exécution contre une décision de la Commission qui ne l'obligeait pas à mettre immédiatement fin à un agissement mais qui lui imposait de faire des propositions modificatives avant une date donnée : Elle ne pouvait justifier d'un risque de survenance d'un préjudice avant que la Cour ne statue et, en conséquence, d'aucun caractère d'urgence. Tel sera également le cas si l'acte a déjà reçu entière application car il ne peut y avoir urgence à surseoir à son exécution, à moins qu'il ne comporte des effets continus.

2. Moyens de droit et liens avec la décision au fond

Pourquoi prendre des mesures conservatoires, ordonner le sursis à exécution de la décision attaquée, si le dommage que son application entraîne est licite ? Celui-ci peut, en effet, n'être que la conséquence d'une obligation de mettre fin à une violation d'une règle de la concurrence et il serait dès lors inconcevable, sous prétexte que l'entreprise subit un préjudice, de lui permettre de continuer impunément ses agissements pendant la durée d'une procédure qu'elle pourrait alors engager dans le seul but de temporiser. De même, la concurrence, que se livrent les

1. Par exemple, en Allemagne, l'urgence est présumée par la loi. Voir les observations du gouvernement de la R.F.A. dans l'aff.107/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1977, p.957.

2. C.J.C.E. ord. du 21.3.1972, aff.6/72R, Rec. 1972, p.157, att.3.

entreprises sur un marché, cause souvent à l'adversaire un dommage parfaitement licite¹.

On comprend bien que le requérant doit, au moins dans une certaine mesure, démontrer que les intérêts dont il demande la sauvegarde sont légitimes. Mais, s'agissant d'une procédure dont il faut coûte que coûte préserver la rapidité², les règles qui la régissent ne peuvent être que sommaires. Soulignons à cet égard que le juge des référés, statuant en règle générale comme magistrat unique³, n'est pas tenu, s'il l'estime opportun, d'entendre l'autre partie⁴. Aussi, tant la preuve du droit que l'examen de la demande par le juge ont un degré de précision inférieur à ce qui est requis dans le cadre d'une procédure ordinaire : Il suffit d'une preuve "prima facies", c'est à dire de la démonstration de la vraisemblance de ce qu'affirme le requérant⁵. Lorsque la demande de sursis à exécution vise "une décision prise sous l'apparence d'un règlement", le demandeur doit prouver de façon particulièrement nette qu'il est concerné de manière directe et individuelle⁶. En d'autres termes, la demande doit sembler à tout le moins défendable au principal⁷ et

1. Le Tallec "Le soubassement juridique des affaires Leclerc carburants et Leclerc livres", S.J. du 5.3.1986, n°10-3231.

2. La durée de celle-ci est contenue dans un délai de un mois, dans une aff.338/82R, Albertini et Montagnani, Rec. 1982, l'ordonnance a été rendue le jour même de l'enregistrement de la requête.

3. Dans une affaire importante, comme Camera Care, aff.792/79R, du 17.01.1980, Rec. 1980, p.119, la Cour peut statuer en formation plénière.

4. Article 84 §2 du règlement de procédure.

5. Cette constatation est valable pour tous les systèmes de droit. Pour une étude comparative, voir les conclusions de l'avocat général Caportorti dans l'aff.107/76, Hoffmann-La Roche, arrêt du 24.7.1977, Rec. 1977, p.957, 979.

6. C.J.C.E. ord. du 28.5.1975, aff.44/75R, Könecke, Rec. 1975, p.637.

7. Conc. de l'A.G. J.-P.Warner, aff.792/79R, Camera Care, Rec. 1980, p.119, 133.

ce n'est que si le recours au fond est apparemment irrecevable, que le juge peut écarter la demande de sursis à exécution.

Le règlement de procédure dispose expressément que l'ordonnance ne doit pas préjuger de la décision du juge sur le principal¹ ; elle reste provisoire et peut, en conséquence, être rapportée ou modifiée à tout moment, même d'office² ; son exécution peut en outre être subordonnée au versement d'une caution³. La jurisprudence constante de la Cour rappelle ce caractère provisoire⁴. Le problème est que d'une part, les parties ont tendance à utiliser les mêmes arguments en référé, que ceux utilisés dans le cadre de la procédure au fond⁵ et que, d'autre part, la mesure peut être suffisante pour mettre fin au litige principal et aboutir à une radiation de l'affaire⁶. La constatation a des limites puisque la mesure provisoire ne peut créer une situation qui soit irréversible.⁷

Pour saisir la portée de cette règle, il est utile de se référer au droit allemand qui invite la Cour d'Appel à rétablir l'effet suspensif de l'appel "si de sérieux doutes existent quant à la légalité de la décision contestée". En droit communautaire, l'entreprise, qui ne peut établir qu'elle risque de subir un préjudice grave et irréparable, ne pourra obtenir le sursis à exécution d'une décision illégale que dans le cas d'un acte

-
1. Voir l'article 86 §4 du règlement de procédure.
 2. Il faut noter que l'ordonnance est désormais susceptible d'appel dans un délai de deux mois à compter de sa signification. Déc. du Conseil du 24.10.1988, J.O.C.E. du 21.8.1989, n°C215/1.
 3. Article 86 §2 du règlement de procédure.
 4. C.J.C.E. ord. du 30.4.1986., aff.62/86R, AKZO , Rec. 1986(4), p.1503, et du 26.3.1987, aff.46/87R, Hoechst , Rec. 1987, p.1540.
 5. G.Borchard "The Award of Interim Measures by the European Court of Justice", C.M.L.Rev., 1985(22), p.209.
 6. C.J.C.E. ord. du 17.1.1980, aff.792/79R, Camera Care, Rec. 1980, p.119.
 7. C.J.C.E. ord. du 23.7.1976, aff.26/76 R, Metro, Rec. 1976, p.1353.

auquel il "manquerait même l'apparence de la légalité ou de la constitutionnalité"¹, c'est à dire d'un acte inexistant. Celui-ci se définit² comme l'acte d'une autorité administrative considéré comme dépourvu de la qualité d'acte administratif, soit parce qu'en réalité il n'existe pas matériellement en tant que tel, soit parce qu'il est le produit d'une usurpation ou d'un empiètement sur les fonctions d'autorités autres qu'administratives, soit enfin parce qu'il ne peut être rattaché à l'exercice d'aucun pouvoir conféré à l'administration par une disposition législative ou réglementaire" et qui nécessite ainsi que son exécution soit immédiatement suspendue³. Ainsi, lorsque les moyens invoqués par les requérants introduisent un débat de principe, la demande est irrecevable car elle sort du champ de compétence du juge du provisoire.⁴

Enfin, la décision de la Commission est en principe destinée à rétablir l'ordre public communautaire menacé par une infraction aux règles de la concurrence et, par voie de conséquence, à protéger les tiers. Le sursis à exécution de la décision conduit donc le juge des référés à mettre en balance les intérêts concernés. Suivant la nature de l'acte attaqué, l'exigence de protéger l'intérêt individuel du demandeur sera d'autant plus forte que l'acte a une portée large. A titre indicatif, mentionnons que, dans le cas d'une décision individuelle comme dans l'affaire Metro⁵, la Cour a refusé d'ordonner le sursis à

1. C.J.C.E. ord. du 26.3.1987, aff.46/87R, Hoechst, Rec. 1987(3), p.1549, att.31.

2. G.Cornu, op. cit., p.17.

3. Voir C.J.C.E. ord. du 7.7.1981, aff.60-190/81R, IBM, Rec. 1981(6), p.1857.

4. C.J.C.E. ord. du 26.3.1987, aff.46/87R, Hoechst, Rec. 1987(3), p.1549, et en droit français, C.A. Paris lère Ch. ord. du 6.4.1990, Syndicat des pharmaciens du Var, Gaz. Pal. 1.2.1990, p.17.

5. C.J.C.E. ord. du 23.7.1976, aff.26/76R, Rec. 1976, p.1353.

exécution de la décision d'exemption, relative au système de distribution de la société Saba, en considérant que tous les distributeurs de la Communauté seraient affectés et que le but d'une mesure provisoire, qui est de sauvegarder temporairement les intérêts du requérant, serait alors dépassé.

Ce recours au principe de la proportionnalité, effectué de façon purement prétorienne en droit communautaire, est prévu par l'article 63a §3 du GWB allemand qui impose au juge de contrôler "si la mise à exécution de la décision aurait pour résultat de léser la partie intéressée alors qu'aucun intérêt public majeur n'est en cause."

§ 3. Portée des décisions judiciaires communautaires

La portée des décisions du juge communautaire est particulièrement importante puisque le rôle de celui-ci est, de par son étendue et ses conditions d'exercice, sans équivalent. Elle est toutefois fonction des diverses voies de droit utilisées.

I. Portée des décisions préjudicielles

La portée des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice présente un caractère original. Au contraire du juge national, qui interprète le droit en l'appliquant à un cas concret et qui ne peut se prononcer par voie de disposition générale ou réglementaire¹, la Cour est tenue, dans le cadre de l'article 177, d'interpréter la norme de façon générale et abstraite, c'est à dire de fournir une interprétation valable au delà de l'affaire considérée. La Cour doit toutefois permettre au

1. En droit français, cette interdiction résulte de l'article 5 du Code civil.

juge national de trancher le litige qui lui est soumis, sans difficultés ultérieures d'interprétation ; elle ne peut donc se détacher totalement des faits de l'espèce. Consciente du péril de donner aux décisions préjudicielles, un caractère "quasi-normatif" qui pourrait faire évoquer le spectre du "gouvernement des juges"¹, elle doit trouver une voie médiane. Cette recherche apparaît par le seul emploi de la formule utilisée par la Cour dès ses premières décisions, "la Cour dit pour droit.." ; elle montre que, tout en constituant une réponse à une demande particulière, la décision a une portée plus générale². Cette autorité, qui dépasse celle de la chose jugée pour s'imposer à toutes les juridictions, résulte également des conditions d'information³ liées à la demande préjudicielle qui est notifiée aux Etats membres et aux institutions intéressées. Comme le relève P.Pescatore⁴, même si la décision préjudicielle est intimement liée aux faits à l'origine du contentieux national, "il est difficilement imaginable qu'un choix jurisprudentiel effectué sur la base d'information aussi étendue, et dont l'objectif est précisément d'assurer l'unité du droit communautaire à l'intérieur de la Communauté, puisse facilement être remis en cause."

Il reste que toute juridiction garde la faculté de saisir à son tour le juge communautaire pour qu'il modifie sa position en fonction des arguments qui lui sont présentés⁵. De ce point de vue, la portée des décisions rendues en vertu de l'article 177 du

1. R.Lecourt, Le juge devant le marché commun, 1970, p.57.

2. A.Trabucchi, "L'effet 'erga omnes' des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes", R.T.D.E. 1974, p.83.

3. Au titre de l'article 20 du Protocole de la Cour, la demande est notifiée aux Etats membres et institutions intéressées.

4. "Il rinvio pregiudiziale ..", préc. cit., p.41.

5. C.J.C.E. arrêts du 27.3.1980, aff.126 à 128/79, Salumi, Rec. 1980, p.1237 et du 15.10.1980, aff.145/79, Société Roquette Frères c.Etat français, Rec. 1980, p.2917.

traité reste relative. Le juge qui a formé le renvoi préjudiciel est, quant à lui, tenu d'appliquer la règle dégagée par la Cour en restant libre pour décider des modalités d'application¹.

L'effet rétroactif de l'arrêt communautaire, dû au fait que l'interprétation de la règle de droit donnée par la Cour s'applique à des rapports juridiques nés avant la décision judiciaire², est d'autant plus fort que le renvoi préjudiciel n'est qu'à un incident de procédure d'une durée moyenne de deux ans. La Cour se reconnaît ainsi le droit de limiter les effets de sa décision dans le passé : "Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour de justice pourrait, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé dans les relations juridiques établies de bonne foi, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer la disposition ainsi interprétée en vue de remettre en cause des relations juridiques"³.

II. Portée d'un arrêt annulant une décision de la Commission

La portée des décisions du Tribunal ou de la Cour de Luxembourg est limitée par l'impossibilité pour les entreprises d'obtenir la réparation des conséquences dommageables

1. H.Kutscher, op. cit., p.293.

2. Voir l'affaire Roquette, 145/79, Rec. 1980, p.2917 dans lequel la Cour, qui avait constaté l'invalidité du système de calcul des montants compensatoires, avait déclaré, sans que la question lui ait été posée, que "de sérieux motifs d'ordre économique" interdisaient la remise en cause des perceptions effectuées avant le prononcé de l'arrêt. Le Tribunal d'instance de Lille (15.7.1981, Rec.Dalloz Sirey 1982, p.9), confirmé par la Cour d'appel de Douai (19.1.1983, Gaz. Pal. 1-2.6.1982, p.3) avait refusé d'admettre la limitation imposée.

3. C.J.C.E. arrêts du 27.3.1980, aff.126 à 128/79, Salumi, Rec. 1980, p.1237 et du 15.10.1980, aff.145/79, Société Roquette Frères c.Etat français, Rec. 1980, p.2917.

d'agissements illégaux d'un concurrent. Le juge communautaire doit aussi se cantonner à l'annulation de la décision de la Commission ou à la constatation de sa carence à agir. Les conséquences doivent être tirées par les autorités d'exécution elles-mêmes.

1. La nullité de l'acte illégal

"Si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenu l'acte contesté". Ainsi rédigé, l'article 174 du traité ne laisse d'autre option aux juridictions communautaires que d'annuler, ou de refuser d'annuler, l'acte attaqué. Elles ne disposent pas, dans le cadre d'un recours en annulation, du pouvoir de faire injonction à la Commission de prendre une mesure en remplacement de l'acte attaqué¹. Au plus, la Cour peut-elle indiquer quels sont les changements requis pour rendre l'acte légal ; "toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs"².

Le régime des nullités s'applique indistinctement aux décisions prononcées par la Commission au cours de l'instruction préparatoire et aux décisions qui clôturent la procédure administrative. Le juge annule l'acte dans sa totalité lorsque la décision repose sur des données insuffisantes ou est issue d'une procédure irrégulière qui la vicie dans son ensemble ; il peut prononcer l'annulation partielle de l'acte attaqué lorsque l'illégalité ne porte que sur certaines parties de l'acte ou si certains effets seulement étaient illégaux.

Les juridictions nationales disposent de pouvoirs plus étendus. La Cour d'Appel de Paris a une compétence de pleine juridiction qui lui permet de modifier un acte du Conseil en

1. Voir par ex., C.J.C.E. arrêt du 17.11.1987. aff.142 et 156/84, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566, att.13.

2. Article 174 du traité.

prononçant, par exemple, une injonction à l'encontre d'une société qui n'avait pas été visée par la décision du conseil.¹ Elle peut également ordonner la publication de sa décision.

Dans le cadre du recours en carence, la solution est identique. Le juge communautaire se contente de constater la carence de la Commission qui doit alors prendre les mesures correctives nécessaires. Si le juge allemand déclare la carence du Bundeskartellamt illégale, il peut l'obliger à adopter la décision réclamée par le plaignant².

2. Conséquence de l'annulation ou de la constatation de la carence

L'acte annulé par le juge communautaire est nul et non avenue; il disparaît à titre rétroactif de l'ordonnancement juridique. En vertu de l'article 176 du traité, c'est "l'institution dont émane l'acte annulé, ou dont l'abstention a été déclarée contraire au (...) traité, (qui) est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice." Les difficultés, qui sont susceptibles de se poser, regardent surtout les actes de procédure et, plus particulièrement les actes d'enquête. Dans l'affaire Transocean Marine Paint Association³, les entreprises en cause, à qui il n'avait pas été donné la possibilité de formuler leurs observations sur les charges dont la Commission entendait assortir l'exemption individuelle, ont été autorisées à présenter leur point de vue avant que la Commission ne statue à nouveau. Les conséquences de l'annulation d'un acte d'enquête sont plus contraignantes. Selon un principe de droit pénal général, la cassation de l'acte initial entraîne celle de tous les actes subséquents. Si l'ordonnance de vérification est nulle, il faut donc s'interroger sur la validité des actes réalisés sur

1. C.A. arrêt du 28.1.1988, B.O.C.C.R.F. n°3 du 4.2.1988, p.35.

2. Voir l'article 70 §4 GWB.

3. C.J.C.E. arrêt du 23.10.1974, aff.17/74, Rec. 1974, p.1031.

sa base et qui risquent, entre-temps, d'avoir abouti à une décision au fond. Mais, la Cour s'est jusqu'à présent montrée très réticente sur le sujet. Elle a ainsi jugé que l'irrégularité des actes d'exécution de la décision n'entraîne pas l'irrégularité de celle-ci"¹. Or, l'entrée en vigueur de la réglementation sur les concentrations pourrait occasionner de nouvelles contestations. Les pouvoirs d'enquête de la Commission diffèrent légèrement suivant que l'affaire relève des articles 85 et 86 du traité ou du règlement 4064/89, quelles seront les conséquences en cas de confusion sur la nature de l'opération en question ? Le problème ne se pose qu'en cas d'accord de coopération qualifié à tort de concentration puisque, dans cette seule hypothèse, la Commission pourrait outrepasser ses pouvoirs. De plus, si le tribunal annule une décision interdisant une concentration, l'article 10 §5 du règlement 4064/89 ouvre un nouveau délai de quatre mois à la Commission pour lui permettre de prendre une nouvelle décision.

3. Exécution des arrêts communautaires

Selon l'article 187 du traité, les arrêts du Tribunal ou de la Cour de justice ont force exécutoire dans les conditions fixées à l'article 192. Celui-ci prévoit, en son alinéa 2, que "L'exécution forcée est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu. La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des Etats membres désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Commission et à la Cour de justice".

1. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux, Rec. 1989, p.3150, att.49.

L'autorité compétente ne peut modérer l'application de la norme communautaire en faisant application du principe d'équité¹. Le problème le plus aigu, qui risque de se poser, regarde le cas où la décision ne respecte un droit fondamental constitutionnellement protégé dans un Etat membre. On touche à une certaine insuffisance institutionnelle des Communautés dont la cause est essentiellement politique : Le refus d'abandon de la souveraineté nationale en matière judiciaire.² La Cour de Luxembourg n'est pas un juge fédéral auquel les juridictions nationales sont soumises. En dehors de l'obligation contenue dans l'article 177 du traité de former une demande préjudicielle, elles ne sont pas tenues formellement d'appliquer autre chose que le droit national. La constitution française, qui est fortement inspirée d'une conception moniste à primauté de droit international, ne comporte pas d'obstacles d'ordre structurel. En Allemagne, la réception du droit communautaire peut se heurter formellement à une conception "dualiste" tenant au souci de préserver la personnalité de l'ordre juridique allemand. Bien que l'article 25 de la loi fondamentale établisse la supériorité des règles générales du droit international, l'obstacle tient aux garanties accordées aux citoyens par cette même loi. La suprématie du droit communautaire est reconnue pour autant qu'il ne se heurte pas à ces principes³. L'arrêt rendu le 29 mai 1974

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 14.11.1985, aff.299/84, Neumann c.Balm, Rec. 1985, p.3363 et cette thèse, Titre III, ch.II, section 1, §2, I.

2. T.Millet "The New European Court of First Instance" , I.C.L.Q. 1989, vol.38, p.828 citant House of Lords Select Committee, Session 1987-1988, 5th Report, "A European Court of First Instance", §.90.

3. Il s'agit seulement d'une redistribution des compétences détenues par la Cour et non de l'introduction de compétences nouvelles dans l'ordre communautaire.

par le Bundesverfassungsgericht¹ reconnaît ainsi expressément que certaines provisions du droit dérivé violant un droit reconnu par les lois fondamentales de la République puissent être déclarées inconstitutionnelles². La Cour a, jusqu'à présent, toujours trouvé des solutions pour éviter de poser ouvertement un tel problème. Dans l'affaire Hoechst³, elle a ainsi ordonné à la Commission de se soumettre aux règles de procédure nationale lorsqu'elle se trouvait dans la nécessité de requérir l'aide des autorités d'un Etat membre pour mener à bien une vérification. Il reste que le risque est toujours présent et qu'il est déjà arrivé que des juridictions refusent d'appliquer intégralement des décisions préjudicielles de la Cour même si, dans le cas d'espèce, ces chefs de l'arrêt outrepassaient la décision posée par le juge national⁴.

Les objections théoriques et réticences pratiques rencontrées invitent à s'interroger sur la nécessité de renforcer les règles existantes. Aucune modification n'a toutefois été discutée avec l'Acte unique européen⁵. La Commission pourrait, en dépit de la théorie de la séparation du pouvoir judiciaire et des autres

1. Voir D.Soulas de Russel et U.Engels "L'intégration européenne à l'heure de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 mai 1974", R.I.D.C., 1975, p.377-384.

2. Voir cependant le jugement du 25.7.1979, BvL 6/77 (1980)2 C.M.L.R. 531, 537 et A.Drzemczewski "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", I.C.L.Q. 1981, p.123.

3. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Rec. 1989, p.2119.

4. Voir l'affaire Roquette, 145/79, Rec. 1980, p.2917 dans lequel la Cour, qui avait constaté l'invalidité du système de calcul des montants compensatoires, avait déclaré, sans que la question lui ait été posée, que "de sérieux motifs d'ordre économique" interdisaient la remise en cause des perceptions effectuées avant le prononcé de l'arrêt. Le Tribunal d'instance de Lille (15.7.1981, Rec.Dalloz Sirey 1982, p.9), confirmé par la Cour d'appel de Douai (19.1.1983, Gaz. Pal. 1-2.6.1982, p.3) avait refusé d'admettre la limitation imposée.

5. Voir A.Tizzano "La Corte di giustizia e l'Atto unico europeo", Foro it. 1988, V, p.74 et 90.

pouvoirs étatiques, envisager d'engager un recours en manquement contre l'Etat responsable de la non-application des normes communautaires par les juridictions nationales.

Section 4. L'indemnisation des dommages causés par la Commission

Selon l'article 215 §2 du traité, "En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions"¹.

Mais, si le droit économique a constitué le terrain de construction privilégié du système communautaire de la responsabilité, le droit de la concurrence a lui-même donné lieu à un contentieux très peu fécond.²

§ 1. Autonomie du recours en responsabilité

La question de l'autonomie du recours en indemnité se pose vis à vis des autres recours judiciaires qui existent en droit communautaire et dans les Etats membres.

I. Autonomie en droit communautaire

Dès les premières affaires qui lui ont été soumises, la Cour a dû prendre position sur les rapports entre le contentieux de la

1. L'article 178 §2 dispose que "la Cour de justice est compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à l'article 215 §2".

2. Il est également réclamé par la Commission. Voir B.Paulin, in Perspectives de développement..., préc. cit. p.168.

légalité et le contentieux de l'indemnité. La raison tient à ce que les recours en annulation ou en carence visent à sanctionner une illégalité qui peut conjointement être l'objet du recours en indemnité, alors que les conditions de recevabilité posées par les articles 173 et 175 sont beaucoup plus strictes que celles de l'article 215. Dans l'affaire Plaumann¹, après avoir déclaré irrecevable le recours en annulation pour défaut de qualité, la Cour considère le recours en indemnité admissible mais le rejette aux motifs "qu'un acte administratif non annulé ne saurait être en lui-même constitutif d'une faute lésant les administrés ; que ceux-ci ne sauraient donc prétendre à des dommages et intérêts du fait de ces actes ; que la Cour ne saurait, par le truchement des recours en indemnité, décider des mesures qui annihileraient les effets juridiques d'une telle décision qui n'a pas été annulée". La solution, très critiquée, a été assouplie à l'occasion de l'arrêt Lütticke III² dans lequel la requérante demandait la réparation d'un dommage occasioné par la carence à agir de la Commission à l'égard d'un Etat membre et qu'elle n'était pas recevable à faire censurer. La Cour déclare qu'"il serait contraire à cette autonomie du recours (en indemnité), autant qu'à l'efficacité générale des voies de droit instituées par le traité, de considérer comme cause d'irrecevabilité le fait que, dans certaines circonstances, l'exercice du recours en indemnité pourrait conduire à un résultat comparable à celui du recours en carence institué par l'article 175". Dans l'arrêt Zuckerfabrik³, la Cour a confirmé l'autonomie du recours en indemnité extra-contractuelle à l'égard du recours en annulation.

En définitive, la solution diffère suivant que les requérants ont ou non la possibilité de faire censurer l'illégalité

1. Voir C.J.C.E. arrêt du 15.7.1963, aff.25/62, Rec. IX, p.197.
2. C.J.C.E. arrêt du 28.4.1971, aff.4/69, Rec. 1971, p.362.
3. C.J.C.E. arrêt du 2.12.1971, aff.5/71, Zuckerfabrik c.Cons. , Rec. 1971, p.975.

dommageable par un recours en carence ou en annulation : En principe, la requête est recevable, même si l'illégalité n'a pas été constatée dans un précédent recours. Cependant, si le requérant était qualifié pour demander le contrôle de la légalité de l'acte, mais n'a pas exploité une telle possibilité en s'abstenant d'agir ou en laissant passer le délai de prescription, la tentative ultérieure d'obtenir, par le truchement du recours en indemnité ce qu'il aurait pu obtenir par le recours de la légalité, apparaîtra comme une tentative de détournement de procédure et sera de ce fait rejetée.

II. Rapports avec les procédures nationales

Le problème de l'autonomie du recours en indemnité se pose différemment à l'égard des voies de droit nationales et se présente comme l'exigence du lien de causalité entre le préjudice et le dommage. L'implication de deux systèmes juridiques distincts, par les procédures de collaboration instituées par le droit communautaire, est source de difficultés considérables. Une illustration peut être donnée en matière de vérification effectuée par les agents de la Commission et les autorités compétentes des Etats membres sur la base de l'article 14 §6 du règlement 17/62. L'entreprise victime d'un dommage doit-elle actionner la Commission devant la Cour de Luxembourg ou l'autorité nationale qui est intervenue devant la juridiction nationale ? Faut-il concevoir un cumul de responsabilité ? La jurisprudence de la Cour montre que celle-ci a, en définitive, adopté un système de responsabilité exclusive : L'action en responsabilité communautaire présente un caractère subsidiaire par rapport aux voies de recours nationales ; l'entreprise victime d'un dommage ne pourra saisir le juge communautaire que si elle ne peut trouver solution équitable devant le juge national. L'arrêt de référence reste celui rendu le 14 juillet

1967¹, dans lequel la Cour ordonne le sursis à statuer en invitant les requérantes à démontrer qu'elles "avaient épuisé les moyens tant administratifs que judiciaires relevant du droit national"² ; une fois cette preuve rapportée, elle pourra "examiner s'il subsiste un préjudice que la Communauté devrait éventuellement réparer". La solution, très critiquée³, s'imposait en pratique⁴. Admettre le cumul de responsabilité emportait un risque de contradiction de l'appréciation de la Cour de Luxembourg par un jugement national ultérieur. Par ailleurs, en cas de condamnation de la communauté par la Cour à rembourser entièrement le dommage, la Commission serait alors obligée de se retourner sur le fondement de l'article 211 du traité⁵ contre l'Etat membre et, en conséquence, laisser les juridictions des Etats membres devenir juge de la responsabilité communautaire.

§ 2. Conditions d'existence de la responsabilité

Si l'obligation de réparer mise à la charge de la Communauté répond aux principes généraux communs du droit des Etats membres, les textes ne précisent pas le régime de la responsabilité communautaire et, notamment, si le concept de responsabilité sans faute, ou pour risque, est applicable.

1. C.J.C.E. arrêt du 14.7.1967, aff. 5, 7, 13 et 24/66, Kampffmeyer, Rec. 1967, p.317.

2. Territorialement, la juridiction compétente sera, en principe, celle du lieu où est intervenu le dommage.

3. A.Trabucchi, "L'effet 'erga omnes' des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes", R.T.D.E. 1974, p.83.

4. Au titre de l'article 20 du Protocole de la Cour, la demande est notifiée aux Etats membres et institutions intéressées.

5. Voir C.J.C.E. arrêt du 14.11.1985, aff.299/84, Neumann c.Balm, Rec. 1985, p.3363 et cette thèse, Titre III, ch.II, section 1, §2, I.

I. Le droit communautaire admet-il le concept de responsabilité pour risque ?

Alors que l'article 40 du Traité CECA fondait la responsabilité des Communautés sur l'existence d'une faute de service, notion directement inspirée du droit administratif français, l'article 215 §2 se limite à une référence aux "principes généraux communs du droit des Etats membres". La disposition ne doit pas être interprétée de façon trop littérale. Comme le relève l'avocat général Roemer dans l'arrêt Plaumann¹, "Le renvoi (...) ne peut être interprété dans le sens d'un lien étroit avec les détails de l'organisation dogmatique du droit de la responsabilité administrative dans les différents Etats, mais seulement dans le sens d'une orientation sur les idées fondamentales et d'après lesquelles l'étendue de la responsabilité administrative est admise dans le domaine national". En pratique, les commentateurs² reconnaissent que la Cour dispose d'une marge de manoeuvre considérable : Elle n'a pas à rechercher un dénominateur commun entre les Etats membres mais elle doit s'inspirer de la réglementation la plus judicieusement élaborée. La question principale est celle de la reconnaissance, en droit communautaire, du système de la responsabilité pour risque. Rappelons que, dans ce système qui est admis en droits allemand et français, la victime doit démontrer la seule relation de cause à effet entre le préjudice et l'activité incriminée tandis que, dans le système pour faute, elle doit, en outre, établir le caractère fautif de cette activité³. La rédaction du

1. C.J.C.E arrêt du 15.7.1963, aff.25/62, Rec. IX, p.241.

2. Voir par ex. A.Pliakos, op. cit., p.420, B. du Ban "Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté", C.D.E., 1977, p.400-401, et J.Hermann-Rodeville "Un exemple de contentieux économique: le recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes", R.T.D.E., 1986, p.10.

3. A.de Laubadère, Traité de droit administratif, VIIIe éd., L.G.D.J., Paris, 1980, p.719.

Traité CEE qui, à la différence du Traité CECA, ne fait pas référence à la faute, permettrait d'espérer l'établissement d'un régime de responsabilité pour risque. Or, il faut bien constater que la Cour n'a jamais consacré ce principe. Elle a en fait toujours évité de trancher explicitement le problème et rejeté les conclusions se basant sur les concepts allemand "de sacrifice spécial" et, français, de "rupture d'égalité devant les charges publiques."¹ La Cour est ainsi critiquée pour la manière dont elle a fait usage de la liberté dont elle dispose. La jurisprudence restrictive, qu'elle a construite, tient à des raisons pratiques d'ordre financier. L'exigence d'une faute, voire d'une faute lourde, permet de limiter les charges financières des Communautés. Mais, si l'on en juge la formidable extension de la responsabilité administrative enregistrée dans les Etats membres², on peut penser que le droit communautaire saura, si cela est nécessaire, accepter la reconnaissance du principe.

II. La faute administrative

En raison de l'incertitude sur l'existence d'un régime de responsabilité sans faute en droit communautaire, la faute³ reste, pour l'instant, une condition indispensable de la responsabilité. Elle varie suivant qu'il s'agit d'une activité normative ou non.

1. Activité normative

1. Voir J.Biancarelli "Chronique générale de jurisprudence communautaire", R.M.C. n°288, juin 1985, p.336 se référant notamment à l'arrêt Biovilac de la C.J.C.E. du 6.12.1984.

2. A l'origine de tous les droits publics, on trouve le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique. A.de Laubadère, Traité de droit administratif, préc. cit., p.716.

3. Voir l'article 70 §4 GWB.

Dans le cas d'un règlement pris par la Commission, le problème, qui divise toujours les commentateurs mais qui ne s'est pas encore posé en droit de la concurrence, est le rapport de la responsabilité et de l'illégalité. Cette dernière est-elle source de responsabilité pour la Communauté ?

La Cour, après avoir assimilé la notion de faute à celle d'illégalité, change d'orientation avec les arrêts Lutticke¹ et Zuckerfabrik² pour conclure que l'illégalité de l'acte n'entraîne pas automatiquement l'existence d'une faute. La Cour affirme que "la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté supposerait à tout le moins le caractère illicite de l'acte prétendument générateur du préjudice ; que, s'agissant d'un acte normatif qui implique des choix de politique économique, cette responsabilité de la Communauté pour le préjudice que des particuliers auraient subi par l'effet de cet acte ne saurait être engagée, compte-tenu des dispositions de l'article 215 §2 du traité, qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure du droit protégeant un particulier".

Dans l'arrêt H.N.L.³, la Cour atténue ces conditions qui restent, néanmoins très restrictives : "Dans les domaines relevant de la politique de la Communauté en matière économique, il peut être exigé du particulier qu'il supporte, dans les limites raisonnables, sans pouvoir se faire indemniser par les fonds publics, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques, engendrés par un acte normatif, même si celui-ci est reconnu non valide ; que, dans un contexte normatif (..) caractérisé par l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire (..), la responsabilité de la Communauté ne pourrait être engagée

1. C.J.C.E. arrêt du 28.4.1971, aff.4/69, Rec. 1971, p.362.

2. C.J.C.E. arrêt du 2.12.1971, aff.5/71, Rec. 1971, p.975.

3. C.J.C.E. arrêt du 25.5.1978, H.N.L. c.Cons. et Com., aff.83, 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec.1978, p.1225, att.6.

que si l'institution concernée avait méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs".

Mais, dans sa jurisprudence la plus récente¹, la Cour met un nouvel obstacle à la mise en oeuvre de la responsabilité des Communautés en exigeant que la violation affecte une règle de droit destinée à protéger les particuliers. Selon B. du Ban², la formulation de cette condition, connue du seul droit allemand, a encouragé les victimes de dommage à se référer à des principes, comme, par exemple, la violation de la confiance légitime et des droits acquis, auxquels elles ne se référaient pas avant et qui, grâce à leur contenu général, permettent la recherche de nouvelles et nombreuses sources de responsabilité.

2. Décisions individuelles

En matière d'actes individuels, le régime d'indemnisation construit en jurisprudence est soumis à des règles différentes de celles établies dans le domaine réglementaire mais il emporte le même type de critiques³. L'opinion exprimée par l'avocat général M.Capotorti dans l'affaire H.N.L.⁴ permet de cerner les restrictions imposées. Selon lui, la responsabilité de la Communauté est exclue "en cas de violation d'une règle de procédure ou de forme des actes réglementaires ; les règles de ce type n'attribuent généralement pas des droits subjectifs aux particuliers, même s'il est incontestablement possible que l'acte réglementaire vicié pour des raisons de procédure ou de forme soit invalide". Ces conclusions doivent bien sûr être nuancées,

1. C.A. arrêt du 28.1.1988, B.O.C.C.R.F. n°3 du 4.2.1988, p.35.

2. C.J.C.E. arrêt du 21.9.1989, aff.46/87, Rec. 1989, p.2119.

3. Voir cette thèse, titre III, Ch.I.

4. C.J.C.E. arrêt du 25.5.1978, aff.83, 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec. 1978, p.1223.

La Cour, tout en considérant que les "manifestations litigieuses sont en elles-mêmes regrettables", rejette la demande en considérant que l'entreprise ne rapporte pas la preuve de leur incidence sur la suite de la procédure.

L'affaire de référence reste l'arrêt du 7 novembre 1985¹, dans lequel la Cour a jugé que la Commission avait engagé sa responsabilité pour avoir révélé l'identité d'un informateur. Celui-ci demandait la réparation du préjudice subi pour avoir été, de ce fait, arrêté, détenu et condamné en Suisse, en vertu de la répression organisée par l'article 273 du code pénal de ce pays. Adams invoquait à cet égard, la divulgation répétée, en violation de l'obligation au secret, de documents permettant de l'individualiser comme étant le fournisseur des renseignements ayant permis l'infliction d'une amende à son ancien employeur, la société Hoffmann-La Roche, pour infraction aux règles de la concurrence². La Cour écarte la violation de l'obligation au secret, mais "fonde la responsabilité de la Commission sur le fait que la Commission n'a pas essayé d'informer et de consulter le requérant à la suite de la visite de l'avocat de Roche³" : Celle-ci avait été parfaitement avertie par l'avocat de Hoffmann-La Roche, de la volonté de sa cliente de vouloir découvrir l'informateur et d'engager une procédure judiciaire à son encontre sur le fondement de l'article 273 du code pénal suisse dont il avait pris la peine de lui expliquer le contenu. La Commission "savait qu'il existait une possibilité d'obtenir de Roche un engagement de ne rien entreprendre contre l'informateur,

1. C.J.C.E. arrêt du 17.10.1989, aff.85/87, Dow Benelux, Rec. 1989, p.3150, att.49.

2. La décision a été confirmée dans l'arrêt du 13.2.1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p.461, att.41 à 44.

3. "Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire" R.T.D.E. 1990(3), p.441-456 ; les auteurs proposent d'abord un changement radical des procédures de contrôle et de leur esprit incluant l'instauration d'un contrôle "a priori" de la législation communautaire, p.454.

si elle révélait l'identité de celui-ci (...). Dans ces circonstances, la Commission ne pouvait aucunement se borner à estimer qu'il était peu probable que l'identification du requérant ait lieu, que celui-ci n'allait vraisemblablement jamais retourner en Suisse et que, de toute manière, les autorités suisses n'avaient pas l'intention d'engager une action pénale contre le requérant. Au contraire, la Commission devait prendre toutes les mesures possibles pour prévenir le requérant, lui permettant ainsi de prendre ses propres dispositions (...). En omettant de faire toute diligence pour transmettre au requérant les informations dont elle disposait (..) bien qu'une telle transmission ait été susceptible de prévenir ou, du moins de limiter le préjudice pouvant résulter de l'identification du requérant à travers des documents qu'elle avait remis à Roche, la Commission a engagé sa responsabilité envers le requérant à raison dudit préjudice"¹.

A en croire les termes de cette décision, en droit de la concurrence, la mise en oeuvre de la responsabilité de la Commission devrait passer par l'exigence d'une faute lourde. Il reste qu'en présence d'une jurisprudence aussi pauvre, aucune règle définitive ne peut être tracée.

III. Le préjudice réparable

Pour engager la responsabilité de l'administration communautaire, l'entreprise doit démontrer qu'elle a subi un préjudice répondant à un certain nombre de conditions.

1. Pour la création de 4 cours, la répartition serait la suivante: Royaume-Uni, Irlande, Portugal - Belgique, Espagne, France - Italie, Grèce, Pays-Bas - Danemark, Luxembourg, R.F.A.; pour 3 cours: France, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg - Italie, Espagne, Grèce, Portugal - Allemagne, Royaume-Uni, Irlande et Danemark.

1. Imputabilité du préjudice

Le préjudice réparable doit d'abord être imputable à la Commission ou à une autre institution communautaire, c'est à dire être résulté de son fait. Cette exigence apparaît dans la formulation de l'article 215 du traité qui lie la réparation à l'existence du dommage causé. Deux types d'intervention sont susceptibles d'interférer sur le lien de causalité, celle d'un tiers et celle de la victime qui peuvent concourir à la réalisation du dommage. L'administration peut ainsi bénéficier d'une exhonoration totale ou partielle de sa responsabilité. Dans l'affaire Adams¹, la Cour a réparti la responsabilité à parts égales entre le requérant et la Commission et condamné celle-ci, à réparer le préjudice à concurrence de 50%, en jugeant que "la responsabilité de la Commission se trouve atténuée par les imprudences commises par le requérant lui-même. En effet, celui-ci n'a pas informé la Commission de la possibilité de déduire, des documents eux-mêmes, son identité en tant qu'informateur bien qu'il fût le mieux placé pour appercevoir et neutraliser ce risque. Il n'a pas non plus demandé à la Commission de le tenir au courant du déroulement de l'enquête contre Roche, notamment de l'utilisation éventuelle des documents à cette fin. Il est enfin rentré en Suisse, sans essayer de s'informer à cet égard, bien qu'il ait dû être conscient des risques auxquels son attitude envers son ancien employeur l'exposait au regard de la législation suisse"².

2. Type de préjudice indemnisable

Pour être indemnisable, le préjudice doit être actuel, né et certain ; il n'a toutefois pas besoin d'être chiffré avec précision si le dommage est "imminent et prévisible avec une

1. A.Hervieu, op. cit., p.304.

2. Article 174 du traité.

certitude suffisante".¹ Le problème du préjudice moral est plus délicat. Son indemnisation, qui est admise dans les Etats membres, sera d'autant plus facile que le dommage entraînera des répercussions matérielles. Ce type de préjudice, pour avoir été plusieurs fois invoqué en droit de la concurrence, n'a jamais donné lieu à réparation².

Dans le cas spécifique de la responsabilité du fait de l'activité normative de l'administration, le type de préjudice indemnisable est l'objet de controverses doctrinales³. La Cour fait état, dans sa jurisprudence, de "dommage grave" et de "lésion patrimoniale profonde"⁴, de "dommage anormal"⁵, ou encore de dommage devant "dépasser les risques inhérents aux activités du secteur concerné".

§ 3. Mise en oeuvre de la responsabilité

La mise en oeuvre de la responsabilité de la Commission n'a abouti qu'à une seule occasion en matière de droit de la concurrence. Encore est-il que, dans cette affaire⁶, le préjudice, dont l'existence et le caractère anormal ne faisaient pas de doute, n'a pas été discuté lors de la procédure judiciaire ; son indemnisation a été négociée secrètement entre la Commission et l'intéressé.

1. Voir l'annexe C-3.

2. C.J.C.E. arrêt du 28.3.1985, aff.298/83, Rec. 1985, p.1117.

3. M.Bierry et A.Dal Ferro qui proposent une refonte des articles 69 §2 et 3 du règlement de procédure de la Cour, op. cit., p.536.

4. C.J.C.E. arrêt du 25.5.1978, aff.83, 94/76, 4, 15 et 40/77, H.N.L., Rec. 1978, p.1209.

5. Aff.54 à 60/76, Cie industrielle et agricole du Comte de Loheac c.Cons. et Com., Rec. 1977, p.645.

6. Voir F.Daudret "La notion de partie et de tiers en droit de la concurrence et ses conséquences sur la configuration du litige", R.C.C. 1990, n°57, p.28 et s.

On se contentera donc de mentionner le délai de prescription qui est prévu à l'article 43 du statut de la Cour : "Les actions contre la Communauté en matière de responsabilité non contractuelle se prescrivent par cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu". Plusieurs interprétations pouvaient prévaloir. Dans la plupart des Etats membres, le délai de prescription commence dès le moment où le dommage est réalisé, tandis que d'autres le font partir du moment où celui-ci est connu, ou encore du jour où la victime a été mise en mesure d'introduire un recours en indemnité. Tranchant la question dans l'arrêt Adams¹, la Cour a adopté la solution favorable au requérant en jugeant que la prescription ne saurait être opposée à la victime d'un dommage, qui n'aurait pu prendre connaissance du fait générateur de ce dommage qu'à une date tardive et n'aurait pu disposer ainsi d'un délai raisonnable pour présenter sa requête ou sa demande avant l'expiration du délai de prescription.

1. En droit français, cette interdiction résulte de l'article 5 du Code civil.

Conclusion du titre III

Le contrôle judiciaire des actes de la Commission apparaît souvent difficile à mettre en oeuvre pour les entreprises. Si l'on fait exception du recours en carence, les obstacles ne sont pas tant d'ordre juridique. Certes, les conditions posées par le Traité CEE ont été dans un premier temps interprétées très étroitement par la Cour de justice mais des arrêts plus récents, qui ne concernent pas directement le droit de la concurrence, semblent ouvrir d'avantage le contrôle judiciaire aux entreprises. Le manque de clareté des règles reste toutefois à déplorer car il est essentiel de garantir expressément le droit des entreprises d'ester en justice. L'entrée en vigueur du nouveau règlement des concentrations pourrait à cet égard poser des difficultés nouvelles et nécessiter une réforme du traité.

Le problème le plus crucial tient actuellement aux délais des procédures judiciaires. Ils interdisent une réelle protection juridique des entreprises. De nombreuses réformes, déjà appliquées ou encore à l'étude, visent à remédier à cet état de fait. Elles sont primordiales car l'efficacité du contrôle judiciaire conditionne l'entier développement du système juridique communautaire. Toutefois, la priorité qui doit leur être donnée ne devra pas faire oublier d'accorder une plus grande attention aux droits des entreprises dans les procédures de la concurrence. Trop souvent ils apparaissent avoir été sacrifiés au profit du principe de l'efficacité administrative.

CONCLUSION GENERALE

Les pouvoirs considérables, qui ont été confiés à la Commission des Communautés européennes pour l'application des règles de la concurrence édictées par le Traité de Rome, constituent un danger pour les libertés individuelles des opérateurs économiques. Cependant, la crainte de voir bafouer les droits fondamentaux garantis par les ordres constitutionnels nationaux s'est, jusqu'à présent, avérée injustifiée. A chaque fois que cela a été nécessaire, la Cour de justice a accepté de les consacrer en droit communautaire. Les résultats très positifs, qui ont été atteints en ce domaine, se répercutent désormais dans les Etats membres. Ceux qui n'assuraient pas une protection efficace des droits des entreprises adoptent à leur tour le modèle proposé par le droit communautaire. La dynamique ainsi créée en matière de concurrence conduit à la construction progressive d'un système juridique complet, soucieux de la protection des droits des entreprises.

Si le constat s'avère globalement positif, il apparaît nettement plus modeste dans la pratique. De nombreuses mesures ont été proposées pour améliorer le fonctionnement des procédures de la concurrence et la sécurité juridique des entreprises ; nous en avons nous-mêmes conseillées, ou déconseillées, dans le corps de notre étude. Puisqu'il serait vain de vouloir les résumer dans le cadre de cette conclusion, il nous semble préférable de souligner deux aspects fondamentaux du droit communautaire de la concurrence qui conditionnent tout changement des règles applicables. Ils aident à comprendre les raisons qui peuvent différer ou interdire l'adoption de nouvelles réformes.

En premier lieu, le droit de la concurrence se situe à un carrefour des droits administratif, civil, commercial, pénal, international ; il touche à l'économie et à la politique. Le choix et l'application de mesures sont particulièrement délicats car il est rarement possible de modifier une règle, perçue comme "meilleure" dans un autre système juridique, sans entraîner des répercussions importantes. Changer la rédaction des arrêts judiciaires pour s'aligner sur le modèle anglo-saxon qui fait apparaître l'opinion dissidente des juges, implique, par exemple, de modifier le mode de nomination des magistrats.

Cette particularité se complique encore du fait de l'imbrication des règles communautaires et nationales et des racines très profondes du droit de la concurrence dans la culture juridique des Etats membres. La reconnaissance, par le système judiciaire britannique, du droit à l'indemnisation des victimes des infractions aux articles 85 et 86 supposerait un bouleversement du système civil de la responsabilité.

En second lieu, le droit communautaire de la concurrence obéit à une dialectique des normes très présente. Pour ne mentionner que les oppositions les plus évidentes, l'autonomie du droit communautaire se heurte aux souverainetés nationales, les droits de la défense à l'efficacité administrative et aux droits des tiers. L'évolution des règles applicables se traduit donc par une recherche permanente d'un équilibre entre les diverses catégories d'opérateurs économiques.

Corrélativement à la reconnaissance des droits de la défense par la Cour de justice, les compétences de la Commission se sont développées d'une façon spectaculaire. L'enquête préliminaire illustre parfaitement le phénomène. La consécration de deux principes généraux du droit qui avaient été vivement réclamés par la doctrine, le droit de ne pas témoigner contre soi-même et celui à la protection du domicile des personnes morales, s'est accompagnée d'une interprétation très large des pouvoirs

d'enquête de la Commission qui s'est vue reconnaître la possibilité d'effectuer des vérifications proches d'une perquisition.

La constatation à laquelle on aboutit est donc paradoxale : Le droit de la concurrence se modifie mais l'équilibre entre les droits des entreprises et les prérogatives administratives reste le même. Le développement futur du droit communautaire devrait suivre le même processus. La protection des entreprises s'améliorera mais ce progrès traduira une application plus contraignante des normes de la concurrence.

BIBLIOGRAPHIE

- † Arnaud (A.J.): Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1988.
- X X Asso (B.): "Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour Européenne de Justice", Paris, R.T.D.E., 1976, n°1, p.21-50 et n°2, p.177-193.
- Atwood (J.R.): "Blocking statutes and sovereign compulsion: recent developments and the proposed restatement", in Antitrust and Trade in the United States and the European Community, New-York, Fordham University School of Law/Barry Hawk Editor, 1985, p.327-347.
- X Barav (A.): "Direct and Individual Concern : An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court", Netherlands, C.M.L.Rev., 1974 (11), p.191-198.
- X Barav (A.): "Enforcement of Community Rights in the National Courts : The Case for Jurisdiction to grant interim relief", Netherlands, C.M.L.Rev., 1989 (26), p.369-390.
- Y Barav (B.): "Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire", R.T.D.E., 1975, p.53-71.
- Barbusiaux (C.): "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence", Paris, P.A., 1990, n°8 p.64-69.
- X X Baubr: "Les droits de la défense devant la Commission et la C.J.C.E.", Revue Internationale de la concurrence, 1980, p.2 et s.
- X Bauer-Bernet (H.): "Motivation et droit communautaire", in La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, Ch.Perelman et P.Foriers (éd.), 1978, p.303-330.
- Bebr (G.): Judicial Control of the European Communities, London, Stevens & Sons Ltd, 1962,
- Bergerès (M.-C.): Contentieux communautaire, Paris, P.U.F., 1989.

Biancarelli (J.): "Chronique générale de jurisprudence communautaire- Décembre 1984-mai 1985", R.M.C., 1985, n°288, p.326-348.

X Biancarelli (J.): "Les mesures envisageables pour faire face à l'encombrement croissant du prétoire de la Cour de justice, en dehors de l'institution d'une juridiction de première instance" in Perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne, Baden-Baden, J.Schwarze (ed), 1987, p.73-123.

Bieber (R.): "On the Mutual Completion of Overlapping Legal Systems: the Case of European Communities and the National Legal Orders", London, E.L.Rev., 1988, p.147-158.

X Bierry (M.), Dal Ferro (A.): "The practice followed by the Court of Justice with regard to costs" Netherlands, C.M.L.Rev., Vol.24, 1987, n°3, p.509-539.

Bischoff (J.-M.) et Kovar (R.): "L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté", Paris, J.D.I., 1975, n°4, p.675-727.

Bismuth (J.-L.): "Concurrence. Compétence dans l'espace du droit communautaire de la concurrence", Paris, Juris Classeur Permanent, Fascicule 485.

Blaise (J.-B.): "Droit de la concurrence", Paris, R.T.D.E., 1987, p.671-690.

Blaise (J.-B.): "Concurrence. Contrôle des opérations de concentration" R.T.D.E., 1990, n°4, p.743-778.

* X Blankenburg (E.) et Tanigushi (Y.): "Informal alternatives to and within formal procedures", in The Eighth World Conference on Procedural Law - Justice and Efficiency, The Hague, Ed. W.Wedekind, Kluwer, 1988, p.335-354.

X Borchardt (G.): "The Award of Interim Measures by the European Court of Justice", Netherlands, C.M.L.Rev., 1985(22), p.203-236.

Bouloc (B.): "Les droits de la défense dans la procédure pénale applicable en matière de concurrence", Rev.Science Crim., 1982, n°521.

X X Boulouis (J.): "A propos de la fonction normative de la Cour de justice des Communautés européennes", Paris, Mélanges offerts à Marcel Waline, L.G.D.J., 1974, p.149-162.

Boulouis (J.): Droit institutionnel des Communautés Européennes, Paris, Montchrestien, 1984.

Boulouis (J.), Chevallier (R.-M.): Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Paris, Dalloz, 1988, 2e éd., Tome 2.

Bouscant (R.): "Existe-t'il un contrôle des entreprises en position dominante dans la R.F.A.?", Paris, Gaz.Pal., 4-2 fév.1990, p.2-5.

Boutard-Labarde (M.-C.): "Existe-t'il un droit à la procédure pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle ?", Paris, S.J., 1988 (1), n°3360.

Boutard-Labarde (M.-C.) et Gaudemet (Y.): "Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence", Paris, P.A., 1990, n°50, p.7-14.

Boutard-Labarde (M.-C.) et Vogel (L.): "Note sur l'arrêt Entreprises de pâte de bois", Paris, S.J., éd.G, 1990, Fasc. 21432-21434.

Boutard-Labarde (M.-C.) et Vogel (L.): "Droit de la concurrence et personnes publiques", Paris, Gaz.Pal., 22-23 déc.1989, p.2-5.

✶ Braibant (G.), Questiaux (N.), Wiener (C.): Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, Paris, Editions Cujas, 1973, 318 p.

Brault (D.): "Sécurité juridique, que de malfaçons on tolère en ton nom" Paris, La lettre de la concurrence, 1989, n°163, actualité.

Brault (R.): "Les autorités allemandes de la concurrence et les pratiques de prix des compagnies pétrolières", Paris, R.C.C., 1990, n°58, p.26-28.

XX Braun (A.): "Les droits de la défense devant la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes", Revue Internationale de la Concurrence, 1980, p.2-8.

XX Brealey: "The Burden of Proof before the European Court", London, E.L.Rev., 1985, n°10, p.25 et s.

α Brill (J.P.): "Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986", Paris, Gaz.Pal., 1987-2, Doctr.775.

- Brown et Jacobs: The Court of Justice of the European Community, London, Sweet & Maxwell, 1983, 2nd ed., ch.14.
- ✗ Buch (H.): "A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs", in Miscellanea W.J.Ganshof Van Meersch, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tome III, p.417-434.
- ✗ Burst (J.-J.) et Kovar (R.): "La mariée était en blanc", Paris, Gaz. Pal., 25 et 26/6/1986. n°176-177,
- ✗ Buschbeck (K.): "Evidence : Procedures of Judicial Discovery and Burden of Proof" in Judicial Protection against the Executive, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1971, vol.3, p.154 à 166.
- ✗ Capatina (O.): "L'entraide juridique internationale en matière civile et commerciale", R.C.A.D.I., 1983(I), p.315-412.
- ✗ Cartou (J.): "La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire", in Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, p.163 et s.
- Cartou (L.): "Les pouvoirs de vérification de la Commission à l'égard des ententes", Paris, P.A., 1990, n°20, p.15-16.
- Cartou (L.): "Le contrôle communautaire des concentrations à dimensions communautaires", Paris, P.A., 1990, n°35, p.7-10.
- Castel (J.-G.): "Extraterritorial Effects of Antitrust Laws", R.C.A.D.I., 1983(I.), p.21-141.
- Cerutti (G.): "Potestà discrezionali della commissione e provvedimenti cautelari d'urgenza in tema di diritto comunitario della concorrenza", Roma, R.D.E., (25) 1985, p.159-175.
- Christoforou (T.): "Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The imperfections of a case", L.I.E.I., 1985/2, p.1-45.
- ✗ Cintura (P.): "L'objectivisme juridique de la Cour de Luxembourg", R.T.D.E., 1970, p.272-295.
- ✗ Colin (J.-P.): Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes, Paris, L.G.D.J., 1966.

Collins (L.): European Community Law in the United Kingdom, London, Butterworths, 1984, third edition, 233 p.

Colmant (E.): "14 juillet 1972, une date pour le droit de la concurrence: neuf arrêts réglant trois grandes questions, affaires des matières colorantes. Suite et fin", R.M.C., 1973, n°15.

α Colson (J.-P.): L'office du juge dans le contentieux administratif, Paris, L.G.D.J., 1970.

Cornetta (R.): "La Corte di giustizia della Comunità europea e il controllo delle concentrazioni: la difficile lezione americana" Foro It., 1989, IV, p.54-68.

Cornu (G.): Vocabulaire Juridique, Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 1987.

Court of First Instance of the European Communities: "Reflexions on the Future Development of the Community Judicial System", London, E.L.Rev., vol.16, n°3, p.175-189.

Darmon (M.) et Ludet (D.): "La création du Tribunal de Première Instance", Paris, S.J., Ed.G, 1989, n°49, 3418.

Dashwood (A.): "Costs in the European Court: activities of salaried lawyers", London, E.L.Rev., 1976 (4), p.357-359.

✓ Daudret (F.): "La notion de partie et de tiers en droit de la concurrence et ses conséquences sur la configuration du litige", R.C.C., 1990, n°57, p.28-32.

Dauses (M.A.): "La protection juridique des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", R.T.D.E., 1984, N.20, p.401-424.

Davidow (J.): "EEC Fact-Finding Procedures in Competition Cases: an American Critique", Netherlands, C.M.L.Rev., 1977, p.175-189.

de la Laurencerie (J.-P.): "Le nouveau règlement communautaire des concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux", Paris, Recueil Dalloz, 1990, Chr.XXVI, p.142 et s.

de Laubadère (A.): Traité de droit administratif, Paris, L.G.D.J., 1980, VIIIe éd., 783 p.

de Mello (X.): "Arbitrage et droit communautaire", Revue de l'arbitrage 1982, n°4, p.349-403.

- de Mello (X.): "L'ordonnance (modifiée) sur la concurrence et la constitution", Paris, 15.1. Gaz.Pal., 1987, p.27-33.
- α de Roux (X.) et Voillemot (D.): Le droit de la concurrence européen, Juridictionnaires Joly, 1976.
- Dechery (J.-L.): "L'application des règles communautaires en matière de concurrence dans les Etats membres à l'horizon de 1992", Paris, R.C.C., 1989, n°52, p.11-13.
- Dechery (J.-L.): "Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations", R.T.D.E., n°2, 1990, p.307-328.
- Decocq (A.) et Pédamon (M.): "L'ordonnance du 1er décembre 1986", Litec, 1987, n°104, p.35 et s.
- γ Denti (V.) et Taruffo (M.): "Simplifying the Taking of Evidence", in The Eighth World Conference on Procedural law - Justice and Efficiency -, Editor W.Wedekind - Kluwer, 1989, p.317-332.
- Desmazières de Schelles (A.): "L'impact du nouveau droit français de la concurrence sur la mise en oeuvre en France du droit communautaire de la concurrence", R.C.D.C., 1987 n°40, p.15-17.
- Dinnage (J.): "Locus standi and Article 173 EEC: The effect of Metro SB Grossmarkte v. Commission", London, E.L.Rev., 1979, p.15-34.
- × Doucet (J.-P.): "Les droits de la défense, faits justificatifs méconnus", Paris, Gaz. Pal., 1972-2, Doctr.595.
- Drago (R.): "Le Conseil de la concurrence", Paris, S.J., 1987, 1-3300.
- Drzemczewski (A.): "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", I.C.L.Q., 1981, p.118-140.
- Du Ban (B.): "Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté", Bruxelles, C.D.E., 1977, p.397 et s.
- Ducouloux-Fay (C.): "Le transfert de propriété, objet du contrat de vente, en droit français, allemand et italien", Paris, P.A., 1990, n°51, p.21-24.
- × × Due (O.): "Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire" Bruxelles, C.D.E., 1987, n°4/5, p.383-396.

- Dumey (R.): "L'infliction des amendes dans le droit communautaire de la concurrence", Paris, Gaz.Pal., 1975-1, Doctr.314.
- Ebke (W.-F.): "Les techniques contentieuses d'applications du droit des Communautés européennes", Paris, R.T.D.E., 1986, p.209-230.
- Edward (D.A.O.): "La solution d'un problème de la concurrence par la collaboration entre la juridiction nationale et la juridiction communautaire. Observations sur l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 22 février 1962, La Technique Minière C/Maschinenbau ULM", Bruxelles, C.D.E., 1967, p.680-696.
- Ehlermann (C.D.) et Olderkop (D.): "Due process in the administrative procedure" Copenhagen, F.I.D.E. Rapport du VIIIe congrès, 22-24 juin 1978, n°11, p.1-20.
- European Common Market Antitrust Project of the Special Committee on the European Common Market Association of the Bar of the City of New-York: "Common Market and American Antitrust. Overlap and Conflict", James A.Rahl, Editor, 1970, vol.4.
- F.I.D.E.: Rapports pour le 11e congrès - "Le principe d'égalité en droit économique", La Haye, F.I.D.E., 19-24 septembre 1984.
- Farjat (G.): Droit Economique, Paris, P.U.F., 1971.
- Ferry (J.-E.): "Procedure and Powers of the EEC Commission in Antitrust Cases", European Intellectual Property Review, 1979, p.126-128.
- Ferry (J.-E.): "Towards Completing the Charm : The Woodpulp Judgment", Oxford, E.C.L.R., 1989, p.58-73.
- Fine (F.-L): "The EC Merger Control Regulation : The Commission's Dilemma", B.L.Rev., Apr.1990, p.94-96.
- Focsaneanu (L.): "Pour objet ou pour effet; considérations sur l'interprétation de l'article 85 du Traité de Rome, à la lumière des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes des 30 juin et 13 juillet 1966", R.M.C., 1967, p.502-519.
- Focsaneanu (L.): La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de concurrence, Paris, Editions Techniques et Economiques, 1977.
- Focsaneanu (L.): "Une décision inquiétante de la Cour de justice des communautés Européennes" - Observations critiques

sur l'ordonnance rendue par la Cour le 17 janvier 1980 dans l'affaire 792/79R, Camera Care contre Commission des C.E., concernant les mesures provisoires en matière de concurrence", R.T.D.E., 1980, n°2, p.284-301.

Focsaneanu (L.): "L'instruction territoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des Etats", Annales fran/aises de Droit international, 1981, p.628-652.

Focsaneanu (L.) et Elsen (P.): "Le droit de la concurrence face à la crise. La Commission des Communautés européennes à la recherche d'une solution pour temps difficiles", n°287, R.M.C., 1985, p.271-281.

Forrester (I.): "Legal Priviledge: limitation on the Commission's power of inspection following the AM &S judgement", Netherlands, C.M.L.Rev., 1983, Vol.20, p.75 et s.

Forrester (I.) et Norall (C.): "The laicization of community law: self-help and the rule of reason: how competition law is and could be applied", Netherlands, C.M.L.Rev., 1984, p.11-51.

Fourgoux (J.-C. et J.-F.): "Le Conseil de la Concurrence dans la Vie Economique et Juridique de l'Europe", Paris, Gaz. Pal., 26-27.sept.1990, p.12-20.

Fourgoux (J.-C.): "La mise en oeuvre des droits de la défense", Paris, 28-29 avril Gaz. Pal., 1989, p.11-16.

Fourgoux (J.-C.): "Inutilité du droit interne de la concurrence?", Revue juris. commerciale, 1989, n°4-145.

Fourgoux (J.-C.) et Marchi (J.-P.): "Reflexions provisoires sur la nouvelle réglementation de la concurrence", Paris, 15.1. Gaz. Pal., 1987.

Frigani (M.): "Commentaires de l'arrêt Metro de la Cour de justice des Communautés européennes du 25.10.1977", Bruxelles, C.D.E., 1978, p.461 et s.

X Fromont (M.): "L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes", Paris, R.T.D.E., (2) 1966, p.47-65.

X Fromont (M.): "Le système français de protection juridictionnelle du citoyen contre l'administration", Festschrift fur C.F. Menger, 1985. p.887 et s.

- ✓ Fromont (M.) et Rieg (A.): Introduction au droit allemand, Paris, Editions Cujas, 1977, Tome I.
- Gavalda (C.) et Lucas de leyssac .(C.): "Droit français et communautaire de la concurrence", Recueil Dalloz Sirey, 1988, 28e cah. p.291 et s.
- Gavalda (C.) et Parléani (G.): Droit communautaire des affaires, Litec, 1988, 745 p.
- Gide, Loyrette et Nouel: Le droit de la concurrence de la CEE, Paris, Juridictionnaires Joly, 1982, 4e éd.
- ✓ Gijlstra (D.J.) et Murphy (D.F): Leading Cases and Materials on the Competition Law of the E.E.C., Kluwer, 1984, th.ed.
- Glynn (E.F.Jr): "An American Enforcer Looks at the EEC Merger Proposal", Chicago, A.L.J., 1990, Vol.59, p.237-243.
- Goffin (L.): "Vingt ans de jurisprudence européenne", R.I.D.C., 1971, p.127-144.
- XX Goffin (L.): "La jurisprudence de la Cour de Justice et les droits de la défense", Cahiers Eur., 1980, p.127 et s.
- Goldmann (B.): "Application des lois sur la concurrence", R.C.A.D.I., 1969, III, tome 128, p.631-730.
- Goldmann (B.): "Les effets juridiques extra-territoriaux de la politique de la concurrence", R.M.C., 1972, p.612-623
- Gouguenheim (P.): "XIème Session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé. Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale", Paris, J.D.I., 1969, n°96, p.315-333.
- α Goyder (D.G.): E.E.C competition law, Oxford European Community, 1988, ch.4 et 24.
- Graupner (F.): "Commission Decision-Making on Competition Questions", Netherlands, C.M.L.Rev., 1973, n°10, p.291-305.
- Green (N.): Commercial Agreements and Competition Law: Practice and Procedure in the UK and EEC, London, Graham & Trotman, 1986.
- Green (N.): "Article 85 in Perspective : Stretching Jursidiction, Narrowing the Concept of Restriction and Plugging a Few Gaps", Oxford, E.C.L.R., 1988, p.190-206.

- Grendell (T.): "The Antitrust Legislation of the United States, the European Economic Community, Germany and Japan", I.C.L.Q., 1980, p.64 et s.
- X Guerrin (M.): "Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés Européennes dans le territoire des Etats membres", P.A., 1988, N°39, p.31-36.
- Guglielmetti (G.): "Politiche comunitarie e corte di giustizia : sviluppi giurisprudenziali recenti in tema di concorrenza", Riv.dir.ind., 1986, I, p.5 et s.
- q Guyénot (J.): Droit antitrust européen, Montréal, P.U.Q., 1973.
- Guyénot (J.) et D'èvegnée (C.P.): European Antitrust Law of the Common Market, Economia, 1976.
- X Habscheid (W.J.) & Schlosser (P.): "Improvement of civil litigation by lessons derived from arbitration", in Justice and Efficiency, Dutch Association for Procedural Law- The Eight World Conference on Procedural Law, Kluwer, 1989, p.149-188.
- X Harding (C.): "The use of fines as a sanction in EEC competition law", Netherlands, C.M.L.Rev., 1979, Vol.16, p.591-614.
- Hawk (B.E.): "The EEC Merger Regulation : the First Step Toward one-stop Merger Control", Chicago, A.L.J., Vol.59, 1990(I), p.195-235.
- Hermann-Rodéville (J.): "Un exemple de contentieux économique: le recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes", Paris, R.T.D.E., 1986, p.1-51.
- Hervieu (A.) : "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1989-2, p.257-319.
- Hoffman (A.-B.): "Anti-competitive State Legislation Condemned Under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty : How Far Should the Court Go After Van Eycke?", Oxford, E.C.L.R., 1990(1), p.11-27.
- Hornsby (S.): "National and Community Control of Concentrations in a Single Market: Should Member States be Allowed to Impose Stricter Standards ?", London, E.L.Rev., 1988, p.295-317.

- House of Lords Select Committee on the European Communities: in Report of Competition Practice, 8th report 1981, 82 session. p.38 et s.
- Howe (M.): "UK Merger Control : How does the System Reach Decisions ? A Note of the Role of the Office of Fair Trading", Oxford, E.C.L.R., 1990(1), p.1-10.
- X Hubrecht (H.G.): "La notion de sanction administrative", Paris, P.A., 1990, n°8 p.6-14
- Idot (L.): Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux, Paris II, thèse non publiée, 1981.
- Idot (L.): "L'interférence du droit interne et du droit communautaire de la concurrence", Paris, P.A., 30 mars 1988, n°39, p.20-30.
- Idot (L.): "Commentaires de l'arrêt Entreprises de Pâtes de Bois c. Commission des Communautés européennes du 27.9.1988", R.T.D.E., n°2, av. juin 1989, p.341-359.
- Immenga (U.): "La concentrazione fra imprese e il controllo delle fusioni concezione tedesca ed esperienze", Cedam-Padova, Contratto e impresa, 1988, p.459-488.
- Israel (J.-J.): "Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1er.12.1986", in Liberté des prix et concurrence, AFEC-ICC, juin 1989, p.79-95.
- Jacqué (J.-P.) et Weiler (J.H.): "Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire", R.T.D.E., juillet-septembre 1990, p.441-456.
- Jacquemin (A.) et Schrans (G.): Le droit économique, Paris, P.U.F., Collection "Que sais-je ?", n°1383, 1970.
- ✓ James (S.-M.): "The concept of abuse in the EEC competition; an american view", L.Q.Rev., 1976, p.242 et s.
- Jeantet (F.-C.): "La solution d'un problème de la concurrence par la collaboration entre la juridiction nationale et la juridiction communautaire; observations sur la Cour d'Appel de Paris 22 février 1967 La Technique Minière c. Maschinenbau ULM", Bruxelles, C.D.E., 1967, p.680-696
- X Jeantet (F.-C.): "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence", R.T.D.E., 1986, n°22, p.53-67.

- X Jeantet (F.-C.): "La politique économique des droits français et communautaire de la concurrence", Revue de Jurisprudence Commerciale, 1987 nov., n°spécial.
- Jeantet (F.-C.): "Regard sur l'action de la CEE dans la politique de la concurrence", Paris, S.J., Ed.G, n°3, 1990 (I), 3426.
- Jeantet (F.-C.): "Le rôle préventif du contrôle communautaire des opérations de concentration", Paris, D.S., 1991, n°1, Chr.II, p.4-8.
- Jeantet (J.-C.): "Reflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence", Paris, S.J. Ed.G, 1988, n°31-32, Fasc.3348.
- Johannes (H.): "The Role of the Hearing Officer", New-York, in 1992 and EEC/U.S. Competition and Trade Law, Fordhame Corporate Law Institute, 1990 p.347-382.
- Joliet (R.): "Lord Berthell devant la Cour de Justice : en avion ou en bateau... ?", Bruxelles, C.D.E., 1982, p.552-565.
- Joshua (J.M.): "The Element of Surprise : EEC Competition Investigations under Article 14(3) of Regulation 17", London, E.L.Rev., 1983, p.3-23.
- Joshua (J.M.): "Information in EEC Competition Law Procedures", London, E.L.Rev., 1986, p.409-429.
- Joshua (J.M.): "Proof in contested E.E.C. competition cases: a comparaison with the rules of evidence in common law", London, E.L.Rev. Vol.17, n°5, 1987, p.315-353.
- Kalmansohn: "Application of EEC Articles 85 and 86 to Foreign Multinationals", L.I.E.I., 1(1984/2).
- Kartte (W.): "Puissance d'achat: Quelques éléments de réflexion sur un phénomène en pleine évolution", R.C.C., 1985, n°32, p.5-12.
- Kerber (M.): "Puissance d'achat: Un sujet permanent et controversé en Allemagne fédérale", R.C.C., 1985, n°32, p.13-19.
- Kerse (C.-S.): E.E.C. Antitrust Procedure, London, European Law Centre LTD, 1988, (scd ed.).
- Kirschtein (H.): "Sanctions contre la conclusion et l'exécution des ententes d'après la loi communautaire et la loi allemande", R.T.D.E., 1968.

X Korah (V.): "The Rights of the Defence in Administrative Proceedings under Community Law", Current Legal Problems, 1973, p.73.

Korah (V.): "Restrictive Practice, Decision of Commission of EEC", J.B.L., 1977, p.72-75.

Korah (V.): An Introductory Guide to E.E.C. Competition Law and Practice, Oxford, E.S.C. Publishing Ltd, 1978.

Korah (V.): "Concept of dominant position within the meaning of art.86", Netherlands, C.M.L.Rev., 1980, p.395-414.

Korah (V.): "Commission has power to grant interim relief", London, E.L.Rev., 1980, p.135-139.

Korah (V.): "The Rise and Fall of provisional Validity. The need for a Rule of Reason in E.E.C. Antitrust", Journal International of Law & Business, 1981, 3 NW p.320.

Korah (V.): "Comfort Letters -Reflexion on the Perfume Cases", London, E.L.Rev., 1981, p.14-39.

Korah (V.): "Narrow or Misleading Replies for Information" B.L.Rev. 3, 1982, p.69-70.

Korah (V.): "The Pioneer case in the European Court", London, E.L.Rev., 1983, Vol.8, p.336-348.

Korah (V.): Exclusive Dealing in the EEC : Regulation 67/67 Replaced, London, European Law Centre Ltd, 1984.

X Korah (V.): "EEC Competition Policy- Legal Form of Economic Efficiency", Current Legal Problem, 1986, p.85-109.

Kovar (R.): "Commentaire des arrêts de la Cour de Justice CEE du 15 juillet 1970 (trois arrêts)", Paris, J.D.I., 1972, p.702-713.

Kovar (R.): "Ordre juridique des Communautés européennes -Sources et rapports de droit", Paris, J.Cl.D.I., 1979, 2e cah, Fasc.161 b-2.

X Kovar (R.): "Contentieux de légalité. Recours en carence", Paris, J.Cl. D.I., 1980, Fasc 161-L, 2e cah., n°1.

Kovar (R.): "Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des interressés : un équilibre difficile" Recueil Dalloz, Sirey, 1981, (I), Chron.XVIII

Kovar (R.): "Le droit communautaire et "la règle de raison"", Paris, R.T.D.E., 1987, p.237-254.

9 Kreis (H.W.): "Commission Procedures in Competition Proceedings - Recent Reforms in Practice and Law", in Antitrust and Trade Policies of the European Community, New-York, Fordham University School of Law, Barry E. (ed.), 1983, p.145-1977.

Kutscher (H.): "Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto dal punto di vista d'un giudice", Roma, R.D.E., 1976 (16), p.283-314 et 1977 (17), p.3-24.

Kuyper (P.J.) & Van Rijn (T.P.J.N.): "Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition", Oxford, Y.E.L., 1982, p.1-55.

Lagrange (M.): "le pouvoir de décision dans les Communautés européennes : théorie et réalité", R.T.D.E. 1967, p.1-29.

✓ Lasok (K.P.E.): "Judicial Review of Issues of Fact in Competition Law", E.C.L.R., 1985, p.85-95.

Laurent (P.): "Procédures individuelles d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome", Paris, J.C.P., 1983, Fascicule 480.

Laurent (P.): "Contrôle communautaire de la concentration", Paris, J.C.P., 1991, 2, Fasc.470.

Le Tallec (G.): "Le soubassement juridique des affaires Leclerc carburants et Leclerc livres", Paris, S.J., 5 mars 1986, n°10, p.3 (3231 doctrine).

Le Tallec (G.): "Une symbiose entre le droit communautaire et le droit national : la distribution sélective des parfums", R.T.D.E., jlt-sep.1988, 24(3), p.437-449.

Lecourt (R.): L'Europe des juges, Bruxelles, Bruylant, 1976.

Legros (R.): "L'arrêt BMW et le droit pénal européen", 1980, C.D.E., Bruxelles, p.206-239.

✓ Letourneur (M.): "L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence de la CEE" in Mélanges W.J. Ganshof Van der Meer, L.G.D.J., Bruylant, 1972, Tome II, p.563-578.

Lever (J.): "The procedure of the Court of Justice of european communities", in United States and Common Market

Policies, New-York, Forham University School of Law/Barry E. Editor, 1986, p.431-443.

Livingston (D.K.) & Sherlitzer (C.J.): "Comfort Letters and Articles 85 and 86 : Procedure and Jurisdiction", New Law Journal, 1981, p.287-290.

Lord Mackenzie Stuart: "La Cour de justice des Communautés européennes", R.I.D.C., 1974, p.61-72.

X Lord Mackenzie Stuart: "Legitimate expectations and estoppel in community law and english administrative law", Amsterdam, L.I.E.I., 1983 (I), p.53-73.

X Lorenz: "General principles of law, their elaboration in the Court of Justice of European Communities", Berkeley, A.J.Comp. Law, 1964, p.1-11.

Louis (J.-V.): Le règlement de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles, P.U.B, 1969.

Louterman (D.) et Fevre (M.): "Les incidents de procédure au sens de l'article 91 du règlement de procédure de la C.J.C.E.", Paris, Gaz. Pal., 11-13 juin 1989, p.8-13.

Loy (O.): "L'application en France du droit communautaire de la concurrence", Rev. Eur., 1980, p.438-459.

X Mackaay (E.): "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste", R.I.D.E., 1986, Tome 1, p.43-88.

Maechling (Ch.): "Uncle Sam's Long Arm" American Bar Association Journal, mars 1977, p.363.

X Maitland-Walker (J.): "The Unacceptable Face of Politics in Competition Cases", Oxford, E.C.L.R., 1991(I.), p.3-4.

Mancini (F.): "L'incorporazione del diritto comunitario nel diritto interno degli stati membri delle communita' europee", Roma, R.D.E., Apr, dic.1988, p.87-100

Marenco (G.): "Le traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence ?", Bruxelles, C.D.E., 1986, n°3-4, p.285 et s.

Market (K.): "Some Legal and Administrative Problems of the Co-Existence of Community and National Law of the EEC", Netherlands, C.M.L.Rev., n°11, 1974, p.92-104.

Mathigsen (P.S.R.F.): A Guide to European Community Law, London, Sweet & Maxwell, 1985.

- X Mattes (J.): "La réforme économique du droit des infractions économiques réglementaires dans la R.F.A.", R.I.D.P., 1967.
- Meade (J.): "The legal and practical implications of the Stanley Adam case", Belfast, Nothern Ireland Quaterly 1986, n°4, p.370-395.
- Megret (J.): "Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'état dans les Etats membres des Communautés européennes", Bruxelles, Miscellanea W.J.Ganshof Van der Meersch, Bruylant, 1972, Tome III, p.579-600.
- α Meijknecht (P.) et Verschuur (R.-Ch.): "Usage et abus des procédures sommaires", in The Eighth World Conference on procedural Law - Justice and efficiency -, Editor W.Wedekind - Kluwer, 1989, p.367-403.
- α Merken (R.) et Williams (K.): Antitrust Policy in the United Kingdom and the E.E.C., Londres, Sweet & Maxwell, 1984.
- Millet (T.): "The New European Court of First Instance", I.C.L.Q., 1989(38), p.811-833.
- Moavero Milanese (E.): "Spunti per uno studio del diritto antitrust della CEE", Parma, D.S.C.I., 1990, n°3, p.331-393.
- Moavero Milanese (A.): "Il potere della commissione della Comunità europea di adottare provvedimenti cautelari provvisori nel corso delle procedure per l'applicazione delle regole di concorrenza", Milano, Riv. dir. ind., 1984, I, p.97 ss.
- Monaco (R.): "Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés européennes" Paris, in Mélanges offerts à Henri Rolin, Pédone, 1964, p.217-227
- Morris (A.-L.): "Requirements Contracts and their Treatment under EEC Treaty", London, E.L.Rev., 1981, p.257-273.
- Mortelmans (K.): "Equité et droit économique", R.I.D.E., 1989, n°3, p.7-32.
- Mousseron (J.-M), Sélinsky (V.) et Ferrier: "Le mort saisit le vif, Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence", Paris, S.J., édition Entreprise, 1984, n°1-2, p.14 s.

- Mousseron (J.M.) et Selinsky (V.): Le droit français nouveau de la concurrence, Litec, 1987.
- Névot (M.): "La communication de renseignements économiques à l'étranger. Remarques sur la loi du 16 juillet 1980", R.C.D.I.P., 1981, n°70, p.421-446.
- O.C.D.E.: Competition Law Enforcement. International Cooperation in the Collection of Information Paris, O.C.D.E., 1984.
- O.C.D.E.: Politiques de la concurrence et les entreprises communes O.C.D.E. Paris, 1986, I,
- Olivier (P.): "Limitation of Actions before the European Court", London, E.L.Rev., 1978 (3), p.3-13.
- Orsini : "Le juge des référés et l'application des normes communautaires", Paris, Gaz. Pal., 9.jlt 1985, p.395-396.
- Paines (N.): "Enforcing EEC Competition Law in English Courts", London, Law Soc.Gaz., Feb. 1983, p.272-286.
- Pappalardo (A.): "Politique communautaire de concurrence et progrès technologique", R.I.D.E., 1986, Tome 1, p.89 et s.
- Pardolesi (R.): "Regole antimonopolistiche del trattato CEE e contratti di distribuzione : tutela della concorrenza o dei concorrenti ?" Foro It., 1978, IV c82.
- Pardolesi (R.): "Note de l'arrêt Metro de la C.J.C.E. du 25.10.1977", Foro It., 1978, I, p.765 et s.
- Parleani (G.): "Le juge des référés face au droit communautaire", D.S., 1990, IIe cah., chr.XII, p.65-72.
- Pastor (B.) et Van Ginderachter (E.): "La procédure en référé", R.T.D.E., 25(4), p.561-621.
- Pathak (A.S): "EEC Concentration Control: The Forseeable Uncertainties", Oxford, E.C.L.R., 1990(3), p.119-125.
- Paulis (E.) : "La position de la partie plaignante en matière de concurrence", Paris, R.T.D.E., 1987, p.621-632.
- Pedamon (M.): "De quelque traits essentiels du droit allemand de la concurrence", Paris, S.J., Cahiers de droit de l'entreprise, 1987 (2), n°26, p.27-29.

Pennetta (P.): "La posizione dominante qualitativa profili interpretativi dell'art.86 del Trattato CEE nel caso Chiquita", Roma, R.D.E., (18) 1978, p.312-317.

X ~~Pescatore~~ (P.): "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice", Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant, 1972, Tome II, p.325-363.

X Pescatore (P.): "Le recours de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des normes déduites de la comparaison des Etats membres", R.I.D.C., 1980, p.352 et s.

X Pescatore (P.): "The Doctrine of "Direct effect": An Infant Disease of Community Law", London, E.L.Rev., 1983, p.155-177.

Pescatore (P.): "Public and Private aspects of Community Competition Law", in United States and Common Market Policies, New-York, Forham University School of Law/Barry E. Editor, 1986, p.383-443.

Pescatore (P.): "Il rinvio pregiudiziale di cui all' 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte e i giudici nazionali", Foro It., 1986, IV, p.26 et s.

Petersen (A.): "L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes", Paris, R.T.D.E., 1966, p.256 et s.

X Petropoulos (S.): "Pouvoirs d'enquête de la Commission et droits de la défense des entreprises: récents développements", Jusletter, 1/1990, p.20-24.

Pfeffer (J.): "The Fifth Amendment of the German Act against Restraints of Competition", Oxford, E.C.L.R., 1990(3), p.95-99.

Philip (J.): "EEC Competition Law and privilege against self-incrimination in English Law", L.I.E.I., 1981/1, p.49-75.

Picanol (E.): "Remedies in national law for breach of articles 85 and 86 of the EEC Treaty: a review", L.I.E.I., 1983/2, p.1-37.

Picassou (P.): "Oligopoly and Antitrust :A Comparison of United States, European Community, West German and French Law", 19 Geo. Wash. J. In'l Law & Econom., 1985, p.634-638.

- Piroche (A.): "Les autorités nationales et le droit de la concurrence communautaire", R.C.C., 1989, n°51, p.8-15.
- α / Pliakos (A.): Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence. Bruxelles, Bruylant, 1987, thèse.
- Potocki (A.): "Bilan de deux années d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986", Paris, Gaz. Pal., 28-29 avril 1989, p.5-10.
- X Raffaelli (A.): "Il concetto di 'entità economica' nella giurisprudenza comunitaria", Milano, Riv. dir.int., 1977, II, p.396 et s.
- Raffaelli (A.): "Il divieto di abuso della posizione dominante nel diritto comunitario", Foro It., 1988, IV, p.71-92.
- Reasoner (H.M.): "Comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law with respect to the Amended Proposal for Council Regulation (EEC) on the Control of Concentrations Between Undertakings", A.J.L., Vol.59, 1990(I), p.245-261.
- α Renoux (T.): Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel Economica-Presses universitaires d'Aix Marseille, 1984.
- Reuter (E.): "Le recours en carence de l'article 175 du traité de la CEE dans la jurisprudence de la C.J.C.E.", C.D.E., 1975, p.425 et s.
- X Reuter (P.): "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux du droit" Paris, in Mélanges offerts à Henri Rolin, Pédone 1964, p.263-283.
- Rew (P.): "Actions for Damages by Third Parties under English Law for Breach of Article 85 of the EEC Treaty", Netherlands, C.M.L.Rev., 1971, p.462-474.
- Rice (D.R.): "Abuse of a Dominant Position- The Tale of Nails, Milk Cratons, and TV Guides", Oxford, E.C.L.R., 1990(2), p.80-90.
- X Rigaux (F.): "Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits", Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant, 1972, Tome II, p.365-381.

- X Riley (A.J.): "European Competition Law: The Client v. the Public Interest", Oxford, E.C.L.R., 1991(1), p.39-45.
- Rivero (J.): "Vers un droit administratif européen: Nouvelles perspectives en droit administratif", Florence, in New Perspectives for a Common Law in Europe, European University Institute, 1978, Vol.1, p.389 et s.
- Rosenthal (J.R.): "Ten principles for resolving jurisdictional conflicts", in Antitrust and Trade in the United States and the European Community, New-York, Fordham University School of Law/Barry Hawk Editor, 1985, p.301-310.
- Roudard (I.): "The New French Legislation on Competition", Oxford, E.C.L.R., 1989, p.205-232.
- Salamon (C.): "Les mesures provisoires de la Commission européenne de la concurrence durant l'instruction des affaires soumises aux articles 85 et 86 du traité de Rome", Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, 1986(6), p.1819-1929.
- / Sanson-Hermitte (M.-A.): "Droit européen de la concurrence, Cohérence juridique et sécurité juridique", Paris, Librairie Technique, thèse 1981, 430 p.
- Schaeffer (E.): "L'abus dans le droit de la concurrence", Paris, Gaz.Pal., 1981, Doctr.401.
- X Schapira (J.): "Concepts économiques et droit européen" Paris, J.D.I., 1972, n°1, p.8-16.
- Schapira (J.), Le Tallec (G.) et Blaise (J.-B.): Droit européen des affaires, Paris, P.U.F, Thémis, 1984.
- Schechter: "The Rule of Reason in European Competition Law", L.I.E.I., 1982, n°2, p.1 et s.
- Schermers (H.-G.): Judicial Protection in the European Communities, London, Kluwer, Deventer, 1983, 3rd ed.
- Schodermeier (M.): "Collective Dominance Revisited: An Analysis of the EC Commission's New Concepts of Oligopoly Control", Oxford, E.C.L.R., 1990(1), p.28-34.
- Schrans (G.): "The Instrumentality and the Morality of European Economic Law", Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, L.G.D.J., Bruylant, 1972, Tome II, p.365-381.

- Schrot (H.-J.): Economic Offences in EEC Law with special references to English and German Law, N.P. Engel Publisher, 1983.
- Schwarze (J.): "The administrative law of the community and the protection of human rights", Netherlands, C.M.L.Rev. 23, 1986, p.401-417.
- Schwarze (J.): The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
- Schwarze (J.): "Contrôle juridictionnel des décisions prises en matières d'anti-dumping", Parma, D.C.S.I., 1989, p.549-562.
- Schwarze (J.): "Tendencias towards a Common Administrative Law in Europe", London, E.L.Rev., 1991, Vol.16, n°1, p.3-19.
- Selinsky (V.): "Concurrence. Contrôle des ententes et abus de position dominante en droit français. Conseil de la concurrence. Procédures de contrôle", Paris, J.C.P., 1987, Fasc.370.
- Selinsky (V.): "La victime des pratiques anticoncurrentielles face à la diversité des procédures", Paris, P.A., 30 mars 1988, N°39, p.12-20.
- Sevrot (F.): "La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence", Revue de la recherche juridique, 1987/2, p.583-596.
- Shaw (J.): "The AKZO saga continues" london, E.L.Rev, 1987, n°12, p.199-207
- Shroeder (D.): "Le droit de la concurrence déloyale en R.F.A.", Paris, C.J.F.E., n°1/88, p.145-155.
- Siragusa (J.): "Notification of agreements in the E.E.C.- To notify or not to notify", New-York, in United States and Common Market Antitrust Policies, Fordhame University School of Law/Barry E.Hawk Editor, 1986, ch.11, p.246-284.
- Soulas de Russel (D.) et Engels (U.): "L'intégration de l'Europe à l'heure de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 mai 1974", R.I.D.C., 1975, p.377-384
- X Spitzer (J.-P.): "Les principes généraux du droit dégagés par la C.J.C.E.", Paris, Gaz. Pal., 1986(2), Doctr.732.

- ✕ Stassinopoulos (M.): Le droit de la défense devant les autorités administratives, Paris, L.G.D.J., 1976.
- Stricker: "Droit de la concurrence et protection des consommateurs en Allemagne", Paris, Gaz. Pal., 19.10.1972, p.629-632.
- Taylor (R.J.): "UK Competition Law and Procedures- An Overview", Oxford, E.C.L.R., 1988, p.446-460.
- ✕ Teitgen-Colly (C.): "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", Paris, P.A., 1990, n°8 p.25-41.
- Temple Lang (J.): "The position of Third Parties in EEC Competition Cases", London, E.L.Rev., 1978 (3), p.177-190.
- Temple Lang (J.): "Community Antitrust Law - Compliance and enforcement", Netherlands, C.M.L.Rev., 1981, (18) p.335-362.
- Temple Lang (J.): "The powers of the Commission to order interim measures in competition cases", Netherlands, C.M.L.Rev., 1981, p.49-61.
- Temple Lang (J.): "EEC Competition Actions in Members States' Courts - Claims for Damages, Declarations and Injunctions for Breach of community Antitrust Law", in Annual Proceedings of Fordhame Corporate Law Institute, New-York, Barry E. Editor, 1984, p.219-304.
- Thieffry (J.): "L'application du droit communautaire par les juridictions nationales françaises", Paris, Gaz. Pal., 4.6.1985, p.311 et s.
- Thiesing, Schröter, Hochbaum: Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE, Paris, Editions Jupiter, Editions de Navarre, 1977, 871 p.
- Tizzano (A.): "La Corte de giustizia e l'atto unico europeo", Foro It., 1988, V, p.69-90.
- Toffoletto (A.): "Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust", Giurisprudenza Commerciale, Maggio/Guigno 1990, p.449-535.
- Tomasi (A.): "La nouvelle loi allemande sur les cartels", R.T.D.Comm., 1958, p.35-61.

- Tomes (B.C.): "The French Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws", The International Lawyer, 1981, n°15, p.585-614.
- Torley Duwel (I.): "Signification du mot 'entreprise' dans le sens de l'article 85 du traité CEE, à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles", R.T.D.E., 1966, p.400-408.
- α Toth (A.-G.): Legal Protection of Individuals in the European Communities, North-Holland, 1978, Vol.1 et 2.
- Touffait (A.): "Reflexions d'un magistrat français à la Cour de Justice des Communautés Européennes", R.I.D.C., 1983, p.283-285.
- Trabucchi (A.): "L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la Cour de Justice des Communautés Européennes" Paris, R.T.D.E. 1974, p.56-87.
- α Usher (J.): "Declarations of invalidity under Article 177 EEC : of general effect ?", London, E.L.Rev., 1981, Vol.6, p.284-287.
- X Usher (J.): "The "Good" Administration of European Law", Current Legal Problems, 1985, p.269-287.
- Vagts (D.F.): "Dispute. Resolution Mechanisms in International Business", R.C.A.D.I., 1987, III, n°203, p.13-43.
- Van Bael (I.): "Discretionary Powers of the Commission and their Legal Control in Trade and Antitrust Matters", in Discretionary Powers of the Members States in the Field of Economic Policies and their Limits under EEC Treaty, J.Schwarze (ed), Baden-Baden, 1989, p.175 et s.
- Van Bael (I.): "E.E.C. Antitrust Enforcement and Adjudication as seen by Defence Counsel" Genève, R.S., 1979, n°7, p.1 et s.
- Van Bael (I.): "Heretical Reflections on the Basic Dogma of EEC Antitrust Single Market Integration", Genève, R.S., 1980, p.39-56.
- Van Bael (I.): "Comment on the E.E.C Commission's antitrust settlement practice: the shortcircuiting of regulation 17", Genève, R.S., 1984, N.22 p.67-84.
- Van Bael (I.): "The Antitrust Settlement Practice of the EEC Commission", New-York, in Antitrust and trade policy in the United States and the European Community, Fordhame

University School of Law/Barry E.Hawk Editor, 1985, ch.33, p.759-787.

Van Bael (I.) et Bellis (J.-F.): Competition Law of the EEC, London, CCH Edition Limited, 1987.

Van Damme (J.): "La mise en oeuvre des articles 85 et 65 du Traité de Rome", Bruxelles, C.D.E., 1966, p.35-51, 279-315 et 402-426

Van der Esch: "Application of Competition Law to foreign Conduct"- Panel Discussion, New-York, Barry Hawk Editor, 1985, p.311-325.

Van Ommeslage (P.) et Van de Walle de Ghelccke: "Les articles 85 et 86 du traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission", Bruxelles, C.D.E., 1984, n°5-6, p.565-666.

Van Rijn (T.): "Commentaire de l'arrêt FEDETAB", Netherlands, C.M.L.Rev., 1982, n°19, p.350-360.

Venit (J.-S.): "The Commission's opposition procedure- between The Schylla of 'Ultra vires' and the Charybdis of perfume: legal consequences and tactical considerations", Netherlands, C.M.L.Rev., 1985 (22), p.167-202.

Venit (J.-S.): "The "Merger" Control Regulation : Europe comes of age ... or caliban's dinner", Netherlands, C.M.L.Rev., 1990, p.7-50.

α Verongstraete (M.) et Dumon: Le droit économique et financier, Bruylant, 1985.

Virassamy (G.): "Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise", R.T.D.Com., 1988, p.179 et s.

Vogel (L.): Droit de la concurrence et concentration économique, Etude comparative, Paris, Economica, 1988, 427 p.

Vogel (L.): "Concurrence- Contrôle direct des opérations de concentration en France", Paris, J.C.P., Fasc.400.

α Vogelard (F.): "The overall policy of the Commission concerning distribution in the light of recent developments: some capita selecta", in United States and Common Market Policies, New-York, Forham University School of Law/Barry E. Editor, 1986, p.185-209.

Voillemont (D.): "L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les mesures conservatoires", Gaz.Pal., 1987, p.199-201.

von Simson (W.): "The concept of competition in the European Community" in Structure and Dimensions of European Community Policy, J.Schwarze & H.-G.Schermers (Eds), Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p.139-146.

Waelbroeck (M.): "Vertical agreements : is the Commission right not to follow the current U.S. policy ?" Genève, R.S., 1985, n°25, p.45-52.

Waelbroeck (M.): "Les droits de la défense des entreprises en matières d'ententes. Au sujet de quelques arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés Européennes", Bruxelles, Annales de droit de Louvain, 1985, n°1, p.67-80.

Waelbroeck (M.): "New forms of settlement of antitrust cases and procedural safeguards: is regulation 17 falling into abeyance ?", London, E.L.Rev., 1986, Vol II, N.5 p.268-280.

X Waline (M.): "Le principe "audi alteram partem", Livre jubilaire du Conseil d'Etat du Grand Duché de Luxembourg, 1856-1956, p.495-506.

Wertheimer (H.W.): "The Haetch II Judgment and its Repercussions", Netherlands, C.M.L.Rev., 1973(10), p.386 et s.

Wiener (C.): Vers une codification de la procédure administrative, Paris, P.U.F., 1975, 454 p.

Wils (G.): "Rule of reason : Une règle raisonnable en droit communautaire?" Bruxelles, C.D.E., 1990, n°2, p.19-74.

Winter (J.): "Direct Applicability and Direct Effect- Two Distinct and Different Concepts in Community Law", Netherlands, C.M.L.Rev., 1972(9), p.425 et s.

Yamey (B.): "The Judicial Control of Cartels: The Restrictive Practices Court", in A.Jacquemin and G.Schrans (eds), "Actes du Colloque sur la Magistrature Economique", 1976, IV.1-14.

X Zuleeg (M.): "Fundamental Rights and the Law of the European Communities", Netherlands, C.M.L.Rev., 1971, p.446-461.

INDEX

- Abus de position dominante, 291**
affectation du commerce entre Etats membres, 252
marché pertinent, 300
notion de position dominante, 292
position dominante collective, 297
puissance d'achat, 302
- Accès au dossier, 181, 186, 193**
- ACF, 118, 169, 174, 250, 363, 364, 365, 366, 448, 449**
- ACNA, 165, 174**
- Acte confirmatif, 420**
- Acte inexistant, 537**
- Action en responsabilité**
délai de prescription, 559
- AEG, 171, 184, 200, 265, 278, 448**
- AEG (ord.), 372**
- Algera, 368, 423**
- Alsatel-Novasam, 257, 293**
- Amhed Saeed, 15, 234, 241, 277, 299**
- Akzo, 115, 173, 198, 199, 202, 420**
- Akzo II, 95, 176, 182, 200, 446, 453**
- Akzo (ord.), 533, 536**
- Amende, 326, 337, 342**
immunité en matière d'amende, 28, 43
- AM &S, 107, 459, 490, 512, 515, 517**
- Ancides, 178**
- Anne Marty, 395, 401, 404**
- ASSIDER c.Hte Aut., 452**
- Assurances-Incendies, voir Verband der sachversicherer**
- Astreinte, 160, 324**
- Attestation négative, 344**
publication de la demande, 177

Audition, 160, 162, 205, 214, 218, 219, 223

audition des tiers, 176

Automec, 180, 418, 421, 515, 518

Autorités nationales, 60, 241

Balkan-Import-Export, 466, 529, 540

**BAT et Reynolds, 183, 202, 228, 236, 238, 363, 364, 390, 393,
420, 477, 511, 522, 530, 541**

Bayer, 412

Bilger c.Jehle, 20

Binon, 263

Biovilac, 551

BMW, 68, 336, 516

BNIT-Aubert, 277

Bock, 501

Boehringer, 329, 336, 341, 343, 447

Bosch, 231, 462, 480

Bossi, 412

Brasserie de Haecht, 284, 421

Brasserie de Haecht II, 16, 49, 278, 501

British Broadcasting Corporation, 257

BRT c.Sabam, 58, 76, 78, 166, 310, 322

Buitoni, 461

Camera Care (ord.), 352, 353, 357, 446, 486, 511, 535, 536

Chevalley, 411

Chiffre d'affaires, 262

Coditel, 286, 287

CICCE, 69, 420, 515

CILFIT c.Ministère de la Santé italien, 495

Cimenteries, 162, 418, 497

Cofaz, 430

Comité consultatif, 160, 163, 188, 190, 193, 227

Commercial Solvents, 516

Communication de l'article 6 du règlement 99/63, 179

Communication de documents

défaut de communication

contrôle judiciaire, 449

Communication des griefs, 167, 184

contenu, 169

effets, 172

nature de l'acte, 168, 421

notification, 174

Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes, 415

Conseiller rapporteur, 217, 221, 225

Consorzio Cooperative d'Abruzzo, 423

Continental Can, 170, 175, 208, 234, 238, 244, 246, 300, 306, 371, 447, 477, 482, 484

Continental Can (ord.), 534

Contrôle des concentrations

applicabilité des articles 85 et 86 du traité, 239

audition des intéressés, 209, 362

décision de compatibilité, 351

mesures provisoires, 361

opérations notifiables, 13

règlement 4064/89, 325

renvoi de la Commission aux autorités nationales, 51

renvoi des autorités nationales à la Commission, 51

suspension de la réalisation de l'opération, 32, 41

Contrôle judiciaire, 409

contrôle de la légalité, 410

compétences respectives de la Cour et du Tribunal, 506

coût de la procédure, 512

délai de recours, 559

durée des procédures, 523

efficacité du contrôle, 505

force exécutoire des décisions, 532, 543

motivation des décisions, 520

portée des décisions, 527
publication des arrêts, 521
qualité à agir, 431
champs d'application du contrôle de la légalité, 445
méthodes d'interprétation, 481
portée du contrôle, 477, 479
violation des règles écrites, 446
violation des règles non-écrites, 455
Convention européenne des droits de l'homme, 329, 485
Convention de Bruxelles, 72
Costa c.E.N.E.L., 59, 459, 488, 495, 503

Délais

computation, 211
observations écrites, 209
délai d'appel, 508
invitation à agir, 433
notification, 30
recours, 467,
requête en intervention, 510

De Bloos-Bouyer, 48, 49

De Geus c.Bosch, 48

Décisions administratives

décision de compatibilité, 351
exécution forcée, 374
modification des décisions, 370
prononcé d'une amende, 326
retrait des décisions, 368

Décisions d'association d'entreprises, 268

Delimitis-Henninger, 61, 275, 278

Demande préjudicielle, 539

Demande de renseignements

application extraterritoriale de l'article 11, 98
demande initiale, 108

demande par voie de décision, 109
motivation de la décision, 110
personnes tenues de répondre, 111
procédure de la 'sub poena duces tecum', 104

Demo-Studio Schmidt, 82, 420

Dépens, 515

Demande préjudicielle, 528

Détournement de pouvoir, 452

Dietz, 512, 514

Dietz (ord.), 514

Distillers Company, 34, 184, 190, 447

Dow Benelux, 117, 120, 123, 459, 461, 532, 543

Dow Chemical Ibérica, 445, 447, 461, 470, 488, 504

Dow Chemical (ord.), 118, 527, 533

Droit de ne pas s'auto-incriminer, 73

Droits de la défense, 180, 191, 203, 211

Eisele, 286

Eldi Records, 35, 45

Engagement de la procédure, 164

Enquête préliminaire, 88
conditions préalables, 93
enquête par secteur économique, 90, 106
procédure de demandes d'informations, 107
vérifications, 115

Ententes illicites, 262
accords relevant de l'article 85, 264
pratiques concertées, 270

Entreprises
entreprise étrangère, 175, 245, 377, 426
notion d'entreprise, 242

Entreprises de pâte de bois, 246, 269, 447

Équité, 466

Eridania, 436, 465

Exception d'illégalité, 416
Exécution des décisions judiciaires, 532, 543
Exemption, 288
 conditions et charges, 34
 effets, 349
 formes, 346
 non-opposition, 424
 règlements d'exemptions catégorielles, 22

Factortame, 56, 75, 493, 514
Fédération charbonnière de Belgique, 414
Fedetab, 10, 21, 30, 34, 80, 171, 192, 197, 203, 208, 248, 269, 329, 363
Fediol, 430
Firma, 512
Foglia, 496
Fonderies Roubaix-Wattrelos, 19
Ford, 160, 265, 277, 519
Ford (ord.), 263, 403, 527
Forges de Thy-Marcinelle, 461
Frubo (ord.), 453

Geigy (voir matières colorantes), 176
Gema, 80, 81, 180, 303, 391, 412, 434, 435, 437, 441, 442
Général Motors, 303, 335, 478, 518
Générale Sucrière, 245, 257, 258, 310, 311, 363, 366, 370, 374, 448, 449, 476, 511
Grundig-Consten, 21, 97, 169, 237, 253, 264, 275, 277, 280, 281, 322, 363, 377, 450, 476, 480, 482, 511
Guerlain, 395, 399, 401, 404
GVL, 169, 320

Hasselblad, 371
Hasselblad (ord.), 372

Hiérarchie des normes, 480

Hoffmann-La Roche c. Centrafarm, 495

H.N.L., 552, 558

Hoechst, 118, 120, 121, 128, 129, 160, 324, 325, 446, 489, 533, 534, 545

Hoechst (ord.), 118, 533, 536, 537

Hoffmann-La Roche, 15, 170, 195, 200, 202, 231, 253, 291, 293, 296, 301, 306, 311, 342, 449, 458, 480, 534, 535

Hugin, 244, 301

IAZ, 20, 21, 120, 341, 366, 445

IBM, 159, 168, 173, 218, 221, 223, 419, 421, 423

IBM (ord.), 532, 537

ICI, 101, 211

ICI-CSC, 232, 238, 244, 246, 252, 253, 297, 311, 321, 322, 338, 342, 447, 480

IFG, 467

Internationale Handelsgesellschaft, 456, 489, 503

Interprétation du droit

théorie de "l'acte clair", 495

théorie de l'effet utile, 354, 483

Kampffmeyer, 538, 549

Klockner, 242

Kompristenverband, 438

Konecke (ord.), 535

L'Oréal, 350, 397, 399

Lancôme, 278, 395, 401, 404

Langue de procédure, 224

Lettres administratives, 394

lettres de classement, 395

effets juridiques, 397

nature des lettres de classement, 400

lettres intérimaires, 395
Lord Bethell, 430, 438, 442, 514, 515
LTM c.MBU, 42, 253, 274, 320
Ludwigshafener Waltzühle Erlenz, 511
Lutticke, 552
Lutticke III, 536, 547

Mackprang, 439, 441
Marché pertinent, 300
Mesure d'ordre intérieur, 421
Matières colorantes, 165, 169, 174, 176, 220, 243, 246, 248, 250,
253, 271, 272, 332, 336, 340, 464, 472
Merkur, 465
Mesures provisoires,
 audition des tiers intéressés, 163
 consultation du Comité consultatif, 163
 demande, 75
 exécution, 378
 octroi, 357, 359
Metro, 67, 284, 293, 420, 427, 428, 431, 519, 536
Metro II, 293, 431, 519
Michel, 496
Michelin, 257, 293, 294, 295, 302
Miller, 275, 339, 341
Molitoria et autres, 415, 416
Motivation, 362
 décision ordonnant une vérification, 115
 motivation des décisions judiciaires, 520
 contrôle judiciaire, 449
Musique Diffusion Française, 44, 181, 171, 191, 196, 201, 223,
227, 271, 342, 364, 371, 338, 516

National Carbonising, 353
National Panasonic, 91, 110, 119, 124, 484

Neumann c.Balm, 466, 529, 533, 540, 544
NTN Bearing Co c.Cons., 515
Nold, 456, 489, 514, 525
Nordgetreide, 437
Nordsee, 494
N.O.S., 532
Notification des ententes, 8
 délais, 30
 demande de lettre administrative de classement, 36
 demande de prorogation, 17
 différence avec la demande d'attestation négative, 9
 dispense de notification, 18
 effets, 38
 forme de la notification, 30
 procédure d'opposition, 25
 publication, 177
 règlements d'exemptions catégorielles, 22
Notification des actes de procédure, 118, 175
Nouvelles frontières, 231, 462
N.T.N. Toyo Bearing (ord.), 533
Nullité de l'acte, 201
Nungesser, 286

Orkem, 92, 95

Papiers peints de Belgique, 254, 364
Parfums Marcel Rochas, 21
Parke Davis, 21, 263
Parlement européen c.Cons. (13/83), 440, 454
Parlement européen c.Cons. (aff.13/85), 433
Parlement européen c.Cons. (aff.C-70/88), 410, 472
Peugeot, 359
Philipp Morris, voir BAT et Reynolds
Pioneer, voir Musique Diffusion Française

Plainte, 52

acte de rejet

recours en annulation, 420

action en réparation de la victime, 76

effets de la plainte, 79

forme de la plainte, 65

intérêt légitime de l'entreprise plaignante, 67

recevabilité de la plainte, 65

Plaumann, 426, 431, 536, 547, 550

Portlange, 49, 463

Prescription, 249

Preuve

charge de la preuve, 207, 448, 454

exemption

avantages d'une entente, 281

communication des documents, 176, 183

sursis à exécution, 535

mode d'admission, 213

preuve des pratiques concertées, 270

standard de la preuve, 328

Principes généraux du droit, 455

droits de la défense, 458

droits fondamentaux, 456

principe de la confiance légitime, 231, 462, 553

principe de la légalité, 329, 330

principe de proportionnalité, 91, 330, 461, 538

principe du non-cumul des sanctions, 235, 330

principe de non-discrimination, 459

principe de la non-rétroactivité des actes, 464

sécurité juridique, 49, 231, 370, 397, 434, 405

Principe d'exclusivité, 259

Procédure administrative, 158

nature de la procédure, 327

nature de l'acte d'engagement, 421

- observations écrites, 209
- procédure écrite, 206
- procédure orale, 212, 220
- représentation des parties, 220
- Procédure d'opposition, 26, 424**
- Procédures de passerelle, 74**
- Pronuptia, 278, 285, 287, 33**
- Publication, 107, 177, 323, 364**
 - lettres de classement, 404
 - publicité des décisions judiciaires, 521

- Recommandation, 352**
- Recours en carence, 344, 400**
 - conditions de recevabilité, 432
 - constitution de la carence, 435
 - délai de prescription, 434
 - invitation à agir, 432
- Recours en annulation, 185, 198, 227, 411**
 - actes susceptibles de recours, 198, 400, 413
 - conditions de recevabilité, 411, 425
 - effets, 203
- Recours en indemnité, 535**
 - autonomie du recours, 546
 - délai pour agir, 559
- Règlements d'exemptions catégorielles, 22**
- Règle de raison, 283**
- Remia, 477**
- Responsabilité administrative, 535, 546**
 - faute administrative, 551
 - préjudice réparable, 556
 - responsabilité pour risque, 550
- Royaume des Pays-Bas c.Com. (aff.8/71), 434, 464, 472**
- Ruckeschel, 460**

Sabam Fonior, 242

Saisine de la Commission, 7

Salonia, 35, 42, 67

Salumi, 529, 540

Samad-Safco, 183

San Michele, 461

Sanctions pécuniaires

délai de paiement et sursis à exécution, 371

monnaie de paiement, 372

destinataires de la sanction, 332

recouvrement forcé, 376

Sayag, 554

Schroeder c.R.F.A., 448

Secret d'affaires, 193, 195, 202

Secret professionnel, 188, 193, 197, 203

Sécurité juridique, 25, 239, 249, 345, 404, 522, 529, 540

Simmenthal, 56, 416

Simon, 368

SNUJAP, 368

Société Roquette Frères c.Etat français, 529, 540

Solvay, 95

Stanley George Adams, 66, 188, 555, 557, 559

Stauder, 456, 489

Stichling Sigarettenindustrie, 16, 44, 281, 339, 472

Suiker Unie : voir Générale Sucrière

Sursis à exécution

charge de la preuve, 532

liens avec la décision au fond, 534

prévention d'un préjudice grave et irréparable, 532

urgence, 534

Témoins, 222, 223

Tetra Pak, 23, 43, 55, 231, 307, 320, 334, 350, 462, 463, 501

Théorie de la simple barrière, 59

Tiers, 510

information des tiers, 179

sursis à exécution, 537

intervention, 519, 530

Timex, 183, 430

Transocean Marine Paint Association, 159, 170, 346, 349, 458,
531, 542

United Brands, 80, 161, 169, 170, 253, 293, 294, 295, 302, 303,
304, 309, 311, 366, 374, 468, 480, 527, 555, 558

Vaassen Gobbels, 493

Valsabbia, 467

Van Gend & Loos, 488

VBVB et VBVB, 168, 182, 215, 281, 364, 446, 528

VBVB et VBVB (ord.), 532

VCH, 277

Verband der Sachversicherer, 255, 268

Vérification

assistance des autorités nationales, 128

Demande de sursis à exécution, 118

Violation des règles substantielles, 447

Voie de fait, 424

Walt.Wilhem c.Bundeskartellamt, 50, 400, 466, 485

Waterkeyn, 473

Windsurfing, 255, 275, 340

Zuchner, 255

Zuckerfabrik c.Cons., 547, 552, 536

TABLES DES MATIERES

Liste des abréviations utilisées	III
Plan de recherche	V
Introduction	1
<u>TITRE I. L'INSTRUCTION PRELIMINAIRE</u>	7
<u>Chapitre I. LA SAISINE DE LA COMMISSION</u>	7
<u>Section 1. La notification</u>	8
<u>§ 1. L'entreprise doit-elle notifier à la Commission ?</u>	9
I. Avantages et inconvénients de la notification	10
II. Quels sont les accords notifiables ?	12
1. Les opérations de concentration de dimension communautaire	13
2. Les ententes devant être notifiées au titre des articles 4 et 5 du règlement 17.	15
3. Accords simultanément notifiables aux autorités nationales	17
III. Quels sont les accords dispensés de notification ?.....	18
1. Les dispenses prévues par l'article 4 §2 du règlement 17	19
2. Les règlements d'exemptions catégorielles	22
IV. L'entreprise doit-elle demander à bénéficier de la procédure d'opposition ?	25
1. Genèse de la procédure	26
2. Déroulement de la procédure	28
<u>§ 2. Quand, et comment notifier à la Commission ?</u>	30
I. Délais pour notifier	30
II. Quelles sont les parties tenues de notifier ?	33
III. Conditions de forme	34
IV. Informations à communiquer	35
<u>§ 3. Effets de la notification</u>	38
I. Effets de la notification au niveau communautaire	38
1. Déclenchement de certains délais de procédure	39
2. Possibilité d'obtenir une exemption ou une attestation négative	42
3. Immunité en matière d'amende	43
4. Effets limités aux informations fournies	45
II. Effets à l'égard des procédures nationales	46
1. Effets quant à l'applicabilité des articles 85 et 86 du traité	46
2. Application des législations nationales	50
<u>Section 2. Action de la victime d'une infraction aux règles des articles 85 et 86</u>	52
<u>§ 1. Articulation des actions privées communautaires et nationales</u>	53
I. Une pluralité de procédures utilisables	53

1. Procédure communautaire ou nationale ?	54
2. Procédure administrative ou judiciaire ?	56
II. Mécanismes destinés à réduire les risques de contrariété de décisions	58
III. Perspectives pour les actions privées	62
§ 2. La saisine par la victime d'une infraction	65
I. Forme et contenu de la plainte	65
1. Forme	65
2. Contenu de la plainte	66
II. L'entreprise plaignante doit faire valoir un intérêt légitime	67
III. Demande d'application des articles 85 et 86 dans les Etats membres.	69
1. Saisine des autorités nationales	69
2. Saisine des juridictions nationales	71
II. La difficile reconnaissance du droit à réparation de la victime	76
§ 3. Effets de la plainte	79
I. La Commission est elle liée par cette saisine ?	80
1. Absence du droit de réclamer une décision définitive	80
2. Droit d'être informé du résultat de sa plainte	83
II. Effets d'une plainte déposée dans les Etats membres	85
Chapitre II. LA DEFENSE DANS L'ENQUETE	88
Section 1. Les pouvoirs d'enquête de la commission	89
§ 1. Le pouvoir général d'enquête de la Commission	89
I. Le déclenchement de l'enquête	89
1. Le choix du moyen d'enquête	90
2. Conditions d'ouverture d'une enquête	92
II. Les entreprises pouvant faire l'objet d'une enquête	96
1. Les tiers	96
2. Les entreprises étrangères	97
§ 2. La teneur des pouvoirs d'enquête	105
I. Le pouvoir d'exiger des renseignements	106
1. Les enquêtes par secteur	106
2. La procédure de demande d'information	107
3. Pouvoirs de sanction en cas de fourniture de enseignements inexacts ou incomplets	112
II. Le pouvoir de vérifier les renseignements	115
1. Conditions préalables à une vérification	115
2. L'exercice des vérifications acceptées de l'entreprise	120
3. Pouvoirs de sanction et de contrainte en cas d'opposition de l'entreprise	128
4. Pouvoirs de requérir l'assistance des autorités compétentes des Etats membres.	128
Section 2. Droits de l'entreprise face aux pouvoirs de la Commission	132
§ 1. Des droits de la défense restreints	133

I. Inapplicabilité du droit d'être entendu	133
II. Unicité de la décision d'enquête	135
§ 2. Droits limitant les pouvoirs d'enquête de la Commission	138
I. Le droit à la protection de la confidentialité de la correspondance échangée avec l'avocat	139
1. Principe	140
2. Application	141
II. Droit à l'inviolabilité du domicile	144
1. Droit comparé et reconnaissance du principe en droit communautaire	145
2. Application du principe en droit communautaire	147
III. Droit de ne pas témoigner contre soi-même	149
1. Reconnaissance du principe	149
2. Portée du principe	155
<u>Chapitre III : LA PROCEDURE CONTRADICTOIRE</u>	158
<u>Section 1. L'ouverture de la procédure contradictoire</u>	158
<u>§ 1. Dans quels cas existe-t'il un droit d'audition des entreprises ?</u>	158
I. Le principe de la mise en oeuvre	158
II. Les cas non résolus en pratique	159
1. Les astreintes	160
2. La procédure contradictoire s'applique-t'elle aux mesures provisoires ?	161
<u>§ 2. L'engagement de la procédure</u>	164
I. Quand y a t'il engagement de la procédure ?	164
II. Effets de l'engagement de la procédure ?	166
<u>Section 2. La mise en oeuvre du droit d'être entendu</u>	167
<u>§ 1. La communication des griefs</u>	167
I. Nature de l'acte	168
II. Contenu de la communication des griefs	169
III. Effets de la communication des griefs	172
IV. Notification de la communication des griefs	174
<u>§ 2. Les mesures destinées à l'audition des tiers</u>	176
I. Publication des notifications ou demandes d'attestation négatives	177
II. Mesures d'informations individuelles	178
1. Information des tiers au titre de l'article 15 §1 du règlement 2367/90	179
2. Communication en vertu de l'article 6 du règlement 99/63	179
<u>Section 3. La divulgation des documents</u>	181
<u>§ I. L'accès au dossier de la Commission</u>	181
I. Droit d'être entendu sur certains éléments du dossier	182
1. Absence de règles écrites en matière d'ententes et de positions dominantes	182
2. Application jurisprudentielle	184
3. L'accès au dossier en matière de concentration	185
II. Les informations auxquelles les entreprises n'ont pas accès	186

1. Les documents internes de la Commission	186
2. Identité des informateurs	188
3. Avis du Comité consultatif	188
§ II. La protection des informations	193
I. Secret professionnel et secret d'affaires	193
II. Possibilité d'engager un recours autonome contre la décision de divulguer un document	198
III. Application	199
1. Application à l'égard des intéressés	200
2. Application à l'égard des tiers	202
IV. Faut-il renforcer les règles communautaires en matière de secret professionnel ?	203
Section 4. L'audition des entreprises	205
§ 1. Les observations écrites	206
I. Contenu	206
II. Délai pour présenter les observations écrites	209
§ 2. La procédure d'audition orale	212
I. Importance de l'audition orale	212
II. Droit des entreprises à l'audition orale	214
III. L'organisation de la procédure	215
1. Le rôle du Conseiller-rapporteur	216
2. Tenue d'une réunion préparatoire	217
3. Représentation à l'audition	219
IV. Déroulement de la procédure	220
1. Déposition des parties et les témoins	221
2. Questions posées	225
3. Procès-verbal d'audition	227
4. Clôture de l'audition orale	227
Conclusion du titre I	229
<u>TITRE II. LE REGLEMENT INDIVIDUEL DES AFFAIRES EN DROIT DE LA CONCURRENCE</u>	231
<u>Chapitre I. LES REGLES DU JEU DE LA CONCURRENCE</u>	232
<u>Section 1. La délimitation des règles communautaires de la concurrence</u>	233
§ 1. Agencement interne des règles de la concurrence	233
I. Rapports entre les articles 85 et 86 du traité	233
II. Le règlement 4064/89 sur les concentrations	235
1. Inadaptation des articles 85 et 86 au contrôle des concentrations	235
2. Le règlement 4064/89	238
3. Coordination avec les articles 85 et 86	239
§ 2. Les sujets sanctionnables	241
I. Les sujets du droit de la concurrence	241
1. Le concept d'entreprise communautaire	242
2. Les entreprises étrangères	245
II. Prescription des infractions commises	249

<u>§ 3. Le droit communautaire de la concurrence et les législations nationales</u>	252
I. Le critère d'une possible affectation du commerce entre Etats membres	252
1. Accentuation de l'affectation de la structure du marché .	252
2. Extension jurisprudentielle de la notion	255
II. Les seuils de contrôle du droit communautaire	257
1. Les seuils indicatifs de contrôle des articles 85 et 86 .	257
2. Les seuils fixés pour le contrôle des concentrations ...	259
<u>Section 2. Les ententes anticoncurrentielles</u>	262
<u>§ 1. Les ententes relevant de l'article 85</u>	263
I. Les accords au sens de l'article 85 du traité.	264
1. Forme de l'accord	264
2. La distinction avec les opérations de concentrations	265
II. Les décisions d'associations d'entreprises	268
III. Les pratiques concertées	270
1. Le problème de preuve de la pratique	270
2. Le cas particulier des oligopoles	271
<u>§ 2. Interdiction ou exonération de l'entente</u>	273
I. Le régime de l'article 85	274
1. L'interdiction du paragraphe 1	274
2. Possibilité d'exonération en vertu du paragraphe 3	279
II. Les méthodes d'appréciation	282
2. La théorie des restrictions accessoires	284
III. Faut-il envisager diversement les méthodes d'application de l'article 85 ?	287
<u>Section 3. La création, le renforcement et l'abus de position dominante</u>	291
<u>§ 1. La détention d'une position dominante</u>	292
I. Le concept de position dominante	292
1. La position dominante individuelle	292
2. Position dominante collective	297
II. Délimitation du marché pertinent	300
1. La délimitation matérielle du marché	300
2. L'assiette géographique du marché	303
<u>§ 2. Les infractions liées à la détention d'une position dominante</u>	305
I. L'exploitation abusive	305
1. Le concept d'abus	305
2. Cas d'exploitation abusive énumérés à l'article 86	309
II. La création et le renforcement d'une position dominante incompatible avec le Marché commun	312
1. Les critères communautaires	313
2. Méthodes d'appréciation	315
<u>Chapitre II. APPLICATION DES REGLES DU JEU PAR LA COMMISSION</u>	318
<u>Section 1. Règlement formel des affaires du droit de la concurrence</u>	318
<u>§ 1. Les décisions défavorables à l'entreprise</u>	318

I. La décision en cessation ou d'incompatibilité	319
1. Caractère déclaratif des décisions	319
2. Les injonctions	321
3. Le prononcé d'une astreinte	323
II. L'amende	326
1. Nature de l'amende	327
2. Prononcé de la sanction	332
3. Fixation du montant de l'amende	336
§ 2. Les décisions favorables à l'entreprise	343
I. L'attestation négative	344
II. L'exemption individuelle	346
1. La décision d'exemption	346
2. Effets de l'exemption	349
III. Les décisions de compatibilité	350
§ 3. Les mesures provisoires	352
I. La reconnaissance de la compétence de la Commission	352
1. Absence de dispositions écrites	352
2. Fondements de la compétence reconnue à la Commission	353
II. Typologie des mesures provisoires communautaires	357
1. Les mesures provisoires peuvent-elles être prises d'office par la Commission ?	358
2. Quels sont les liens de la mesure provisoire avec la décision au fond ?	359
III. Les mesures provisoires visant les concentrations	361
§ 4. Information des entreprises	362
I. Motivation des décisions de la Commission	362
II. Publicité des décisions de la Commission	364
1. Publication au Journal officiel	364
2. Déclarations publiques de la Commission	366
§ 5. Exécution des décisions communautaires	367
I. Modification et retrait des décisions de la Commission	367
1. Le retrait des décisions	368
2. La modification des décisions de la Commission	370
II. Paiement des sanctions pécuniaires	371
1. Délai de paiement	371
2. Monnaie de paiement	372
III. Exécution forcée des décisions	374
1. Délais d'exécution	375
2. Recouvrement forcé des sanctions pécuniaires	376
3. Exécution des injonctions	376
4. Exécution des décisions ordonnant une mesure provisoire	378

**Section 2. Le règlement amiable des affaires de la
concurrency** 380

§ 1. Les bases de la procédure informelle	380
I. Pourquoi négocier avec la Commission ?	381
1. Importance des négociations	381
2. Avantages de la procédure informelle	382
II. Comment négocier avec la Commission ?	384
1. Système de concessions réciproques	384
2. L'impact de la hiérarchie et de la politique	386

3. Négociations menées parallèlement à la procédure officielle	388
4. La situation des tiers plaignants lors des négociations..	389
§ 2. Classement informel sur engagement de l'entreprise	391
I. L'engagement adopté par l'entreprise	391
II. Valeur de la suspension de la procédure pour l'entreprise ..	393
§ 3. Les lettres administratives	394
I. La pratique des lettres de classement	395
II. Effets des lettres de classement	397
1. Effets à l'égard de la Commission	397
2. Effets à l'égard des autorités nationales	398
III. La nature des lettres de classement	400
IV. Le constat d'insécurité juridique et les mesures proposées .	404
 Conclusion du titre II	 407
 <u>TITRE III. LE CONTROLE JUDICIAIRE</u>	 409
 <u>Chapitre I. L'ACCESSIBILITE DU CONTROLE JUDICIAIRE</u>	 410
 <u>Section 1. Conditions de recevabilité du recours en annulation</u>	 411
<u>§ 1. Délais de recours</u>	412
<u>§ 2. Les actes susceptibles de recours</u>	413
I. Le recours contre les décisions prises sous la forme d'un règlement.	413
1. Le choix communautaire	413
2. L'exception d'illégalité	416
II. Le recours contre les actes de procédure	417
1. Les critères jurisprudentiels	418
2. Les actes susceptibles de recours en annulation	419
3. Les actes insusceptibles de recours	420
<u>§ 2. Les requérants admis à agir</u>	425
I. Conditions générales	425
II. Les entreprises non-destinataires de la décision	426
1. L'évolution jurisprudentielle	426
2. Un résultat incertain	430
 <u>Section 2. Conditions de recevabilité du recours en carence</u>	 432
<u>§ 1. Saisine de la Commission</u>	432
<u>§ 2. La constitution de la carence</u>	435
I. Le défaut de prise de position ou d'adresser un acte autre qu'un avis ou une recommandation	436
II. La carence doit constituer une violation du traité	439
III. Le requérant doit être le destinataire potentiel de l'acte	440
 <u>Chapitre II. L'EXERCICE DU CONTROLE JUDICIAIRE</u>	 445
 <u>Section 1. Le contrôle de la légalité des décisions de la Commission</u>	 445
<u>§ 1. Les moyens tirés de la violation des règles écrites</u>	446
I. Le contrôle des règles de compétence	446

II. Le contrôle du respect des formes substantielles	447
III. La violation du traité ou de toute autre règle relative à son application	451
IV. Le détournement de pouvoir	452
V. Le contrôle de l'"inertie" de la Commission	453
§ 2. Les moyens tirés de la violation des règles non écrites	455
I. Le contrôle du respect des principes généraux du droit	455
1. Le respect des droits de la défense	457
2. Le principe de non-discrimination	459
3. Le principe de proportionnalité	461
4. L'exigence de sécurité juridique	462
II. La règle de l'équité	465
III. La violation des normes jurisprudentielles constitue-t-elle un moyen autonome de recours ?	469
§ 3. La portée du contrôle judiciaire	473
I. La portée du contrôle de la légalité	473
1. Les données du problème	474
2. Le juge communautaire exerce un contrôle minimum	476
II. Le contrôle de pleine juridiction des sanctions pécuniaires.	479

Section 2. Interprétation et hiérarchie des normes de la concurrence

§ 1. Interprétation des règles de la concurrence	480
I. Les méthodes d'interprétation	481
II. Evaluation du choix des méthodes d'interprétation	485
1. Les différentes critiques formulées en doctrine	485
2. Apports de la jurisprudence communautaire	489
III. Demandes préjudicielles prévues à l'article 177 du traité	491
§ 2. Résolution des conflits dans la hiérarchie des normes .	496
I. Conflit du droit et de la matière économique : Faut-il codifier le droit de la concurrence ?	497
II. Le conflit entre les exigences de l'efficacité économique et les valeurs extra-juridiques	500
1. Les conflits internes	500
2. Les conflits externes	502

Chapitre III. L'EFFICACITE DU CONTROLE JUDICIAIRE

Section 1. La procédure communautaire est-elle à la portée des entreprises ?

§ 1. L'organisation de la procédure	505
I. Le partage des compétences entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance	506
II. Recours contre les arrêts du Tribunal	508
III. Possibilité d'intervention d'un tiers à la procédure	510
§ 2. Coût de la procédure	512
I. Les frais de procédure	513
II. Règlement des dépens	515

Section 2. Connaissance de la procédure de contrôle

§ 1. Motivation des décisions de justice	520
---	------------

<u>§ 2. Publicité des procédures et des décisions judiciaires.....</u>	521
Section 3. Efficacité des décisions judiciaires	522
<u>§ 1. Durée des procédures et moyens envisagés pour l'écourter .</u>	523
<u>§ 2. Le sursis à exécution et autres mesures provisoires</u>	526
I. Objet des mesures provisoires et compétence du juge	527
II. Conditions de forme	528
III. Conditions de fond	531
1. Moyens de fait	532
2. Moyens de droit et liens avec la décision au fond	534
<u>§ 3. Portée des décisions judiciaires communautaires</u>	538
I. Portée des décisions préjudicielles	538
II. Portée d'un arrêt annulant une décision de la Commission....	540
1. La nullité de l'acte illégal	541
2. Conséquence de l'annulation ou de la constatation de la carence	542
3. Exécution des arrêts communautaires	543
Section 4. L'indemnisation des dommages causés par la Commission	546
<u>§ 1. Autonomie du recours en responsabilité</u>	546
I. Autonomie en droit communautaire	546
II. Rapports avec les procédures nationales	548
<u>§ 2. Conditions d'existence de la responsabilité</u>	549
I. Le droit communautaire admet-il le concept de responsabilité pour risque ?	550
II. La faute administrative	551
1. Activité normative	552
2. Décisions individuelles	553
III. Le préjudice réparable	556
1. Imputabilité du préjudice	557
2. Type de préjudice indemnisable	558
<u>§ 3. Mise en oeuvre de la responsabilité</u>	558
 Conclusion du titre III	 560
 Conclusion générale	 561
 Bibliographie	 564
 Index	 589
 Table des matières	 601
 Annexe A Tableau de jurisprudence	
B Affaires traitées par la Commission	
C Affaires traitées par la C.J.C.E.	
D Articles 85 et 86 du Traité CEE	
E Règlement du Conseil n°17/62	
F Règlement de la Commission n°99/63	
G Règlement du Conseil n°4064/89	
H Règlement de la Commission n°2367/90	

Annexe A : Table alphabétique des arrêts et des ordonnances communautaires cités

AFFAIRE		PUBLICATION AU RECUEIL		
Intitulé	N°	Date	Année	Page
ACF Chimiefarma	41/69	15.07.1970	1970	661
ACNA	57/69	14.07.1972	1972	933
AEG Telefunken	107/82R	06.05.1982	1982	155
AEG Telefunken	107/82	25.10.183	1983	3151
Ahmed Saeed	66/86	11.04.1989	1989	838
AKZO	62/86R	30.04.1986	1986	1503
AKZO	53/85	24.06.1986	1986	2607
AKZO	5/85	23.09.1986	1986	2585
AKZO	C-62/86	03.07.1991	non rep.	
Algera et autres c. Ass. Com.	7/56 et 3 à 7/57	12.07.1957	III	8181
Alsatel - Novasam	247/86	05.10.1988	1988	5987
AM &S	155/79	18.05.1982	1982	1579
Anne Marty	37/79	10.07.1980	1980	2481
ANCIDES	43/85	09.07.1987	1987	3151
ANTIB	272/85	20.05.1987	1987	2218
ASSIDER c. Hte Aut.	3/54	11.02.1955	I	127
Automec	T-64/89	10.07.1990	non rep.	
Balkan-Import-Export	118/76	28.06.1977	1977	1197
BAT	35/83	30.01.1985	1985	363
BAT et Reynolds	24/87	17.11.1987	1987	4566
Bayer A.G.	T-12/90	29.05.1991	non rep.	
Bilger c. Jehle	43/69	18.03.1970	1970	127
Binon c. Agences et messageries de la Presse	243/83	03.07.1985	1985	2015
Biovilac	59/83	06.12.1984	1984	4057
BMW Belgium	32/73 et 36 à 82/78	12.07.1979	1979	2435
BNIT - Aubert	136/86	03.12.1987	1987	4789
Bock	62/70	23.11.1971	1971	897
Boehringer	7/72	14.12.1972	1972	1281
Bossi	346/87	14.02.1989	1989	303
BRT-Sabam	127/73	30.01.1974	1974	51
Buchler	44/69	15.07.1970	1970	733
Buitoni	122/78	20.02.1979	1979	677
Bureau interprofessionnel du Cognac	123/83	30.01.1985	1985	391
British Broadcasting Corporation & BBC Enterprises Ltd	T-70/89	10.07.1991	non rep.	
Camera Care Ltd	792/79R	17.01.1980	1980	119
Centrafarm BV	3/78	10.10.1978	1978	1823
Chevalley	15/70	18.11.1970	1970	979

CICCE	298/83	28.03.1985	1985	1105
CILFIT c. Ministère de la Santé italien	283/81	06.10.1982	1982	3415
Ciments et bétons	319/82	14.12.1983	1983	4173
Coditel	262/81	06.10.1982	1982	3381
Cofaz	169/84	28.01.1986	1986	391
Compagnie industrielle et agricole du Comte de Loheac c. Cons. et Com.	54 à 60/76	31.03.1977	1977	645
Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes	16 et 17/62	12.12.1962	1962	918
Continental Can	6/72R	21.03.1972	1972	157
Continental Can	6/72	21.2.1973	1973	215
Consorzio Cooperative d'Abruzzo	15/85	26.02.1987	1987	1005
Costa c. E.N.E.L.	6/64	15.07.1964	1964	1141
De Bloos c. Bouyer	59/77	14.12.1977	1977	2359
De Geus c. Bosch et Van Ryn	13/61	06.04.1962	1962	89
Delimitis-Henniger	C-234/89	28.02.1991	non rep.	
Demostudio Schmidt	210/81	11.10.1983	1983	3045
Deutscher kompristenverband	8/71	13.07.1971	1971	705
Deutschgrammophon	78/70	08.06.1971	1971	487
Distillers Company Ltd	30/78	10.07.1980	1980	2229
Dow Benelux	85/87	17.10.1989	1989	3150
Dow Chemical Ibérica	97 à 99/87	17.10.1989	1989	3181
Dow Chemical Nederland	85/87R	28.10.1987	1987	4367
Durbeck c. Hauptproblamt	112/80	05.05.1981	1981	1095
Eisele	258/78	08.06.1982	1982	2015
Eldi Records	106/79	20.03.1980	1980	1137
Entreprises de Pâtes de bois (Ahlstrom)	89/85	27.09.1988	1988	5223
Eridania	10 et 18/68	10.12.1969	1969	459
Eridania c. Ministère de l'Agriculture et des Forêts	230/78	27.02.1979	1979	2479
Farbenfabriken Bayer	14/68	13.02.1969	1969	1
Fédération charbonnière de Belgique	8/55	16.07.1956	II	225
Fedetab	209 à 215-218/78	29.10.1980	1980	3125
Fediol	191/82	05.10.1983	1983	2913
Firma Gebruder Dietz	126/76	21.06.1979	1979	2131
Foglio c. Novelo	104/79	11.03.1980	1980	745
Fonderies Roubaix-Wattrelos	63/75	03.02.1976	1976	111
Ford of Europe et Ford Werke AG	228-229/82R	29.10.1982	1982	3091
Ford of Europe et Ford Werke AG	228 et 229/82	28.02.1984	1984	1129
Ford Werke AG et Ford of Europe	25-26/84	17.09.1985	1985	2725
Forges de Thy-Marcinelle	26 et 86/79	18.03.1980	1980	1083
Foto-Frost HZA Lubeck-Ost	314/85	22.10.1987	1987	4225
Frubo	71-74	15.05.1975	1975	563
General Motors	26/75	13.11.1975	1975	1367

Générale Sucrière	40 à 48, 50, 54 à 56, 11 et 114/73	16.12.1975	1975	1929
GB Inno BM	13/77	16.11.1977	1977	2115
Gema	125/78	18.10.1979	1979	3173
GMC	26/75	13.11.1975	1975	1367
Consten-Grundig	56-58/64	16.06.1966	1966	429
Guerlain SA	253/78 et 1 à 3/79	10.07.1980	1980	2327
GVL	7/82	02.03.1983	1983	483
Haecht (Brasserie de)	23/67	12.12.1967	1967	525
Haecht II (Brasserie de)	48/72	06.02.1973	1973	77
Hasselblad	86/82R	07.05.1982	1982	1555
Hasselblad	86/82	21.02.1984	1984	883
H.N.L. c. Cons. et Com.	83, 94/76, 4, 15 et 40/77	25.05.1978	1978	1209
Hoechst	46/87R	26.03.1987	1987	1540
Hoechst	46/87	21.09.1989	1989	2919
Hoffmann-La Roche	107/76	24.05.1977	1977	957
Hoffmann-La Roche - Centrafarm	102/77	23.05.1978	1978	1139
Hoffmann-La Roche	85/76	13.02.1979	1979	461
Hugin	22/78	31.05.1979	1979	461
IAZ	110/82	08.11.1983	1983	3369
IBM	60-190/81R	07.07.1981	1981	1857
IBM	60/81	11.11.1981	1981	2639
ICI	48/69	14.07.1972	1972	655
ICI-CSC	6-7/73	06.03.1974	1974	223
IFG	68/77	14.02.1978	1978	353
Internationale Handelgesellschaft	11/70	17.12.1970	1970	1125
Italie c. Cons. et Com.	32/65	13.07.1966	1966	563
Johnson	22/84	15.5.1986	1986	1651
Kali ind Satz	19-20/74	14.05.1975	1975	223
Kampffmeyer	5, 7, 13 et 24/66	14.07.1967	1967	317
Klockner	17-20/61	13.07.1962	1962	617
Kompristenverband	8/71	13.07.1971	1971	705
Konecke	44/75R	28.05.1975	1975	637
Les Verts c. Parlement	190/88	25.02.1988	1988	1097
L'OREAL c. De Nieuwe	31/80	11.11.1980	1980	3775
Lancôme	99/79	10.07.1980	1980	2511
Lord Bethell	246/81	10.6.1982	1982	2277
LTM-MBU	56/65	30.06.1966	1966	337
Ludwigshafener Walzmühle Erlenz	197, 200, 243, 245, 247	08.04.1981	1981	1041
Lutticke III	4/69	28.4.1971	1971	362
Makprang	15/71	28.10.1971	1971	797

Matières colorantes	54/89	14.07.1972	1972	619
Metro Saba	26/76R	23.07.1976	1976	1353
Metro Saba I	26/76	25.10.1977	1977	1975
Metro Saba II	75/84	22.10.1986	1986	3021
Merkur	97/76	08.06.1977	1977	1963
Michelin	322/81	09.11.1983	1983	3461
Miller International	19/77	01.02.1978	1978	131
Mme E.Barge c. Hte Aut.	18/62	16.12.1963	1963	528
Molitoria et autres c. Cons.	30/67	13.03.1968	1968	172
Musique Diffusion Française	100 à 103/80	07.06.1983	1983	1825
National Carbonising	109/75R	22.10.1975	1975	1193
National Panasonic	136/79	26.06.1980	1980	2033
Neumann c. Balm	299/84	14.11.1985	1985	3663
Nold	4/73	14.05.1974	1974	491
Nordgetreide	42/71	08.03.1972	1972	105
Nordsee	102/81	23.03.1982	1982	1095
N.O.S.	260/82R	14.12.1982	1982	4371
Nouvelles Frontières	209 à 213/84	30.04.1986	1986	1425
N.T.N. Toyo Bearing c. Cons.	113/77R	14.10.1977	1977	1721
N.T.N. Toyo Bearing c. Cons.	113/77	29.03.1979	1979	1185
Nungesser K.G.	258/78	08.06.1982	1982	2015
Orkem	374/87	18.10.1989	1989	3343
Papiers peints de Belgique	73/74	26.11.1974	1974	1491
Parfums Marcel Rochas	1/70	30.06.1970	1970	515
Parke Davis	24/67	29.02.1968	1968	81
Parlement européen c. Cons.	13/83	22.05.1985	1985	1513
Parlement européen c. Cons.	C-70/88	22.05.1990	1990	2041
Peugeot S.A.	T-23/90	12.07.1991	non rep.	
Philipp Morris	730/79	17.09.1980	1980	2671
Plaumann	25/62	15.07.1963	1963	197
Portelange c. Smith Corona	10/69	09.07.1969	1969	316
Pronuptia	161/84	26.01.1986	1986	353
Queen c. Factortame Ltd	C.213/89	19.06.1990	1990	2466
Remia	42/84	11.07.1985	1985	2566
République française c. Com.	C-366/88	09.10.1990	1990	3595
Royaume des Pays-Bas c. Com.	59/70	06.07.1971	1971	639
Ruckeschel	117/76 et 16/77	19.10.1977	1977	1753
Sabam Fonior	127/73	27.04.1974	1974	313
Salonia	126/80	16.06.1981	1981	1563
Salumi	126 à 128/79	27.03.1980	1980	1237
SAMAD-SAFCO	C-49/88	27.06.1991	non rep.	
San Michele	5 à 11, 13/ à 15/62	14.12.1962	1962	859

Sayab	9/69	10.07.1969	1969	329
Schroeder c. R.F.A.	40/72	07.02.1973	1973	125
Secteur du ciment	8-11/66 et 11/66	15.03.1967	1967	93
Simmenthal	106/77	09.03.1978	1978	629
Simmenthal	92/78	06.03.1979	1979	777
Simon	15/60	01.06.1961	1961	223
Sirena	40/70	18.02.1971	1971	69
SNUPAJ	42/49	22.03.1961	1961	80
Société Roquette frères c. Etat français	145/79	15.10.1980	1980	2917
Solvay	27/88	18.10.1989	1989	3355
Stanley George Adams	145/83 et 63/84	07.11.1985	1985	3539
Stauder	22/69	12.11.1969	1969	419
Stüching Sigarettenindustrie	240 à 242, 261, 262, 268-269/82	10.12.1985	1985	3861
Tepea BV	28/77	20.06.1978	1978	1391
Tetra Pak	T-51/89	10.07.1990	1990	347
Timex Corporation	264/82	20.03.1985	1985	849
Transocean Marine Paint Association	17/74	23.10.1974	1974	1031
United Brands	27/76	14.02.1978	1978	207
Vaassen Gobbels	61/65	30.06.1966	1966	377
Valsabbia	154, 205, 206, 226 à 228, 263, 264/78, 39, 83 et 85/79	18.03.1980	1980	907
Van Gend & Loos	26/62	05.02.1963	1963	8
Verbank der Sachversichereren	45/85	27.01.1987	1987	447
VBVB et VBVB	43-63/82R	31.03.1982	1982	1241
VBVB et VBVB	43-63/82	17.01.1984	1984	19
VCH	8/72	17.10.1972	1972	977
Walt Wilhem c. Bundeskartellamt	14/68	13.11.1969	1969	1
Waterkeyn	314 à 316/81 et 83/82	14.12.1982	1982	4337
Windsurfing International	193/83	25.02.1986	1986	643
Zuchner	172/80	14.07.1981	1981	2021
Zuckerfabrik c. Cons.	5/71	02.12.1971	1971	975

Annexe B**Tableau 1 : Affaires nouvelles devant la Commission**

Année	Total général	Notifications ou demandes	Plaintes enregistrées	Procédures engagées d'office
1981	293	185	45	63
1982	322	256	49	17
1983	296	228	56	12
1984	299	195	76	28
1985	304	213	66	25
1986	492	384*	75	33
1987	313	190	93	30
1988	503	376	83	44
1989	366	206	93	67
1990	475	201	97	77

* Entrée du Portugal et de l'Espagne dans la CEE

Tableau 2 : Affaires en instance devant la Commission

Année	Total général	Notifications ou demandes	Plaintes enregistrées	Procédures engagées d'office
1980	4.203	3.775	233	195
1981	4.365	3.882	250	233
1982	4.199	3.715	259	255
1983	4.138	3.654	283	201
1984	4.194	3.708	314	172
1985	3.313	2.878	296	139
1986	3.522	3.032	330	160
1987	3.427	2.919	344	166
1988	3.451	2.909	357	185
1989	3.239	2.669	359	211
1990	2.734	2.145	345	244

Annexe B

Tableau 3 : Règlement des affaires par la Commission

Année	Décisions d'application des art. 85 et 86	Rejets de plainte	Lettres de classement	Classements sans suite
1980	9	-	-	183
1981	11	-	-	121
1982	9	-	-	479
1983	16	-	-	343
1984	20	3	3	211
1985	15	0	2	1185*
1986	21	2	74	283
1987	16	1	57	334
1988	25	0	36	419
1989	15	5	46	382
1990	9	3	158	710

* Règlement d'exemptions par catégorie

Annexe C

Tableau 1 : Affaires devant la C.J.C.E.

Année	Total des affaires introduites	Recours directs nouveaux	Recours préjudiciels nouveaux	Affaires en cours
1980	279	180	99	-
1981	323	214	109	203
1982	345	216	129	264
1983	297	199	98	308
1984	312	183	129	366
1985	433	294	139	435
1986	329	238	91	592
1987	395	251	144	618
1988	373	194	179	605
1989	385	188	139	501*

* 153 affaires renvoyées devant le T.P.I. par ordonnance du Président de la C.J.C.E.

Tableau 2 : Arrêts rendus par la Cour de justice

Année	Total des arrêts	Arrêts rendus en Chambre simple	Arrêts rendus en Chambre plénière	Ordonnances de référé
1980	132	69	63	12
1981	128	55	73	8
1982	185	83	102	19
1983	151	51	100	14
1984	165	54	111	15
1985	211	73	138	17
1986	174	N.C.	N.C.	22
1987	208	N.C.	N.C.	19
1988	238	123	115	17
1989	188	116	72	20

Annexe C

Tableau 3 : Durée moyenne des procédures devant la C.J.C.E.

Année	Recours directs (en mois)	Recours indirects (en mois)
1980	18	9
1981	12	12
1982	13	12
1983	14	12
1984	17	14
1985	20	14
1986	20	15
1987	22	18
1988	23	18
1989	23	17

Source : Publications de la C.J.C.E. "Aperçu des travaux de la C.J.C.E."

Article 85

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 86

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

LE CONSEIL

RÈGLEMENTS

RÈGLEMENT N° 17

Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité

LE CONSEIL DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE,

vu les dispositions de traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 87,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social,

vu l'avis de l'Assemblée parlementaire européenne,

considérant qu'il y a lieu, pour établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, de pourvoir à l'application équilibrée des articles 85 et 86 d'une manière uniforme dans les États membres;

considérant que les modalités d'application de l'article 86, paragraphe 2, doivent être déterminées en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif;

considérant qu'il apparaît nécessaire en conséquence de soumettre, en principe, les entreprises désirant se prévaloir des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, à l'obligation de notifier à la Commission leurs accords, décisions et pratiques concertées;

considérant toutefois, d'une part, que ces accords, décisions et pratiques concertées sont vraisemblablement très nombreux et ne pourront donc pas être examinés simultanément et, d'autre part, que certains d'entre eux revêtent des caractères particuliers qui peuvent les rendre moins dangereux pour le développement du marché commun;

considérant qu'il y a lieu, par conséquent, de prévoir provisoirement pour certaines catégories d'accords, décisions et pratiques concertées, sans préjudice leur validité au regard de l'article 86, un régime plus souple;

considérant, d'autre part, que les entreprises peuvent avoir intérêt à savoir si des accords, décisions ou pratiques concertées elles participent, ou envisagent de participer, sont susceptibles de donner lieu à l'intervention de la Commission en vertu de l'article 86, paragraphe 1, ou de l'article 86;

considérant qu'en vue d'assurer une application uniforme dans le marché commun des dispositions des articles 85 et 86, il est nécessaire de fixer les règles suivant lesquelles la Commission, agissant en étroite et constante liaison avec les autorités compétentes des États membres, pourra prendre les mesures nécessaires à l'application des articles 85 et 86;

considérant qu'à cet effet la Commission doit obtenir le concours des autorités compétentes des États membres et disposer, en outre, dans toute l'étendue du marché commun, de pouvoir d'enquêter les renseignements et de procéder aux vérifications qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 86, paragraphe 1, ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 86;

considérant qu'enfin d'accomplir sa mission de veiller à l'application des dispositions du traité la Commission doit être habilitée à adresser aux entreprises ou aux associations d'entreprises des recommandations et des décisions tendant à faire cesser les infractions aux articles 85 et 86;

considérant que le respect des articles 85 et 86 et l'exécution des obligations imposées aux entreprises et aux associations d'entreprises en application du présent règlement doivent pouvoir être assurés au moyen d'amendes et d'astreintes;

considérant qu'il convient de consacrer le droit des entreprises intéressées d'être entendues par la Commission, de donner aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés par une décision l'occasion de faire valoir au préalable leurs observations, ainsi que d'assurer une large publicité des décisions prises;

considérant que toutes les décisions prises par la Commission en application du présent règlement sont soumises au contrôle de la Cour de justice dans les conditions définies par le traité et qu'il convient en outre d'attribuer à la Cour de justice, en application de l'article 172, une compétence à pleine juridiction en ce qui concerne les décisions par lesquelles la Commission inflige des amendes ou des astreintes;

considérant que le présent règlement peut entrer en vigueur sans préjudice d'autres dispositions qui pourraient être ultérieurement arrêtées en vertu de l'article 87;

A ARRÊTE LE PRÉSENT RÈGLEMENT :

Article premier

Dispositions de principe

Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 86, paragraphe 1, du traité et l'exploitation abusive d'une position dominante par le marché au sens de l'article 86 du traité sont interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des dispositions des articles 6, 7 et 23 du présent règlement.

Article 2

Atteintes mineures

La Commission peut constater, sur demande des entreprises et associations d'entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction

des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 86, paragraphe 1, ou de l'article 86 du traité.

Article 3

Champ d'application des infractions

1. Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 86 ou de l'article 86 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.

2. Sont habilités à présenter une demande à cet effet :

a) les États membres,

b) les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime.

3. Sans préjudice des autres dispositions du présent règlement, la Commission peut, avant de prendre la décision visée au paragraphe 1, adresser aux entreprises et associations d'entreprises intéressées des recommandations visant à faire cesser l'infraction.

Article 4

Notifications des accords, décisions et pratiques

1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité, intervenus après l'entrée en vigueur du présent règlement et en faveur desquels les intéressés désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85, paragraphe 2, doivent être notifiés à la Commission. Aussi longtemps qu'ils n'ont pas été notifiés, une décision d'application de l'article 85, paragraphe 2, ne peut être rendue.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux accords, décisions et pratiques concertées, lorsque :

a) N'y participent que des entreprises ressortissant à un seul Etat membre et que ces accords, décisions ou pratiques ne concernent ni l'importation ni l'exportation entre Etats membres; b) N'y participent que deux entreprises et que ces accords ont seulement pour effet :

a) de restreindre la liberté de formation des prix ou conditions de transaction d'une partie au contrat hors de la revenue de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat, ou

b) d'imposer à l'acquiescer ou à l'acquiescer de droits de propriété industrielle — notamment de brevets, modèles d'utilité, dessins et modèles ou marques — ou au bénéficiaire de contrats comportant omission ou concession de procédés de fabrication ou de connaissances relatives à l'utilisation et à l'application de techniques industrielles, des limitations dans l'exercice de ces droits.

3) Ils ont seulement pour objet :

a) l'élaboration ou l'application uniforme de normes et de types,

b) la recherche ou comme moyen d'amélioration techniques, si le résultat en est accessible à tous les participants et que chacun d'eux puisse l'exploiter.

Ces accords, décisions et pratiques peuvent être notifiés à la Commission.

Article 5

Notifications des accords, décisions et pratiques existants

1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité, existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et en faveur desquels les intéressés désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85, paragraphe 2, doivent être notifiés à la Commission avant le 1^{er} août 1962.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable si ces accords, décisions et pratiques concertées appartiennent aux catégories visées à l'article 4, paragraphe 2; ils peuvent être notifiés à la Commission.

Article 6

Décisions d'application de l'article 85, paragraphes 2

1. Lorsque la Commission rend une décision d'application de l'article 85, paragraphe 2, du traité, elle indique la date à partir de laquelle sa décision prend effet. Cette date ne saurait être antérieure au jour de la notification.

2. La deuxième phrase du paragraphe 1 n'est pas applicable aux accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 6, paragraphe 2, ni à ceux visés à l'article 6, paragraphe 1, et qui ont été notifiés dans le délai prévu par cette dernière disposition.

Article 7

Dispositions particulières pour les accords, décisions et pratiques existants

1. Si des accords, décisions et pratiques concertées existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et notifiés avant le 1^{er} août 1962 ne remplissent pas les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 2, du traité, et que les entreprises et associations d'entreprises intéressées y ont tenté en ou les modifient de telle sorte qu'ils ne tombent plus sous l'interdiction édictée par l'article 85, paragraphe 1, ou qu'ils remplissent les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 2, l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, ne s'applique que pour la période fixée par la Commission. Une décision de la Commission en application de la phrase précédente ne peut être

opposée aux entreprises et associations d'entreprises qui n'ont pas donné leur accord exprès à la notification.

2. Le paragraphe 1 est applicable aux accords, décisions et pratiques concertées existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et qui entrent dans les catégories visées à l'article 6, paragraphe 2, s'ils ont été notifiés avant le 1^{er} janvier 1964.

Article 8

Durée de validité et révocation des décisions d'application de l'article 85, paragraphe 2

1. La décision d'application de l'article 85, paragraphe 2, du traité est accordée pour une durée déterminée et peut être assortie de conditions et de charges.

2. La décision peut être renouvelée sur demande si les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 2, du traité continuent d'être remplies.

3. La Commission peut révoquer ou modifier sa décision ou interdire des actes déterminés aux intérêts :

a) si la situation de fait se modifie à l'égard d'un élément essentiel à la décision,

b) si les intérêts contrevenant à une charge dont la décision a été assortie,

c) si la décision repose sur des indications inexactes ou a été obtenue frauduleusement, ou

d) si les intérêts abusent de l'exemption des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité qui leur a été accordée par la décision.

Dans les cas visés aux alinéas b), c) et d), la décision peut aussi être révoquée avec effet rétroactif.

Article 9

Compétences

1. Sous réserve du contrôle de la décision par la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 85, paragraphe 2, du traité.

2. La Commission est compétente pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 85 du traité, même si les délais prévus à l'article 4, paragraphe 1, et à l'article 7, para-

graphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés.

3. Avant longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 85 conformément à l'article 85 du traité, même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés.

Article 10

Mêmes avec les autorités des Etats membres

1. La Commission transmet sans délai aux autorités compétentes des Etats membres copie des demandes et des notifications ainsi que des pièces les plus importantes qui lui sont adressées en vue de la constatation d'infractions aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 85 du traité, de l'octroi d'une attestation négative ou d'une décision d'application de l'article 85, paragraphe 2.

2. Elle mène les procédures visées au paragraphe 1 en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des Etats membres, qui sont habilitées à formuler toutes observations sur ces procédures.

3. Un Comité consultatif en matière d'ententes et de pratiques concertées est constitué préalablement à toute décision concertative à une procédure visée au paragraphe 1 et à toute décision concernant le renouvellement, la modification ou la révocation d'une décision prise en application de l'article 85, paragraphe 2, du traité.

4. Le Comité consultatif est composé de fonctionnaires compétents en matière d'ententes et de pratiques concertées. Chaque Etat membre désigne un fonctionnaire qui le représente et qui peut être remplacé en cas d'empêchement par un autre fonctionnaire.

5. La consultation a lieu au cours d'une réunion commencent par l'invitation de la Commission et se poursuit au moins deux jours après l'envoi de la consultation. A cette-ci seront annexés un exposé de l'affaire avec indication des pièces les plus importantes et un avant-projet de décision pour chaque cas à examiner.

6. Le Comité consultatif peut assister en avis, même si des membres sont absents et n'est pas élu représentatif. Le résultat de la consultation fait l'objet d'un compte rendu écrit qui sera joint au projet de décision. Il n'est pas rendu public.

Article 11

Demande de renseignements

1. Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par l'article 98 et par les prescriptions arrêtées en application de l'article 97 du traité, la Commission peut recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des gouvernements et des autorités compétentes des États membres, ainsi que des entreprises et associations d'entreprises.

2. Lorsque la Commission adresse une demande de renseignements à une entreprise ou association d'entreprises, elle adresse simultanément une copie de cette demande à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises.

3. Dans sa demande, la Commission indique les bases juridiques et le but de sa demande, ainsi que les sanctions prévues à l'article 16, paragraphe 1, alinéa b), du présent règlement ou en cas où un renseignement inexact serait fourni.

4. Sont tenus de fournir les renseignements demandés, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés et d'associations, à moins que la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts.

5. Si une entreprise ou association d'entreprises ne fournit pas les renseignements requis dans le délai imparti par la Commission ou les fournit de façon incomplète, la Commission les demande par voie de décision. Cette décision précise les renseignements demandés, fixe un délai approprié dans lequel les renseignements doivent être fournis et indique les sanctions prévues à l'article 16, paragraphe 1, alinéa b), et à l'article 16, paragraphe 1, alinéa c), ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

6. La Commission adresse simultanément copie de sa décision à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises.

Article 12

Enquêtes par secteurs économiques

1. Si dans un secteur économique l'évolution des échanges entre États membres, les fluctuations de prix, la rigidité des prix ou d'autres circonstances

font présumer que, dans le secteur économique considéré, la concurrence est restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut décider de procéder à une enquête générale et, dans le cadre de cette dernière, demander aux entreprises de ce secteur économique les renseignements nécessaires à l'application des principes figurant aux articles 95 et 96 du traité et à l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées.

2. La Commission peut notamment demander à toutes les entreprises et groupes d'entreprises du secteur considéré de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées dispensés de la notification en vertu de l'article 4, paragraphe 2, et de l'article 8, paragraphe 2.

3. Lorsque la Commission procède aux enquêtes prévues au paragraphe 2 ci-dessus, elle demande également aux entreprises et aux groupes d'entreprises, dont la dimension donne à présumer qu'ils occupent une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, la déclaration des éléments relatifs à la structure des entreprises et à leur comportement, nécessaires pour apprécier leur situation au regard des dispositions de l'article 96 du traité.

4. Les dispositions de l'article 10, paragraphes 3 à 6, et des articles 11, 13 et 14 sont applicables par analogie.

Article 13

Vérifications par les autorités des États membres

1. Sur demande de la Commission, les autorités compétentes des États membres procèdent aux vérifications que la Commission juge indispensables au titre de l'article 14, paragraphe 1, ou qu'elle a ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 2. Les agents des autorités compétentes des États membres chargés de procéder aux vérifications exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit délivré par l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée. Ce mandat indique l'objet et le but de la vérification.

2. Les agents de la Commission peuvent, sur sa demande ou sur celle de l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée, prêter assistance aux agents de cette autorité dans l'accomplissement de leurs tâches.

Article 14

Pouvoirs de la Commission en matière de vérifications

1. Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par l'article 98 et par les prescriptions arrêtées en application de l'article 97 du traité, la Commission peut procéder à toutes les vérifications nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises.

A cet effet, les agents mandatés par la Commission sont investis des pouvoirs ci-après :

a) contrôler les livres et autres documents professionnels;

b) prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels;

c) demander sur place des explications orales;

d) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises.

2. Les agents mandatés par la Commission pour ces vérifications exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de la vérification, ainsi que la sanction prévue à l'article 16, paragraphe 1, alinéa c), du présent règlement en cas où les livres ou autres documents professionnels requis seraient présentés de façon incomplète. La Commission agit, en temps utile avant la vérification, l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée de la mission de vérification et de l'identité des agents mandatés.

3. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux vérifications que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de la vérification, fixe la date à laquelle elle commence, et indique les sanctions prévues à l'article 16, paragraphes 1, alinéa c), et à l'article 16, paragraphe 1, alinéa d), ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

4. La Commission prend les décisions visées au paragraphe 3 après avoir entendu l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée.

5. Les agents de l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée peuvent, sur la demande de cette autorité ou sur celle de la Commission, prêter

assistance aux agents de la Commission dans l'accomplissement de leurs tâches.

6. Lorsque une entreprise s'oppose à une vérification ordonnée en vertu du présent article, l'État membre intéressé prête ses agents mandatés par la Commission l'assistance nécessaire pour leur permettre d'exécuter leur mission de vérification. A cette fin, les États membres prennent, avant le 1^{er} octobre 1962 et après consultation de la Commission, les mesures nécessaires.

Article 15

Amendes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant de cent à cinq mille unités de compte lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

a) elles donnent des indications inexactes ou dénatées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 9 ou d'une notification en application des articles 4 et 8,

b) elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 11, paragraphe 3 ou 6, ou de l'article 12, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 11, paragraphe 5, ou

c) elles présentent de façon incomplète, lors des vérifications effectuées au titre de l'article 13 ou de l'article 14, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 3.

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de mille unités de compte au moins et d'un million d'unités de compte au plus, ou d'autre montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice fiscal précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction, lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 96, paragraphe 1, ou de l'article 96 de traité, ou

b) elles contraignent à une charge l'impôt en vertu de l'article 9, paragraphe 1.

Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

3. Les dispositions de l'article 10, paragraphes 3 à 6, sont applicables.

4. Les décisions prises en vertu des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal.

6. Les amendes prévues au paragraphe 2, alinéa a), ne peuvent pas être infligées pour des agissements :

a) postérieurs à la notification à la Commission et antérieurs à la décision par laquelle elle accorde ou refuse l'application de l'article 86, paragraphe 2, du traité, pour autant qu'ils rentrent dans les limites de l'activité décrite dans la notification,

b) antérieurs à la notification des accords, décisions et pratiques concertées existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement, pourvu que cette notification ait été faite dans les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne sont pas applicables, dès lors que la Commission a fait savoir aux entreprises intéressées qu'après examen préliminaire elle estime que les conditions d'application de l'article 86, paragraphe 1, du traité sont remplies et qu'une application de l'article 86, paragraphe 2, n'est pas justifiée.

Article 16

Accusations

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes à raison de cinquante à mille unités de compte par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre :

a) à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 86 ou de l'article 86 du traité conformément à une décision prise en application de l'article 8 du présent règlement,

b) à mettre fin à toute action interdite en vertu de l'article 6, paragraphe 2,

c) à fournir de manière complète et exacte et immédiatement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 11, paragraphe 5,

d) à se soumettre à une vérification qu'elle a ordonnée par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 2.

2. Lorsque les entreprises ou associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte avait été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un

chiffre inférieur à celui qui résulterait de la décision initiale.

3. Les dispositions de l'article 10, paragraphes 3 à 6, sont applicables.

Article 17

Concours de la Cour de justice

La Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction au sens de l'article 173 du traité sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte; elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée.

Article 18

Unité de compte

Pour l'application des articles 16 à 17, l'unité de compte est celle retenue pour l'établissement du budget de la Communauté en vertu des articles 207 et 208 du traité.

Article 19

Auditions des intéressés et des tiers

1. Avant de prendre les décisions prévues aux articles 2, 3, 6, 7, 9, 16 et 16, la Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs revus par la Commission.

2. Dans la mesure où la Commission ou les autorités compétentes des États membres l'estiment nécessaire, elles peuvent aussi entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.

3. Lorsque la Commission se propose de délivrer une attestation négative en vertu de l'article 2 ou de rendre une décision d'application de l'article 86, paragraphe 2, du traité, elle publie l'essentiel du contenu de la demande ou de la notification en cause en laissant les tiers intéressés à lui faire connaître leurs observations dans le délai qu'elle fixe et qui ne peut être inférieur à un mois. La publication doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

3. Dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement, le Conseil examinera, sur proposition de la Commission, les dispositions particulières qui pourraient être prises, en dérogation aux prescriptions de ce règlement, à l'égard des accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 6, paragraphe 2.

Article 22

Régime transitoire applicable aux décisions des autorités des États membres

1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 86, paragraphe 1, du traité susmentionné, avant l'entrée en vigueur du présent règlement, l'autorité compétente d'un État membre a déclaré les dispositions de l'article 86, paragraphe 1, applicables en vertu de l'article 86, paragraphe 1, sont pas soumis à la notification prévue à l'article 5. La décision de l'autorité compétente de l'État membre vaut décision au sens de l'article 6; sa validité expirera au plus tard au terme qu'elle a fixé, sans pouvoir excéder une durée de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement. Les dispositions de l'article 6, paragraphe 2, sont applicables.

2. La Commission statue en application de l'article 6, paragraphe 2, sur les demandes de renouvellement des décisions visées au paragraphe 1 ci-dessus.

Article 26

Dispositions d'application

La Commission est autorisée à arrêter des dispositions d'application concernant la forme, le tenore et les autres modalités des demandes prévues en application des articles 2 et 3 et de la notification prévue aux articles 4 et 5, ainsi que les auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Par le Conseil

Le président

M. COURTS DE MURYELLE

Article 29

Secret professionnel

1. Les informations recueillies en application des articles 11, 12, 13 et 14 ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées.

2. Sans préjudice des dispositions des articles 19 et 21, la Commission et les autorités compétentes des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'opposent pas à la publication de renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises.

Article 31

Publication des décisions

1. La Commission publie les décisions qu'elle prend en application des articles 2, 3, 6, 7 et 8.

2. La publication mentionne les parties intéressées et l'essentiel de la décision; elle doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article 32

Dispositions particulières

1. La Commission saisit le Conseil de propositions tendant à ce que certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées visés à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 5, paragraphe 2, soient assimes à la notification prévue aux articles 4 et 5.

Fait à Bruxelles le 6 février 1968.

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

RÈGLEMENTS

RÈGLEMENT N° 99/63/CEE DE LA COMMISSION du 25 juillet 1963

relatif aux auditions prévues à l'article 19 paragraphes 1 et 2 du règlement
n° 17 du Conseil

LA COMMISSION DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE,

vu les dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne et notamment ses articles 87 et 155,

vu l'article 24 du règlement n° 17 du Conseil, en date du 6 février 1962 (premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité) ⁽¹⁾,

considérant qu'en vertu de l'article 24 du règlement n° 17 du Conseil, la Commission est autorisée à arrêter des dispositions d'application concernant les auditions prévues à l'article 19 paragraphes 1 et 2 de ce règlement ;

considérant que dans la plupart des affaires la Commission aura déjà en cours de l'instruction des rapports fréquents avec les entreprises et associations d'entreprises contre lesquelles l'instruction est dirigée et que de ce fait ces dernières auront l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus contre elles ;

considérant toutefois que conformément à l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17 et aux droits de la défense, il est nécessaire d'assurer aux entreprises et associations d'entreprises le droit de présenter des observations à l'issue des instructions au sujet de l'ensemble des griefs que la Commission se propose de retenir contre elles dans ses décisions ;

considérant que des personnes autres que les entreprises et associations d'entreprises contre lesquelles l'instruction est dirigée, peuvent avoir un intérêt à être entendues ; que conformément à l'article 19 paragraphe 2 deuxième phrase du règlement n° 17 elles doivent avoir l'occasion de faire connaître leur point de vue, si elles le demandent, et justifient d'un intérêt suffisant ;

considérant qu'il est opportun de mettre en mesure les personnes qui ont présenté une demande en vue de faire cesser une infraction conformément à l'article 3 paragraphe 2 du règlement n° 17, de présenter des observations lorsque la Commission considère que les éléments recueillis ne justifient pas de donner une suite favorable à la demande ;

considérant que les diverses personnes admises à présenter des observations doivent le faire par écrit tant dans leur propre intérêt que dans celui d'une bonne administration, sans préjudice le cas échéant d'une procédure orale destinée à compléter l'instruction écrite ;

considérant qu'il est nécessaire de préciser les droits des personnes qui seront entendues, notamment les conditions dans lesquelles elles peuvent se faire représenter ou assister ainsi que la fixation et la computation des délais ;

considérant que le Comité consultatif en matière d'ententes et positions dominantes émet un avis sur la base d'un avant-projet de décision ; qu'il doit donc être consulté sur une affaire une fois l'instruc-

⁽¹⁾ Journal officiel des Communautés européennes n° 13 du 21 février 1962, p. 204/62.

tion de cette dernière terminée ; que cependant cette consultation ne fait pas obstacle à ce que la Commission en tant que de besoin ouvre à nouveau l'instruction.

ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT :

Article premier

Avant de consulter le Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, la Commission procède à une audition en application de l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17.

Article 2

La Commission communique par écrit aux entreprises et associations d'entreprises les griefs retenus contre elles. La communication est adressée à chacune d'elles ou au mandataire commun qu'elles ont désigné.

Toutefois, la Commission peut procéder à la communication par voie de publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, si les circonstances de l'affaire le justifient, notamment le défaut de mandataire commun lorsque les entreprises sont nombreuses. La publication tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Une amende ou une astreinte ne peut être infligée à une entreprise ou à une association d'entreprises que si la communication des griefs a été effectuée dans la forme prévue au paragraphe 1.

En communiquant les griefs la Commission fixe le délai dans lequel les entreprises et associations d'entreprises ont la faculté de lui faire connaître leur point de vue.

Article 3

Les entreprises et associations d'entreprises expriment par écrit et dans le délai imparti leur point de vue sur les griefs retenus contre elles.

Elles peuvent exposer tous les moyens et faits utiles à leur défense dans leurs observations écrites.

Pour établir les faits invoqués elles peuvent produire en tant que de besoin des documents. Elles peuvent également proposer que la Commission entende des personnes qui sont susceptibles de confirmer les faits invoqués.

Article 4

Dans ses décisions la Commission ne retient contre les entreprises et associations d'entreprises destinataires que les griefs au sujet desquels ces dernières ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue.

Article 5

Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues en application de l'article 19 paragraphe 2 du règlement n° 17, la Commission leur donne l'occasion de faire connaître leur point de vue par écrit dans le délai qu'elle fixe.

Article 6

Lorsque la Commission, saisie d'une demande en application de l'article 3 paragraphe 2 du règlement n° 17, considère que les éléments qu'elle a recueillis ne justifient pas d'y donner une suite favorable, elle en indique les motifs aux demandeurs et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles.

Article 7

1. La Commission donne aux personnes qui l'ont demandé dans leurs observations écrites l'occasion de développer verbalement leur point de vue si celles-ci ont justifié d'un intérêt suffisant à cet effet ou si la Commission se propose de leur infliger une amende ou une astreinte.

2. La Commission peut également donner à toute personne l'occasion d'exprimer oralement son point de vue.

Article 8

1. La Commission convoque les personnes à entendre pour la date qu'elle fixe.

2. Elle transmet sans délai copie de la convocation aux autorités compétentes des États membres qui peuvent désigner un fonctionnaire pour participer à l'audition.

Article 9

1. Il est procédé aux auditions par les personnes que la Commission mandate à cet effet.

2. Les personnes convoquées comparaissent elles-mêmes, soit en la personne de leurs représentants légaux ou statutaires. Les entreprises et associations d'entreprises peuvent également être représentées par un mandataire dûment habilité et choisi dans leur personnel permanent.

Les personnes que la Commission entend peuvent être assistées par des avocats ou des professeurs admis à plaider devant la Cour de justice des Communautés européennes en vertu de l'article 17 du protocole sur le statut de cette Cour ou par d'autres personnes qualifiées.

3. L'audition n'est pas publique. Les personnes sont entendues séparément ou en présence d'autres personnes convoquées. Dans ce dernier cas, il est tenu compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

4. Les déclarations essentielles de chaque personne entendue sont consignées dans un procès-verbal qui est approuvé par elle après lecture.

Article 10

Sans préjudice des dispositions de l'article 2 paragraphe 2 les communications et convocations émanant de la Commission sont envoyées à leurs destinataires par lettre recommandée avec accusé de réception ou leur sont remises contre reçu.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Bruxelles, le 25 juillet 1963.

Par la Commission

Le président

Walter HALLSTEIN

ANNEXE

à l'article 11 paragraphe 3 troisième phrase

(Liste des jours fériés)

Nouvel An	1 ^{er} janvier
Vendredi Saint	
Samedi Saint	
Lundi de Pâques	
Fête du travail	1 ^{er} mai
Anniversaire du plan Schuman	9 mai
Ascension	
Lundi de Pentecôte	
Fête nationale belge	21 juillet
Assomption	15 août
Toussaint	1 ^{er} novembre
Jour des morts	2 novembre
Veille de Noël	24 décembre
Jour de Noël	25 décembre
Lendemain de Noël	26 décembre
Saint-Sylvestre	31 décembre

Article 11

1. Pour fixer les délais prévus aux articles 2, 5 et 8, la Commission prend en considération le temps nécessaire à l'établissement des observations ainsi que l'urgence de l'affaire. Le délai ne peut être inférieur à deux semaines ; il peut être prorogé.

2. Les délais courent le lendemain du jour de la réception ou de la remise des communications.

3. Avant l'expiration du délai fixé, les observations écrites doivent parvenir à la Commission ou être expédiées par lettre recommandée. Toutefois, lorsque ce délai prend fin un dimanche ou un jour férié, son expiration est reportée à la fin du jour ouvrable suivant. Pour le calcul du report, les jours fériés sont soit ceux repris en annexe au présent règlement lorsqu'est prise en considération la date de la réception des observations écrites, soit ceux fixés par la loi du pays d'expédition lorsqu'est retenue la date d'envoi.

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment ses articles 87 et 235, vu la proposition de la Commission (1), vu l'avis du Parlement européen (2), vu l'avis du Comité économique et social (3),

- (1) considérant que, en vue de la réalisation des fins du traité instituant la Communauté économique européenne, l'article 3 point f) assigne comme objectif à la Communauté « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun »;
- (2) considérant que cet objectif est essentiel dans la perspective de l'éclatement du marché intérieur prévu pour 1992 et de son approfondissement ultérieur;
- (3) considérant que la suppression des frontières intérieures conduit et conduira à d'importantes restrictions des entreprises dans la Communauté, notamment sous forme d'opérations de concentration;
- (4) considérant qu'une telle évolution doit être appréciée de manière positive parce qu'elle correspond aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elle est de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté;

(5) considérant qu'il faut toutefois assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas un préjudice durable pour la concurrence; que le droit communautaire doit par conséquent comporter des dispositions applicables aux opérations de concentration susceptibles d'entraîner de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci;

(6) considérant que les articles 85 et 86, tout en étant applicables, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à certaines concentrations, ne suffisent toutefois pas pour saisir toutes les opérations qui risquent de se révéler

incompatibles avec le régime de concurrence non faussée visé par le traité;

- (7) considérant que, dès lors, il y a lieu de créer un instrument juridique nouveau sous forme d'un règlement qui permette un contrôle effectif de toutes les opérations de concentration en fonction de leur effet sur la structure de concurrence dans la Communauté et qui soit le seul applicable à de telles concentrations;
- (8) considérant que le présent règlement doit par conséquent être fondé non seulement sur l'article 87 mais principalement sur l'article 235 du traité, en vertu duquel la Communauté peut se doter de pouvoirs d'action additionnels nécessaires à la réalisation de ses objectifs, également en ce qui concerne les concentrations sur les marchés des produits agricoles énumérés à l'annexe II du traité;
- (9) considérant que les dispositions à arrêter dans le présent règlement doivent à appliquer aux modifications structurelles importantes dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un Etat membre;
- (10) considérant qu'il convient dès lors de définir le champ d'application du présent règlement en fonction de l'étendue géographique de l'activité des entreprises concernées et de le limiter par des seuils quantitatifs afin de couvrir les opérations de concentration qui revêtent une dimension communautaire; que, à l'issue d'une phase initiale d'application du présent règlement, il y a lieu de réviser ces seuils à la lumière de l'expérience acquise;
- (11) considérant qu'il y a opération de concentration de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total des entreprises concernées dépasse, tant sur le plan mondial que dans la Communauté, des niveaux donnés et lorsque au moins deux des entreprises concernées ont leur domaine exclusif ou essentiel d'activité dans un Etat membre différent ou lorsque, bien que les entreprises en question agissent principalement dans un seul et même Etat membre, l'une d'entre elles au moins déploie des activités substantielles dans au moins un autre Etat membre; que tel est également le cas lorsque les concentrations sont réalisées par des entreprises qui n'ont pas leur domaine principal d'activité dans la Communauté, mais qui y déploient des activités substantielles;
- (12) considérant que, dans le régime à instaurer pour un contrôle des concentrations et sans préjudice de l'article 90 paragraphe 2 du traité, il y a lieu de

(1) JO n° C 130 du 19 5 1988, p. 4.
 (2) JO n° C 309 du 5 12 1989, p. 55.
 (3) JO n° C 208 du 8 8 1988, p. 11.

Article premier

Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique à toutes les opérations de concentration de dimension telles que définies au paragraphe 2, sans préjudice de l'article 22.

2. Aux fins de l'application du présent règlement, une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque :

- a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan communautaire par au moins deux entreprises concernées représente un montant net de plus de 5 milliards d'euros ;
- b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux entreprises concernées représente un montant net de plus de deux tiers de son chiffre d'affaires communautaire à l'intérieur d'un seul et même État membre ;
- c) les seuils définis au paragraphe 2 sont atteints à la fin de la quatrième année qui suit l'adoption du présent règlement, par le Conseil statuant à la majorité simple sur proposition de la Commission.

Article 2

Appréciation des opérations de concentration

1. Les opérations de concentration visées au présent règlement sont appréciées en fonction de leur dimension communautaire.

Dans cette appréciation, la Commission

a) la nécessité de préserver et de promouvoir la concurrence effective dans le marché commun ;

b) la position sur le marché des entreprises et de leur puissance économique et financière ;

c) la possibilité de choix des fournisseurs et des acheteurs ;

(15) considérant que l'application du présent règlement n'est pas exclue lorsque les entreprises concernées acceptent des restrictions qui sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration ;

(16) considérant qu'il convient de conférer à la Commission, sous réserve du contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes, une compétence exclusive pour appliquer le présent règlement ;

(17) considérant que les États membres ne peuvent pas appliquer leur législation nationale sur la concurrence aux opérations de concentration de dimension communautaire, à moins que ceci ne soit prévu par le présent règlement ; qu'il y a lieu de limiter les pouvoirs et effets des autorités nationales aux cas où, à défaut d'une intervention de la Commission, une concurrence effective risque d'être entravée de manière significative sur le territoire d'un État membre et où les intérêts de concurrence de cet État membre ne pourraient pas être suffisamment protégés autrement par le présent règlement ; que les États membres concernés doivent agir rapidement dans de tels cas, que le présent règlement ne peut fixer une échéance unique à l'adoption des mesures à prendre en raison de la diversité des législations nationales ;

(18) considérant également que l'application exclusive du présent règlement aux opérations de concentration de dimension communautaire est sans préjudice de l'article 223 du traité et ne s'oppose pas à ce que les États membres prennent des mesures appropriées afin d'assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération dans le présent règlement, dès lors que ces mesures sont compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire ;

(19) considérant que les opérations de concentration qui ne sont pas visées par le présent règlement relèvent en principe de la compétence des États membres ; qu'il convient toutefois de réserver à la Commission le pouvoir d'intervenir, à la demande d'un État membre concerné, dans les cas où une concurrence effective risque d'être entravée de manière significative sur le territoire de cet État membre ;

(20) considérant qu'il y a lieu de suivre les conditions dans lesquelles se réalisent dans des pays tiers les opérations de concentration auxquelles participent les entreprises de la Communauté, ainsi que de prévoir la possibilité pour la Commission d'obtenir du Conseil un mandat de regard sur approprié aux fins d'établir un lien avec le droit communautaire pour les entreprises de la Communauté ;

(21) considérant que le présent règlement ne porte en aucune manière atteinte aux droits collectifs des travailleurs, tels qu'ils sont reconnus dans les entreprises concernées,

(18) considérant qu'il convient de prévoir un délai dans lequel la Commission doit engager la procédure à l'égard d'une opération de concentration notifiée, ainsi que des délais dans lesquels la Commission doit se prononcer définitivement sur la compatibilité ou l'incompatibilité avec le marché commun d'une telle opération ;

(19) considérant qu'il convient de consacrer le droit des entreprises concernées d'être entendues par la Commission dès lors que la procédure a été engagée ; qu'il convient également de donner aux membres des organes de direction ou de surveillance et aux représentants reconnus des travailleurs des entreprises concernées, ainsi qu'aux tiers justifiant d'un intérêt légitime, l'occasion d'être entendus ;

(20) considérant qu'il convient que la Commission agisse en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des États membres dont elle recueille les observations et informations ;

(21) considérant que la Commission, aux fins de l'application du présent règlement et selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, doit obtenir le concours des États membres et disposer, en outre, du pouvoir d'exiger les renseignements et de procéder aux vérifications nécessaires à l'appréciation des opérations de concentration ;

(22) considérant que le respect des dispositions du présent règlement doit pouvoir être assuré au moyen d'amendes et d'astreintes ; qu'il convient, à cet égard, d'attribuer à la Cour de justice des Communautés européennes, conformément à l'article 172 du traité, une compétence de pleine juridiction ;

(23) considérant qu'il est indiqué de définir le concept de concentration de telle manière qu'il ne couvre que les opérations qui aboutissent à une modification durable de la structure des entreprises concernées ; qu'il y a des cas où l'exclusion du champ d'application du présent règlement des opérations qui ont pour objet ou effet la constitution d'un composant concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, celles-ci devant être examinées au regard des dispositions appropriées des règlements d'application des articles 85 et 86 du traité ; qu'il y a notamment lieu d'opérer cette distinction en cas de création d'entreprises communes ;

(24) considérant qu'il n'y a pas coordination du comportement concurrentiel au sens du présent règlement lorsque deux ou plusieurs entreprises conviennent d'acquiescer en commun le contrôle d'une ou de plusieurs autres entreprises avec comme objet et effet de répartir entre elles ces entreprises ou leurs actifs ;

respecter le principe de non-discrimination entre secteurs public et privé ; qu'il en résulte, dans le secteur public, que, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise participant à la concentration, il faut tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables ;

(13) considérant qu'il y a lieu d'établir si les opérations de concentration de dimension communautaire sont ou non compatibles avec le marché commun en fonction de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun ; que, ce faisant, la Commission se doit de placer son appréciation dans le cadre général de la réalisation des objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du traité, y compris celui du renforcement de la cohésion économique et sociale de la Communauté visé à l'article 130 A du traité ;

(14) considérant que le présent règlement doit établir le principe que les opérations de concentration de dimension communautaire qui créent ou renforcent une position ayant comme conséquence qu'une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci est entravée de manière significative doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun ;

(15) considérant que les opérations de concentration qui, en raison de la part de marché limitée des entreprises concernées, ne sont pas susceptibles d'entraîner une concurrence effective, peuvent être présumées compatibles avec le marché commun ; que, sans préjudice des articles 85 et 86 du traité, une telle indication existe notamment lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25 % ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci ;

(16) considérant que la Commission doit être chargée de prendre toutes les décisions visant à établir si les opérations de concentration de dimension communautaire sont compatibles ou non avec le marché commun, ainsi que les décisions visant à rétablir une concurrence effective ;

(17) considérant que, pour assurer une surveillance efficace, il y a lieu d'obliger les entreprises à notifier préalablement leurs opérations de concentration qui ont une dimension communautaire ainsi que de suspendre leur réalisation pendant une période limitée, tout en intégrant la possibilité de prolonger cette suspension ou d'y déroger si nécessaire ; que, dans l'intérêt de la sécurité juridique, la validité des transactions doit néanmoins être protégée en tant que de besoin ;

2. Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

3. Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

Article 3

Définition de la concentration

1. Une opération de concentration est réalisée :

- a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,

ou

- b) lorsque :

 - une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins,

ou

- une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'instruments d'actifs, contrôle ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.

2. Une opération, y compris la création d'une entreprise commune, qui a pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes ne constitue pas une concentration au sens du paragraphe 1 point b).

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune, constitue une opération de concentration au sens du paragraphe 1 point b).

3. Aux fins de l'application du présent règlement, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;

- b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ;

- 4. Le contrôle est acquis par la ou les personnes ou entreprises :

- a) qui sont titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats

ou

- b) qui, n'étant pas titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent.

5. Une opération de concentration n'est pas réalisée :

- a) lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition ; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti ;

- b) lorsque le contrôle est acquis par une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un État membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une autre procédure analogue ;

- c) lorsque les opérations visées au paragraphe 1 point b) sont réalisées par des sociétés de participation financière visées à l'article 3 paragraphe 3 de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 23 juillet 1978, concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (¹), modifiée en dernier lieu par la directive 84/169/CEE (²), sous la restriction toutefois que les droits de vote attachés aux participations détenues ne sont exercés, notamment par la voie de la nomination des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises dont elles détiennent des participations, que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer directement ou indirectement le comportement concurrentiel de ces entreprises.

Article 4

Notification préalable des opérations de concentration

1. Les opérations de concentration de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Le délai commence à compter de la survenance du premier de ces événements.

2. Les opérations de concentration qui consistent en une fusion au sens de l'article 3 paragraphe 1 point a) ou dans l'établissement d'un contrôle en commun au sens de l'article 3 paragraphe 1 point b) doivent être notifiées

conjointement par les parties à la fusion ou à l'établissement du contrôle en commun. Dans les autres cas, la notification doit être présentée par la personne ou l'entreprise qui acquiert le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs entreprises.

3. Lorsque la Commission constate qu'une opération de concentration notifiée relève du présent règlement, elle publie le fait de la notification, en indiquant les noms des intéressés, la nature de l'opération de concentration ainsi que les secteurs économiques concernés. La Commission tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article 5

Calcul du chiffre d'affaires

1. Le chiffre d'affaires total visé à l'article 1^{er} paragraphe 2 comprend les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article.

Le chiffre d'affaires réalisé soit dans la Communauté, soit dans un État membre, comprend les produits vendus et les services fournis à des entreprises ou des consommateurs soit dans la Communauté, soit dans cet État membre.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parts, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef ou de des créants.

Toutefois, deux ou plusieurs transactions, telles que visées au premier alinéa, qui ont lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule opération de concentration intervenant à la date de la dernière transaction.

3. Le chiffre d'affaires est remplacé :

- a) pour les établissements de crédit et autres établissements financiers, en ce qui concerne l'article 1^{er} paragraphe 2 point a), par le dixième du total des bilans.

En ce qui concerne l'article 1^{er} paragraphe 2 point b) et énoncé ci-dessus, le chiffre d'affaires total réalisé dans la Communauté est remplacé par le dixième du total des bilans multiplié par le rapport existant entre les établissements de crédit et sur la clientèle, résultant d'opérations avec des résidents de la Communauté, et le montant total de ces créances.

En ce qui concerne l'article 1^{er} paragraphe 2 dernière partie de phrase, le chiffre d'affaires total réalisé à l'in-

terieur d'un État membre est remplacé par le dixième du total des bilans multiplié par le rapport existant entre les établissements de crédit et sur la clientèle, résultant d'opérations avec des résidents de l'État membre, et le montant total de ces créances.

- b) pour les entreprises d'assurances, par la valeur primaires brutes émises qui comprennent les montants reçus et à recevoir au titre de contrats-ranches établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts ou taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes et du volume total de celui-ci qui concerne l'article 1^{er} paragraphe 2 point a) dernière partie de phrase, il est tenu compte de la valeur des primes brutes versées par des résidents de la Communauté et par des résidents d'un État membre.

4. Sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires d'une entreprise concernée au sens de l'article 1^{er} paragraphe 2 résulte de la somme des chiffres d'affaires :

- a) de l'entreprise concernée ;

- b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement

- soit de plus de la moitié du capital ou du contrôle d'exploitation,

- soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote,

- soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise,

- soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise.

- c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

- d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

- e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

5. Lorsque des entreprises concernées par l'opération de concentration disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au paragraphe 4 point b), il y a lieu de calculer le chiffre d'affaires des entreprises concernées au sens de l'article 1^{er} paragraphe 2 :

- a) de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisés entre l'entreprise commune et l'une ou l'autre des entreprises concernées ou toute autre entreprise visée au sens du paragraphe 4 point b) à c) ;

- b) de tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services entre l'entreprise commune et toute autre entreprise visée au sens de l'article 1^{er} paragraphe 2 dernière partie de phrase.

(¹) JO n° L 221 du 14 8 1978, p. 11.
(²) JO n° L 314 du 4. 12. 1984, p. 28.

Article 6

Examen de la notification et engagement de la procédure

1. La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception.

a) Si elle aboutit à la conclusion que l'opération de concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision.

b) Si elle constate que l'opération de concentration notifiée, bien que relevant du présent règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun.

c) Si, par contre, elle constate que l'opération de concentration notifiée relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure.

2. La Commission informe sans délai de sa décision les entreprises concernées ainsi que les autorités compétentes des États membres.

Article 7

Suspension de l'opération de concentration

1. Aux fins de l'application du paragraphe 2 du présent article, une concentration telle que définie à l'article 1^{er} ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni pendant un délai de trois semaines suivant sa notification.

2. Lorsque, après examen provisoire de la notification dans le délai fixé au paragraphe 1, la Commission l'estime nécessaire afin d'assurer pleinement l'effet utile de toute décision prise ultérieurement au titre de l'article 8 paragraphes 3 et 4, elle peut décider de sa propre initiative de proroger le suris à la réalisation de la concentration, en totalité ou en partie, jusqu'à l'adoption d'une décision finale, ou de prendre d'autres mesures intérimaires à cet effet.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne font pas obstacle à la réalisation d'une offre publique d'achat ou d'échange qui a été notifiée à la Commission conformément à l'article 4 paragraphe 1, pour autant que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées ou ne les exerce qu'en vue de sauvegarder la pleine valeur de son investissement et sur la base d'une dérogation octroyée par la Commission conformément au paragraphe 4.

4. La Commission peut, sur demande, octroyer une dérogation aux obligations prévues aux paragraphes 1, 2 et

3 en vue d'éviter un préjudice grave à une ou plusieurs entreprises concernées par une opération de concentration ou à une tierce partie. La dérogation peut être assortie de conditions et charges destinées à assurer des conditions de concurrence effective. Elle peut être demandée et accordée à tout moment, que ce soit avant la notification ou après la transaction.

5. La validité de toute transaction qui serait réalisée en ne respectant pas les paragraphes 1 et 2 dépend de la décision prise en application de l'article 6 paragraphe 1 point b) ou de l'article 8 paragraphes 2 ou 3 ou de la présomption établie à l'article 10 paragraphe 6.

Toutefois, le présent article n'a aucun effet sur la validité des transactions sur des titres, y compris ceux convertibles en d'autres titres, qui sont admis à être négociés sur un marché réglementé et surveillé par des autorités reconnues par les pouvoirs publics, de fonctionnement régulier et directement ou indirectement accessible au public, sauf si les acheteurs et les vendeurs savent ou devraient savoir que la transaction est réalisée en ne respectant pas les paragraphes 1 ou 2.

Article 8

Pouvoirs de décision de la Commission

1. Chaque procédure engagée en application de l'article 6 paragraphe 1 point c) est clôturée par voie de décision conformément aux paragraphes 2 à 5 du présent article, sans préjudice de l'article 9.

2. Lorsque la Commission constate qu'une opération de concentration notifiée, le cas échéant après modifications apportées par les entreprises concernées, répond au critère défini à l'article 2 paragraphe 2, elle prend une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun.

Elle peut assortir sa décision de conditions et charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission en vue de modifier le projet initial de concentration. La décision déclarant la concentration compatible couvre également les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.

3. Lorsque la Commission constate qu'une opération de concentration répond au critère défini à l'article 2 paragraphe 3, elle prend une décision déclarant la concentration incompatible avec le marché commun.

4. Si une opération de concentration a déjà été réalisée, la Commission peut ordonner, dans une décision au titre du paragraphe 3 ou dans une décision distincte, la séparation des entreprises ou des actifs regroupés ou la cessation du compte commun ou toute autre action appropriée pour rétablir une concurrence effective.

5. La Commission peut révoquer la décision qu'elle a prise au titre du paragraphe 2 :

a) si la déclaration de compatibilité repose sur des indications erronées ou si elle a été obtenue frauduleusement, ou

b) si les entreprises concernées contrevenaient à une charge dont est assortie sa décision.

6. Dans les cas visés au paragraphe 5, la Commission peut prendre une décision au titre du paragraphe 3, sans être tenue par le délai visé à l'article 10 paragraphe 3.

Article 9

Renvoi aux autorités compétentes des États membres

1. La Commission peut, par voie de décision qu'elle notifie sans délai aux entreprises concernées et dont elle informe les autorités compétentes des autres États membres, renvoyer aux autorités compétentes de l'État membre concerné un cas de concentration notifiée, dans les conditions suivantes :

2. Dans le délai de trois semaines à compter de la réception de la copie de la notification, un État membre peut communiquer à la Commission, qui en informe les entreprises concernées, qu'une opération de concentration menace de créer ou de renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans un marché à l'intérieur de cet État membre, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct, qu'il s'agisse ou non d'une partie substantielle du marché commun.

3. Si la Commission considère que, compte tenu du marché des produits ou services en cause et du marché géographique de référence au sens du paragraphe 7, un tel marché distinct et une telle menace existent :

a) soit elle traite elle-même le cas en vue de préserver ou de rétablir une concurrence effective sur le marché concerné,

b) soit elle renvoie le cas aux autorités compétentes de l'État membre concerné en vue de l'application de la législation nationale sur la concurrence dudit État.

Si, au contraire, la Commission considère qu'un tel marché distinct ou une telle menace n'existent pas, elle prend à cet effet une décision qu'elle adresse à l'État membre concerné.

4. Les décisions de renvoi ou de refus de renvoi prises conformément au paragraphe 3 interviennent :

a) soit, en règle générale, dans le délai de six semaines prévu à l'article 10 paragraphe 1 depuis une telle décision, lorsque la Commission n'a pas engagé la procédure conformément à l'article 6 paragraphe 1 point b) ;

b) soit dans un délai maximum de trois mois à compter de la notification de l'opération concernée lorsque la

Commission a engagé la procédure con- l'article 6 paragraphe 1 point c), sans ent démarches préparatoires à l'adoption nécessaires au titre de l'article 8 F deuxième alinéa et paragraphes 3 ou 4 p ou rétablir une concurrence effective au concerné.

5. Si, dans le délai de trois mois visé au 1 point b), la Commission, en dépit d'un rap- membre concerné, n'a ni pris les décisions n de refus de renvoi prévues au paragraphe 3 ni démarches préparatoires visées au paragraphe elle est réputée avoir décidé de renvoyer le membre concerné conformément au p point b).

6. La publication des rapports ou l'annonci- sions de l'examen de l'opération concernée l nés compétentes de l'État membre concer- au plus tard quatre mois après le renvoi par sion.

7. Le marché géographique de référence par un territoire sur lequel les entreprises interviennent dans l'offre et la demande de services, sur lequel les conditions de concu suffisamment homogènes et qui peut être d territoires voisins, en particulier en raison de de concurrence sensiblement différentes de- lant sur ces territoires. Dans cette appréciation notamment de tenir compte de la nature et di- tiques des produits ou services concernés, di- de barrières à l'entrée, de préférences des con- ainsi que de l'existence, entre le territoire con- terriores voisins, de différences considérables marché des entreprises ou de différences de r- ticles.

8. Pour l'application du présent article, l'f- concerné ne peut prendre que les mesures nécessaires pour préserver ou rétablir une c- effective sur le marché concerné.

9. Conformément aux dispositions per- traité, tout État membre peut former un recou- Cour de justice et demander en particulier l'ap- l'article 186, aux fins de l'application de la nationale en matière de concurrence.

10. Le présent article fait l'objet d'un récan- tend avant la fin de la quatrième année suivant du présent règlement.

Article 10

Délais d'engagement de la procédure- décisions

1. Les décisions visées à l'article 6 paragaph- intervenir dans un délai maximal d'un moi- court à partir du lendemain du jour de la récé- notification ou, si les renseignements à fournir notification sont incomplets, à partir du len- jour de la réception des renseignements con-

Ce délai est porté à six semaines si la Commission est saisie d'une demande d'un Etat membre conformément à l'article 9 paragraphe 2.

2. Les décisions prises en application de l'article 8 paragraphe 2, concernant des opérations de concentration notifiées, doivent intervenir dès qu'il apparaît que les doutes sérieux visés à l'article 6 paragraphe 1 point c) sont levés, notamment en raison de modifications apportées par les entreprises concernées, et au plus tard dans le délai fixé au paragraphe 3.

3. Sans préjudice de l'article 8 paragraphe 6, les décisions prises en application de l'article 8 paragraphe 3, concernant des opérations de concentration notifiées, doivent intervenir dans un délai maximal de quatre mois à compter de la date de l'engagement de la procédure.

4. Le délai fixé au paragraphe 3 est exceptionnellement suspendu lorsque la Commission, en raison de circonstances dont une des entreprises participant à la concentration est responsable, a été contrainte de demander un renseignement par voie de décision en application de l'article 11 ou d'ordonner une vérification par voie de décision en application de l'article 13.

5. Lorsque la Cour de justice rend un arrêt qui annule en tout ou en partie une décision de la Commission en vertu du présent règlement, les délais qui sont fixés dans le présent règlement s'appliquent à nouveau à compter de la date du prononcé de l'arrêt.

6. Si la Commission n'a pas pris de décision au titre de l'article 6 paragraphe 1 points b) ou c) ou au titre de l'article 8 paragraphes 2 ou 3, dans les délais respectivement déterminés aux paragraphes 1 et 3 du présent article, l'opération de concentration est réputée déclarée compatible avec le marché commun, sans préjudice de l'article 9.

Article 11

Demande de renseignements

1. Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des membres, des autorités compétentes des Etats membres, des personnes visées à l'article 3 paragraphe 1 point b), ainsi que des entreprises et associations d'entreprises.

2. Lorsque la Commission adresse une demande de renseignements à une personne, à une entreprise ou à une association d'entreprises, elle adresse simultanément une copie de cette demande à l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le domicile de la personne ou le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises.

3. Dans sa demande, la Commission indique les bases juridiques et le but de sa demande, ainsi que les sanctions,

prévues à l'article 14 paragraphe 1 point c) au cas où un renseignement inexact serait fourni.

4. Sont tenus de fournir les renseignements demandés, dans le cas des entreprises, leurs propriétaires ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts.

5. Si une personne, une entreprise ou une association d'entreprises ne fournit pas les renseignements demandés dans le délai imparti par la Commission ou les fournit de façon incomplète, la Commission les demande par voie de décision. La décision précise les renseignements demandés, fixe un délai approprié dans lequel les renseignements doivent être fournis et indique les sanctions prévues à l'article 14 paragraphe 1 point c) et à l'article 15 paragraphe 1 point a) ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

6. La Commission adresse simultanément copie de sa décision à l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le domicile de la personne ou le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises.

Article 12

Vérifications par les autorités des Etats membres

1. Sur demande de la Commission, les autorités compétentes des Etats membres procèdent aux vérifications que la Commission juge indiquées au titre de l'article 13 paragraphe 1 ou qu'elle a ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 13 paragraphe 3. Les agents des autorités compétentes des Etats membres chargés de procéder aux vérifications exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit délivré par l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée. Ce mandat indique l'objet et le but de la vérification.

2. Les agents de la Commission peuvent, sur sa demande ou sur celle de l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée, prêter assistance aux agents de cette autorité dans l'accomplissement de leurs tâches.

Article 13

Pouvoirs de la Commission en matière de vérification

1. Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut procéder à toutes vérifications nécessaires auprès des entreprises ou associations d'entreprises.

A cet effet, les agents mandatés par la Commission sont investis des pouvoirs énumérés ci-après :

- a) contrôler les livres et autres documents professionnels ;
- b) prendre ou exiger copie ou extrait des livres et documents professionnels ;

c) demander sur place des explications orales ;

d) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transports des entreprises

2. Les agents mandatés par la Commission pour ces vérifications exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de la vérification, ainsi que la sanction prévue à l'article 14 paragraphe 1 point d) au cas où les livres ou autres documents professionnels requis seraient présentés de façon incomplète. La Commission agit, par écrit, en temps utile avant la vérification, l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée de la mission de vérification et de l'identité des agents mandatés.

3. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux vérifications que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de la vérification, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues à l'article 14 paragraphe 1 point d) et à l'article 15 paragraphe 1 point b), ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

4. La Commission agit par écrit, en temps utile, l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée de son intention de prendre une décision en vertu du paragraphe 3. Elle prend sa décision après avoir entendu cette autorité.

5. Les agents de l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée peuvent, sur la demande de cette autorité ou sur celle de la Commission, prêter assistance aux agents de la Commission dans l'accomplissement de leurs tâches.

6. Lorsque une entreprise ou une association d'entreprises s'oppose à une vérification ordonnée en vertu du présent article, l'Etat membre intéressé prête aux agents mandatés par la Commission l'assistance nécessaire pour leur permettre d'exécuter leur mission de vérification. A cette fin, les Etats membres prennent, dans le délai d'une année à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement et après consultations de la Commission, les mesures nécessaires.

Article 14

Amendes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux personnes visées à l'article 3 paragraphe 1 point b) aux entreprises ou aux associations d'entreprises des amendes d'un montant de 1 000 à 50 000 euros lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

- a) elles omettent de notifier une opération de fusion conformément à l'article 4 ;
- b) elles donnent des indications inexactes ou l'occasion d'une notification présentée en vertu de l'article 4 ;
- c) elles fournissent un renseignement inexact à une demande faite en application de l'article 8 paragraphe 1 point a) ou b) ou en vertu de l'article 11 ;
- d) elles présentent de façon incomplète, lors de notifications effectuées au titre de l'article 12 ou de livres ou autres documents professionnels ne se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 13 ;

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes d'un montant de 10 % du chiffre d'affaires total réel des entreprises concernées au sens de l'article 5, de propos délibéré ou par négligence :

- a) elles contrevennent à une charge imposée par prise en vertu de l'article 7 paragraphe 1 point a) ou b) ;
- b) elles réalisent une opération de concentration respectant pas l'article 7 paragraphe 1 ou u prise en application de l'article 7 paragraphe 3 ;
- c) elles réalisent une opération de concentration incompatible avec le marché commun prise en application de l'article 8 paragraphe 1 point a) ou b) ;
- d) elles réalisent une opération de concentration incompatible avec le marché commun prise en application de l'article 8 paragraphe 4 ;

3. Pour déterminer le montant de l'amende, de prendre en considération la nature et la gravité de l'infraction.

4. Les décisions prises en vertu des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal.

Article 15

Astreintes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux personnes visées à l'article 3 paragraphe 1 point b) aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes d'un montant maximal de 2 000 à 50 000 euros par jour à compter de la date à laquelle la décision est devenue exécutoire.

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes d'un montant de 1 000 à 50 000 euros lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

- a) fournir de manière incomplète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision en application de l'article 11 ;
- b) se soumettre à une vérification qu'elle a ordonnée par voie de décision prise en application de l'article 13 ;

2. La Commission peut, par voie de dérogation, infliger aux personnes visées à l'article 3 paragraphe 1 point b) ou aux entreprises des astreintes d'un montant maximal de 100 000 écus par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre :

- à exécuter une charge imposée par décision prise en application de l'article 7 paragraphe 4 ou de l'article 8 paragraphe 2 deuxième alinéa ;
- à appliquer les mesures ordonnées par une décision prise en application de l'article 8 paragraphe 4.

3. Lorsque les personnes visées à l'article 3 paragraphe 1 point b), les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte avait été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulterait de la décision initiale.

Article 16

Contrôle de la Cour de justice

La Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction au sens de l'article 172 de traité sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte ; elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée.

Article 17

Secret professionnel

- Les informations recueillies en application des articles 11, 12, 13 et 18 ne peuvent être utilisées que dans le but poursuivi par la demande de renseignements, le contrôle ou l'audition.
- Sans préjudice de l'article 4 paragraphe 3 et des articles 18 et 20, la Commission et les autorités compétentes des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel.
- Les paragraphes 1 et 2 ne s'opposent pas à la publication de renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises.

Article 18

Audition des intéressés et des tiers

- Avant de prendre les décisions prévues à l'article 7 paragraphes 2 et 4, à l'article 8 paragraphe 2 deuxième alinéa et paragraphes 3, 4 et 5 ainsi qu'aux articles 14 et 15 la Commission donne aux personnes, entreprises et associations d'entreprises intéressées l'occasion de faire connaître, à tous les stades de la procédure jusqu'à la consultation du comité consultatif, leur point de vue au sujet des objections retenues à leur encontre.

qui sont pris en considération par le présent règlement en ce qui concerne les principes généraux des dispositions du droit communautaire.

Sont considérées comme intérêts légitimes premier alinéa, la sécurité publique, la incédias et les règles prudentielles.

Tout autre intérêt public doit être connu membre concerné à la Commission et celle-ci après examen de sa compatibilité cipes généraux et les autres dispositions du nautaire avant que les mesures visées ci- être prises. La Commission notifie sa de membre concerné dans le délai d'un m ladite communication.

Article 22

Application du présent règlement

- Le présent règlement est seul applica tions de concentration telles que définie
- Les règlements n° 17 (1), (C)EP n° 101 n° 4056/86 (1) et (CEB) n° 3975/87 (1) ne so bles aux concentrations telles que définie
- Si la Commission constate, à la dem. membre, qu'une opération de concentra définie à l'article 1 mais sans dimension a au sens de l'article 1^{er} crée ou renforce une l nant ayant comme conséquence qu'un effective serait entravée de manière signi terroire de l'État membre concerné, elle mesure où cette concentration affecte le cr États membres, prendre les décisions prévu paragraphe 2 deuxième alinéa et paragrap
- L'article 2 paragraphe 1 point a) et b articles 5, 6, 8 et 10 à 20 sont d'application. agement de la procédure déterminé à l'ai graphe 1 prend cours à la date de la re demande de l'État membre. Celle-ci doit plus tard dans un délai d'un mois à comp laquelle l'opération de concentration a été à l'État membre ou révisée. Ce délai com- compter de la survenance du premier de ces
- La Commission ne prend, en applica graphe 3, que les mesures strictement né- préserver ou rétablir une concurrence effecti toire de l'État membre à la demande d'inqur venue.
- Les paragraphes 1, 4 et 5 restent jusqu'à la révision des spirit visés à l'ai Kynthe 2.

(1) JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 201/62.
(1) JO n° L 175 du 23. 7. 1984, p. 1.
(1) JO n° L 278 du 31. 12. 1986, p. 4.
(1) JO n° L 374 du 31. 12. 1987, p. 1.

5. La consultation a lieu au cours d'une réunion commune sur invitation de la Commission qui en assume la présidence. À cette invitation sont annexés un exposé de l'affaire avec indication des pièces les plus importantes et un avant-projet de décision pour chaque cas à examiner. La réunion a lieu au plus tôt quatorze jours après l'envoi de la convocation. La Commission peut exceptionnellement abréger ce délai de manière appropriée en vue d'éviter un préjudice grave à une ou plusieurs entreprises concernées par une opération de concentration.

6. Le comité consultatif émet son avis sur le projet de décision de la Commission, le cas échéant en procédant à un vote. Le comité consultatif peut émettre un avis, même si des membres sont absents et n'ont pas été représentés. Cet avis est consigné par écrit et sera joint au projet de décision. La Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité. Elle informe le comité de la façon dont elle a tenu compte de cet avis.

7. Le comité consultatif peut recommander la publication de l'avis. La Commission peut procéder à cette publication. La décision de publication tient dûment compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ainsi que de l'intérêt des entreprises concernées à ce qu'une publication ait lieu.

Article 20

Publication des décisions

1. La Commission publie au *Journal officiel des Communautés européennes* les décisions qu'elle adopte en application de l'article 8 paragraphes 2 à 5.

2. La publication mentionne les parties intéressées et l'essentiel de la décision ; elle doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article 21

Compétence

- Sous réserve du contrôle de la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour arrêter les décisions prévues au présent règlement.
- Les États membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux opérations de concentration de dimension communautaire.

Le premier alinéa ne préjuge pas du pouvoir des États membres de procéder aux enquêtes, nécessaires à l'application de l'article 9 paragraphe 2 et de l'article 10, après renvoi, conformément à l'article 9 paragraphe 1 premier alinéa point b) ou paragraphe 3, les mesures nécessaires en application de l'article 9 paragraphe 8.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux

Article 23

Dispositions d'application

La Commission est autorisée à arrêter des dispositions d'application concernant la forme, la teneur et les autres modalités de notification prévues en application de l'article 4, les délais fixés en application de l'article 10, ainsi que les auditions tenues en application de l'article 11.

Article 24

Relations avec les pays tiers

1. Les États membres informent la Commission des difficultés d'ordre général que rencontrent leurs entreprises dans leurs opérations de concentration définies à l'article 3 dans un pays tiers.
2. La Commission établit, pour la première fois un an au plus tard après l'entrée en vigueur du présent règlement et ensuite périodiquement, un rapport examinant le traitement réservé aux entreprises de la Communauté, au sens des paragraphes 3 et 4, en ce qui concerne les opérations de concentration dans les pays tiers. La Commission transmet ces rapports au Conseil, le cas échéant assortis de recommandations.
3. Lorsque la Commission constate, soit sur la base des rapports mentionnés au paragraphe 2, soit sur la base

d'autres informations, qu'un pays tiers n'accorde pas aux entreprises de la Communauté un traitement comparable à celui qu'offre la Communauté aux entreprises de ce pays tiers, elle peut soumettre des propositions au Conseil en vue d'obtenir un mandat de négociation approprié pour obtenir des possibilités de traitement comparables pour les entreprises de la Communauté.

4. Les mesures prises au titre du présent article seront conformes aux obligations qui incombent à la Communauté ou aux États membres, sans préjudice de l'article 234 du traité, en vertu d'accords internationaux, tant bilatéraux que multilatéraux.

Article 25

Entrée en vigueur

1. Le présent règlement entre en vigueur le 21 septembre 1990.
2. Le présent règlement ne s'applique pas à des opérations de concentration qui ont fait l'objet d'un accord ou d'une publication, ou qui ont été réalisées par voie d'acquisition, au sens de l'article 4 paragraphe 1, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, et en tout cas il ne s'applique pas à des opérations qui ont fait l'objet d'un engagement de procédure par une autorité compétente en matière de concurrence d'un État membre avant la date précitée.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

RÈGLEMENT (CEE) N° 2367/90 DE LA COMMISSION

du 25 juillet 1990

relatif aux notifications, aux délais et aux auditions conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises⁽¹⁾, et notamment son article 23,

vu le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité⁽²⁾, modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment son article 24,

vu le règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil, du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁽³⁾, modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment son article 29,

vu le règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes⁽⁴⁾, et notamment son article 26,

vu le règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil, du 14 décembre 1987, déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens⁽⁵⁾, et notamment son article 19,

après consultation du comité consultatif en matière de concentrations, ainsi que des comités consultatifs en matière d'entreprises et de positions dominantes dans le domaine des transports, des transports maritimes et des transports aériens,

(1) considérant que l'article 23 du règlement (CEE) n° 4064/89 autorise la Commission à arrêter des dispositions d'application concernant la forme, la teneur et les autres modalités de notifications présentées en application de l'article 4, les délais fixés en application de l'article 10, ainsi que les auditions tenues en application de l'article 18;

(2) considérant que le règlement (CEE) n° 4064/89 part du principe de la notification obligatoire d'opérations de concentration préalablement à leur réalisation; que, d'une part, le respect de cette obligation de notifier a des conséquences importantes qui sont favora-

bles aux intéressés; que, d'autre part, le non-respect de cette obligation de notifier constitue un acte passible d'amende et peut également entraîner pour les intéressés des conséquences dommageables sur le plan du droit civil; qu'il y a donc lieu, pour des raisons de sécurité juridique, de définir avec précision l'objet et la teneur des indications à fournir pour la notification;

(3) considérant qu'il appartient aux intéressés de révéler à la Commission de manière correcte et complète les faits et circonstances qui sont importants pour la décision à prendre sur la concentration notifiée;

(4) considérant qu'il convient de prévoir l'utilisation d'un formulaire afin de simplifier et d'accélérer l'examen des notifications;

(5) considérant que la notification constitue le point de départ des délais légaux en matière de procédure et de décision, il y a lieu, en outre, de fixer les conditions et la date de sa prise d'effet;

(6) considérant qu'il importe, dans l'intérêt de la sécurité juridique d'établir les règles applicables au calcul des délais fixés par le règlement (CEE) n° 4064/89, notamment en ce qui concerne le début et la fin des délais ainsi que les circonstances qui causent leur suspension; que ces dispositions doivent être fondées sur les principes énoncés dans le règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes⁽⁶⁾, sous réserve de certaines adaptations rendues nécessaires par les délais légaux exceptionnellement courts visés ci-avant;

(7) considérant que les dispositions relatives à la procédure devant la Commission doivent être de nature à garantir pleinement le droit des intéressés à être entendus et les droits de la défense;

(8) considérant que la Commission donnera aux intéressés qui en font la demande l'occasion d'avoir des entretiens informels et strictement confidentiels, dès avant la notification, au sujet de la concentration envisagée; qu'en outre, elle restera en contact étroit avec les intéressés après la notification dans la mesure nécessaire pour examiner avec eux et, si possible, résoudre à l'amiable les problèmes de fait ou de droit qu'elle aurait pu découvrir lors de son premier examen de l'affaire;

(1) JO n° L 145 du 10. 12. 1989, p. 1.
(2) JO n° L 11 du 21. 2. 1962, p. 204/62.
(3) JO n° L 175 du 23. 7. 1968, p. 1.
(4) JO n° L 374 du 31. 12. 1986, p. 4.
(5) JO n° L 374 du 31. 12. 1987, p. 1.

(6) JO n° L 124 du 8. 6. 1971, p. 1.

3. En cas de notification conjointe, celle-ci devrait être faite par un représentant commun investi du pouvoir de transmettre et de recevoir des documents au nom de toutes les parties notificantes.

Article 2

Début des notifications

1. Les notifications doivent être présentées de la manière prescrite par le formulaire CO selon le modèle figurant à l'annexe I. En cas de notification conjointe, il y a lieu de n'utiliser qu'un seul formulaire.
2. Les notifications sont à communiquer à la Commission à l'adresse indiquée dans le formulaire CO en vingt exemplaires; leurs annexes sont à communiquer en quinze exemplaires.
3. Les documents joints à la notification sont des originaux ou des copies des originaux. S'il s'agit de copies, les parties notificantes doivent certifier qu'elles sont conformes et complètes.
4. Les notifications sont rédigées dans l'une des langues officielles de la Communauté. Cette langue est la langue de procédure à l'égard de toutes les parties notificantes. Les documents joints sont déposés dans leur langue originale. Si la langue originale n'est pas l'une des langues officielles, une traduction dans la langue de procédure est jointe au document.

Article 3

Indications à communiquer

1. Les notifications doivent contenir les indications demandées par le formulaire CO. Ces indications doivent être exactes et complètes.
2. Des modifications essentielles des éléments indiqués dans la notification dont les parties notificantes ont connaissance ou devraient avoir connaissance doivent être communiquées à la Commission volontairement et sans délai.
3. Des indications inexactes ou dénuées d'équivalent à des indications incomplètes.

Article 4

Prise d'effet des notifications

1. Sans préjudice du paragraphe 2, les notifications prennent effet au moment où elles sont reçues par la Commission.
2. Si la Commission constate que les indications figurant dans la notification sont incomplètes, sur un point important, elle en informe sans délai par écrit les parties notificantes ou le représentant commun et fixe un délai approprié pour qu'il puisse les compléter, sans préjudice du paragraphe 3. Dans ce cas, la notification prend effet dès la réception des indications complètes par la Commission.

3. La Commission peut dispenser de l'obligation de communiquer toute indication particulière requise par le formulaire CO qui ne lui apparaît pas nécessaire pour l'examen du cas.

4. La Commission délivre sans délai aux parties notificantes ou au représentant commun un accusé de réception de la notification ainsi que de toute réponse à une lettre adressée par la Commission en vertu du paragraphe 2.

Article 5

Substitution de notification

1. Lorsque la Commission constate que l'opération notifiée ne constitue pas une opération de concentration au sens de l'article 3 du règlement (CEE) n° 4064/89, elle informe par écrit les parties notificantes ou le représentant commun. Dans ce cas, si les parties notificantes le demandent par écrit, la Commission traite la notification, selon les circonstances et sans préjudice du paragraphe 2, comme demandée au sens de l'article 2 ou comme notification au sens de l'article 4 du règlement n° 17, comme demandé au sens de l'article 12 ou comme notification au sens de l'article 14 du règlement (CEE) n° 1017/68, comme demandée au sens de l'article 12 du règlement (CEE) n° 4036/86 ou comme demandée au sens de l'article 3 du règlement (CEE) n° 4064/89.

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, deuxième phrase, la Commission peut exiger que les indications figurant dans la notification soient complètes, dans un délai approprié fixé par elle, dans la mesure nécessaire pour apprécier l'opération sur la base des règlements susmentionnés. La demande ou la notification est considérée comme régulière au sens de ces règlements dès la date de la notification originale, lorsque les indications complémentaires parviennent à la Commission dans le délai fixé.

DELAI D'ENGAGEMENT DE LA PROCEDURE ET D'ADOPTION DES DECISIONS

SECTION II

Article 6

Début du délai

1. Les délais visés à l'article 10 paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89 commencent à courir le jour suivant celui de la prise d'effet de la notification au sens de l'article 4 paragraphes 1 et 2 du présent règlement.
2. Le délai visé à l'article 10 paragraphe 3 du règlement (CEE) n° 4064/89 commence à courir le jour suivant celui de l'engagement de la procédure.
3. Si le premier jour d'un délai n'est pas un jour ouvrable au sens de l'article 19, le délai commence à courir le jour ouvrable suivant.

1. Le délai visé à l'article 10 paragraphe alinéa du règlement (CEE) n° 4064/89 prend fin le jour du mois suivant le mois de départ portant le même chiffre que le jour de départ fait défaut dans le mois en question, le délai l'expiration du dernier jour du mois.

2. Le délai visé à l'article 10 paragraphe alinéa du règlement (CEE) n° 4064/89 prend fin le jour de la dixième semaine suivant le départ du délai portant le même chiffre que le jour de départ.

3. Le délai visé à l'article 10 paragraphe 3 d'alinéa du règlement (CEE) n° 4064/89 prend fin à l'expiration du quatrième mois suivant le mois de départ du même chiffre que le jour de départ. Si le jour de départ dans le mois en question, le délai prend fin le dernier jour du mois.

4. Si le dernier jour du délai n'est pas un jour ouvrable au sens de l'article 19 point a), le délai prend fin le jour ouvrable suivant.

5. Les paragraphes 2 à 4 s'appliquent dans les conditions déterminées par les dispositions de l'article 19.

Article 8

Addition des jours fériés

Si des jours fériés légaux ou d'autres jours de congé sont indiqués dans l'article 19, les délais visés à l'article 10 paragraphe 1 et à l'article 3 du règlement (CEE) n° 4064/89 en question sont prorogés d'un nombre correspondant à ces jours.

Article 9

Suspension du délai

1. Le délai visé à l'article 10 paragraphe 3 d'alinéa du règlement (CEE) n° 4064/89 est suspendu lorsque la Commission, en application de l'article 11 paragraphe 5 ou de l'article 3 du règlement, est contrainte de suspendre la procédure en raison de fait.

2. Lorsque la Commission constate que la Commission a été empêchée de procéder à l'examen de la notification en raison de la situation de fait, elle informe sans délai par écrit les parties notificantes ou le représentant commun et fixe un délai approprié pour qu'il puisse les compléter, sans préjudice du paragraphe 3. Dans ce cas, la notification prend effet dès la réception des indications complètes par la Commission.

3. Si le premier jour d'un délai n'est pas un jour ouvrable au sens de l'article 19, le délai commence à courir le jour ouvrable suivant.

4. Les notifications doivent être déposées dans la langue officielle de la Communauté.

(9) considérant que, conformément au principe du respect du droit des intéressés à être entendus, il est nécessaire d'assurer aux intéressés l'occasion de présenter leurs observations au sujet de toutes les objections que la Commission se propose de relever à leur encontre dans ses décisions;

(10) considérant qu'il importe d'accorder également aux tiers qui ont un intérêt suffisant l'occasion de faire connaître leur point de vue, s'ils en font la demande par écrit;

(11) considérant qu'il est souhaitable que toutes les personnes admises à être entendues présentent des observations par écrit, tant dans leur propre intérêt que dans celui d'une bonne administration, sans préjudice, le cas échéant, de leur droit de demander une audition destinée à compléter leurs observations écrites; que, dans le cas d'urgence, la Commission doit toutefois avoir la possibilité d'entendre immédiatement les intéressés ou des tiers d'abord oralement, sans préjudice du droit des personnes entendues à confirmer leurs observations orales par écrit;

(12) considérant qu'il est nécessaire de définir les droits des personnes qui doivent être entendues, la mesure dans laquelle l'accès au dossier de la Commission doit leur être accordé, et les conditions dans lesquelles elles peuvent se faire représenter ou assister;

(13) considérant qu'il est également nécessaire de définir les règles de fixation et de calcul des délais de réponse imposés par la Commission;

(14) considérant que le comité consultatif en matière de concentrations émet un avis sur la base d'un avant-projet de décision; qu'il doit donc être consulté sur une affaire une fois l'instruction de cette dernière terminée; que, cependant, cette consultation ne fait pas obstacle à ce qu'au besoin la Commission complète ultérieurement son instruction.

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

SECTION I

NOTIFICATIONS

Article premier

Personnes habilitées à présenter des notifications

1. L'obligation de notification incombe aux personnes ou entreprises déterminées à l'article 4 paragraphe 2 du règlement (CEE) n° 4064/89.
2. Lorsque la notification est signée par des représentants de personnes ou d'entreprises, ces représentants doivent prouver par un écrit leur pouvoir de représentation.

2. Le délai visé à l'article 10 paragraphe 3 du règlement (CEE) n° 4064/89 est suspendu :

a) dans les cas visés au paragraphe 1 point a) pendant la période s'écoulant entre l'expiration du délai fixé dans la demande de renseignements et la réception des renseignements complets et exacts demandés par voie de décision ;

b) dans les cas visés au paragraphe 1 point b) pendant la période s'écoulant entre la tentative manquée de vérification et la fin de la vérification ordonnée par voie de décision ;

c) dans les cas visés au paragraphe 1 point c) pendant la période s'écoulant entre la survenance des modifications des éléments mentionnés et la réception des renseignements complets et exacts demandés par voie de décision ou la fin de la vérification ordonnée par voie de décision.

3. La suspension du délai commence le jour suivant celui de la survenance de la cause de la suspension. La suspension se termine à l'expiration du jour de la disparition de la cause de la suspension. Si ce jour ou le jour suivant n'est pas un jour ouvrable au sens de l'article 19, la suspension se termine à l'expiration du jour ouvrable suivant.

Article 10

Respect du délai

Les délais visés à l'article 10 paragraphe 1 et paragraphe 3 du règlement (CEE) n° 4064/89 sont respectés, lorsque la Commission a pris sa décision avant l'expiration du délai. La notification du texte intégral de la décision aux entreprises concernées doit avoir lieu sans délai.

SECTION III

AUDITION DES INTERESSÉS ET DES TIERS

Article 11

Décisions concernant la suspension d'opérations de concentration

1. Si la Commission envisage de prendre une décision en vertu de l'article 7 paragraphe 2 du règlement (CEE) n° 4064/89 ou une décision en vertu de l'article 7 paragraphe 4 dudit règlement qui fait grief aux intéressés, elle leur communique par écrit, conformément à l'article 18 paragraphe 1 dudit règlement, les objections qu'elle retient à leur encontre et leur fixe un délai pour lui faire connaître leur point de vue.

2. Si, en application de l'article 18 paragraphe 2 du règlement (CEE) n° 4064/89, la Commission a pris une décision visée au paragraphe 1 à titre provisoire, sans mettre préalablement les intéressés en mesure de lui faire connaître leur point de vue, elle leur communique sans délai et en tout cas avant la fin de la suspension en cours, le texte complet de la décision provisoire et leur fixe un délai pour présenter leurs observations.

Après que les intéressés ont fait connaître leur point de vue, la Commission arrête une décision définitive, par

laquelle elle révoque, modifie ou confirme sa décision provisoire. Si les intéressés n'ont pas fait connaître leur point de vue dans le délai qui leur a été imparti, la décision provisoire de la Commission devient définitive à l'expiration de ce délai.

3. Les intéressés expriment leur point de vue par écrit ou oralement. Ils peuvent confirmer leurs observations orales par écrit.

Article 12

Décisions au fond

1. Lorsque la Commission envisage de prendre une décision en vertu de l'article 4 paragraphe 2 deuxième alinéa, ou paragraphes 3, 4 ou 5, ou en vertu des articles 14 ou 15 du règlement (CEE) n° 4064/89, elle procède, avant de consulter le comité consultatif en matière de concentrations, à une audition des intéressés conformément à l'article 18 dudit règlement.

2. La Commission communique par écrit aux intéressés les objections retenues à leur encontre. La communication est adressée au titulaire ou au représentant commun. En communiquant ses objections, la Commission fixe le délai dans lequel les entreprises intéressées ont la faculté de lui faire connaître leur point de vue.

3. Après avoir communiqué ses objections aux intéressés, la Commission leur donne, sur leur demande, l'occasion de consulter le dossier afin de préparer leurs observations. Des pièces sont exclues de la consultation du dossier dans la mesure où elles contiennent soit des secrets d'affaires d'autres intéressés ou de tiers, soit d'autres indications confidentielles, y compris des informations commerciales sensibles dont la divulgation aurait un effet délétoire significatif pour celui qui les a transmises, ou dans la mesure où il s'agit de documents internes à l'administration.

4. Les intéressés expriment par écrit, dans le délai imparti, leur point de vue sur les objections retenues à leur encontre par la Commission. Dans leurs observations écrites, ils peuvent exposer tous les moyens et faits utiles à leur défense et joindre tous les documents utiles pour établir les faits invoqués. Ils peuvent également proposer que la Commission entende des personnes susceptibles de confirmer les faits invoqués.

Article 13

Auditions

1. La Commission donne aux intéressés, qui l'ont demandé dans leurs observations écrites, l'occasion d'exposer verbalement leur point de vue, s'ils justifient d'un intérêt suffisant à cet effet ou si la Commission se propose de leur infliger une amende ou une astreinte. Elle peut également leur donner l'occasion d'ajouter, sans de présenter verbalement leur point de vue.

2. La Commission convoque les personnes à entendre pour la date qu'elle fixe.

3. Elle transmet sans délai une copie de la convocation aux autorités compétentes des États membres, qui peuvent désigner un fonctionnaire pour participer à l'audition.

Article 14

Tenue des auditions

1. Les auditions sont conduites par les personnes que la Commission mandate à cet effet.

2. Les personnes convoquées comparissent elles-mêmes ou sont représentées par leurs représentants légaux ou statutaires. Les entreprises ou associations d'entreprises peuvent être représentées par un mandataire dûment habilité, choisi dans leur personnel permanent.

3. Les personnes que la Commission entend peuvent être assistées par des avocats ou des professeurs admis à plaider devant la Cour de Justice des Communautés européennes en vertu de l'article 17 du protocole sur le statut de la Cour de Justice de la CEE ou par d'autres personnes qualifiées.

4. L'audition n'est pas publique. Les personnes sont entendues séparément ou en présence d'autres personnes convoquées. Dans ce dernier cas, il est tenu compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

5. Les déclarations de chaque personne entendue sont enregistrées.

Article 15

Audition des tiers

1. Si des personnes physiques ou morales justifient d'un intérêt suffisant, et notamment des membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées ou des représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises demandant à être entendus, conformément à l'article 18 paragraphe 4 deuxième phrase du règlement (CEE) n° 4064/89, la Commission les informe par écrit de la nature et de l'objet de l'affaire et leur fixe un délai pour leur faire connaître son point de vue.

2. Les tiers désignés au paragraphe 1 expriment leur point de vue, dans le délai fixé, par écrit ou oralement. Ils peuvent confirmer leurs observations orales par écrit.

3. La Commission peut également donner dans d'autres cas à des tiers l'occasion d'exprimer leur point de vue.

SECTION IV

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16

Communication de pièces

1. Les communications et convocations émanant de la Commission sont adressées à leur destinataire par l'une des voies suivantes :

- a) remise par porteur contre reçu ;
- b) lettre recommandée avec accusé de réception ;
- c) télexcopie avec demande d'accusé de réception ;
- d) télex.

2. Sans préjudice de l'article 18 paragraphe 1 précédent s'applique également aux communications de pièces faites par les intéressés ou la Commission.

3. En cas d'envoi par télex ou télexcopie, présumée être parvenue à son destinataire le jour de l'expédition.

Article 17

Fixation des délais

1. Pour fixer les délais prévus à l'article 4 et à l'article 5 paragraphes 2 et 3, à l'article 11, paragraphes 1 et 2, à l'article 12 et à l'article 15 par la Commission, celle-ci prend en considération le temps d'établissement des observations ainsi que l'affaire. Elle prend également en considération les délais légaux dans le pays où la communication doit être reçue.

2. Les délais ne tiennent pas compte du jour de communication de la Commission est par le destinataire.

Article 18

Réception de pièces par la Commission

1. Sans préjudice de l'article 4 paragraphe 1, les communications doivent parvenir ou être expédiées recommandées à la Commission à l'adresse indiquée sur le formulaire CO avant l'expiration du délai. L'article 4 paragraphe 1 du règlement (CEE) ne s'applique pas aux communications visées à l'article 4 paragraphe 1 du règlement (CEE). Les indications additionnelles demandées pour compléter les notifications visées à l'article 4 paragraphe 1 du règlement (CEE) doivent parvenir à l'adresse indiquée sur le formulaire CO avant l'expiration du délai. Les observations écrites doivent parvenir à l'adresse mentionnée avant l'expiration de chaque cas d'espèce. Les observations écrites doivent parvenir à la Commission visées à l'article 4 paragraphe 1 du règlement (CEE) et à l'article 5 paragraphe 2 doivent parvenir à l'adresse mentionnée avant l'expiration de chaque cas d'espèce. Les observations écrites doivent parvenir à la Commission visées à l'article 12 paragraphe 2, à l'article 13 paragraphe 1 et à l'article 14 paragraphe 1 du règlement (CEE) avant l'expiration du délai.

2. Lorsque le dernier jour d'un délai est un jour ouvrable, le délai expire à midi. Si le jour n'est pas un jour ouvrable, le délai expire le jour ouvrable suivant ainsi défini.

3. Lorsque le dernier jour d'un délai est un jour ouvrable, le délai expire à midi. Si le jour n'est pas un jour ouvrable, le délai expire le jour ouvrable suivant ainsi défini.

Article 19

Définition des jours ouvrables

Les jours ouvrables au sens de l'article 6 paragraphe 3, de l'article 7 paragraphe 4, de l'article 9 paragraphe 3 ainsi que de l'article 18 paragraphe 2 sont tous les jours autres que les samedis, dimanches, jours fériés légaux déterminés à l'annexe II et autres jours fériés de la Commission tels

qu'ils sont publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Article 20

Entrée en vigueur

Le présent règlement entre en vigueur le 21 septembre 1990.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre.

10



