HAL
open science

L'intention fautive en droit européen de la concurrence

Virginia Dobre

To cite this version:

Virginia Dobre. L'intention fautive en droit européen de la concurrence. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2020. Français. NNT : 2020PA100122 . tel-03250618

HAL Id: tel-03250618

https://theses.hal.science/tel-03250618

Submitted on 4 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris Nanterre

200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Membre de l'université Paris Lumières

École doctorale 141 : Droit et science politique
CEDIN

Virginia DOBRE

L'intention fautive en droit européen de la concurrence

Thèse présentée et soutenue publiquement le 11/12/2020
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de M. Jean-Marc THOUVENIN

Jury :

Rapporteure :	Mme. CLAUDEL Emmanuelle	Professeure Université Paris 2
Rapporteur :	M. HENRU Rémy	Professeur Université de Picardie Jules Vernes
Membre du jury :	M. DEZOBRY Guillaume	Maître des conférences Université de Picardie Jules Vernes
Membre du jury :	M. THOUVENIN Jean-Marc	Professeur Université Paris-Nanterre

Résumé de la thèse – version française

Si la position traditionnelle rejette tout rôle de l'intention fautive en droit de la concurrence, la thèse a examiné son influence sur la qualification d'infraction, ainsi que sur la sanction.

Après une étude portant sur les différents courants de pensée par rapport à l'intention, l'analyse jurisprudentielle sur l'objectif des **articles 101 et 102 du TFUE** est incapable à conduire à une solution unitaire. Néanmoins, la jurisprudence en matière d'ententes montre que: **(i).** l'intention fautive est suffisante pour constituer l'objet anticoncurrentiel; **(ii).** sa preuve est parfois nécessaire pour restrictions verticales; **(iii).** l'intention licite permet l'application de la doctrine des restrictions accessoires; **(iv).** l'absence de l'acquiescement est une défense avec des possibles chances de succès dans les relations horizontales et **(v).** l'intention est une condition pour la qualification de facilitateur.

Pour l'abus de position dominante, dans le cadre du refus d'approvisionnement, de l'approvisionnement exclusif et des prix de prédation, l'intention d'éviction est soit recherchée, soit présumée.

Les conséquences de la qualification des infractions portent sur les procédures négociées et sur l'amende administrative. Si les conditions et le résultat de la clémence sont la manifestation et les conséquences de l'intention légitime, la procédure de transaction est soumise à certaines conditions renvoyant à l'intention.

Après être arrivé à une conclusion sur le rôle de l'intention pour l'infliction d'une sanction, une étude des circonstances atténuantes ou bien aggravantes trouve leur connexion avec l'intention.

La conclusion finale propose à confronter la pratique aux idées initiales sur le rôle de l'intention, révélant que ces dernières méritent d'être profondément reconsidérées.

Abstract of the thesis – English version

If the traditional view rejects any place of anticompetitive intent in European competition law, the thesis examines its influence on the qualification of the infringement and on modulating responsibility.

After a study on different ways of thinking on the role of intent, the case law study is incapable of reaching a unitary solution as to the aims of **articles 101 and 102 TFEU**. Nevertheless, case law confirms that: **(i).** intent is sufficient to indicate anticompetitive object; **(ii).** intent evidence is sometimes necessary in vertical restrictions; **(iii).** competitive intent leads to the application of the ancillary restraints doctrine; **(iv).** the absence of acquiescence is a possible successful defence in horizontal restrictions, under certain conditions and **(v).** intent is a condition for the qualification of facilitator.

For the abuse of a dominant position, the role of intent is obvious for exclusionary abuses, such as refusals to supply, exclusive supply distributions and predation prices, when intent is either searched or presumed.

Possible consequences of intent on the qualification of an infringement are important for negotiated procedures, as well as for the administrative fine. If the conditions and the result of the leniency procedure are the manifestation or the consequences of a legitimate intent, the transaction is subject to certain conditions pointing to intent.

After having reached a conclusion on the role of intent for the infliction of a fine, a study on mitigating or aggravating circumstances establishes their link to intent.

The final conclusion proposes to confront the legal practice with initial ideas on intent in European competition law, revealing that the latter deserve to be profoundly reconsidered.

Titre de la thèse en anglais – **Anticompetive intent in European competition law**

Mots-clés en anglais – anticompetitive intent, acquiescence, fault, willingness, deliberation

Mots-clés en français – intention fautive, acquiescement, faute, volonté, délibération

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

J'exprime ma profonde gratitude au professeur Jean-Marc THOUVENIN pour sa disponibilité, son sens critique et sa grande rigueur intellectuelle qui m'ont accompagné tout au long de cette thèse.

Je remercie également à ma famille et spécifiquement à ma soeur, qui a bien voulu prendre le temps de relire la présente thèse.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

L'INTENTION FAUTIVE ET LA QUALIFICATION DES INFRACTIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Titre I – L'apparente exclusion de l'intention fautive du droit de la concurrence

Chapitre 1 : Le fondement conceptuel de la définition objective des infractions
Chapitre 2 : Un choix initial stable - définition objective de l'infraction en droit de la concurrence

Titre II – L'irruption de l'intention fautive en droit de la concurrence

Chapitre 1 : Les implications théoriques sur le terrain de l'intention fautive de la théorie de l'école de Chicago
Chapitre 2 : La reformulation des infractions autour de l'intention fautive

DEUXIÈME PARTIE

L'INTENTION FAUTIVE ET LES CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION DES INFRACTIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Titre I : Les effets de l'intention fautive sur les procédures négociées

Chapitre 1 : La procédure de clémence – faute avouée, (à demi) pardonnée
Chapitre 2 : La procédure de transaction – manifestation d'une diminution de faute

Titre II : La responsabilité de l'entreprise, modulée par l'existence et le dégrée de l'intention fautive – marge de manœuvre de la Commission européenne limitée par l'intention

Chapitre 1 : L'existence de l'intention ou de la négligence – condition établie par le Règlement pour l'infliction d'une amende
Chapitre 2 : L'intention fautive, comme facteur modérateur du montant de l'amende

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
AJCA	AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution
al.	Alinéa
Art.	Article
CEE	Communauté économique européenne
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communauté européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMLR	Common Market Law Review
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Concurrences	Revue des droits de la concurrence
Déc.	Décision de la Commission de l'Union européenne
ECLR	European Competition Law Review
ed.	Edition
Europe	Revue Europe
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
n°	numéro
op. cit.	*opere citato* (ouvrage cité)
p.	Point (par référence aux arrêts du TPIUE ou de la CJUE)
préc.	Précité
Rec.	Recueil de la CJUE, du TPIUE, du TC ou du CE
RLC	Revue Lamy de droit de la concurrence
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RTD Eur	Revue trimestrielle de droit européen
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
T.	Tome
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TPI	Tribunal de Première Instance
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés européennes
TPIUE	Tribunal de Première Instance de l'Union européenne
V., v.	Voyez, voyez
vol.	Volume

PRINCIPAUX ELEMENTS TRADUITS

in	dans
&	et
no.	n^{o}
pp.	p.
2nd ed.	2ème édition
Vol.	vol.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Une tentative d'identification de l'essence la plus profonde du droit est susceptible de conduire, sans doute, à indiquer la responsabilité juridique comme conséquence du non-respect des normes[1], une responsabilité pour l'engagement de laquelle plusieurs conditions sont absolument requises. Si, d'une manière presque simpliste, le droit des obligations admet, pour règle, l'impérativité des trois éléments pour engager la responsabilité juridique[2], soit la faute, le dommage et le lien de causalité, il reste à analyser quelles en sont les conséquences sur le terrain du droit de la concurrence.

2. Appréciés au cas par cas dans chaque litige, ni le lien de causalité, notion plurivoque, ni le dommage, difficile à appréhender pour une activité économique, ne vont, toutefois, faire l'objet de la présente étude, qui va se centrer en revanche sur le rôle de l'intention dans la définition et la sanction des infractions aux règles de la concurrence, en particulier au niveau européen.

3. La question de la place de l'intention nécessaire pour l'engagement de la responsabilité en droit européen de la concurrence mérite d'être posée, surtout dans le contexte ou les termes « *intention* » ou « *faute* » sont rarement prononcés par la Commission européenne ou encore par la Cour de justice de l'Union européenne.

A la lumière du fait que, dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice, l'expression « *intention fautive* » n'est prononcée que pour lui enlever toute signification en ce qui concerne la solution du litige[3], aucune définition concrète n'a été développée par la doctrine de droit de la concurrence, qui la considère dénuée de toute substance[4]. C'est la raison pour laquelle, pour point de départ dans la recherche d'une telle définition, la présente étude va faire appel à d'autres branches de droit, comme le droit des obligations en tant que droit commun, et le droit pénal qui s'approche du droit de la concurrence par le caractère punitif de la sanction[5].

---

[1] TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, 10ème édition Dalloz, 2015, p. 17.
[2] STORME, Matthias, *Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances*, Bulletin des assurances, 1990, p. 444-462.
[3] TPI, 1er avril 1993, BPB Industries PLC et British Gypsum Limited contre Commission, affaire T-65/89, Recueil de jurisprudence 1993, page II-00389, attendu 70.
[4] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000 p. 67.
[5] SCHWARZE, Jürgen, *Les sanctions infligées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n° 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit*, RTD Eur. 2007, p.1, IDOT, Laurence, *Procédures quasi-répressives en droit de la concurrence*, RSC 2013. 635.

I. Définition, intérêt du sujet

4. La pertinence des travaux de recherche envisagés réside dans les deux axes suivants : après avoir établi une définition précise et juridique des notions de faute et d'intention en droit de la concurrence, il conviendra d'abord d'entreprendre une étude approfondie des situations dans lesquelles celles-ci a été retenue en vue de fonder ou d'exclure la responsabilité juridique ; il conviendra ensuite d'analyser la mesure dans laquelle l'intention, qu'elle soit fautive ou, par contre, concurrentielle, peut avoir une influence sur le degré de la sanction prononcée par les autorités de concurrence.

5. L'intérêt de la présente étude portant sur le rôle de l'intention en droit de la concurrence dépasse de loin le niveau purement théorique, mais s'étend à une démarche qui conduit à appréhender également des réels problèmes pratiques : l'intention est-elle nécessaire pour l'engagement de la responsabilité juridique? En cas de réponse affirmative, pour quelles infractions? Par ailleurs, est-ce que les autorités attachent une importance au degré de la faute en vue d'établir le montant de la sanction? La question de l'intensité de l'intention fautive nécessaire pour chaque type d'infraction, de ses formes, ainsi que les éléments qui excluent la faute pour chaque comportement anticoncurrentiel, figurent parmi les questions les plus récurrentes, les plus délicates et les plus riches.

Mais avant de réfléchir sur la nécessité ou non de l'intention pour engager la responsabilité juridique, il faut la définir.

A titre liminaire, le travail préalable de définition devra conduire à clarifier l'emploi des termes « *faute* » et « *intention* » sous l'angle du droit européen de la concurrence. De la définition ainsi établie découlera l'éclaircissement d'un régime juridique, une systématisation de la notion d'intention, telle qu'elle est appliquée par les autorités et les instances, dans le domaine du droit européen de la concurrence.

A. Les notions de faute et d'intention – approche sémantique

6. Une approche sémantique de la notion « *d'intention fautive* » semble nécessaire, en ce qu'elle suppose une étude de la relation de synonymie ou non, compte tenu de la confusion entretenue fréquemment entre cette dernière et l'intention ou encore la faute.

7. En effet, la faute est définie comme étant « *acte ou omission constituant un manquement à une obligation contractuelle ou légale* »[6].

8. Par rapport à cette définition, l'intention fautive représente l'attitude subjective de l'entreprise qui manque à ses obligations, que ce soit par action ou par omission. On utilise d'ailleurs le terme « *intention* » et « *faute* » comme équivalents – en partant de la notion plurivoque de faute, qui inclut, en droit français, tant l'élément matériel que moral.

[6] V. faute, en Le petit Larousse en couleurs, édition Larousse, 1995, p. 431.

Cette confusion entre les deux termes est rendue possible à cause de la terminologie parfois utilisée par la doctrine[7], qui utilise le même terme – celui de faute – pour designer des significations distinctes[8], soit le fait matériel ou encore l'attitude subjective des parties, en retenant la corrélation étroite entre les deux notions. En vue de clarifier le sens de notion qu'on va employer aux termes de la présente étude, une analyse de ce que la doctrine juridique comprend par « *faute* » nous apparaît comme indispensable.

B. Les notions de faute et d'intention – approche doctrinale

9. La notion de faute a comporté, au fil du temps, des définitions diverses en droit civil interne des Etats membres, qui varient non seulement par rapport à l'Etat auquel on s'intéresse[9], mais aussi par rapport à l'auteur. Ces définitions ont, toutefois, un point commun, matérialisé dans la possibilité de les classifier en conceptions subjectives ou objectives, selon que l'intention est ou non un facteur requis pour l'engagement de la responsabilité juridique.

10. D'une part, la plus ancienne théorie est, d'un point de vue historique, celle subjective, qui, à partir de l'existence du libre arbitre des sujets de droit, postule la nécessité de deux composantes pour l'engagement de la responsabilité juridique : un élément objectif – le comportement illicite et un élément subjectif – l'intention fautive.

11. Dans ce sens, pour **Carbonnier**, pour qu'une faute puisse être imputée à celui qui l'a commise, il faut qu'elle soit commise de façon volontaire[10] – toutefois, le mot volontaire ne se limite pas, dans sa conception, à l'intention, mais peut également englober la situation d'absence d'intention coupable.

Une autre conception de nature subjective appartient à **Starck, Boyer** et **Roland**, qui considèrent que la responsabilité implique :

---

[7] MALINVAUD, Philippe et FENOUILLET, Dominique, *Droit des obligations*, 12ème é; édition LITEC, 2012, n° 584, p. 460.

[8] ETIER, Guillaume, *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Schulthess Bruylant, 2006, p. 355.

[9] Sur les deux éléments de la faute dans la doctrine des Etats européens, voir, DELIYANNIS, Jean, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, th. Paris, 1952, LGDJ, p. 5 et MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, *Cours de droit civil, Obligations*, Tome 4, 5e éd. Cujas, n° 55. Pour le droit allemand, l'auteur LEHMAN, Heinrich – qui définit la faute comme une défaillance de la volonté (*Willensfehler*) que l'on peut reprocher à l'auteur de l'acte, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11e éd. Walter de Gruyter, Berlin, p. 325. En droit français la doctrine reste partagée - pour la conception subjective, voir CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, 20ème éd. Dalloz, 1996, p. 341 ; STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5e éd. LITEC, n° 268, p. 135. A l'inverse, dans le sens d'une vision objective de la faute, voir DEJEAN de La Bâtie, in Aubry et Rau, *Droit civil français*, 7e éd. 1975, t. 6, n° 342 ; Le TOURNEAU, Pierre, *La responsabilité civile*, 3e éd. Dalloz, n° 1872. En droit italien, l'auteur CORSARO, Luigui insiste sur le fait que la responsabilité civile en droit italien nécessite, outre le caractère illicite de l'acte, une imputation morale, en *Enciclopedia Treccani*, Rome, n° 4 et encore CIAN, Giorgio et TRABUCCHI, Alberto, *Commentario al Codice civile*, 4e éd. Cedam, Milan, 1992, art. 2046, p. 3. En droit anglais, Robert Francis Vere dans *HEUSTON Salmond on the Law of torts*, 16e éd. Sweet & Maxwell, p. 20, soutient la définition de la faute comme un état d'esprit coupable (*guilty mind*). Toutefois, la conception objective n'est pas restée sans écho, sens dans lequel le professeur JONES, Michael la retient, dans *CLERCK & LINDSELL on Torts*, 16e éd. Sweet & Maxwell, 1989, p. 9.

[10] CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Obligations*, tome 4, édition PUF, p. 377.

« *une appréciation d'ordre moral, un jugement de valeur sur ce qui est bien et ce qui est mal. C'est une erreur de conduite qu'un homme normalement avisé, le bonus pater familias des Romains, n'aurait pas commise dans les mêmes circonstances* »[11].

Tout en reconnaissant le fait que le juge ne saurait appliquer un critère moral purement subjectif, les auteurs critiquent la notion de faute « *abstraite et objective* », qui n'implique ni le discernement, ni l'imputabilité – en estimant qu'un comportement ne peut pas être fautif sans être blâmable.

Selon les Professeurs **Terré, Simler** et **Lequette**, s'il est vrai que la faute civile doit être distinguée par rapport à la faute morale, il n'est pas moins vrai que, tant en ce qui concerne un fait personnel isolé que lorsqu'il y a une pluralité de fautes ou d'auteurs d'un dommage :

« *à défaut de dépouiller la notion de faute de tout contenu d'ordre psychologique, la faute civile comporte un élément moral* »[12].

Dans le sens du maintien de la conception subjective, **Malinvaud et Fenouillet** s'expriment en faveur de la nécessite de l'imputabilité, comme élément constitutif de la faute, dans le cadre de la responsabilité civile :

« *Dans l'opinion générale, un fait illicite ne suffit pas à constituer une faute ; il faut en outre qu'il soit imputable à son auteur. Cette imputabilité suppose en principe chez l'auteur du dommage la conscience et la liberté de ses actes, car on ne saurait pas reprocher à quelqu'un un comportement inconscient ou auquel il a été contraint* »[13].

Si les auteurs reconnaissent que la législation française ne valide pas sur le premier point cette conception – soit la conscience, du moment où la personne répond non seulement pour intention, mais aussi pour négligence, l'affirmation est confirmée pour le deuxième point – soit la volonté.

Les adeptes de la théorie subjective ont affirmé, d'une manière explicite, que l'élément moral est « *l'essence de l'acte infractionnel, et que l'élément matériel* [en est] *la simple manifestation extérieure* »[14]. Si cette tendance conduit à une dématérialisation de l'infraction, la conception inverse, dite objective, a comme résultat la conclusion contraire, une infraction strictement matérielle.

---

[11] STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent, *Obligations, Responsabilité délictuelle*, 5e éd. LITEC, n° 268 et suivants, p. 135.
[12] TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 8ème éd. Dalloz, 2002, n° 722, p. 697.
[13] MALINVAUD, Philippe et FENOUILLET, Dominique, *Droit des obligations*, 12ème éd. LITEC, 2012, n° 584, p. 460.
[14] LEVASSEUR, Georges, CHAVANNE, Albert, MONTREUIL, Jean, BOULOC, Bernard, *Droit pénal général et procédure pénale*, 12ème éd. Sirey, n° 163, p. 69.

12. Une conception plus nuancée a été exprimée dans la doctrine de droit privé, au sens où les deux types de faute sont admis dans le cadre de la responsabilité pour fait personnel. En effet, la faute délictuelle supposait traditionnellement, au-delà de la violation d'une norme de comportement, que le responsable ait eu conscience de la portée de ses acte – toutefois, à cause de l'absence d'équité par rapport aux victimes d'une action ou omission causée par une personne dépourvue de conscience, la conception dite objective sur la faute est admise en ce qui concerne les individus atteints d'un trouble mental ou encore les *infans*[15].

13. D'autre part, en ce qui concerne la deuxième conception, qu'on qualifie d'objective, elle ne prend en compte que l'élément factuel, la culpabilité n'étant pas une composante nécessaire. De ce point de vue, la transgression d'une règle de droit est le seul élément nécessaire pour l'engagement de la responsabilité juridique.

Le rôle crucial dans l'élaboration de cette définition revient à la doctrine. Bien que les auteurs qui ont pris l'initiative d'ouvrir les hostilités contre la doctrine subjective traditionnelle savaient bien la portée que le Code civil et la jurisprudence ont voulu donner à la faute[16], ils ont constaté l'impuissance de la responsabilité pour faute de répondre aux besoins d'indemnisation des victimes des accidents de travail[17] – raison pour laquelle les victimes appelaient, en effet, à la conscience des juges. Toutefois, à l'occasion des discussions parlementaires en ce qui concerne l'indemnisation des victimes des accidents de travail, l'idée du « *risque professionnel* » s'est assez vite imposée, de sorte qu'elle a inspiré à **Saleilles** la fameuse « *théorie du risque* ».

En se fondant comme point de départ sur l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne l'indemnisation des victimes des accidents de travail, **Saleilles** a montré, dans plusieurs articles[18], que les instances prononçaient des solutions qui ne cadraient plus avec la définition stricte de la faute, mais qui répondait plutôt à l'idée que « *celui qui a la direction* [d'une activité] *doit en payer les risques* ».

D'autres théories de facture objective, tout en partageant avec la doctrine du risque l'absence de tout élément intentionnel, ont rejeté celle-ci au motif qu'elle est immorale et antiéconomique. Par exemple, **Mazeaud** a proposé une définition extrêmement large pour la faute, qui ne comporte, à son avis, aucun élément subjectif[19].

---

[15] PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit civil 2ème année. Les obligations*, 6ème éd. Dalloz, 2010, n° 634 et s. p. 310.
[16] VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil*, sous la direction de GHESTIN, Jacques, LGDJ, 1995, p. 82.
[17] LENOIR, Rémy, *La notion d'accident du travail : un enjeu de luttes*, Actes de la recherche en sciences sociales, nº 32-33, avril/juin 1980, p. 77-88, p. 81.
[18] SALEILLES, Raymond, *Le risque professionnel dans le Code civil*, La réforme sociale, 1989, p. 634.
[19] MAZEAUD Henri, TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile et contractuelle et délictuelle*, tome I, 6ème édition Montchrestien, 1965, n° 426 et suivants.

14. Les hésitations dans la définition de la notion de faute représentent l'explication pour laquelle, parfois, le terme englobe deux conditions tout à fait distinctes, qui se traduisent dans deux termes différents : l'action ou omission illicite et l'intention fautive[20] - si, dans certains cas définis par la loi, l'intention fautive est absente, la loi a créé l'institution de l'engagement de la responsabilité sans faute.

15. Si l'approche de la doctrine de droit civil connaît la divergence déjà exposée en ce qui concerne la définition de la faute, avec un accent sur la conception subjective, la doctrine pénale française comprend, par faute, seulement le volet culpabilité, qu'il soit intentionnel ou bien coupable – toutefois, comme on va le montrer, la notion d'infraction matérielle n'est pas inconnue au droit pénal français.

Sur ce terrain, l'élément moral est divisé entre, d'une part, l'intention et de l'autre, la négligence, comme transgression de la norme sans en avoir eu la volonté. Dans ce sens, **Paulin** observe que :

« *Traditionnellement, le terme de faute pénale désigne l'élément moral des infractions dites « involontaires », c'est-à-dire celles dont l'auteur commet un acte transgressant la loi pénale sans avoir voulu réaliser cette transgression* »[21].

L'auteur distingue, de nouveau, sur le terrain du lien de causalité, entre la faute pénale ordinaire et celle caractérisée ; il admet, toutefois, que l'existence des obligations légales de sécurité, dont l'inexécution constituera faute caractérisée en dehors de tout élément moral, conduit à une applicabilité pratique réduite de la distinction[22].

Si pour les délits d'imprudence, la nécessité de la faute n'a pas été contestée, elle l'a été, en revanche, pour quelques délits correctionnels et la plupart des contraventions. Dans ce sens, **Stefani, Levasseur** et **Bouloc** ont conclu que ceux-ci :

« *n'exigent pas une intention coupable et sont punissables du fait même de leur commission. On a prétendu, l'on a même jugé, que ces infractions purement matérielles*[23] *se trouvaient réalisées par le seul fait de leur commission, indépendamment de la volonté de leur auteur* »[24].

Selon les mêmes auteurs, les contraventions et les délits contraventionnelles ne comportent que l'élément légal et l'élément matériel, à l'exclusion de l'élément moral[25] - dans ce contexte, la notion d'infraction matérielle n'est pas étrangère au droit pénal français.

---

[20] BOROI, Gabriel et STANCIULESCU, Liviu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod Civil*, Hamangiu, 2012, p. 188-191.
[21] PAULIN, Christophe, *Droit pénal général*, 4ème éd. LITEC, 2005, n°118, p. 54.
[22] PAULIN, Christophe, *Droit pénal général*, 4ème éd. LITEC, 2005, n°118, p. 56.
[23] C'est nous qui soulignons.
[24] STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 14ème éd. Dalloz, 1992, Paris, n°250, p. 209.
[25] STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 14ème éd. Dalloz, 1992, Paris, n°250, p. 209.

16. Dans une première phase, pour la conception subjective, la doctrine pénale roumaine[26] distingue entre les infractions intentionnelles et celles non-intentionnelles. De la même manière, la doctrine française[27] distingue entre la faute intentionnelle et la faute lourde.

17. Selon la doctrine en droit pénal roumain, la faute – en tant qu'attitude physique de l'auteur en ce qui concerne son comportement, ainsi que ses suites, est le résultat des deux facteurs : la conscience et la volonté[28]. En effet, la faute suppose une attitude consciente, au sens où l'auteur se rend compte de ses actions ou omissions, qu'il commet d'une manière volontaire, pour la réalisation des suites voulues.

Dans ce sens, la volonté de commettre l'infraction est déterminée à travers la représentation du comportement de l'auteur, dans sa propre conscience. Tant le facteur intellectif, que celui volitif doivent exister au moment de la commission de l'infraction[29].

18. Pour la détermination de la faute dans le cas d'une personne morale, la même doctrine[30] reconnait le fait qu'il faut se rapporter à l'attitude subjective des organes de direction de l'entreprise, tant en ce qui concerne leur propre comportement que celui de leurs employés, mandataires ou personnes tolérées par ceux-ci.

En ce qui concerne le droit roumain, les auteurs[31] opèrent une autre distinction :

- d'une part, l'intention peut revêtir elle-même deux formes : l'intention directe – l'auteur de l'infraction prévoit et poursuit la suite de l'infraction et l'intention indirecte – l'auteur prévoit la suite de l'infraction, il ne la poursuit pas, mais accepte la possibilité de se produire;
- d'autre part, l'infraction non-intentionnelle peut se produire soit par imprudence, soit par négligence – l'imprudence signifie l'attitude de l'auteur qui prévoit la suite de l'infraction, mais n'accepte pas la possibilité de production du résultat, tout en considérant sans justification qu'il ne va pas se produire ; la négligence représente la forme de la faute conformément à laquelle l'auteur de l'infraction ne prévoit pas la suite de l'infraction, bien qu'il puisse et doive la prévoir.

Le droit de la concurrence connaît, néanmoins, des particularités qui font en sorte que l'engagement de la responsabilité soit soumis aux conditions parfois différents – de ce point de vue, en suivant la jurisprudence traditionnelle[32], la doctrine[33] enlève toute importance à

---

[26] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală. Partea specială*, éd. CH Beck, București, 2010, p. 52-56 ; GUIU, Mioara Ketty, *Basic Concepts of Criminal Law and Setting up Incriminating Norms*, Journal of Politics and Law 5. 1er, mars 2012, p. 109-116.
[27] MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, *Les Obligations*, 5e éd. Defrésnois, n° 57, p. 32-33.
[28] MITRACHE, Constantin, MITRACHE Cristian, *Drept penal român, Partea generală*, éd. Universul Juridic, București, 2010, p. 107.
[29] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală. Partea specială*, éd. CH Beck, București, 2010, p. 15.
[30] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală. Partea specială*, éd. CH Beck, București, 2010, p. 15.
[31] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală. Partea specială*, éd. CH Beck, București, 2010, p. 52-56.

l'élément subjectif pour le constat et la sanction d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Il en reste à vérifier dans quelle mesure les particularités du droit de la concurrence justifient une telle conception ou bien si elles permetent une conclusion différente donnant une place à la conception subjective de la notion d'infraction en droit européen de la concurrence.

C. Les particularités de l'intention fautive en droit de la concurrence par rapport à l'intention fautive en droit civil et pénal

Si, en droit civil, la majorité de la doctrine reste fidèle à la conception traditionnelle, conformément à laquelle la faute inclut l'élément subjectif[34], dans la doctrine du droit de la concurrence la place de la faute est particulièrement réduite, les auteurs postulant des infractions à structure uniquement matérielle[35].

Paradoxalement, aucune règle ne vaut en absence de son exception: en droit civil – plutôt en ce qui concerne la responsabilité pour autrui, tout élément de culpabilité est exclu ; par ailleurs, en droit de la concurrence, qui nie en principe tout rôle à l'intention fautive dans la sanction des infractions, celle-ci peut arriver même à exonérer de toute responsabilité juridique, à cause d'absence de collusion[36].

En outre, on peut s'apercevoir que si toute violation d'une norme juridique de droit civil n'est pas, en même temps, une violation des règles de concurrence, en revanche, toute violation du droit de la concurrence est susceptible de représenter une faute civile, de donner naissance à l'obligation de réparation, dans le cadre d'une action en responsabilité pour faute[37].

S'interrogeant sur la compatibilité entre le droit de la concurrence et le *private enforcement*, certains auteurs[38], dans la doctrine française, ont conclu que les actions civiles sont conformes à l'esprit du droit de la concurrence, tout en respectant les exigences d'efficacité de l'action

---

[32] CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

[33] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000.

[34] Pour le droit français, voir CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, 20ème éd. Dalloz, 1996, p. 341 ; STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5e éd. LITEC, n° 268, p. 135, TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 8èmeéd. Dalloz, 2002, n° 722, p. 697, MALINVAUD, Philippe et FENOUILLET, Dominique, *Droit des obligations*, 12èmeéd. LITEC, 2012, n° 584, p. 460.

[35] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000 p. 67 ; WHISH, Richard et BAILEY David, Competition Law, 7eme édition, Oxford University Press 2012, p. 119.

[36] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, Recueil de jurisprudence 2000, p. II-03383.

[37] IDOT, Laurence, *Développement des actions en réparation et articulation avec l'action des autorités spécialisées*, RTD EUR. 2013. 849.

[38] LASSERRE-KIESOW, Valérie, *La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Recueil Dalloz, 2007, p. 2116.

publique.

Outre quelques questions posées par la doctrine portant sur la détermination des personnes civilement responsables ainsi que de la répartition de la charge de l'indemnisation[39], cette conclusion a été confirmée par l'adoption de la directive portant sur les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne[40].

Néanmoins, en raison du fait que la réparation du dommage de la victime est octroyée conformément à la législation nationale de l'Etat en cause en matière de procédure[41], la question de savoir dans quelle mesure une faute est ou non requise reste soumise au droit de chaque Etat membre ; en absence d'harmonisation sur la question de la faute, son rôle dans le cadre de l'action privée ne va pas faire l'objet de la présente étude.

19. Si on regarde l'intention fautive en droit pénal par rapport à l'institution juridique correspondante en droit de la concurrence, on remarquera que la simple existence de l'intention est susceptible de transformer une infraction dans une autre[42]. Par contre, aucune distinction n'est faite en droit de la concurrence entre les infractions selon leur gravité, en ce qui concerne la qualification juridique[43].

20. Par rapport aux deux éléments identifiés par la doctrine pénale roumaine[44] comme constitutives de la faute – soit le facteur intellectif et le facteur volitif, la particularité pour l'engagement de la responsabilité d'une personne morale réside dans le fait qu'elle ne pourrait pas invoquer l'absence de la conscience – soit l'aliénation mentale. En effet, les dirigeants d'une personne morale sont toujours des personnes intègres du point de vue intellectuel, raison pour laquelle, par rapport à la faute, une personne morale ne pourra invoquer l'inexistence du facteur intelectif en vue de s'exonérer de la responsabilité.

Il nous semble que cette solution est très facilement transposable en droit de la concurrence, sens dans lequel une entreprise ne peut pas invoquer n'avoir pas connu le caractère anticoncurrentiel de son comportement[45].

---

[39] CHAGNY, Muriel, *Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger*, AJCA, 2014, p. 256.

[40] Parlement européen et Conseil, 26 novembre 2014, Directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, publiée au Journal officiel L 349/1, numéro 2014/104/UE.

[41] Parlement Européen et Conseil Européen, 26 novembre 2014, directive 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, publiée au Journal officiel L 349/1/05.12.2014, art. 4.

[42] Par exmple, en droit pénal français, le fait de donner volontairement la mort à une personne constitue un meutre au sens de l'art. 221-1 C.pen., tandis que le même résultat atteint par imprudence est constitutif d'un homicide involontaire au sens de l'art. 221-6 C.pen.

[43] Que pour l'individualisation de la sanction, ou la gravité est un des critères à prendre en compte.

[44] MITRACHE, Constantin, MITRACHE Cristian, *Drept penal român, Partea generală*, éd. Universul Juridic, București, 2010, p. 107.

[45] CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131, p. 18.

21. La solution de la détermination de la faute – de l'intention subjective de l'auteur, à travers de manifestations objectives n'est pas nouvelle, au moins en droit roumain. Dans le contexte où, en droit roumain, la différence entre l'infraction de meurtre et celle de violence volontaire ayant entraîné la mort est l'intention, au sens où le meurtre est commis d'une manière intentionnelle et l'autre, sans intention de tuer, la doctrine[46] précise que la différence entre les deux infractions sera effectuée par rapport à l'arme du crime, la zone visée par l'auteur, le nombre et l'intensité des blessures causées.

22. Par conséquent, c'est la manifestation extérieure de l'acte de l'auteur qui est le seul élément par lequel l'intention subjective est appréciée – par ailleurs, un élément objectif. Toute autre solution serait difficile à apercevoir, à la lumière du caractère intérieur de la volonté de l'auteur de l'infraction[47].

En dépit de ce constat, la doctrine du droit pénal ne nie pas l'importance de l'intention dans la qualification d'infraction. Tout au contraire, cette intention est recherchée à travers ses manifestations objectives, en vue de qualifier l'acte en tant que meurtre ou bien de de violence volontaire ayant entraîné la mort.

Il nous semble que cette situation est facilement transposable en droit de la concurrence, au sens où la volonté des entreprises, bien qu'importante – parfois pour la qualification d'infraction et toujours pour la détermination du montant de l'amende, est recherchée par les autorités, mais seulement à travers sa manifestation objective. La raison est l'impossibilité de la détermination de l'intention comme attitude subjective des organes de l'entreprise.

Sans nier le caractère déclaré administratif de la sanction en droit de la concurrence, on remarque la tendence de pénalisation du droit de la concurrence selon le CEDH[48], question aprouvée par certains auteurs[49] qui s'interrogent sur sa vraie nature juridique, en prenant en compte l'importance des conséquences subies par l'auteur et en postulant l'applicabilité des principes fondamentaux du droit administratif, mais également des garanties de la procédure et du droit pénal aux procédures relevant du droit de la concurrence.

Du point de vue des particularités du droit de la concurrence par rapport au doit civil et pénal, il importe de conclure qu'aucune de celles-ci ne s'oppose, *a priori*, à la rétention de la définition subjective de la faute, sens dans lequel une analyse jurisprudentielle pourrait s'avérer utile, au moins d'un point de vue théorique, en vue de savoir dans quelle mesure une telle conception pourrait être soutenue au niveau actuel de l'architecture jurisprudentielle en droit européen de la concurrence.

---

[46] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea specială, Noul cod penal*, éd. CH Beck, București, 2014, p. 8.
[47] Précisons que, dans les paragraphes se référant au droit roumain, la notion d'infraction aura la signification du droit roumain – acte ou omission prévue par la loi pénale, commise par faute, non-justifiée et imputable à la personne qui l'a commis.
[48] CEDH, 27 septembre 2011, arrêt *Menarini Diagnostics contre Italie*, reqête n°. 43509/08.
[49] SCHWARZE, Jürgen, *Les sanctions infligées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n° 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit*, RTD Eur, 2007, p.1.

D. La définition retenue – l'intensité d'intention recherchée

23. Si on se réfère à la notion de faute en tant qu'élément objectif, une typologie des comportements anticoncurrentiels est relativement facile à appréhender ; néanmoins, la facilité avec laquelle le comportement d'une entreprise peut être abordé ne peut pas être étendue pour inclure le volet subjectif de la faute, sur lequel la présente thèse va se centrer.

24. Lorsqu'on analyse la notion de faute en droit de la concurrence, on doit partir de la prémisse qu'il s'agit d'un terme rarement prononcé par les juges européens et que, lorsqu'il l'est, le plus fréquemment ce n'est que pour lui enlever toute importance dans la solution du litige. De ce point de vue, il semble utile de rappeler la position du Tribunal de Première Instance, qui retient que :

« *le comportement d'une entreprise en position dominante peut être considéré comme abusif au sens de* ***l'article 86 du traité CEE*** *en dehors de toute faute* »[50].

25. Pourtant, la notion de « *faute* » n'est pas absente du droit européen de la concurrence, comme en témoigne **Les lignes directrices pour le calcul des amendes**[51], qui, pour infliger une amende, requiert une infraction commise « *de propos délibéré ou par négligence* », éléments qui figurent parmi les circonstances atténuantes ou bien aggravantes.

26. Dans la mesure où les réglementations européennes mêmes donnent des indices quant à la qualification de la faute d'une manière subjective et en présence d'une évolution jurisprudentielle dans ce domaine, c'est la conception subjective de la notion de faute qui sera retenue pour l'intérêt de la présente thèse, en vue de la mettre à l'épreuve des fondements du droit de la concurrence, ainsi que de la jurisprudence en la matière.

En vue d'éviter toute confusion quant à la référence au volet subjectif, la notion d'intention fautive sera préférée à celle de faute, mais, dans l'hypothèse de l'utilisation des deux notions, celles-ci seront regardées comme substituables pour le but de la présente étude. Seulement dans le but d'une facilité de langue, l'étendue de la notion de « *faute* » sera limitée à déterminer l'intention fautive, à l'exclusion du comportement illicite, manifestation de l'intention. De plus, pour les buts de la thèse, la notion générale d'intention sera utilisée tant pour faire référence à une faute, soit pour indiquer une attitude subjective positive, une intention licite.

27. Si la thèse va se centrer en principal sur le droit européen de la concurrence, une remarque mérite être faite : on ne peut pas négliger le volet intention engendré en droit national civil et pénal de la concurrence. Néanmoins, la diversité des solutions offertes par la jurisprudence nationale des Etats membres, insérées dans un contexte d'une législation parfois divergente, ont conduit vers la limitation de la vocation de la présente thèse à l'intention en

[50] TPICE, 1er avril 1993, BPB Industries PLC. et British Gypsum Limited contre Commission, affaire T-65/89, recueil de jurisprudence 1993, page II-00389, attendu 70.
[51] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02.

droit européen de la concurrence, en tant que branche de droit administratif.

28. Vu l'argument précédent et souvent invoqué par la doctrine[52], la pertinence d'une étude portant sur la faute en droit européen de la concurrence pourrait sembler dès le début compromise. En effet, il s'agirait d'une question d'importance réduite, cantonnée seulement dans d'autres branches de droit, à l'exclusion du droit de la concurrence. En réalité, la pertinence d'un tel constat se doit d'être évaluée : la place marginale de la question serait, peut-être, un préjudice résultant lui-même d'une interprétation trop restrictive, strictement déclarative, de la notion de faute.

29. Toutefois, il résulte des indices insérés dans la jurisprudence et parfois dans les conclusions des avocats généraux, que la place de l'intention fautive n'est pas à négliger, du moment où :

« *pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à* ***l'article 81, paragraphe 1, CE****, il y a notamment lieu de s'attacher aux buts objectifs qu'il vise à atteindre* »[53].

De plus, la notion d'accord a été définie par la jurisprudence – dans l'espèce, dans **l'affaire Bayer**, comme comprenant un élément subjectif, soit la concordance des volontés des entreprises de se comporter sur le marché d'une manière déterminée :

« *Il s'ensuit que la notion d'accord au sens de* ***l'article 85, paragraphe 1****, du traité, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci* »[54].

30. Dans ce contexte, une étude portant sur la nécessité ou encore sur l'étendue de la notion d'intention et son influence sur la possibilité de qualification d'une pratique comme infraction et ensuite, sur la sanction à adopter, justifie pleinement son existence – celle-ci a pour objectif de contribuer à l'avancée de la recherche de la notion d'intention, en vue d'une meilleure compréhension de l'évolution des conceptions jurisprudentielles portant sur les infractions d'entente et d'abus de position dominante.

31. S'il a été déjà établi que la conception subjective portant sur la faute sera retenue aux termes de la présente thèse, ***il convient encore de s'interroger sur le point de savoir quelle est la faute qu'on recherche***. Est-ce que l'intention d'enfreindre les normes de la concurrence est requise, ou bien l'intention d'adhérer à un comportement anticoncurrentiel, sans que les auteurs aient voulu enfreindre les règles du droit de la concurrence peut s'avérer suffisante ?

---

[52] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000, p. 67.

[53] Conclusions de l'ancien avocat général M. NILS WAHL, présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire Groupement des cartes bancaires (CB) contre Commission européenne, affaire C/13 P, publiées au Recueil numérique 2014, point 116.

[54] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 69.

32. La réponse, qui est venue à travers la recherche de la position jurisprudentielle, va se centrer autour de la conception selon laquelle ce qu'on recherche est l'intention fautive, l'attitude subjective, mais non pas par rapport à la transgression de la norme, mais par rapport à l'action ou l'omission même. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que les entreprises aient voulu d'enfreindre les normes de la concurrence, mais elles doivent avoir cherché de restreindre la concurrence sur le marché pertinent, et ce de manière plus ou moins évidente.

A cet égard, la doctrine permet l'identification de plusieurs degrés de faute. Si une simple faute civile conduit à l'octroi de dommages et intérêts, une faute pénale conduit à la condamnation à une peine, alors qu'une faute en droit de la concurrence conduit à une sanction administrative. Ce qui importe est que même la faute la plus légère donne naissance à une obligation de réparation.

33. Dans cette perspective, M. Wahl, ancien avocat général à Cour de justice, a apporté des précisions importantes en ce qui concerne le dégrée d'intention fautive nécessaire pour engager la responsabilité juridique :

« *Il me semble important de rappeler que ces buts objectifs, qui doivent ressortir clairement des mesures en cause, ne se confondent nullement avec les intentions subjectives de restreindre ou non la concurrence ou encore avec les objectifs légitimes éventuellement poursuivis par les entreprises visées. Il est bien établi qu'un accord peut donc être considéré comme ayant un objet restrictif de concurrence même s'il poursuit d'autres objectifs légitimes* » [55].

34. Une question supplémentaire mérite être abordée, et elle se réfère à la dénomination que le juge européen attribue à l'intention fautive, en particulier, celle de « *but objectif* ». La distinction opérée par le Cour de justice entre les « *buts objectifs* » et l'intention subjective des parties relève, en effet, de la différenciation qu'on a opéré entre l'intention d'enfreindre les normes de la concurrence - ce que le juge européen appelle « *intention subjective* », d'une part, et l'intention d'adhérer à un comportement anticoncurrentiel, sans que la volonté d'enfreindre les règles concurrentielles soit importante, de l'autre - ce que le juge appelle le « *but objectif* »[56].

Cette terminologie pourrait être expliquée par le fait que la détermination de la faute en droit de la concurrence est faite à travers ses manifestations externes. Précisons, pourtant, que cela ne surprend pas, en tant que solution juridique nouvelle : la même approche a été suivie par la doctrine de droit pénal[57], ce qui n'a pas empêché la doctrine de parler d'intention subjective[58].

---

[55] Conclusions de l'ancien avocat général M. NILS WAHL, présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire CJUE, Groupement des cartes bancaires (CB) contre Commission européenne, affaire C/13 P, publiées au Recueil numérique 2014, point 117.
[56] Conclusions de l'ancien avocat général M. NILS WAHL, présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire CJUE, Groupement des cartes bancaires (CB) contre Commission européenne, affaire C/13 P, publiées au recueil numérique 2014, point 116.
[57] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea specială, Noul cod penal*, éd. CH Beck, București, 2014, p. 8.
[58] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală*, 4ème edition, CH Beck, p. 99.

35. A titre supplémentaire, précisons que l'intention à laquelle on se réfère diffère du « *criminal intent* » du droit américain de la concurrence. En effet, si en droit européen de la concurrence on va rechercher l'attitude subjective de l'entreprise, telle qu'elle peut être prouvée par des éléments objectifs, en droit américain l'intention est liée à la règle de l'interdiction de certaines infractions interdites « *per se* ».

De ce point de vue, la standard « *per se* » du droit américain représente un standard de l'intention, qui entraîne la responsabilité de l'entreprise à partir de l'attitude subjective de l'entreprise[59], qui, elle-même, peut être déterminée soit par rapport à une intention générale – prouvée par la seule commission d'une action, soit par rapport à une intention spécifique – qui requiert la preuve de la volonté de fausser la concurrence[60].

36. Par contre, l'intention subjective en droit européen de la concurrence n'est pas équivalente à la même notion du droit américain – en effet, la notion qui nous intéresse est l'attitude subjective de l'entreprise qui a intention ou bien ne peut pas négliger le fait que son action ou omission porte atteinte à la concurrence.

II. Problématique et annonce du plan

37. Après avoir établi le niveau de faute qu'on recherche dans l'étude à conduire, la prochaine démarche est la délimitation d'une problématique – de ce point de vue, la question centrale de la présente thèse est de vérifier quelle est la place de la faute en droit européen de la concurrence, dans le contexte de l'existence d'une tendance jurisprudentielle de valorisation de la notion d'intention dans la définition des infractions d'entente et d'abus de position dominante en droit européen de la concurrence.

38. Dans le contexte de la position traditionnelle de rejet de tout place de l'intention fautive en droit de la concurrence, afin de justifier la nécessité d'une étude globale de l'intention, il convient d'examiner l'influence de celle-ci sur la qualification d'infraction en droit de la concurrence (**A**), pour ensuite se pencher sur le rôle indéniable de l'intention pour l'infliction de l'amende, ainsi que pour l'établissement du son montant (**B**).

A. La portée de l'intention fautive portant sur la qualification d'infraction – méthodologie à suivre

Si l'intention fautive joue, aujourd'hui, un rôle parmi les éléments constitutifs de certaines infractions en droit de la concurrence **(b)**, une telle place n'a pas encore été reconnue par la doctrine[61], qui témoigne encore de son caractère objectif **(a)**.

---

[59] CASS, Ronald, KYLTON, Keith, *Antitrust Intent*, Regulatory Policy Program Working Paper, 2001, Cambridge.
[60] CASS, Ronald, KYLTON, Keith, *Antitrust Intent*, Regulatory Policy Program Working Paper, 2001, Cambridge.
[61] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000, p. 67.

a. L'apparente exclusion de l'intention fautive du droit européen de la concurrence

39. L'approche de la question des objectifs du droit de la concurrence est essentielle pour la détermination de la portée de l'intention fautive en droit de la concurrence. Dans ce sens, selon la théorie par laquelle on accepte d'être guidés – celle de Harvard ou celle de Chicago, la faute va avoir plus ou moins d'importance sur la détermination de l'objet de cette branche de droit.

40. Selon la conception objective de l'école de Harvard, une atteinte à la structure du marché est suffisante pour être constitutive de l'infraction. L'objectif déclaré, celui de la protection de la structure du marché, exclut toute considération de l'intention fautive en droit de la concurrence, domaine marqué par l'impérativité d'objectivité. Par conséquent, la simple modification de la structure du marché constitue une infraction, sans que la preuve de toute intention soit requise ou pertinente.

41. Dans la mesure où l'objectif des **articles 101 et 102 du TFUE** est seulement la protection de la concurrence (*à l'exclusion des consommateurs, qui en seront, en revanche, implicitement, des bénéficiaires*), une approche strictement objective de la concurrence serait justifiée, en raison de la seule atteinte de la structure du marché.

D'une part, outre des considérants portant sur l'examen des buts des dispositions relatives à la concurrence sur la base d'une analyse historique et contextuelle, une analyse de jurisprudence sera conduite, en vue d'observer la position des juges européennes en ce qui concerne cet aspect.

D'autre part, en ce qui concerne le droit des ententes, nous allons développer un instrument de recherche supplémentaire, fondé sur l'interprétation de la notion d'objet anticoncurrentiel.

Ainsi, si la notion d'objet anticoncurrentiel équivaut à celle d'effet nécessaire (effets tellement nocifs pour la concurrence que leur existence est hors de tout doute), la conception objective de l'infraction reste pleinement justifiée. C'est de ce point de vue qu'une étude de jurisprudence sera conduite, en vue d'apprendre dans quelle mesure la notion d'objet anticoncurrentiel reste dans les limites de l'effet nécessaire ou peut bien inclure l'intention.

En présence des multiples interprétations des **articles 101 et 101 du TFUE**, une solution unitaire reste impossible à adopter, en absence d'une analyse supplémentaire – si les objectifs du droit de la concurrence, telles qu'ils ressortent de la jurisprudence, permettent la protection des consommateurs, au sens de la conception de l'école de Chicago, une coloration fautive des infractions va rester possible, au moins au niveau théorique.

b. L'irruption de l'intention fautive en droit de la concurrence

42. L'école de Chicago promeut une conception behavioriste : en partant de l'objectif déclaré de la protection des consommateurs, et non pas la concurrence en soi, toute action fautive est constitutive de base factuelle pour une condamnation. Conséquemment, si les rédacteurs des traités ont recherché à protéger les consommateurs contre les actions coupables des entreprises

et se sont attachés à l'efficacité économique, l'intention fautive va occuper une place essentielle dans la définition de l'infraction en droit de la concurrence.

43. En ce qui concerne le volet concurrence – droit administratif, au cas où la Commission européenne ou les autorités nationales de concurrence représentent, au fond, la police des marchés, c'est l'intérêt général qui prime ; par conséquent, un aménagement de la charge de la preuve, par l'existence d'une présomption d'intention, sera permis.

44. En revanche, au cas où la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence jouent le rôle de police des comportements, l'intention fautive devra être prouvée pour l'engagement de la responsabilité de toute entreprise.

45. ***D'une part***, dans la mesure où la faute s'avère comme une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité juridique, son absence pourrait constituer un élément conduisant à la possibilité pour les entreprises de s'exonérer de toute responsabilité, ou, en tout cas, de voir leur amende diminuée.

D'autre part, si l'on considère que l'intention fautive n'est pas un nécessaire préalable à tout engagement de responsabilité, ce constat ne doit pas induire en erreur : l'intention fautive seule peut, toutefois, être suffisante pour caractériser certaines formes d'infraction en droit de la concurrence.

46. Quelle que soit l'approche qu'on adopte portant sur les objectifs du droit de la concurrence, on se propose de démontrer que la faute présente de l'importance dans l'état actuel de la pratique européenne – d'une part, puisqu'elle a une place dans la définition de la notion d'entente, et, d'autre part, puisque certaines formes d'abus de position dominante trouvent leur explication dans des éléments à coloration fautive, tels que l'intention d'éviction ou encore les prix prédateurs.

47. En ce qui concerne les ententes, la présente thèse se propose d'établir une connexion entre la sanction des ententes et l'intention au stade actuel de l'évolution jurisprudentielle, ainsi qu'appréhender son étendue, ses formes de manifestation et ses possibles conséquences.

48. L'approche qu'on va aborder consiste à prouver, premièrement, que l'intention seule *est suffisante* pour conclure à la violation des normes concurrentielles en ce qui concerne les ententes à objet anticoncurrentiel.

La démarche à suivre va consister en une analyse en deux temps : premièrement, on va démontrer que rien dans la jurisprudence de la Cour de justice ne justifie la conception conformément à laquelle l'intention fautive manque de pertinence, même en présence de l'argumentation de la Cour de justice dans **l'affaire Miller**[62]. Ensuite, le deuxième pas est

[62] CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

constitué par une analyse jurisprudentielle approfondie, qui se propose de mettre en évidence une abondance d'arrêts dans lesquels :

- l'intention fautive a été considérée comme suffisante pour remplir la condition d'objet anticoncurrentiel ;
- la preuve de l'existence d'une intention fautive est nécessaire dans le cadre des restrictions verticales, au cas des relations commerciales continues, ainsi que dans la situation de l'évolution illégale et imprévue d'un contrat ;
- l'existence d'une intention licite conduit à l'application de la doctrine des restrictions accessoires ;
- l'absence de l'acquiescement – et, par conséquent, de l'intention fautive, est une défense qui a des chances de succès dans le cadre des relations horizontales, sous certaines conditions;
- l'intention est une des conditions jurisprudentielles pour la qualification d'une entreprise de facilitateur pour une entente.

49. En ce qui concerne l'abus de position dominante, le rôle de l'intention fautive est plus évident dans le cadre de l'abus d'exclusion, qu'il s'agisse du refus d'approvisionnement, de l'approvisionnement exclusif, ou bien du cas des prix de prédation.

D'une part, en ce qui concerne la situation du refus d'approvisionnement, ainsi que celle de l'approvisionnement exclusif, c'est l'intention d'éviction qui est recherchée par les autorités en vue de prouver le comportement abusif des entreprises.

D'autre part, la notion de prix de prédation s'inscrit dans la ligne des pratiques et stratégies visant, pour les entreprises présentes sur un marché, à protéger leurs parts de marché ou bien de les étendre par rapport à leurs concurrents actuels ou potentiels. L'idée est simple et consiste dans la diminution, d'une manière intentionnelle, de la rentabilité espérée des concurrents, afin de les décourager d'entrer sur le marché ou même de sortir de celui-ci, de toute façon, de limiter leur activité sur le marché[63].

50. La difficulté réside dans la distinction entre les pratiques entièrement concurrentielles consistant à sacrifier une partie du profit en vue de l'obtention d'un gain, d'une part, et celles agressives, qui trouvent leur motivation dans une décision stratégique visant l'élimination d'un concurrent à moyen terme, d'autre part. La ligne de démarcation est d'autant plus souple que la même pratique – le prix d'appel ou bien la stratégie publicitaire peut correspondre tant à la volonté innocente de faire connaître le produit, qu'à la l'intention fautive de prédation.

[63] TIROLE, Jean et REY, Patrick, *Analyse économique de la notion de prix de prédation*, Revue française d'économie, 1997, volume 12, sortie 12-1, p. 3-32.

Une des principales difficultés réside, donc, à cerner entre les pratiques commerciales des entreprises, selon la motivation attachée par celle-ci à ses actions – il s'agit de la traduction, sur le terrain de l'abus de position dominante, de la condition de l'intention fautive, nécessaire pour l'engagement de la responsabilité juridique.

A titre préalable, précisons que, si dans le cas de la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieurs aux coûts totaux, l'intention sera recherchée en vue de prouver l'abus, celle-ci sera présumée dans la situation de la vente à des prix inférieurs aux coûts variables.

51. Que l'intention – qu'elle soit fautive ou bien concurrentielle, s'avère ou non susceptible de jouer un rôle pour la qualification d'infraction en droit de la concurrence, son importance pour l'engagement de la responsabilité, ainsi que pour la modulation de la sanction, est indéniable.

B. La portée de l'intention fautive portant sur les conséquences de la qualification d'infraction en droit de la concurrence – méthodologie à suivre

52. Qu'elle intervienne après ou avant le constat d'une infraction par les autorités compétentes, l'intention - fautive ou licite, est susceptible d'avoir des conséquences sur les suites de la qualification d'infraction en droit de la concurrence.

Intervenue avant le constat de l'infraction par une autorité, l'intention licite – sous la forme de la collaboration aux buts de la procédure de clémence ou bien de la procédure de transaction, va empêcher l'infliction même de la sanction.

Par contre, intervenue après le constat de l'infraction par une autorité, l'intention est autant une condition de l'infliction d'une amende, qu'élément modérateur du montant de celui-ci, à travers les circonstances atténuantes ou bien aggravantes.

a. Les effets de l'intention fautive sur les procédures négociées

53. Contrairement à la procédure de clémence et de transaction, dans le cas des engagements, la Commission ne va pas nécessairement établir la violation des règles de concurrence et, par conséquent, aucune reconnaissance de la faute ne va pas intervenir – de ce point de vue, en absence d'une reconnaissance de toute faute, la procédure d'engagements ne va pas faire objet de la présente étude.

54. En ce qui concerne la **procédure de clémence** :

- ***d'une part***, une analyse sera conduite en vue d'examiner si les conditions pour le recours à la procédure de clémence représentent la manifestation d'une réduction de l'intention fautive ou bien une intention anticoncurrentielle initiale, remplacée par une intention légitime de collaboration totale et inconditionnelle avec la Commission ;

- ***d'autre part***, on va s'interroger sur le point de savoir si les conséquences du recours à la procédure de clémence – l'immunité totale ou bien la réduction de la sanction, sont le résultat d'une réduction de la faute.

Du point de vue des conditions de la procédure de clémence, l'examen sera conduit par rapport aux obligations assumées par l'entreprise, soit la coopération loyale (véritable, totale, permanente et rapide), le fait d'avoir mis fin à sa participation à l'entente présumée, ainsi que le fait de ne pas avoir détruit, falsifié ou dissimulée les preuves de l'infraction.

Par ailleurs, en ce qui concerne les conséquences du recours à la procédure de clémence, soit l'immunité totale ou bien la réduction de la sanction, il semble *a priori* que la coopération à laquelle est soumise l'entreprise est, en effet, la preuve de la transformation de l'intention fautive en intention concurrentielle.

55. En ce qui concerne la **procédure de transaction**, ayant pour but la récompense de la coopération des entreprises visées, ainsi que la favorisation de l'intérêt public par l'imposition des sanctions efficaces, prononcées à temps et, en général, la dissuasion, celle-ci est soumise à plusieurs conditions, parmi lesquelles la reconnaissance de la responsabilité et la non contestation des griefs. La section correspondante se propose d'examiner dans quelle mesure ces deux conditions représentent une manifestation d'une intention fautive réduite.

D'une part, une première section sera centrée sur les aspects procéduraux de la transaction, pour lesquels l'analyse va être conduite du point de vue des compétences discrétionnaires de la Commission européenne. De ce point de vue, la question qu'on se propose d'aborder est de savoir si, dans ce contexte, l'intention licite de l'entreprise joue un rôle dans l'octroi des bénéfices correspondants. La question mérite d'être abordée puisqu'en l'absence de son accord et de la reconnaissance de la faute, aucune entreprise ne va pas pouvoir conclure une transaction.

D'autre part, une deuxième section va aborder la reconnaissance de la responsabilité, comme fondement d'une réduction de l'amende, à travers une analyse au cas par cas des affaires solutionnées par la Commission européenne suite au règlement transactionnel.

b. Les sanctions – marge de manœuvre de la Commission, limitée par l'intention fautive

A la lumière de la disposition du **Règlement nº 1/2003**[64] qui requiert l'existence de l'intention ou bien de la négligence en vue de l'infliction d'une sanction, le présent point se propose de vérifier dans quelle mesure la pratique décisionnelle de la Commission interprète cette disposition en tant que norme à titre général, par rapport à l'individualisation de la sanction (*à*

[64] Il s'agit de **l'article 23 paragraphe (2) du Règlement nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002** relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, selon lequel: « *La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence: a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité.*

travers des circonstances atténuantes ou aggravantes) ou bien en tant que condition préalable à l'infliction de toute sanction, distincte par rapport à l'individualisation de l'amende.

Après être parvenu à une conclusion en ce qui concerne le rôle de l'intention fautive pour l'infliction d'une sanction, il conviendra de s'interroger sur la mesure dans laquelle certaines circonstances atténuantes ou bien aggravantes sont ou non liées à la culpabilité, à l'intention.

*
* *

56. L'intention, regardée comme l'élément subjectif de la faute, élément qui porte atteinte à un intérêt public ou bien à autrui, en lui causant un dommage, se trouve dans un rapport imbriqué avec la liberté. Si les hommes sont libres dans leurs actions, leurs fautes, découlant de cette liberté, doivent nécessairement se refléter sur le terrain de la responsabilité juridique, comme l'a remarqué **le Tourneau** :

« *Dans le monde des affaires, la responsabilité pour faute, tout autant contractuelle que délictuelle, à l'intérieur de l'hexagone et hors de nos frontières, demeure vivace. Là, les hommes se sentent responsables parce qu'ils se veulent libres. La responsabilité subjective individuelle est en quelque sorte la figure du libéralisme juridique, faisant pendant au libéralisme économique* ».[65]

*
* *

Première partie : L'intention fautive et la qualification des infractions en droit de la concurrence

Deuxième partie : L'intention fautive et les conséquences de la qualification des infractions en droit de la concurrence

[65] le TOURNEAU, Philippe, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, *RTD civ.*, 1988. 505.

PREMIÈRE PARTIE

L'INTENTION FAUTIVE ET LA QUALIFICATION DES INFRACTIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

57. L'intention fautive a des répercussions sur le droit européen de la concurrence avant même sa mise en application, c'est-à-dire sur la théorie qui en est à la base, ce qui va déterminer, à son tour, les conditions spécifiques nécessaires pour la qualification d'infraction.

De ce point de vue, il faut mentionner que la structure économique d'une nation libre trouve son fondement dans le principe de la liberté de commerce, ainsi que dans celui de la libre concurrence qui en découle, libertés qui n'ont toutefois pas un caractère absolu. Ainsi, le principe de la libre concurrence est soumis à deux restrictions : tout d'abord, une entreprise ne peut commettre des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale ; ensuite, elle ne peut pas user de ce droit d'une manière qui mette d'autres entreprises dans l'impossibilité de l'exercer ou en restreigne gravement l'exercice[66].

58. Pour les théories à la base du développement du droit de la concurrence, fondé sur le principe de la libre concurrence, il conviendra de distinguer entre deux approches divergentes. Si les deux positions divergentes postulent une concurrence libre et non faussée, les modalités pour y arriver sont distinctes.

D'une part, pour l'école de Harvard, la structure du marché est celle qui influence le comportement des entreprises et leurs performances économiques. La conséquence est que la structure du marché doit être protégée contre les actions des entreprises, qu'il s'agisse des comportements fautifs ou non. C'est la raison pour laquelle en suivant l'approche classique de l'école de Harvard la faute ne présente pas d'importance, tout comportement modifiant la structure du marché étant prohibé.

D'autre part, pour l'école de Chicago, c'est le comportement des entreprises qui influence la performance économique et la structure du marché. Toutefois, seul un comportement vertueux des entreprises peut arriver à la performance économique, motif pour lequel les entrepreneurs, orientés d'une manière naturelle vers le profit, vont toujours choisir le comportement concurrentiel. A partir de ce postulat, l'école de Chicago soutient une moindre intervention étatique, qui devrait se limiter au seul comportement fautif – qui est, néanmoins, l'exception.

59. Ayant comme fondement la doctrine de l'école de Harvard, la position traditionnelle postule une conception objective du droit de la concurrence[67]. Suivie par une partie de la jurisprudence, cette approche conduit à l'exclusion de toute intention fautive du domaine du droit de la concurrence (**Titre I**).

Par contre, une étude plus attentive de la jurisprudence dévoile des développements à coloration fautive, dont le début pourrait être tracé dans la pensée économique de l'école de Chicago. Police des comportements, et non pas de la structure des marchés, cette conception du rôle des autorités de concurrence conduit au fleurissement de la place de l'intention fautive

---

[66] Van GERVEN, Walter, *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1966, 2.

[67] CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

comme fondement de l'engagement de la responsabilité juridique (**Titre II**).

60. Dans l'analyse qui suit, il est impératif de prendre en compte le fait que seulement certains accords et positions dominantes[68] sont condamnables. En effet, en interdisant aux entreprises tout accord ou toute concentration de puissance portant atteinte à la position concurrentielle d'autres entreprises, on aboutirait à un morcellement à outrance et à une véritable anarchie dont les entreprises aussi bien que les consommateurs feraient les frais[69].

61. Comme analyse pratique, le présent titre se propose d'analyser les travaux préparatoires du traité de Rome, ainsi que la position de la jurisprudence européenne, pour dégager le but du droit de la concurrence – cet objectif constituant la preuve de la conception des rédacteurs des traités constitutifs portant sur l'inclusion ou bien l'exclusion de l'intention fautive au cadre du droit européen de la concurrence. Bien que l'analyse des travaux préparatoires semble conduire à une conclusion logique impliquant, de la part des entreprises, une conduite fautive pour arriver à la transgression des normes concurrentielles, la jurisprudence est assez imbriquée et conduit vers des objectifs du droit de la concurrence sinon divergents, au moins divers et irréguliers.

[68] Et cela, non pas en soi, mais seulement si un comportement abusif est adopté sur ce marché pertinent.
[69] van GERVEN, Walter, *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1966, 2.

TITRE I

L’APPARENTE EXCLUSION DE L’INTENTION FAUTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

62. L'Union européenne est fondée sur des principes libéraux et néo-libéraux, sur la liberté de l'entreprise, la libre concurrence ainsi que la liberté des conventions - son économie doit être une économie de marché, même tempérée par des interventions des autorités publiques, qui ne peuvent pas porter atteinte à l'unité du marché.

63. Si les juristes n'ont pas à définir ce qu'est l'économie de marché et à porter jugement sur sa valeur[70], ils doivent cependant comprendre les mécanismes de fonctionnement des principes économiques, en vue d'avoir une vision plus exacte du pouvoir de marché, par conséquent, refléter une réalité économique dans le cadre plus restrictif d'une norme juridique.

Le droit européen de la concurrence a comme fondement théorique le courant de pensée économique développé par l'école de Harvard (**Chapitre 1**), dont la doctrine se situe en contradiction avec celle de l'école de Chicago – bien que les deux soient fondées sur le grand principe de la liberté de l'activité économique.

Le principe de la liberté de l'activité économique, qui est à la racine du droit de la concurrence, a été développé grâce à l'évolution de la pensée économique au niveau de l'Europe ; ce courant, manifestation des tendances libérales, promouvait un interventionnisme étatique limité au minimum possible, pour permettre à l'initiative privée de prendre en charge l'économie étatique. Réaction contre une stricte intervention de l'état, le libéralisme politique postulait que seule l'initiative privée est susceptible d'arriver à une régulation du marché, par les bénéfices de la « *main invisible* ».

Les règles de concurrence ont un triple objectif : empêcher les entreprises d'entraver le jeu d'un marché uni et libre par des ententes ou des abus de position dominante, empêcher le *dumping*, et empêcher que les Etats, par des aides accordées à des fins spéciales, ne fassent de même[71]. C'est ainsi que les **articles 101 et 102 du TFUE** sont destinés à protéger le marché contre les agissements des particuliers, relevant essentiellement du droit privé, qui sont contraires à la liberté du marché.

De ce point de vue, **Adam Smith** considérait que seul le conflit entre les consommateurs et les producteurs est susceptible de conduire à une optimisation des ressources[72]. Ainsi, l'idée du marché libre a gagné plus en plus d'admiration sur le terrain de la pensée économique, développée par plusieurs courants, dont deux plus importants, soit l'école de Harvard et ensuite, celle de Chicago.

64. Comme une particularité de la doctrine économique, le fondement théorique n'est pas resté au niveau purement formel, mais il a eu d'importants rayonnements sur la position de la jurisprudence (**Chapitre 2**).

---

[70] PLAISANT, Robert, FRANCESCHELLI Remo et LASSIER Jacques, *Droit européen de la concurrence*, Editions J. Delmas et Cie, Paris, 1979, p. 12.
[71] PLAISANT, Robert, FRANCESCHELLI Remo et LASSIER Jacques, *Droit européen de la concurrence*, Editions J. Delmas et Cie, Paris, 1979, p. 12.
[72] SMITH, Adam, *An Inquiry in the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, MetaLibri, 2007, p. 512.

Ses suites sont particulièrement intéressantes et vont de la qualification d'infraction en droit européen de la concurrence jusqu'aux éléments recherchés par les autorités en vue d'infliger une sanction ; en même temps, ces divergences découlant du fondement doctrinal constituent le point de départ des distinctions entre le droit européen et celui américain de la concurrence.

Chapitre 1 – Le fondement conceptuel de la définition apparemment objective

65. L'approche de la question des objectifs du droit de la concurrence est une démarche essentielle pour la détermination de la portée de l'intention fautive en droit de la concurrence. Ainsi, le rôle de l'intention va différer en fonction de la théorie selon laquelle on accepte d'être guidé, qui définit l'objet même du droit de la concurrence (la qualification des infractions, ainsi que ses conséquences dépendant du choix entre la théorie de Harvard et celle de Chicago).

Contrairement à la doctrine juridique, dont le rôle est dans la plupart des cas assez limité par rapport à la jurisprudence, la doctrine économique a trouvé dès le début une application pratique : non seulement a-t-elle été développée au fur et à mesure de la définition d'une nécessité de la vie économique, mais surtout, elle a été appliquée au moment même de sa formulation, par le biais de grandes entreprises de consultation[73].

66. Jusqu'au dix-neuvième siècle, l'intérêt d'appliquer le raisonnement économique aux situations concrètes de concurrence entre les entreprises était assez limité, les entreprises individuelles n'ayant pas de ressources suffisantes pour avoir une influence sur la structure du marché, motif pour lequel elles avaient intérêt à rester de petites entreprises, disposant d'un capital social le plus réduit que possible. C'est dans ce contexte qu'**Adam Smith** comparait les forces du marché avec un « *main invisible* », en dehors du contrôle des entreprises individuelles.

Si les racines du principe de la liberté économique pourraient être tracées en Europe, sous l'influence des travaux de **Cournot, Walras, Pareto, Marshall** ou **Edgeworth**, ce sont les écoles américaines qui l'ont concrétisé à partir de la moitié du dix-neuvième siècle, quand la construction des voies de fer, après 1850, a conduit au développement des marchés plus étendus, d'une telle manière que la « *main invisible* » du marché a été remplacée par la « *main visible des managers professionnels* »[74].

[73] GHENAWAT, Pankaj, *Competition and Business Strategy in Historical Perspective*, Business History Review, printemps 2002, p. 44 et suivants.
[74] CHANDLER Jr, Alfred D., *The visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 1977, p. I.

67. Dérivés d'un intérêt issu de la pratique économique, les consultants sur la stratégie des entreprises ont développé des instruments comme « *la courbe de l'expérience* »[75], « *l'analyse du portefeuille*[76]»[77] et « *l'unité stratégique de l'entreprise* »[78] - ces théories apparemment abstraites (**Section 1**), appliquées dans la pratique, ont aidé à la définition des objectifs du droit de la concurrence, soit par la doctrine qui a été à la base des rédacteurs des traités, soit encore par la jurisprudence (**Section 2**).

SECTION 1 – LES IMPLICATIONS THEORIQUES DE LA CONCEPTION DE L'ECOLE DE HARVARD SUR LE TERRAIN DE LA FAUTE

68. L'école de Harvard a été la première à formuler une réponse à la question portant sur l'interprétation de la notion d'une concurrence libre. Compte tenue de l'absence, dans la vie réelle économique, du modèle de la concurrence pure et parfaite[79], les économistes ont considéré qu'il y a une concurrence libre dès lors que le marché est fluide.

69. Ainsi, des chercheurs comme **Edward Mason, Joe Bain** et **Michael Porter** considèrent qu'il y a un rapport causal unidirectionnel entre la structure du marché, le comportement des entreprises et la performance dans les affaires : la structure du marché influence le comportement des entreprises et, à son tour, le comportement des entreprises a des répercussions sur la performance des entreprises. C'est une formule qui est devenue connue comme le paradigme SCP (Structure-Comportement-Performance) et qui reste la base de la théorie dite structuraliste. Plus concrètement, plus le marché est atomisé, plus la compétition est intense, plus les prix sont bas. De ce point de vue, la concurrence devrait s'intéresser à :

« *l'investigation de la structure des entreprises (une ou plusieurs, marché concentré ou non), les causes (surtout, les économies d'échelle) de cette structure, les effets de la concentration sur la concurrence, sur les prix, les investissements, l'innovation* »[80].

---

[75] La courbe de l'expérience signifie que, pour chaque redoublement de l'expérience, les couts totaux baissent par vingt jusqu'à trente pourcent, grâce aux économies d'échelle, connaissances qui tiennent à l'organisation de l'entreprise et à l'innovation technologique.

[76] L'analyse du portefeuille recommandait le maintien d'une balance entre les produits pour lesquelles l'entreprise en cause a de l'expérience et ceux pour lesquels la demande est élevée, tout en allouant quelques ressources pour les produits dont la demande pourrait être élevée au futur. Ainsi, du moment où le producteur qui a plus d'expérience a les coûts les plus basses, il est important d'avoir une position dominante pour plus des produits que possible.

[77] CONNELY, Patrick, *Experience curve as a Planning Tool*, dans Boston Consulting Group pamphlet, 1970; DAY, G et MONTGOMERY, D, *Diagnosing the Experience Curve*., dans Journal of Marketing, volume 47, 1983, p. 1.

[78] Les consultants recommandaient la division de l'entreprise dans des unités stratégiques, en vue d'avoir un contrôle plus stricte sur les finances, donc, sur les coûts.

[79] SIMPSON, Brian, *Two Theories of Monopoly and Competition: Implications and Applications*, in Journal of Applied Business and Economics, août 2010, volume 11(2).

[80] LIPCZYNSKI, John, WILSON, John et GODDARD, John, *Industrial Organization Competition, Strategy And Policy*, 5ème édition, Pearson Education Limited, p. 6.

Du moment que c'est la structure du marché qui influence le comportement des entreprises, l'intervention étatique doit avoir pour but le contrôle de la structure des marchés. Si la structure des marchés est atomisée, les entreprises ne vont être en mesure que d'adopter un comportement concurrentiel. Par conséquent, toute faute découlant d'un comportement d'une entreprise sur un marché concurrentiel est exclue, la seule faute objective restant la modification de la structure du marché. C'est la raison pour laquelle, pour les adeptes de cette théorie, les autorités chargées de réglementer le droit de la concurrence représentent, en fait, la police des marchés.

70. La théorie ainsi apparue, celle de la concurrence praticable (*workable competition*) met l'accent seulement sur la structure du marché – un marché est concurrentiel si sa structure est divisée, d'une telle manière qu'aucun des participants n'ait le pouvoir d'influencer, lui-même, le marché dans son entier.

Conséquemment, pour être en mesure d'apprécier si une entreprise est susceptible, *in concreto*, d'influencer la structure du marché, une analyse au cas par cas est nécessaire ; toutefois, il s'agit d'une analyse de la concurrence possible, et non pas théorique, un niveau de concurrence qui prenne en compte les concurrents actuels et potentiels[81] sur le marché pertinent, tel qu'il a été délimité[82]. Ainsi, pour qu'une concurrence libre soit conforme à la théorie de la concurrence praticable, cela signifie qu'aucune entreprise n'ait la faculté d'éliminer ou d'affaiblir sérieusement des concurrents existants ou d'empêcher l'accès au marché des concurrents potentiels.

71. Pour arriver à une telle structure de marché, une analyse objective de celle-ci est nécessaire, d'une manière que les autorités soient en mesure de corriger le bilan tiré des parts de marché[83] - sur ce plan, la distinction entre le libéralisme classique et la théorie de la concurrence praticable est visible : l'intervention étatique critiquée par **Adam Smith** est non seulement autorisée, mais recommandée par l'école de Harvard, pour garantir le libre jeu du marché.

Parce qu'elle prend en compte non pas seulement la concurrence actuelle, mais aussi celle potentielle, la concurrence efficace doit être distinguée par rapport à la concurrence effective[84]. Ainsi, ce qui importe pour la théorie de « *workable competition* », c'est la concurrence efficace, y compris potentielle.

---

[81] Commission européenne, 14 décembre 1985, déc. nº 85/609/CEE, ECS contre Akzo Chemie, JOCE 31 décembre, nº L 374/1.

[82] Pour la délimitation du marché pertinent, voir la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence**,** Journal officiel n° C 372 du 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

[83] DECHERY J.-L., *Le règlement communautaire instituant un contrôle des concentrations*, RTD eur. 1990, p. 319.

[84] RIEM F., *Concurrence effective ou concurrence efficace ?, L'ordre concurrentiel en trompe l'œil*, RTD eur. 2008, I, p. 67.

72. Comme conséquence du fait que l'école de Harvard définit la concurrence libre par rapport à une structure du marché transparente, structure qui ne doit pas susceptible d'être influencée par une seule entreprise, la politique *antitrust* tiendrait moins à une recherche d'efficience économique qu'au maintien d'une rivalité effective sur le marché[85].

73. Si la structure du marché est celle qui influence le comportement des entreprises, le comportement de celles-ci peut varier en fonction de l'attractivité de l'industrie d'une part et de l'avantage concurrentiel, de l'autre. Ce sont des problèmes que l'on va aborder dans le cadre du prochain paragraphe, sous le nom de « Questions choisies ».

SECTION 2 – QUESTIONS CHOISIES

74. La pensée économique de l'école de Harvard, qui met en général l'accent sur la structure du marché pour déterminer la profitabilité d'une entreprise et, par conséquent, la part de marché qui pourrait être atteinte sans empêcher la libre concurrence, a connu, à son tour, des variantes, selon les auteurs.

75. Pour un point de vue général acceptable pour le courant de pensée de l'école de Harvard, la structure du marché influence les comportements des entreprises et des consommateurs et la situation inverse n'est pas envisageable. En revanche, parmi les éléments de la structure du marché qui influencent le comportement des entreprises se trouve, d'une part, l'attractivité de l'industrie (**Paragraphe 1**) et, d'une autre, l'avantage concurrentiel (**Paragraphe 2**)[86].

76. Parmi les deux éléments que l'école de Harvard a identifié comme conduisent à un comportement concurrentiel des entreprises, soit l'attractivité de l'industrie et l'avantage concurrentiel, le premier tient à une condition de fait, et le deuxième incite à encore plus de concurrence entre les entreprises.

§ 1. L'attractivité de l'industrie et son influence sur l'intention fautive

77. En se bornant à l'étude de la structure du marché, à l'exclusion du comportement des acteurs économiques, le courant de pensée économique promu par l'école de Harvard exclut la faute « *comportementale* » comme élément de l'infraction en droit de la concurrence. Dans ce contexte, la seule intention qui résiste à cette exclusion est celle qui poursuit l'objectif de modifier la structure du marché, qui est, elle-même, un élément objectif ; en revanche, si les autorités interviennent sur la structure du marché, le « *comportement* » des entreprises ne peut être que concurrentiel.

---

[85] MARTY, Frédéric, *Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain*, Revue internationale de droit économique, 2014/4 (t. XXVIII), p. 471 - 497.

[86] GHENAWAT, Pankaj, *Competition and Business Strategy in Historical Perspective*, Business History Review, printemps 2002, p. 52 - 57.

78. En effet, le pouvoir de marché est regardé comme critiquable si les prix sont élevés au-dessus du coût (auquel s'ajoute un profit normal par rapport au risque), puisque certains qui auraient acheté le produit au niveau du coût ne seront pas disposés à payer plus et vont dépenser leurs argents autrement. Par ailleurs, une entreprise qui détient un pouvoir de marché, qui élève les prix au-dessus du coût va vendre une quantité plus réduite que ce qu'il aurait pu vendre autrement. C'est une situation qui n'est bénéfique pour aucune partie, appelée parfois par la doctrine comme « *l'effet d'aubaine* »[87] .

79. Néanmoins, dans les années 1930, les économistes associés à l'école de Harvard ont observé que la structure du marché peut permettre aux entreprises d'avoir un profit positif sur des périodes longues de temps.

80. Parmi les représentants de l'école de Harvard, **Mason** soutenait que c'est la structure d'une industrie qui détermine le comportement des offreurs et acheteurs et leurs choix dans le cas des décisions variables ; par conséquent, c'est la structure d'une industrie qui influence la performance d'une entreprise, son degré de profit, son efficacité dans son ensemble, ainsi que son initiative d'investir dans l'innovation[88]. Ainsi, c'est la structure du marché qui détermine l'efficacité – et non le comportement de chaque entreprise, et bien évidemment l'intention fautive a peu ou rien à voir avec cette réalité.

81. Pour mettre en évidence la structure du marché et sa relation à la profitabilité, **Bain**, membre du Département Economique de Harvard, a conduit deux études dans les années 1950. La première expliquait que, dans certaines industries où plus de soixante-dix pourcent des ventes appartenaient à huit entreprises plus larges, le degré de profitabilité était double par rapport aux industries où les huit entreprises les plus larges n'ont pas, ensemble, plus de 70% des ventes[89].

Par contre, la deuxième avait en vue d'expliquer comment, dans certaines industries, les entreprises pourraient élever les prix au-dessus du niveau concurrentiel sans attirer de nouvelles entreprises à entrer dans l'industrie - le motif identifié est l'existence des trois barrières à l'entrée, soit l'avantage absolu sur les coûts détenu par une entreprises (comme un brevet), la différenciation élevée du produit ou encore, les économies d'échelle[90].

82. Les conclusions de **Bain** ont conduit à l'apparition d'une sous-branche de l'économie, nommée « *industrial organization* »[91] ou IO, dont l'objet était d'étudier les motifs structuraux pour lesquels certains domaines d'activité étaient plus profitables que les autres. Bien que

---

[87] KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 12.
[88] MASON Edward, *Price and Production Policies of Large Scale Enterprise*, American Economic Review no 29, March 1939, p. 61 - 74.
[89] BAIN, Joe, *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, Quarterly Journal of Economics*, August 1951, p. 293-324.
[90] BAIN, Joe, *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass., 1956, 3n.
[91] En français, l'organisation industrielle.

limité, l'intérêt de l'IO a été développé sur deux plans. D'une part, cette discipline s'est concentrée plutôt sur une politique publique que sur l'efficacité des entreprises individuelles et d'autre part, elle a enrichi la liste limitée de **Bain** par des variables structurales.

83. Suite au développement de l'IO, **Porter** a préparé, en 1974, une étude portant sur l'analyse structurale des industries, étude qu'il a ensuite développée dans un article[92], dans le but de faire en sorte que l'IO mette l'accent sur la stratégie individuelle des entreprises pour maximiser le profit, plus que sur l'objectif de politique publique de maximisation du profit.

Dans ses études, **Porter** a élaboré un schéma pour l'analyse de l'attractivité de l'industrie[93], schéma largement utilisé en pratique par les consultants financiers, du moment où les managers doivent prendre en considération beaucoup plus d'éléments que ceux fournis par les économistes.

Ce schéma reflète toujours une structure du marché, structure qui comprend, outre les concurrents, les acheteurs, les fournisseurs, les nouveaux entrants et les substituts – en limitant la direction de recherche à la structure du marché, sans prendre en compte le comportement des acteurs économiques, le courant de pensée économique promu par l'école de Harvard a fait en sorte que toute infraction en droit de la concurrence devienne strictement matérielle - à l'exclusion de toute intention.

84. La stratégie concurrentielle des entreprises, résultat de la structure du marché, est influencée elle-même non pas seulement par l'attractivité de l'industrie, mais aussi par l'avantage ou la position concurrentielle.

§ 2. L'avantage concurrentiel et son influence sur l'intention fautive

85. En prenant en compte le seul critère de l'attractivité de l'industrie, la conséquence logique serait que toutes les entreprises dans des domaines plus attractifs soient plus profitables que toutes les entreprises ayant un objet d'activité moins attractif.

Néanmoins, dans certains cas, la profitabilité de certaines entreprises dans des domaines d'activité moins attractifs peut sous classer certaines entreprises dans les domaines plus attractifs[94] – ce constat a conduit à la prise en compte d'un second critère complémentaire pour déterminer la stratégie des entreprises, un critère qui explique ces différences, soit l'avantage concurrentiel.

---

[92] PORTER, Michael, *The Contributions of Industrial Organization to Strategic Management*, Academy Management Review October 1, 1981 vol. 6 no. 4, p. 609-620.
[93] Le schéma de M. Michael Porter est reproduit comme l'annexe I à la présente étude.
[94] GHEMAWAT, Pankaj, *Competition and Bussiness Strategy in Historical Perspective*, Business History Review, printemps 2002, 76, 1.

86. Concrètement, l'avantage concurrentiel représente la preuve d'un comportement vertueux des entreprises sur le marché, comportement qui est déterminé par la structure du marché, qui ne permet pas aux concurrents de fausser le libre jeu de la concurrence[95]. Par conséquent, c'est toujours la structure du marché atomisée qui pousse les concurrents à avoir un comportement concurrentiel, à travers la pression des concurrents.

En dépit des quelques recherches étudiant l'avantage concurrentiel des entreprises à l'université de Harvard[96], et ensuite à l'université de Purdue, la contribution majeure dans l'étude de son rôle dans la vie économique, plus pragmatique, est revenue de nouveau, aux consultants.

87. Les avancées portant sur l'avantage concurrentiel se sont développées sur deux plans, qui ont compris, d'une part, l'analyse du coût concurrentiel et d'autre part, l'analyse des consommateurs. Pour le courant structuraliste de l'école de Harvard, une entreprise en position dominante est une firme qui a su, à travers le temps, développer ses avantages face à ses concurrents.

D'une part, en ce qui concerne l'analyse du coût concurrentiel, une diminution du coût total a été envisagée par division de l'entreprise dans les activités composantes, pour que les coûts d'une certaine activité puissent être partagés entre plusieurs entreprises. Cette division de l'entreprise entre les activités impliquées a été motivée par la volonté de réorienter l'attention vers la courbe d'expérience : après avoir distingué entre le coût des matériaux et le coût ajouté, les économistes ont conclu que la courbe d'expérience s'applique seulement au coût ajouté. De là, la division de l'entreprise dans des unités comprenant des coûts à évaluer de manière distincte n'a été qu'un seul pas.

Ainsi, un coût faible constitue une manière de défense de l'entreprise. Premièrement, par rapport aux concurrents, parce que l'entreprise va continuer à faire du profit même après que ses concurrents ont épuisé leurs propres profits dans la concurrence par le prix.

Deuxièmement, par rapport aux clients puissants, parce que les clients ne peuvent exercer leur pression que pour baisser le prix au niveau de l'entreprise qui a le prix le plus bas. Troisièmement, par rapport aux fournisseurs puissants, du moment où le cout faible accroit la flexibilité de l'entreprise, lorsqu'elle doit faire face à des hausses de coût des facteurs de production.

D'autre part, en ce qui concerne l'analyse de la structure des consommateurs, l'idée de départ a été qu'il est moins coûteux de retenir les clients existants que d'en acquérir de nouveaux. Ainsi, les consommateurs peuvent être attirés soit par un prix inférieur, soit par la différenciation des produits.

---

[95] Pour des détails portant sur l'avantage concurrentiel, voir PORTER, Michael, *Competitive Advantage : Creating and Sustaining Superior Performance*, Simon and Schuster, New York, 1985.

[96] Sous la direction de Michael Hunt, le groupe de recherche de Harvard a étudié l'influence des diverses stratégies sur l'industrie – le résultat a été la découverte que les concurrents dans une certaine industrie pourraient être groupés selon le critère de la stratégie, d'une telle manière que leur profitabilité puisse être expliquée.

88. **Porter**[97], ainsi que **Hall**[98] étaient d'accord qu'une entreprise, en vue d'avoir du succès, doit se fonder soit sur un prix le plus compétitif possible, soit sur une différenciation du produit qui ne permette pas l'interchangeabilité. Toutefois, comme le reconnait **Porter** :

« *Dans certaines industries, il n'y a pas d'opportunité en vue de se concentrer sur la différenciation – c'est un jeu seulement sur le prix (...). Dans d'autres industries, le coût est assez peu important à cause de l'acheteur et des caractéristiques du produit* »[99].

89. Le prochain pas pour **Porter**, l'affirmation qu'une entreprise qui cherche à équilibrer les deux tendances (soit prix aussi bas que possible et différenciation du produit) aura moins de profit qu'une qui choisit une des deux, a été la source d'un vif débat dans la doctrine économique.

Toutefois, le problème avec l'avantage concurrentiel est resté son inconséquence sur une période longue de temps, d'une telle manière qu'à cause de l'adaptabilité des concurrents, un avantage considéré comme acquis pourrait être perdu à tout moment. C'est ce que la doctrine[100] a appelé « *l'effet de la reine rouge* » - la compétition devient de plus en plus dure, d'une telle manière que les stratégies concurrentielles doivent s'améliorer progressivement :

« *Ici, vois-tu, on est obligé de courir tant qu'on peut pour rester au même endroit. Si tu veux te déplacer, tu dois courir au moins deux fois plus vite* »[101].

90. En vue d'expliquer **l'inconséquence des avantages concurrentiels** et de trouver une solution à ce problème, plusieurs théories ont été proposées.

La *théorie du jeu* met l'accent sur le caractère dynamique des actions des concurrents, d'une telle manière que les interactions entre les concurrents dépendent des choix de ceux-ci[102]; pour maintenir son avantage, un concurrent doit deviner le pas suivant de ses autres concurrents.

L'approche fondée sur les ressources d'une entreprise conclut que l'avantage concurrentiel dérive des circonstances uniques, parfois ambiguës et toujours complexes et dynamiques dans lesquelles ses ressources ont été créées[103].

---

[97] PORTER, Michael, *Competitive Strategy*, Free Press, New York, 1980, p. 7-9.
[98] HALL, William, *Survival Stratégies in a Hostile Envirnoment*, Harvard Business Review, septembre - octobre 1980, p. 78-81.
[99] PORTER E, Michael, *Competitive Strategy*, New York, 1980,p. 41-44.
[100] Van VALEN, Leigh, *A New Evolutionary Law*, Evolutionary Theory 1, 1973, p. 1-30, p. 17.
[101] CARROLL, Lewis, *De l'autre côté du miroir*, Livre de Poche Jeunesse, février 2010, p. 26.
[102] SHAPIRO, Carl, *The Theory of Business Strategy*, RAND Journal of Economics, vol 20, printemps 1989, p. 125.
[103] WERNERFELT, Birger, *A Resource-based View of the Firm*, Strategic Management Journal, volume 5, nº 2, 1984, p. 171-180.

Par ailleurs, la théorie des *capacités dynamiques* met l'accent sur le fait que ce sont les habilités de l'entreprise qui apportent le succès, mais le succès aussi influence les habilités futurs – ce qui est important est que les capacités ne sont jamais des « *données* », mais toujours des « *construits* ». Enfin, la théorie de l'*engagement* explique comment les choix antérieurs des entreprises influencent ses choix au présent.

91. Si, pour déterminer la liberté de la concurrence, l'école de Harvard trouve son fondement dans la structure du marché, qui influence le comportement des entreprises (comportement, à son tour, aussi influencé par le coût concurrentiel et par la structure des consommateurs), cela implique une consécration, par cette théorie économique, de la position objective.

92. Ainsi, ce qui importe est seulement le mode d'organisation du marché et, par conséquent, l'intention fautive n'occupe aucune place dans la détermination d'un marché concurrentiel – c'est la position retenue par la doctrine traditionnelle en droit européen de la concurrence.

93. Toutefois, une approche strictement théorique portant sur les objectifs du droit de la concurrence apparait insuffisante dans la mesure où elle est basée seulement sur la position de la doctrine économique. De ce point de vue, il semble essentiel de consulter l'interprétation que les rédacteurs des traités européens, ainsi que le juge européen, ont attaché à la notion de concurrence « *libre et non faussée* ».

Chapitre 2 - Un choix initial stable des autorités européennes : la définition objective de l'infraction en droit de la concurrence

94. Les rédacteurs du **traité de Rome** de 1957, tout en prévoyant la « *concurrence non faussée* » entre les objectifs du traité[104], n'ont pas, toutefois, accordé un grand intérêt à la définition expresse du but de la politique concurrentielle à suivre, de telle manière que celle-ci a dû être établie *ex post* par voie d'interprétation des normes par les autorités européennes.

95. En l'absence d'un texte prévoyant d'une manière expresse la conception sur la concurrence adoptée par l'Union européenne (**Section 1**), la tâche de délimiter quelles seront les grandes orientations de la politique européenne de concurrence (**Section 2**) est revenue à la jurisprudence, tout en prenant en compte les particularités de l'UE.

[104] Pour la version en ligne du traité de Rome, voir http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index-old.htm#founding (consulté dernièrement le 13 janvier 2013, au présent rétirée). Pour l'objectif relatif à la concurrence non fausée, voir l'article 3, point f.

SECTION 1 – L'ABSENCE DE TEXTE CONVENTIONNEL PREVOYANT EXPRESSEMENT LE CHOIX DE L'UNION EUROPÉENNE – LES MULTIPLES INTERPRETATIONS DES ARTICLES 101 ET 101 du TFUE

96. Avant de commencer l'analyse détaillée des éléments qui seraient en mesure d'établir la volonté des rédacteurs du **traité de Rome** de 1957, il semble nécessaire de rappeler les répercussions du but du droit de la concurrence sur l'intention fautive : dans la mesure où l'objectif des anciens **articles 85 et 86 du traité de Rome**, les correspondants des **articles 101 et 102 du TFUE**, est seulement la protection de la concurrence (*à l'exclusion des consommateurs, qui en seront, en revanche, implicitement des bénéficiaires*), une approche strictement objective de la concurrence serait justifiée, en raison de la seule atteinte à la structure du marché. Par conséquent, toute modification de la structure du marché sera incriminée, sans que le caractère fautif ou non, intentionnel ou non, ait aucune importance.

En revanche, et c'est la thèse que nous avons l'intention de démontrer, si les rédacteurs du traité ont pris en compte aussi l'efficacité économique comme possible objectif du droit de la concurrence, l'intention fautive devrait, en principe, occuper une place, plus ou moins importante dans la définition des infractions en droit de la concurrence.

97. Pour les ententes, le correspondant de **l'article 101 du TFUE** dans le traité de Rome, plus concrètement, **l'article 85 CEE**, se contente d'interdire certains comportements, vus comme nocifs pour la communauté, par un dispositif identique à celui du présent[105].

Bien que ces articles définissent, d'une manière assez descriptive, les comportements interdits, rien ne fait ressortir le but de la politique de concurrence à suivre, de sorte que celui-ci est resté ouvert au débat.

---

[105] *1. Sont incompatibles avec le marché intérieur 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 intérieur, 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.

98. ***D'une part***, une première possible interprétation tient à ce qu'elle tend à attirer l'attention sur la défense d'un modèle de concurrence non-faussée pour la politique de concurrence – cette approche a comme point de départ **l'article 3, point f, du traité de Rome**, qui vise :

« *f) l'établissement d'un système assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun* ».

Cette logique a été confirmée très tôt par le biais des interprétations des institutions, qui, pour arriver à une concurrence qui ne soit pas faussée, telle qu'elle est définie par le traité, ont vu dans la politique de concurrence un instrument pour l'intégration économique[106].

De ce point de vue, l'objectif premier de la politique de concurrence est de s'assurer du bien-être et de la liberté des acteurs sur le marché et seulement ensuite de servir au consommateur ; par conséquent, le standard à imposer pour la concurrence en Europe reste celui de la « *concurrence praticable* », tributaire à la conception traditionnelle de l'école de Harvard[107].

En ce qui concerne la notion de « *concurrence praticable* », celle-ci est définie par **von der Groeben** comme ayant comme point essentiel le fait que tout changement dans l'offre et la demande soit reflété dans le prix, comme résultat du jeu de l'économique, et non pas dû aux aides d'état, ententes ou encore situations de domination. Il faut encore que l'entrée sur le marché soit libre, et donc que des barrières ne fassent pas obstacle à l'entrée ou à la sortie du marché[108].

Si, jusqu'à ce point, le discours de **von der Groeben** semble assez clair sur le modèle théorique à suivre, le dernier paragraphe du discours qui se réfère à la définition de la notion de « *concurrence practicable* » ajoute une coloration de facture béhavioriste :

« *Le problème est, ainsi, la création, le maintien et la promotion d'une concurrence qui stimule et récompense l'efficacité et assure une distribution primaire du revenu et de la richesse en concordance avec la performance. Seulement une telle concurrence peut créer une base large pour la distribution secondaire du revenu et de la richesse, en consonance avec la justice sociale* »[109].

---

[106] von der GROEBEN, *Competition policy as part of the economic policy in the Common Market*, Discours devant le Partament Européen, Strasbourg, juin 1965.

[107] A mentionner, toutefois, que certains auteurs attribuent la position de la Commission non pas à l'influence du courent structuraliste de l'école de Harvard, mais à la filiation par rapport aux conceptions allemandes ordo-libérales. Pour ce point de vue, voir MONTI, Giorgio, *Article 81 and Public Policy*, Common Market Law Review, Volume 39, 2002, p. 1054-1099, ainsi que VENIT, James, Article 82 : *The Last Frontier : Fighting Fire with fire ?*, Fordham International Law Journal, Volume 28, Issue 4, Article 10, p. 1166. Pour le sens contraire, voir GERBER, David, *Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism*, Compétition Law and the New Europe, The American Journal of Comparative Law, Volume 42, 1994, p. 25.

[108] Traduction du discours de M. von DER GROEBEN dans le Parlement Européen, disponible à http://aei.pitt.edu/15173/1/COMMUNITY-TOPICS-19.pdf, dernièrement consulté le 7 septembre 2020.

[109] Traduction du discours de M. von DER GROEBEN dans le Parlement Européen, disponible à http://aei.pitt.edu/15173/1/COMMUNITY-TOPICS-19.pdf, dernièrement consulté le 7 septembre 2020.

Ce discours a été parfois interprété par la doctrine[110] comme témoignant d'une politique de concurrence qui ne soit pas isolée d'autres politiques, mais comme un moyen pour accroître la productivité, le bien-être et la liberté économique pour le marché intérieur.

Ces affirmations ont conduit certains auteurs à conclure qu'en Europe, la politique de concurrence est un outil d'intégration économique et de construction du marché intérieur[111].

Une vision moins radicale a été exprimée par la doctrine :

- pour le droit des ententes, le professeur **Whish** reconnaît qu'au fil du temps, plusieurs politiques sur les objectifs du droit de la concurrence ont été suivies au nom du droit européen de la concurrence, à partir de la protection des concurrents, la redistribution des biens et, enfin, la protection des consommateurs[112] ;
- en ce qui concerne l'abus de position dominante, la doctrine[113] a conclu que l'actuel **article 101 du TFUE** n'a pas un seul but simple à définir, mais au contraire, toute une structure de buts, dans lesquels les éléments individuels sont liés à la notion de restriction de concurrence.

99. ***D'autre part***, l'analyse des travaux préparatoires du traité de Rome de 1957, telle qu'elle sera conduite dans la suite de cette thèse, montre que l'efficacité économique a été loin d'être omise par les rédacteurs du traité.

L'efficience économique n'a pas été le principal élément envisagé par la conférence de Messina, qui, en revanche, s'est concentrée sur la formation d'un marché libre :

« *Les six gouvernements déclarent que la mise en place d'un marché commun européen sans droits de douanes et restrictions quantitatives est le but de leurs actions économiques* »[114] .

Alors que la création du marché commun ne pourra être atteinte que progressivement, un des moyens pour y arriver a été d'élaborer :

« *des règles pour protéger la libre concurrence dans le marché commun, en particulier, l'élimination de toute forme de discrimination nationale* »[115].

---

[110] AKMAN, Pinar, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 29, nr. 2, 2009, p. 267-303.

[111] PRIETO, Catherine, *Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence*, D. 2006, p. 1603

[112] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7eme édition, Oxford University Press 2012, p. 19.

[113] GERBER, David, *The Future of Article 82: Disecting the Conflict*, Chicago-Kent College of Law, IL, USA, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2007.

[114] Tagung MAE 6 d/55 ac der Außenminister der Mitgliedstaaten der Montangemeinschaft, Entschließung der Außenminister der Mitgliedstaaten der Montangemeinschaft anläßlich ihrer Tagung in Messina am 1. und 2. Juni 1955. Le texte original est le suivant : « *Die sechs Regierungen erklären, daß die Errichtung eines gemeinsamen Europäischen Marktes ohne Zölle und ohne mengenmäßige Beschränkungen das Ziel ihres Handelns auf wirtschaftspolitischem Gebiet ist*".

100. Si la protection de la concurrence a été le but principal des discutions de Messina, la réunion de Bruxelles réserve une place pour la protection de l'efficacité économique, et, par conséquent, pour l'intention fautive, comme on le montrera dans la suite de cette thèse.

Après la conférence de Messina et une autre conférence à Noordwijk, les ministres des affaires étrangères se sont réunis à Bruxelles, comme en témoigne la minute de cette réunion, dans laquelle figure le discours de **Spaak**, ministre des affaires étrangères de la Belgique. L'étude du discours de **Spaak** montre que :

« *L'établissement du marché commun exerce une influence très importante sur les économies nationales et, en particulier, sur le coût de la vie. Le but du marché commun doit être tel, qu'il réalise la croissance optimale des installations de production, par l'application des méthodes avancées, utilisées déjà par les Etats concurrentiels plus avancés qui servent une grande partie du marché* »[116].

101. La manière dans laquelle le but du marché commun a été formulé par **Spaak**, comme la croissance des capacités de production, par des méthodes avancées, s'apparente d'une manière considérable à ce qu'on appelle « *l'efficacité économique* ».

La même idée d'efficacité va trouver sa place dans le **Rapport Spaak**[117] même, dont le but, la création du marché commun, pourrait être atteint par « *une distribution plus rationnelle des activités* » et un degré « *optimal de croissance économique* », ce qui va conduire à la « *croissance du standard de la vie* ». Ces standards établis pour le marché commun tiennent, évidemment, à l'efficacité économique, ainsi qu'à la protection des consommateurs. De ce point de vue, l'introduction de la première partie du Rapport définissait le concept de marché commun, tel qu'il a été souligné par la déclaration de Messina :

« *Le but du marché commun doit être la création d'une large surface avec une politique économique commune, ainsi qu'une complexité des industries soit formée et l'expansion continue soit possible, ainsi qu'une stabilité accrue, une croissance accélérée du standard de*

---

[115] Voir la note 72. Le texte original est le suivant : « *Ausarbeitung von Regeln zur Sicherung des freien Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes, insbesondere zur Ausschaltung jeder Art nationaler Diskriminierung* ».

[116] Entwurf des Protokolls der Konferenz der Aussenminister der Mitgliedstaaten der E.G.K.S. (Brüssel, den 11. und 12. Februar 1956), III. Exposé des Präsidenten und Erörterung der Arbeitsergebnisse de von der Messina-Konferenz eingesetzten Regierungsausschusses. Le texte original est le suivant : « *Die Errichtung des gemeinsamen Marktes werde auf die Volkswirtschaften und insbesondere auf die Lebenshaltungskosten in der Gemeinschaft einen sehr großen Einfluss ausüben. Das Ziel eines gemeinsamen Marktes sei es ja, die optimale Entwicklung der Produktionsmöglichkeiten durch die Anwendung der fortgeschrittensten Methoden zu erreichen, deren sich die konkurrierenden Länder, die bereits über einen großen Markt verfügten, bedienten* ».

[117] Le Rapport Spaak a représenté le document le plus important entre les travaux préparatoires du traité de Rome, sur lequel ce traité s'est fondé. Précisons que, bien que nommé "Rapport Spaak", celui-ci a été redigé par Hans von der Groeben, Pierre Uri et Albert Hupperts.

la vie et le développement des relations harmonieuses entre les Etats membres »[118].

En vue d'atteindre ces objectifs, le marché doit être unique, pour éviter de « *disperser les ressources* » et aussi la « *production à un coût pas économique* », d'une telle manière que la solution pour ceux-ci est une efficience accrue. Les rédacteurs du Rapport Spaak ont observé que le marché national ne permet pas aux entreprises de développer leur « *taille optimale* », la taille à laquelle elles pourraient produire à un coût le plus bas que possible – en termes économiques, il s'agit d'atteindre le niveau de « *l'échelle maximale efficace* »[119].

De plus, conformément au **Rapport Spaak**, sur un marché plus étendu, il ne serait plus possible de maintenir des moyens de production moins efficaces – les entreprises devront faire des investissements, accroitre le niveau de la production, améliorer la qualité et moderniser les méthodes de production. C'est une approche favorisant l'efficacité économique, une approche « *fais du progrès ou disparaît !* ».

102. La même discussion pourrait être entamée en ce qui concerne l'ancien **article 86** du traité de Rome, devenu **l'article 101 du TFUE**[120], auquel se réfère aussi le **Rapport Spaak**. De ce point de vue :

« *L'action contre les monopoles dans le marché commun sera développée conformément aux règles de base contenues dans le traité. Elle sera limitée aux pratiques affectant le commerce entre les Etats membres, qui peuvent prendre la forme des ententes et des monopoles utilisant des pratiques discriminatoires qui séparent le marché, limitent la production et contrôlent le marché pour un certain produit* ».

103. Sans devoir aller plus loin dans l'interprétation historique des normes comprises dans le traité de Rome, certains auteurs[121] ont affirmé que l'efficience économique a trouvé une place importante au sein des règles européennes de concurrence, par une simple analyse textuelle.

---

[118] HILDEBRAND, Doris, *The role of Economic Analysis in the EC Compétition Rules*, Klower Law International, 2009, p. 9.

[119] AKMAN, Pinar, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 29, nº. 2, 2009, p. 267-303.

[120] *Est incompatible avec le marché intérieur 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 intérieur 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.

[121] SCHWEITZER, Heike, *Efficiency, Political Freedom and Freedom to Compete* – comment on Maier Rigaud, dans ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 169-181 et AKMAN, Pinar, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, Oxford Journal of Legal Studies, volume 29, nr. 2, 2009, p. 267-303.

104. Si **l'article 3d du traité de Rome** établit, entre ses objectifs, « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* »[122], les règles de concurrence mêmes se réfèrent à l'efficience économique – le plus visible est la situation de **l'article 85, paragraphe (3) du traité de Rome**[123], quand, pour exempter une entente illicite, les entreprises doivent faire la preuve que leur accord :

« contribue 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 ».

105. De la même manière, en ce qui concerne l'abus de position dominante, **l'article 86 du traité de Rome** pose qu'un abus peut consister dans « *la limitation de la production, les marchés ou le développement technique au détriment des consommateurs* »[124]. Ces formes d'abus de position dominante peuvent être considerées, par elles-mêmes, la preuve d'une approche économique des rédacteurs du traité en ce qui concerne l'infraction sous-nommée.

106. Un dernier aspect qui devrait être abordé dans ce contexte tient à ce que **l'article 3 du traité de Lisbonne** n'établit plus la concurrence comme une finalité en soi de l'Union, mais comme un moyen pour :

« […] le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique »[125].

107. Ces multiples interprétations possibles des **articles 101 et 101 du TFUE** ont conduit la doctrine à des vifs débats en ce qui concerne les buts de la politique de concurrence de l'Union européenne, débats dont les arguments étaient tirés de l'interprétation de ces dispositions par la CJUE.

108. En prenant en compte le fait que les hésitations des rédacteurs des traités ne permettent pas d'établir, en dehors de tout doute, un objectif spécifique pour le droit européen de la concurrence, une analyse plus approfondie semble nécessaire. Dès lors que l'application d'une disposition et son interprétation peuvent parfois varier largement par rapport à l'intention du rédacteur de la norme, l'objet de la prochaine section va consister dans l'essai de dégager une position jurisprudentielle portant sur l'objectif du droit européen de la concurrence.

[122] Traité de Rome, 1957, article 3.
[123] Traité de Rome, 1957, article 85.
[124] Traité de Rome, 1957, article 86.
[125] Traité de Lisbonne, 2007, article 3.

SECTION 2 - UN CHOIX DEDUIT PAR VOIE D'INTERPRETATION PAR LA COUR DE JUSTICE – LA PROTECTION DU MODÈLE DE LA CONCURRENCE EFFICACE

109. Une jurisprudence assez constante et explicite en matière d'ententes (**Paragraphe 1**) et d'abus de position dominante (**Paragraphe 2**), qui s'est déplacée traditionnellement vers le choix de la théorie de l'école de Harvard – la protection de la structure concurrentielle, a conduit à une apparente tranquillité doctrinale pour une période assez longue.

Dans notre démarche portant sur la recherche du but de la politique de concurrence, il nous semble essentiel de ne pas oublier l'enjeu en ce qui concerne l'intention fautive : dans la mesure où l'approche de la « *concurrence efficace* » est suivie en totalité, cela exclut toute place pour l'intention fautive en droit européen de la concurrence ; en revanche, dans la mesure où il y a des hésitations des autorités européennes en ce qui concerne le modèle théorique suivi, un objectif du droit de la concurrence qui n'est pas précis serait susceptible de faire place à la faute, comme élément circonstanciel des infractions en droit de la concurrence.

§ 1. Particularisation du modèle concurrentiel appliqué par la Cour de justice par rapport à la jurisprudence en matière des ententes

110. Pour le domaine du droit des ententes, les objectifs du droit européen de la concurrence ne sont pas énumérés d'une manière explicite par les traités, d'une manière que leur interprétation est revenue à la doctrine.

111. Une position initiale stable en ce qui concerne les objectifs du droit de la concurrence (**A**), déduite par voie d'interprétation, est confirmée par l'approche jurisprudentielle traditionnelle, qui postule la compréhension de l'objet de l'entente comme effet nécessaire, à l'exclusion de toute intention fautive (**B**).

A. Une position initiale stable en ce qui concerne les objectifs du droit européen de la concurrence en droit des ententes

112. La grille de lecture proposée par la présente thèse a pour objectif d'analyser dans quelle mesure le juge européen s'est érigé en juge de la structure du marché ou bien en juge des comportements des entreprises.

Dans la mesure où la structure du marché est protégée, tout comportement qui modifie la structure du marché est considéré constitutif d'infraction, en dehors de toute faute. C'est, en effet, un indice de la conception objective portant sur les objectifs du droit de la concurrence.

Si, par contre, les juges prennent en compte le comportement fautif de l'entreprise, par la limitation de la liberté individuelle, cela implique qu'il reste à analyser encore quelle est la place de l'intention fautive dans cette architecture. Le présent point se propose de développer cette grille de lecture (**Point a**) et ensuite d'analyser la jurisprudence européenne en matière

d'entente à travers cette grille (**Point b**), pour en déduire dans quelle mesure celle-ci permet d'en tirer une conclusion ferme concernant le modèle de concurrence protégé par le droit européen.

a. La grille de lecture proposée – l'interdiction de l'entente, applicable dans le cas d'une restriction de la liberté commerciale, seulement dans le cas d'une atteinte à la structure du marché

113. Si l'avantage d'un marché concurrentiel équivaut à la meilleure allocation des ressources[126], l'inefficacité de l'allocation des biens a pour résultat la production d'une quantité inférieure de biens et des prix plus élevés requis par les entreprises, ou bien une réduction de la qualité des biens produits[127] par rapport à une situation concurrentielle.

114. Il semble nécessaire de bien distinguer entre une restriction de la concurrence et une restriction du comportement : si une restriction de la concurrence signifie que les prix vont augmenter et la quantité et la qualité des biens vont baisser, une restriction du comportement a comme résultat la limitation de la liberté commerciale d'un concurrent, sans que cela implique nécessairement une quantité et/ou qualité réduite des biens[128].

La conséquence est qu'une entreprise peut limiter la liberté individuelle d'une autre entreprise, sans que cela ait l'effet d'une restriction de la concurrence. Cette différence a été reconnue par la doctrine[129], qui a postulé que la restriction de la concurrence est présente non pas dès lors que l'entente élimine la liberté d'un concurrent, mais au moment où elle permet aux prix d'augmenter et à la quantité et/ou qualité des produits de baisser par rapport à aux prix/qualité/quantité offerts en absence de l'accord à objet ou effet anticoncurrentiel.

115. Notre approche va consister à indiquer des arrêts construits dans la logique traditionnelle, avec la conséquence de l'affirmation de la protection de la concurrence efficace, pour ensuite analyser dans quelle mesure la jurisprudence reste conséquente avec cette position à travers la grille de lecture appliquée. L'intérêt va consister à essayer de dégager une règle, en indiquant, en même temps, ses conséquences sur l'intention fautive.

b. Analyse de la jurisprudence européenne à travers la grille de lecture proposée

116. Pour déceler la répercussion de l'objectif déclaré par la Cour de justice sur l'intention fautive, la présente étude va se centrer, ***dans un premier temps*** sur l'identification de l'objectif déclaré de **l'article 101 du TFUE** dans la jurisprudence européenne, soit la protection du

---

[126] BECKER, Gary, *Economic theory*, Knopf, New York, 1971, p. 26; BECKER, Gary, *Irrational Behaviour and Economic Theory*, Journal of Political Economy, volume 70, no. 1, 1962, p. 1.
[127] POSNER, Richard, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, University og Chicago Press, Chicago, 1976, p. 8-10; BORK, Robert, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Free Press, New York, 1993; KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7ème édition, Hart, Oxford, 2000, p. 9.10.
[128] ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect*, Sweet and Maxwell. A Thomas Company, London, 2001, p. 263.
[129] BORK, Robert, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Free Press, New York, 1993, p. 59.

modèle de la concurrence efficace.

Dans un deuxième temps, on va analyser dans quelle mesure l'objectif déclaré par la jurisprudence est conséquent par rapport à la règle substantielle appliquée – de ce point de vue, pour arriver à une solution unitaire, la Cour de justice devrait permettre une restriction de la liberté commerciale des concurrents dès lors qu'elle n'apporte pas une atteinte à la structure du marché, l'intention pour sa mise en place étant sans importance.

117. La première position qui ressort de l'interprétation, par la Cour de justice de l'Union européenne, de la notion de concurrence et ses objectifs a dû attendre les années 1970 pour prendre forme.

118. Toutefois, au moment où la Cour de justice s'est exprimée, elle l'a fait d'une manière extrêmement claire, ce qui a conduit, pour une période assez longue, à la conclusion rigide de la protection de la structure concurrentielle du marché.

119. Pour l'intention fautive, elle s'est vue implicitement exclue des éléments constitutifs des infractions en droit de la concurrence, dans la mesure où la Cour de justice avait clarifié que toute atteinte portée à la structure concurrentielle du marché représente un fait illicite, peu importe l'existence ou non de l'intention des parties.

120. La Cour de justice a utilisé pour la première fois la notion de concurrence efficace dans **l'arrêt Metro**[130], du 25 octobre 1977. Le litige a comme base une plainte déposée par Metro contre Saba, producteur d'appareils électroniques, qui a refusé de lui livrer des produits en vue de la revente, en raison de l'absence d'accomplissement, par Metro, de certains critères qu'elle imposait à ses distributeurs grossistes.

La Commission européenne a imposé, par voie de décision, au producteur Saba des obligations en ce qui concerne l'obligation faite aux distributeurs de n'approvisionner en vue de la revente que des grossistes ou détaillants agrées, l'interdiction de livraisons croisées aux utilisateurs finals institutionnels, l'obligation faite aux grossistes lorsqu'ils approvisionnent des utilisateurs finals professionnels de veiller à ce que les appareils Saba achetés seront utilisés à des fins professionnelles et l'obligation pour les grossistes de coopérer au développement du réseau de distribution Saba en souscrivant des contrats de coopération.

Dans ce contexte, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur le niveau de concurrence à instaurer et protéger au niveau du marché commun européen :

« *La concurrence non faussée visée aux* ***articles 3*** *et* ***85 du traité CEE*** *implique l'existence sur le marché d'une* *concurrence efficace* *(workable competition), c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions*

[130] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977 p. 01875.

analogues à celles d'un marché intérieur »[131].

Cette exigence posée par la Cour de justice admet, toutefois, que la nature et l'intensité de la concurrence efficace puisse varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés, d'une telle manière que, dans la situation d'espèce, vue la technicité des produits, un système de distribution sélective peut être conforme aux exigences de la concurrence, sous certaines conditions[132].

Par le renvoi à la notion de « *concurrence efficace* », la Cour de justice exclut l'application de la théorie de l'école de Harvard, pour protéger la structure du marché : les concurrents et non pas les consommateurs. L'enjeu sur l'intention fautive d'un tel choix est évident – si on cherche à donner la priorité à la structure du marché, en principe, toute atteinte à cette structure va être sanctionnée, par le seul fait que la structure concurrentielle du marché a été affectée, n'importe le degré d'intention fautive des entreprises.

Inversement, dans la mesure où la structure du marché n'est pas l'élément pris en compte pour établir la violation de **l'actuel article 101 du TFUE**, ce que va importer sera la qualité interne de l'action de l'entreprise, y compris l'intention fautive même.

121. Un autre arrêt pertinent pour déceler la position de la Cour de justice est **l'affaire Glaxo-Smith Kline**[133], ayant pour objet la demande d'annulation de la décision de la Commission la sanctionnant pour la conclusion, avec les grossistes espagnols, d'un accord opérant une distinction entre les prix facturés aux grossistes en cas de revente de médicaments remboursables aux pharmacies ou aux hôpitaux sur le territoire national et les prix les plus élevés facturés en cas d'exportation des médicaments vers n'importe quel autre État membre.

Après avoir annulé la décision du Tribunal[134] en ce qu'elle statuait que :

« *<u>l'objectif assigné</u> à **l'article 81, paragraphe 1, CE**, qui constitue une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur <u>est d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause</u>* »[135], la Cour de justice elle-même hésité dans la définition de l'objectif de **l'ancien article 81 CE**, l'actuel **article 101 du TFUE** :

---

[131] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977, p. 01875, point nº 20.

[132] Les conditions se réfèrent, en particulier, à l'exigence de l'existence des critères objectifs de caractère qualitatif, conditions fixées d'une manière uniforme et appliquées d'une manière non-discriminatoire.

[133] CJUE, 6 octobre 2009, Glaxo-Smith Kline Services Unlimited contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55.

[134] TPICE, 27 septembre 2006, Glaxo-Smith Kline Services Unlimited contre Commission des Communautés européennes, recueil de jurisprudence 2006, page II-02969.

[135] TPICE, 27 septembre 2006, Glaxo-Smith Kline Services Unlimited contre Commission des Communautés européennes, recueil de jurisprudence 2006, page II-02969, p. 118.

« *D'autre part, il importe de souligner, que la Cour a jugé que* ***l'article 81 CE*** *vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix* »[136].

La même approche a été suivie dans **l'affaire T-Mobile**[137], qui reprend l'impératif de la prise en compte de la protection des concurrents et non des consommateurs – une adoption, semble-t-il, de la conception de l'école de Harvard. En effet, le litige porte sur une question préjudicielle posée par le juge néerlandais dans une cause ayant pour objet l'annulation de la décision du l'autorité de concurrence de Pays-Bas sanctionnant cinq opérateurs bénéficiaires d'un réseau propre de téléphonie mobile, en raison de la concertation sur la réduction des rémunérations standard des revendeurs pour les abonnements, occasion à laquelle un certain nombre d'informations confidentielles ont été échangées.

Dans ce contexte, la Cour de justice a, de nouveau, l'occasion de se prononcer en ce qui concerne le but de **l'article 81 CE**, l'actuel **article 101 du TFUE** :

« *En tout état de cause, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 58 de ses conclusions,* ***l'article 81 CE*** *vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle*»[138].

122. Un autre arrêt illustratif pour le modèle de concurrence à appliquer par les autorités européennes est représenté par **l'affaire Beef Industry**[139]. Le fondement factuel du litige a été un accord signé entre des associations des producteurs de viande qui détiennent 93% du marché pertinent, qui, à travers des cotisations établies par numéro des animaux de chaque producteur, encourageait des autres producteurs de sortir du marché. Dans ce contexte, l'avocat général s'est prononcé sur le dégrée de concurrence souhaitable sur le marché européen :

« *En outre, le fait que les prix n'augmenteront pas n'exclut pas toute possibilité de concurrence efficace. Au contraire, dans un marché doté de fortes surcapacités et d'une production globale constante, le fait de baisser les prix est une mesure concurrentielle classique. Elle permet à un producteur de regrouper une part relativement importante de la*

[136] CJUE, 6 octobre 2009, Glaxo-Smith Kline Services Unlimited contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, note 97, point nº 63.
[137] CJUE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, affaire C-8/08, recueil de jurisprudence 2009 I04529.
[138] CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, affaire C-8/08, recueil de jurisprudence 2009 I04529, p. 38.
[139] CJUE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats LTD, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637.

demande sur ses produits et ainsi d'augmenter son coefficient d'utilisation des capacités et de réaliser des économies d'échelle »[140].

Pour que l'objectif déclaré de la protection de la concurrence efficace par la jurisprudence européenne reste conséquent par rapport à la règle substantielle appliquée, la Cour de justice devrait permettre d'appliquer **l'article 101 du TFUE** aux situations de restriction de la seule liberté commerciale d'une entreprise (restriction de comportement), seulement dans la mesure où celle-ci a un effet sur la structure du marché concurrentiel en général (restriction de structure).

123. Dans ce sens, la Cour de justice applique un raisonnement similaire dans **l'arrêt Gøttrup-Klim**[141], se référant à une association de consommateurs, DLG, établie dans le but d'offrir des biens moins chers à ses membres et à laquelle les associations locales qui achetaient ou vendaient des biens pouvaient accéder, en tant que membres B. L'accord conclu avec DLG interdisait à ses membres d'adhérer à toute autre association concurrente, mais les membres B ont refusé de respecter la clause, en invoquant la contrariété de celle-ci par rapport à **l'article 81(1) du traité CE**, au présent, **l'article 101 du TFUE**.

Il s'agit, en cause, d'une restriction de comportement : l'association DLG interdisait à ses membres d'adhérer à toute autre organisation concurrente. C'était, en effet, ce que les membres B de DLG prétendaient, qu'on est en face d'une « *limitation significative et arbitraire de l'activité commerciale des membres », de sorte que « la liberté d'opérer d'une manière indépendante sur le marché » est entravée*[142].

Par conséquent, selon les membres B, cela aurait pour résultat une réduction encore plus prononcée de la concurrence entre DLG et des tiers. L'idée à la base de cet argument est qu'une restriction de la liberté commerciale a comme résultat une restriction de la concurrence. L'avocat général confirme cette approche, en concluant qu'une restriction du comportement n'est pas une restriction de concurrence dès lors que, sans qu'elle soit présente, les consommateurs « *devraient supporter des prix qui, en général, seraient plus élevés* »[143].

Par la suite, si les entreprises peuvent, d'une manière légitime, agréer de limiter la liberté commerciale d'une autre entreprise, elles ne peuvent pas s'entendre en vue de limiter la concurrence. Par conséquent, dans la mesure où une restriction du comportement n'a pas comme objectif la restriction du processus de concurrence en soi, il appartient à la Commission de prouver que la restriction du comportement restreint la concurrence.

---

[140] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentée le 4 septembre 2008 dans l'affaire CJCE, 20 octobre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society LTD, p. 73.
[141] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641.
[142] Conclusions de l'avocat général M. Tesauro, présentée le 16 Juin 1994 dans l'affaire CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 13.
[143] Conclusions de l'avocat général M. Tesauro, présentée le 16 Juin 1994 dans l'affaire CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 18, confirmées par l'affaire C-250/92.

Il reste à analyser dans quelle mesure la Cour de Justice, en postulant cette position traditionnelle, exprimée d'une manière aussi claire et conséquente dans son application, a vraiment adopté une solution compatible en ce qui concerne la notion d'objet anticoncurrentiel.

124. L'approche apparait comme nécessaire dès lors que, pour que l'infraction en droit de la concurrence ait, d'une manière uniforme, une structure objective, cela signifie que la notion d'objet anticoncurrentiel ait la signification d'effet objectivement nécessaire, excluant toute intention.

Par contre, si la notion d'objet est susceptible de recevoir toute autre interprétation à coloration béhavioriste, nous serons obligés de constater la protection du modèle de l'école de Harvard par le droit des ententes, avec des rayonnements sur la place de l'intention fautive dans la définition de l'infraction. C'est la raison pour laquelle on s'est proposé d'appliquer, à cet égard, le teste du point B, qui suit.

B. La répercussion de l'objet anticoncurrentiel comme effet nécessaire sur la structure de l'infraction en droit de la concurrence – absence de pertinence de l'intention fautive

125. L'interprétation traditionnelle est que la notion d'objet équivaut à l'effet nécessaire[144] – en effet, l'expérience a montré qu'il y a des accords tellement nocifs à la concurrence que l'existence des effets est hors de tout doute. Dans une telle interprétation, la notion d'objet exclut toute importance attachée à d'autres facteurs, y compris l'intention des parties.

Du moment où seul l'effet nécessaire, comme interprétation de l'objet anticoncurrentiel, puisse rester dans les limites de l'infraction objective[145], toute autre interprétation de la notion d'objet conduirait, sans doute, à la prise en compte d'autres éléments à caractériser la notion d'objet anticoncurrentiel, parmi lesquelles des éléments à coloration fautive, subjective.

Dans ce qui suit, l'approche va consister en une analyse de la jurisprudence, en vue de constater dans quelle mesure la conception des juges européens sur la notion d'objet anticoncurrentiel équivaut ou non à la notion d'effet nécessaire.

126. La question portant sur la signification exacte de la notion d'objet présente une particulière importance dans la présente réflexion.

127. La distinction entre l'objet et l'effet anticoncurrentiel d'une entente est une distinction traditionnelle, consacrée à la fois par des actes législatifs[146] et par la jurisprudence[147]. En ce qui

---

[144] ODUDU, Okeogene, *Object as Subjective Intention*, in European Law Review, Sweet and Maxwell, février 2001, p. 62.

[145] Pour une conception contraire, voir BLACK, Oliver, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, 2005, p. 115.

[146] Pour des détails concernant la distinction entre l'objet et l'effet anticoncurrentiel, voir la Communication Commission européenne, 27 avr. 2004, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE, JOUE 27 avril, nº C 101.

[147] CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), affaire 56-65, recueil de jurisprudence de 1966, page 00337, p. 375.

concerne l'objet anticoncurrentiel, il conduit à une présomption fondée sur la gravité de la restriction. La Communication de la Commission européenne[148] reprend les restrictions caractérisées précisées dans les différentes lignes directrices : pour les accords horizontaux, des exemples d'objet anticoncurrentiel sont la fixation de prix, la limitation de la production, le partage des marchés et de la clientèle, et pour les accords verticaux, la fixation du prix de revente et des restrictions imposant une protection territoriale, y compris celles sur les ventes passives[149].

128. Si la caractéristique dominante de la catégorie de l'objet est que les effets ne doivent pas être prouvés[150], la conception traditionnelle sur la signification de la notion d'objet renvoie à la notion d'effet nécessaire. Cette approche sera abordée dans un premier temps **(Point a)**. Cette qualification de la notion d'objet a des répercussions sur la place de l'intention fautive dans la définition des ententes en droit de la concurrence, qui seront abordées dans un deuxième temps **(Point b)**.

a. L'approche traditionnelle – l'objet, comme effet nécessaire

129. La position orthodoxe postule qu'objet anticoncurrentiel signifie effet nécessaire[151]. Cette conception est partagée par la doctrine[152], lorsqu'elle soutient que la condition d'objet est satisfaite des lors que la conséquence prédictible de l'accord est la restriction de la concurrence[153]. L'ancien avocat général Niels Wahl reprend la même idée au point 46 de son opinion dans **l'affaire Treuhand**, sanctionnant une pratique anticoncurrentielle sur les secteurs des stabilisants étain et de l'huile de soja époxydée et des esters[154]:

« *Qu'il soit considéré que les dits comportements ont un objet anticoncurrentiel ou plutôt un effet anticoncurrentiel, la prohibition des comportements visés par les règles des traités s'adressant aux entreprises repose sur l'idée que ceux-ci emportent des effets nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence* »[155].

---

[148] Pour des détails concernant la distinction entre l'objet et l'effet anticoncurrentiel, voir Communication Commission européenne, 27 avr. 2004, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE, JOUE 27 avril, nº C 101.

[149] Communication Commission européenne, 27 avr. 2004, précitée, point 23.

[150] V., dans ce sens, CJCE, 20 novembre 2008, C-209/07, Competition Authority contre Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats LTD, Recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 15 et 16; CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55 ; CJCE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, recueil de jurisprudence 2009 I04529, p. 28 et 30.

[151] Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, nº 1479.

[152] ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, août 2001, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001, p. 379.

[153] Pour une conception contraire, voir BLACK, Oliver, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, 2005, p. 115.

[154] CJUE, 22 octobre 2015 AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C-194/14 P, publiée au recueil numérique (Recueil général).

[155] Opinion de l'avocat général M. Niels Wahl, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015 AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C-194/14 P, publiée au recueil numérique (Recueil général)

130. Cette interprétation est soutenue aussi par une large partie de la jurisprudence, comme par exemple **l'arrêt European Night Services**[156]. Dans le contexte d'une demande en annulation de la décision de la Commission concernant l'entreprise European Night Services, société établie par des sociétés ferroviaires de Grande Bretagne, France, Belgique et Pays Bas, European Night Services avait besoin du savoir-faire des entreprises-mères. Suite à la notification de l'accord, la Commission européenne a octroyé une exemption, mais pour une durée inférieure à celle pour laquelle European Night Services a été créé, conséquemment les sociétés-mères ont introduit une action en annulation de cette décision.

Le Tribunal de Première Instance conclut, dans ce contexte :

« *Le Tribunal, avant d'examiner les arguments des parties quant au bien-fondé de l'analyse de la Commission concernant les restrictions de la concurrence, rappelle à titre liminaire que l'appréciation d'un accord au titre de l'article 85, paragraphe 1, du traité doit tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné* […], *à moins qu'il ne s'agisse d'un accord comportant des restrictions patentes de la concurrence comme la fixation des prix, la répartition du marché ou le contrôle des débouchés*»[157].

La raison pour l'interdiction des ententes à objet anticoncurrentiel est évidente : lorsqu'une entente est qualifiée d'interdite en raison de son propre objet, les effets ne doivent plus être prouvés[158] - fait confirmé par **l'affaire Beef Industry**. L'idée sur laquelle ce raisonnement est construit est l'existence d'une catégorie d'accords ayant un degré de nocivité tellement élevé pour la concurrence que l'analyse des effets actuels ou bien potentiels serait superflue.

131. D'un point de vue jurisprudentiel, la conception selon laquelle l'objet signifie effet nécessaire est fondée aussi sur **l'arrêt Miller**[159], qui concerne une clause d'interdiction de vente faite par une entreprise allemande à ses contractants, d'une manière que Miller pouvait charger à ses contractants d'Allemagne beaucoup plus qu'il le faisait pour ceux de l'extérieur

---

[156] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141.

[157] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141, p. 136.

[158] CJUE, 20 novembre 2008, C-209/07, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, Recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 15 et 16; CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55 ; CJCE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, recueil de jurisprudence 2009 I04529, p. 28 et 30.

[159] CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, Recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

de l'État allemand.

Dans ce contexte, dans l'affaire occasionnée par la décision de l'entreprise de contester, devant le Tribunal de la décision d'infliction d'une sanction, l'entreprise Miller rétorque :

« que, par ailleurs, […] *dans son cas particulier, ces interdictions d'exportation ne répondaient à aucun but répréhensible, mais auraient seulement été adoptées au souhait de ses co-contractants et n'auraient eu qu'une portée de "nature purement optique et psychologique"».*

A cet argument, la Cour de justice répond que :

« il importe de constater que par sa nature même une clause d'interdiction d'exportation constitue une restriction de la concurrence, qu'elle soit adoptée à l'initiative du fournisseur ou à celle de son client, l'objectif sur lequel les contractants sont tombés d'accord étant d'essayer d'isoler une partie du marché ».

Par conséquent, l'argument de Miller vise à prouver que son intention n'a pas été répréhensible, mais légitime. La Cour de justice lui rétorque que l'interdiction d'exportation représente une restriction de concurrence, en raison du fait que l'objectif poursuivi doit nécessairement être l'isolation du marché. La Cour ne cherche pas, donc, à prouver cet objectif, qui est déduit, par contre, de l'existence même de la clause anticoncurrentielle.

132. Une autre affaire sur laquelle est fondée la conception traditionnelle selon laquelle objet signifie effet nécessaire est **l'arrêt CRAM et Rheinzink**[160]. Comme base factuelle, l'affaire a été provoquée par le fait que les entreprises CRAM et Rheinzink, producteurs des lamines de zinc en France et Allemagne, tout en interdisant l'exportation de leurs produits vers la France et l'Allemagne, ont établi un prix supérieur en France et Allemagne par rapport à celui dans des autres Etats membres.

Au moment où les entreprises ont découvert que la clause n'était pas respectée par leurs co-contractants et que les produits étaient réexportés en Allemagne, CRAM et Rheinzink ont cessé de leur livrer les produits. Dans l'arrêt qui a suivi, la Cour de justice a conclu que :

« pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de savoir lequel des deux contractants a pu prendre l'initiative d'insérer telle ou telle clause, ou de vérifier si les parties ont eu une intention commune au moment de la conclusion de l'accord. Il s'agit, par contre, d'examiner les buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué»[161].

[160] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679.
[161] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679, p. 27.

Par conséquent, la Cour de justice ne cherche pas le but poursuivi par les parties *in concreto*, mais le but que la nature même de l'accord implique – son effet nécessaire.

133. Entre les arrêts suivant la position traditionnelle, celle d'objet, en tant qu'effet nécessaire, on pourrait mentionner **l'affaire BNIC v. Clair**[162]. L'objet du litige devant la Cour a été une question préjudicielle portant sur l'annulation, par les instances de France, de certains contrats conclus par Clair en dessous des prix convenus avec l'organisation interprofessionnelle agricole. Dans ce contexte, la Cour de justice conclut que :

« il importe de relever, à cet égard, qu'aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, des lors que celui-ci a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence. Or, par sa nature même, un accord fixant un prix minimal pour un produit et transmis à l'autorité publique en vue de faire entériner ce prix minimal, aux fins de le rendre obligatoire pour l'ensemble des opérateurs économiques intervenant sur le marché en cause, a pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur ce marché »[163].

Il ne s'agit pas de chercher le but des entreprises, mais d'analyser la nature de l'accord et d'en déduire dans quelle mesure il a des effets tellement nocifs pour la concurrence, qu'ils peuvent présumer un objet anticoncurrentiel.

134. Si on a déjà établi que, par une jurisprudence constante, la Cour de justice fait référence, pour la notion d'objet anticoncurrentiel, à la notion d'effet nécessaire, il reste encore à analyser quels en sont les conséquences sur le plan de l'intention fautive.

b. Les conséquences de l'objet – effet nécessaire sur l'intention fautive : structure matérielle de l'infraction en droit de la concurrence

135. En postulant qu'une telle ou telle catégorie d'accords est, par sa propre nature, restrictive de concurrence par son objet, la Cour de justice semble s'attacher à la conception selon laquelle l'objet d'une infraction signifie son effet nécessaire. L'idée sous-jacente est que, pour certaines catégories d'accords, les effets tellement nocifs ont été si souvent constatés qu'il n'y a aucun intérêt de reprendre l'analyse. L'avantage est une règle simple d'application (elle élimine la nécessité d'une étude approfondie et couteuse portant sur les effets de l'entente sur le marché pertinent) et prédictible[164].

136. La Cour de justice considère, traditionnellement, que, dans la mesure où il s'agit d'une entente à objet anticoncurrentiel, et donc, elle a pour effet nécessaire de restreindre la

[162] CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, affaire 123/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00391.
[163] CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, affaire 123/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00391, p. 22.
[164] Les avantages d'une telle règle sont abordés par WEBB, Thomas, *Fixing the Price Fixing Confusion : A Rule of Reason Approach*, The Yale Law Journal, vol. 92, no. 4, 1983, p. 706-730.

concurrence, les effets actuels ou potentielles ne doivent pas être prouvés[165]. Conséquemment, l'intention fautive n'est ni nécessaire, ni suffisante, pour satisfaire le critère de l'objet. Par exemple, dans ce sens, le Professeur **Whish** écrivait que :

« *l'objet ne signifie pas l'intention subjective des parties »*[166].

La même opinion est partagée par **Bouscant**, dont l'opinion est que :

« *La définition objective des infractions aux règles de concurrence permet de procéder à leur constatation en l'absence de faute commise et d'ordonner les mesures de rétablissement de la concurrence efficace* »[167].

La même approche a été adoptée par **Faull et Nipkay**, qui écrivent que :

« *l'intention des parties est un 'facteur pertinent', mais elle n'est pas, dans aucun sens, déterminante* »[168].

137. Pour suivre cette approche, la doctrine fait appel, en principal, à **l'affaire Miller**[169], traitée au point précédent, ayant comme base une clause d'interdiction de vente faite par une entreprise allemande à ses contractants, d'une manière que Miller se trouvait en position de charger à ses contractants allemands beaucoup plus qu'il le faisait pour ceux de l'extérieur de l'Allemagne.

Au moment où elle s'est voit infligée une sanction, l'entreprise Miller attaque, devant le Tribunal la décision en cause, tout en invoquant, à titre d'élément exonératoire de responsabilité, le fait qu'elle n'avait pas connu le caractère anticoncurrentiel de la clause en litige. Dans ce sens, l'entreprise soutenait :

« Qu'en adoptant les clauses d'interdiction d'exportation, elle n'aurait pas eu conscience d'enfreindre les interdictions de ***l'article 85*** [CEE], *paragraphe 1, du traité. Que cette ignorance serait démontrée par l'avis d'un conseil juridique, qu'elle avait consulté pour la rédaction de ses conditions de vente, lequel avis, produit en annexe à son mémoire en réplique, n'aurait fait aucune mention d'une éventuelle incompatibilité de la clause d'interdiction*

---

[165] CJUE, 20 novembre 2008, C-209/07, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, Recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 15 et 16; CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, Recueil de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55 ; CJCE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, recueil de jurisprudence 2009 I04529, p. 28 et 30.

[166] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7eme édition, Oxford University Press 2012, p. 119.

[167] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000, p. 67.

[168] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, p. 3.151.

[169] CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

d'exportation avec le droit communautaire[170] *».*

A cette occasion, la Cour de Justice, en enlevant toute pertinence à l'intention d'enfreindre les normes du droit de la concurrence pour la solution à prononcer en cause, lui a répondu que :

« Attendu que les clauses dont il est question ont, ainsi qu'il ressort de tout ce qui précède, été adoptées ou acceptées par la requérante, qui n'a pu ignorer qu'elles avaient pour objet de restreindre la concurrence entre ses clients. Que, des lors, il importe peu de savoir si la requérante avait, ou non, conscience d'enfreindre l'interdiction de ***l'article 85*** [CEE]. *Qu'à cet égard l'avis d'un conseiller juridique qu'elle invoque, ne saurait la disculper. Qu'il y a donc lieu de retenir que les actes interdits par le traité ont été commis de propos délibéré et en méconnaissance des dispositions de celui-ci »*[171].

138. Un autre arrêt pertinent qui a conduit la doctrine à se prononcer en faveur de l'absence de pertinence de l'intention fautive en droit de la concurrence a été **l'affaire BNIC v. Clair**[172], dont l'objet a été une question préjudicielle portant sur l'annulation, par les instances de France, de certains contrats conclus par Clair en dessous des prix convenus avec l'organisation interprofessionnelle agricole. Dans ce contexte, l'avocat général Sir Gordon Slynn, dans son opinion[173], précise que :

« *En vue de déterminer l'objet d'une entente, il n'est pas nécessaire d'analyser l'intention ou l'état d'esprit des parties. Il suffit que l'entente par sa propre nature, empêche, restreint ou fausse la concurrence »*[174].

139. Dernièrement, dans **l'affaire CRAM et Rheinzink**[175], qui a comme base l'entente entre CRAM et Rheinzink, producteurs des lamines de zinc en France et Allemagne, qui ont interdit l'exportation de leurs produits vers la France et l'Allemagne et ont établi un prix supérieur en France et Allemagne par rapport à celui dans des autres Etats membres.

A l'occasion de cet arrêt, les entreprises ont invoqué le fait que la clause a été introduite dans le contrat à l'initiative de ses co-contractants, qui se proposaient d'obtenir les marchandises aux prix d'exportation plus avantageux. De plus, aux yeux de CRAM et Rheinzink, un accord peut seulement avoir pour objet de restreindre la concurrence si les deux parties ensemble se sont fixées un tel objectif, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce.

Pour rejeter le moyen, la Cour de justice dit pour droit que :

---

[170] CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131, p. 17.
[171] CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, page 00131, p. 18.
[172] CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, affaire 123/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00391.
[173] ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, août 2001, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001, p. 64.
[174] La traduction nous appartient.
[175] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679.

« *pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de savoir lequel des deux contractants a pu prendre l'initiative d'insérer telle ou telle clause, ou de vérifier si les parties ont eu une intention commune au moment de la conclusion de l'accord. Il s'agit, par contre, d'examiner les buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué* »[176].

Toute cette jurisprudence a conduit la doctrine[177] à la conclusion que l'intention fautive n'est ni nécessaire, ni suffisante pour satisfaire la condition d'objet.

140. Ayant analysé la position de la doctrine et sa base jurisprudentielle pour l'opinion traditionnelle portant sur le rapport entre un accord anticoncurrentiel et l'intention fautive, avec la conclusion partielle de l'absence de relevance de celle-ci pour le constat et la sanction d'une entente, il reste encore à entreprendre la même démarche en ce qui concerne l'abus de position dominante.

§ 2. Particularisation du modèle concurrentiel appliqué par la Cour de justice par rapport à la jurisprudence en matière d'abus de position dominante – la position traditionnelle

141. La même position objective – excluant toute intention de la notion d'abus de position dominante, a été adoptée par la Cour de Justice, par des arrêts comme **l'arrêt Hoffman-La Roche**[178], **l'arrêt Michelin**[179], **l'arrêt British Airways**[180], **l'arrêt Suiker Unie**[181] et **l'arrêt BPB Industries**[182].

142. Dans **l'affaire Hoffman-La Roche**[183], le litige résulte d'une pratique de cette entreprise, en position dominante sur le marché de plusieurs vitamines, de conclure des contrats avec ses acheteurs, en les obligeant à s'approvisionner chez eux pour la totalité de leurs besoins ou encore pour une partie essentielle de ceux-ci, en vue d'être récompensés par des rabais de fidélité.

---

[176] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679, p. 26.
[177] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7eme édition, Oxford University Press 2012, p. 119.
[178] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461.
[179] CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, affaire 322/81, recueil de jurisprudence 1983, page 03461.
[180] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917.
[181] CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, recueil de jurisprudence 1975, page 01663.
[182] TPICE, 1er avril 1993, BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-65/89, recueil de jurisprudence 1993, page II-00389.
[183] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461.

La Commission européenne ayant infligé une amende pour abus de position dominante sous la forme d'abus d'exploitation, la décision a été contestée par Hoffman-La Roche. Dans le cadre de ce litige, la Cour de justice a été amenée de se prononcer sur la notion d'exploitation abusive d'une position dominante, de la manière suivante :

« *La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou 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* »[184].

Bien que cet arrêt ne précise pas expressément le degré de concurrence appliqué par la jurisprudence de la Cour de Justice, qui se traduit dans un des modèles théoriques présentés dans le chapitre précédent, soit la protection de la concurrence ou bien celle du consommateur, cette juridiction confirme que ce qui importe est l'influence sur la structure du marché – une notion d'abus de position dominante « *objective* ». Si la structure du marché est celle protégée par le droit de la concurrence et non pas les consommateurs, l'adoption de la conception de la « *concurrence efficace"* devient visible, modèle qui exclut toute intention fautive de la définition de l'abus de position dominante.

143. Une autre affaire arrivant à une conclusion similaire est **l'affaire Michelin**[185], ayant pour objet la demande de Michelin d'annulation de la décision de la Commission la sanctionnant pour abus de position dominante, sur la base de **l'article 86 CEE**.

La pratique de Michelin, entreprise active sur le marché de la production et de l'écoulement des pneumatiques a consisté en l'octroi de ristournes non-confirmées par écrit sur une base individuelle, en fonction d'objectifs de vente – pratique équivalente à l'application des conditions inégales à des prestations équivalentes. De plus, Michelin octroyait une ristourne extraordinaire sur les achats de pneus pour camions et de pneus pour voitures de tourisme, établi par rapport à la réalisation d'un objectif d'achat de pneus pour voitures de tourisme.

Dans ce contexte, la Cour de justice a eu l'opportunité de se prononcer sur le but poursuivi par l'ancien **article 86 CEE** – l'actuel **article 101 du TFUE**, ce qu'elle a fait dans la manière suivante :

« *en ce qui concerne l'application de* ***l'article 86*** [CEE] *a un système de ristournes dépendant d'objectifs de vente, tel que ci-dessus décrit, il y a lieu de rappeler tout d'abord qu'en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, dans la mesure ou le*

[184] CJCE, 13 février 1979, affaire C-85/76, Hoffman-La Roche contre Commission, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461, point nº 90.
[185] CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, affaire 322/81, recueil de jurisprudence 1983, page 03461.

commerce entre états membres est susceptible d'en être affecte, ***l'article 86*** [CEE] *vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou 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* »[186].

Par la protection de la structure du marché conduit à la conclusion logique que toute simple atteinte à cette structure, apportée par une entreprise en position dominante, est répréhensible sous **l'article 101 du TFUE**. Ce choix de la Cour de Justice, vers la conception structuraliste de l'école de Harvard signifie que le caractère intentionnel ou non du comportent de l'entreprise n'a aucune importance, dès lors qu'elle a porté atteinte à la structure du marché.

144. Un autre arrêt pertinent pour dégager le but de **l'article 101 du TFUE**, tel qu'il a été établi par la jurisprudence est **l'affaire British Airways**[187], l'acteur principal étant la plus grande compagnie aérienne britannique, qui a commis un abus de position dominante, en affectant l'entreprise Virgin Atlantic LTD - une société privée, incorporée en Grande Bretagne, exploitant des services réguliers de transport de passagers sur un certain nombre de liaisons internationales.

Dans ce contexte, British Airways a conclu des accords avec les agents de voyages établis au Royaume-Uni, en vue de leur offrir une commission pour la vente des ventes de ses billets d'avion. Outre ce système de commission, British Airways octroyait à ces agences de voyage une prime établie en fonction des résultats de vente des billets d'avion, des gratifications que les agents devraient investir dans la formation de leur personnel, ainsi que des gratifications en vue de l'accroissement de ses recettes.

British Airways a contesté la décision de la Commission le sanctionnant pour abus de position dominante, sens dans lequel le Tribunal lui rappelle que :

« *selon une jurisprudence constante, la notion d'exploitation abusive est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante 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 effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou 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* »[188].

---

[186] CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, affaire 322/81, recueil de jurisprudence 1983, page 03461, p. 70.
[187] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917.
[188] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917, p. 241.

Après être revenu sur le caractère objectif de la notion d'abus de position dominante, le Tribunal reprend l'idée de la protection du modèle de concurrence de l'école de Harvard, tout en soulignant l'idée que toute atteinte à la structure du marché est répréhensible sous **l'article 82 CE**, l'actuel **article 101 du TFUE** :

« ***L'article 82 CE*** *réprimant la seule atteinte objective à la structure même de la concurrence* […], *l'argument de BA tiré de l'absence de preuve du préjudice causé aux consommateurs par ses systèmes de primes ne saurait être retenu* »[189].

Si **l'article 82 CE**, l'actuel **article 101 du TFUE**, est violé par la simple atteinte à la structure du marché, toute considération extérieure à celle-ci – y compris l'intention de l'entreprise en cause, reste sans importance. Il paraît que la Cour de justice s'est orientée vers la défense du modèle de la concurrence efficace, tel qu'il est conçu par l'école de Harvard.

Même sans affecter le consommateur, une telle modification de la structure du marché a pour effet d'empêcher les entreprises liées par ces rabais de s'approvisionner auprès des concurrents. Dans ce sens, le Tribunal précise que :

« *S'agissant plus particulièrement de l'octroi de rabais par une entreprise en position dominante, il ressort d'une jurisprudence constante qu'est contraire à* ***l'article 82 CE*** *un rabais de fidélité, octroyé en contrepartie d'un engagement du client de s'approvisionner exclusivement ou quasi exclusivement auprès d'une entreprise dominante. Un tel rabais tend, en effet, à empêcher, par la voie de l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents* »[190].

145. L'affaire Suiker[191] renforce cette position de la Cour de Justice, par une nouvelle référence à l'atteinte à la structure du marché, comme suffisante en vue de constater la violation de l'interdiction d'abus de position dominante.

Suite à des vérifications et recueilli des renseignements auprès de nombreux producteurs, négociants et utilisateurs de sucre, la Commission a découvert des éléments factuels susceptibles de constituer des pratiques restrictives de la concurrence, soit :

- la mise en pratique des accords de collaboration entre des sucreries françaises, ainsi qu'entre les producteurs néerlandais, sur lesquels la Commission n'avait pas encore pris position, ainsi que
- le déclenchement d'une « *guerre des prix* » du sucre aux Pays-Bas.

[189] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917, p. 311.
[190] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917, p. 244.
[191] CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, recueil de jurisprudence 1975, page 01663.

Suite à ces faits, la Commission a sanctionné vingt-deux producteurs et organismes de vente ainsi que leurs membres, représentant environ les neuf dixièmes de la production communautaire du sucre.

Dans le recours contre cette décision, la Tribunal a eu, de nouveau, la chance de clarifier le but de l'interdiction de l'abus de position dominante, soit la protection de la structure du marché. De ce point de vue, le Tribunal a conclu que :

« *attendu que cette exploitation était susceptible d'affecter le commerce entre états membres, dans la mesure où elle concernait la structure des livraisons que RT permettait ou bien interdisait aux négociants d'effectuer aux Pays-Bas et dans la partie occidentale de la république fédérale d'Allemagne* »[192].

Tout en confirmant que c'est l'atteinte portée à la structure du marché qui compte pour la violation de l'actuel **article 101 du TFUE**, le Tribunal a nié, d'une manière implicite, tout rôle de l'intention pour l'infraction d'abus de position dominante.

C'est dans le même sens que s'est prononcé le juge européen dans **l'affaire BPB Industries**, ayant pour objet le recours de l'entreprise BPB contre la décision de la Commission européenne la sanctionnant pour un abus de position dominante, interdit en vertu de **l'article 86 CEE**.

En effet, la Commission reprochait à l'entreprise BPB d'avoir lié ses acheteurs par une obligation ou une promesse de se fournir de chez elle, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins. De ce point de vue, la Commission a traité comme sans importance le fait que la clause soit incluse dans le contrat à la demande des acheteurs, d'une part, ainsi que le fait que cette clause ne stipulait pas une obligation de la part des acheteurs, mais a été stipulée en contrepartie de l'octroi d'un rabais, de l'autre part.

De même, une autre pratique sanctionnée par la Commission est l'absence de définition des critères de priorité de satisfaction des commandes en période de pénurie, critères qui doivent satisfaire au caractère objectif, non-discriminatoire et objectivement justifiés, tout comportement contraire était susceptible de représenter une application des conditions discriminatoires à des prestations équivalentes. C'est par cette infraction qu'a été qualifiée la pratique de BPB d'établir un critère fondé sur la distinction entre les clients qui s'approvisionnent exclusivement auprès elle et ceux qui commercialisent également des produits achetés auprès de ses concurrents.

Dans ce contexte, dans le recours contre la décision de sanction de la Commission, le Tribunal a eu la chance de se prononcer sur le but de **l'article 86 CEE**, l'actuel **article 101 du TFUE**,

[192] CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, recueil de jurisprudence 1975, page 01663, p. 401.

sens dans lequel il a repris la même règle qu'auparavant, la protection du modèle de concurrence promu par l'école de Harvard :

« *Au surplus, le Tribunal rappelle que, s'agissant de comportements d'une entreprise en position dominante sur un marché où, de ce seul fait, la structure concurrentielle est déjà affaiblie, toute restriction supplémentaire de cette structure concurrentielle est susceptible de constituer une exploitation abusive de la position dominante ainsi acquise* »[193].

146. Ainsi, tout en protégeant la structure du marché par rapport à toute atteinte qui pourrait être apportée par des entreprises en position dominante, **l'article 86 CEE** – l'actuel **article 101 du TFUE**, tel qu'il est interprété par les juridictions européennes, semble exclure de la notion d'abus de position dominante toute intention, qu'elle soit fautive ou non. De ce point de vue, toute modification de la structure du marché, effectuée par une entreprise en position dominante, sera considérée comme abusive, sans que l'intention d'en abuser soit analysée par les autorités compétentes.

Conclusion partielle – l'intention fautive, traditionnellement exclue de la définition d'infraction en droit européen de la concurrence

147. Le présent chapitre a examiné la conception traditionnelle, selon laquelle le choix des autorités européennes pour le but de la politique de concurrence a été la direction établie par l'école structuraliste de Harvard.

148. Il est important de rappeler l'enjeu de notre démarche – s'il s'avère que le droit européen de la concurrence a pour but la protection de la structure de la concurrence, toute autre considération est exclue, sens dans lequel la simple atteinte portée à celle-ci est constitutive d'une infraction, sans que l'intention ou tout autre considération ait quelconque pertinence. Par contre, si la jurisprudence laisse de la place pour la conception de l'école de Chicago, la possibilité d'une définition à coloration fautive de l'infraction en droit de la concurrence reste encore ouverte, à la condition d'une telle direction suivie par la jurisprudence.

149. A la lumière de l'absence d'un texte conventionnel prévoyant le modèle de concurrence à suivre, il est revenu à la doctrine d'interpréter, a posteriori, la volonté des rédacteurs du traité de Rome, sens dans lequel certains auteurs ont choisi la voie la plus traditionnelle – la protection de la structure du marché, alors que d'autres ont recherché les travaux préparatoires du traité, en vue d'arriver à la conclusion contraire.

150. Si le rôle de la doctrine est assez réduit dans la détermination de la politique de concurrence, l'enjeu est beaucoup plus élevé en ce qui concerne le rôle de la jurisprudence et c'est la raison pour laquelle son étude a pris une place toute particulière dans le cadre du présent chapitre.

[193] TPICE, 1er avril 1993, BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-65/89, recueil de jurisprudence 1993, page II-00389, p. 95.

151. De ce point de vue, ***d'une part***, en matière d'ententes, ce chapitre s'est proposé d'analyser la conception traditionnelle du but du droit de la concurrence à travers la grille de lecture de la jurisprudence, par la mise en lumière de certaines affaires – **l'affaire Metro**[194], **l'affaire Glaxo-Smith Kline**[195], **l'affaire T-Mobile Netherlands**[196], **l'affaire Beef Industry**[197] et **l'affaire Gøttrup-Klim**[198] - toutes déclarant d'une manière expresse que l'actuel **article 101 du TFUE** a pour objet la protection de toute atteinte portée à la structure du marché.

En vue de vérifier cette conception et sa cohérence avec les solutions prononcées sur le fond par la Cour de Justice, notre démarche a consisté dans l'application d'un test, portant sur la notion d'objet anticoncurrentiel : dans la mesure où, suite à une analyse jurisprudentielle, la notion d'objet anticoncurrentiel équivaut à l'effet objectivement nécessaire de l'entente, cela nous conduit d'une manière logique à la conclusion d'une définition objective de l'infraction. Par contre, dans le cas où l'objet anticoncurrentiel est susceptible de recevoir une coloration fautive, on peut conclure à la protection du modèle de l'école de Chicago et, par la suite, d'une place de l'intention fautive dans la définition de l'infraction.

En vue d'argumenter la première position, on a analysé plusieurs arrêts, soit **l'affaire European Night Services**[199], **l'affaire Beef Industry**[200], **l'affaire Miller**[201] et **l'affaire CRAM et Rheinzink**[202]. Bien que qualifiées d'infractions interdites par objet, les comportements collusifs des parties n'ont pas été analysés par mle juge européen à travers l'intention subjective des parties, mais à travers l'objectif déduit à partir des clauses contractuelles.

---

[194] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977 p. 01875.

[195] CJUE, 6 octobre 2009, Glaxo-Smith Kline Services Unlimited contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, note 97.

[196] CJUE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, affaire C-8/08, recueil de jurisprudence 2009 I04529.

[197] CJUE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats LTD, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637.

[198] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641.

[199] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Recueil de jurisprudence 1998, page II-03141.

[200] CJUE, 20 novembre 2008, C-209/07, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, Recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 15 et 16; CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55 ; CJCE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, recueil de jurisprudence 2009 I04529.

[201] CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, Recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

[202] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679.

152. ***D'autre part***, en matière de l'abus de position dominante, notre démarche s'est limitée à la recherche du but déclaré par la jurisprudence pour l'actuel **article 101 du TFUE**. De ce point de vue, on a étudié **l'arrêt Hoffman-La Roche**[203]**, l'arrêt Michelin**[204], **l'arrêt British Airways**[205], **l'arrêt Suiker Unie**[206] et **l'arrêt BPB Industries**[207] - tous faisant référence à l'objectivité de la notion d'exploitation abusive.

Toute l'analyse ainsi réalisée semble conduire vers l'idée que la conception de l'école de Harvard a été la seule adoptée par la Cour de Justice, de telle manière qu'une définition objective, sans coloration fautive, est la seule variante à accepter.

Néanmoins, comme c'est la complexité du droit de la concurrence qui lui confère sa beauté, toute solution simple est compliquée – c'est toujours la jurisprudence qui est susceptible de conduire vers la conclusion contraire et c'est la question à étudier dans le titre à suivre, ayant pour objet le rayonnement de la coloration fautive dans la structure européenne d'infraction en droit de la concurrence.

[203] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461.
[204] CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, affaire 322/81, recueil de jurisprudence 1983, page 03461.
[205] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917.
[206] CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, recueil de jurisprudence 1975, page 01663.
[207] TPICE, 1er avril 1993, BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-65/89, recueil de jurisprudence 1993, page II-00389.

TITRE II

L’IRRUPTION DE L’INTENTION FAUTIVE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

153. Dans la mesure où le courant de pensée de l'école de Harvard a mis l'accent sur la structure du marché pour expliquer le mode de fonctionnement du marché qu'on peut attendre, l'école de Chicago s'est penchée plutôt vers le modèle qu'on appelle des « *marchés contestables* », en mettant en lumière le comportement des concurrents comme source du dérèglement du marché - d'un point de vue théorique, il apparait comme pertinent de préciser que les conséquences pratiques de ce courant font en sorte qu'on admette l'intention fautive comme condition de la responsabilité en droit de la concurrence.

154. De ce point de vue, il importe de préciser que, du point de vue de l'école de Chicago, la concurrence n'est pas un but en soi, mais seulement un moyen utilisé en vue d'atteindre un autre but, soit le progrès économique et le bien-être économique du marché unique. Néanmoins, en pratique, beaucoup d'autres buts sont poursuivis par des réglementations du marché[208], à partir de la protection des PME et la protection de la liberté économique jusqu'aux buts sociaux[209].

Dans certains cas, la poursuite d'autres buts que le bien-être économique peut s'avérer bienvenue, comme c'est le cas de la proection de l'impératif du marché unique. Néanmoins, au cas où les aspects économiques sont négligés, paradoxalement, il est possible qu'une mesure qui a eu pour but l'élimination des barrières à l'entrée ait pour conséquence la réduction du niveau de la concurrence – c'est le cas, par exemple, de la situation où un producteur décide de ne pas entrer du tout sur un marché étranger particulier que d'entrer en concurrence dans des conditions dictées par le marché unique[210].

155. Du point de vue de l'école de Chicago, le but principal du droit de la concurrence dans les Etats développés est l'efficacité économique, qui ne signifie pas le bien-être général, mais une notion technique qui se réfère au dégré d'efficacité d'allocation des ressources pour la production des biens et des services[211] ; sur la base des certains calculs économiques, les économistes peuvent calculer, sur la base de présomptions, les chiffres représentant le gain ou la perte qui sont le résultat d'un certain changement du marché, comme l'entrée ou la sortie du marché d'un certain acteur économique.

156. Ainsi, si certains économistes postulent qu'un niveau élevé des prix n'est pas nécessairement à éviter, en raison du fait que l'attitude critique des consommateurs pourrait être contrecarrée par celle d'approbation du monopoliste[212], celui-ci est critiqué pour plusieurs raisons :

---

[208] GOYDER, DG, GOYDER Joanna, ALBORS-LLORENS Albertina, *Goyder's EC Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 10.
[209] Comme, à titre d'exemple, la décision d'interdiction d'une concentration économique, en raison du fait qu'elle conduirait à des pertes des emplois.
[210] GOYDER, DG, GOYDER Joanna, ALBORS-LLORENS Albertina, *Goyder's EC Competition Law,* p. 11.
[211] GOYDER, DG, GOYDER Joanna, ALBORS-LLORENS Albertina, *Goyder's EC Competition Law,* p. 11.
[212] KORAH, Valentine, *An Introductory Guide To EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, Oregon, 2007, p. 11.

- premièrement, dans la mesure où les prix sont élevés au-dessus du coût, une catégorie de consommateurs ne sera pas prête à payer un tel prix, d'une telle manière qu'ils vont dépenser leur argent autrement ;
- par conséquent, cet arrangement ne va pas profiter au producteur en situation de monopole, qui ne va pas vendre la totalité de ses produits ;
- pour l'entreprise en situation de monopole, les prix élevés vont conduire à des coûts assez élevés en vue d'acquérir et ensuite de garder leur part de marché – en vue de maintenir les prix à ce niveau, les concurrents vont devoir se rencontrer et conclure des ententes anticoncurrentiels sur les prix, ainsi qu'en vue d'exclure les tiers, risquer une amende et convaincre le législatif de réglementer le domaine. Ces ressources pourraient mieux être dépensées pour l'acquisition des biens et des services ;
- de plus, le pouvoir de marché élevé réduit la motivation de l'entreprise en cause d'augmenter le niveau d'efficience économique[213].

Par conséquent, l'école de Chicago offre, d'une part, le but du droit de la concurrence – sens dans lequel le bien-être du consommateur est identique à l'efficacité économique, ainsi que ; d'autre part, la méthode pour y arriver – la microéconomie, se traduisant par le fait que des prix trop élevés, ainsi qu'une production réduite sont des équivalents de l'inefficacité[214].

157. Le présent chapitre se propose d'explorer les conséquences théoriques de la doctrine de l'école de Chicago sur l'intention fautive (**Chapitre 1**), pour ensuite explorer, dans le labyrinthe jurisprudentiel, la possibilité que les juges de la Cour de justice aient adopté, même partiellement, ou bien adapté ce modèle au système européen (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - Les implications sur le terrain de l'intention fautive de la conception de l'école de Chicago

158. A partir des années 1950, l'école de Chicago a essayé, elle-même, de trouver un fondement d'une concurrence libre opposé à celui de l'école de Harvard – de ce point de vue, la concurrence est libre dès lors que les entreprises sont efficaces et le marché est seulement contestable. Bien que le terme « *contestable* » soit apparu plus tard, dans les années 1980, avec la théorie de **Baumol**[215], le courant de l'école de Chicago a aménagé une place majeure à la notion d'efficience économique, par l'application de la théorie du prix[216] à la concurrence.

---

[213] KORAH, Valentine, *An Introductory Guide To EC Competition Law and Practice*, 9ème édition, Hart Publishing, Oregon, 2007, p. 12.
[214] ODUDU, Okeogene, *The Wider Concerns of Competition Law*, in Oxford Journal of Legal Studies, vol. 30, nº 3, 2010, p. 599 - 613.
[215] BAUMOL, William, *Contestable Markets : An Uprising in the Theory of Industry Structures*, The American Economic Review, Vol. 72, Nº 1, March 1982, p. 1-15.
[216] La théorie du prix part de la prémisse que les entrepreneurs sont des personnes rationnelles qui cherchent augmenter leur profit – d'ici, des conclusions logiques comme, par exemple, la réduction des ventes lors de l'augmentation du prix.

159. Des chercheurs comme **Director**, **Stigler, Baumol, Panzar, Willig, Posner** et **Bork** considéraient qu'il y a un rapport causal unidirectionnel entre la structure du marché, le comportement des entreprises et la performance dans les affaires.

160. Toutefois, ce rapport est inversé si on le compare avec celui de l'école de Harvard : conformément à l'école de Chicago, c'est le comportement des entreprises qui influence leur performance et, à son tour, la performance a des répercussions sur la structure du marché. C'est une formule qui est devenue connue comme le paradigme CPS (*Comportement-Performance-Structure*) et ses conséquences ont, plus tard, donné naissance à la théorie des marchés contestables. Concrètement, plus le comportement des entreprises est efficace, plus leur profit est significatif, plus la structure du marché est divisée. Diverses applications de cette logique seront présentées dans le prochain sous-chapitre, qui tient au début de l'école de Chicago et aux idées sous-jacentes.

Si l'école de Harvard propose une approche de la concurrence statique, qui prend en compte la concurrence actuelle et potentielle, l'école de Chicago est fondée sur une approche dynamique de celle-ci : la concurrence est un processus de sélection des entreprises les plus efficaces.

Le raisonnement économique de l'école de Chicago est le suivant : le comportement même des entreprises élimine le monopole, sans des interventions étatiques réglementaires. Ainsi, si les entreprises sont efficaces, elles vont augmenter le prix et avoir plus de profit. Un profit élevé va toujours attirer de nouveaux concurrents, d'une telle manière que le monopole soit exclu et que la structure du marché soit divisée.

Un exemple de ce raisonnement pourrait concerner les barrières à l'entrée et à la sortie du marché : si pour l'école de Harvard, ceux-ci permettent d'exercer indûment un pouvoir du marché, l'école de Chicago leur attribue une nouvelle définition, en restreignant de manière significative leur champ d'application[217]. De plus, pour les représentants de l'école de Chicago, les barrières à l'entrée qui restent sont l'expression de l'efficacité des entreprises déjà existantes sur le marché – on ne devrait pas juger l'existence d'une concurrence libre selon la structure du marché d'un moment donné, ce qui importe est que d'autres concurrents peuvent y entrer, s'ils le souhaitent, pour être efficaces eux-mêmes, faire du profit et améliorer la structure du marché.

161. Comme conséquence du fait que l'école de Harvard définit la concurrence libre par rapport au comportement des entreprises, comportement qui détermine le profit et, enfin, la structure du marché, la concurrence est traitée comme un but en soi, et non comme un simple moyen pour arriver à un autre but.

[217] Des détails en ce qui concerne cette définition et ses conséquences seront présentées dans le prochain sous-chapitre, qui tient à l'évolution de la pensée économique et juridique de l'école de Chicago.

162. La pensée économique de l'école béhavioriste de Chicago fait porter l'accent sur le comportement efficace que les entreprises adoptent pour déterminer leur profitabilité ; plus tard, le comportement concurrentiel même des entreprises détermine la structure du marché – c'est la raison pour laquelle un comportement d'une entreprise doit être sanctionné dans la mesure où il est fautif et non pas seulement en raison de la modification de la structure du marché.

SECTION 1 – APPROCHE THEORIQUE SUR LA CONCEPTION DE L'ÉCOLE DE CHICAGO : LES CONSÉQUENCES SUR L'INTENTION FAUTIVE

163. Les idées qui ont marqué le début du courant béhavioriste de l'école de Chicago (**Paragraphe 1**) ont créé une rupture par rapport aux conceptions structuralistes de l'école de Harvard, qui a abouti à des conséquences importantes sur l'intention fautive : si c'est le comportement qui compte et non pas la structure du marché, le droit de la concurrence devrait sanctionner seulement le comportement fautif des entreprises, indépendamment de leur position sur le marché.

Ainsi, la théorie des marchés contestables (**Paragraphe 2**) arrive, par le biais d'une analyse économique du droit, à justifier un pouvoir de marché élevé par l'efficience économique – bien que seul le comportement fautif devrait être appréhendé par la norme juridique, l'argument de l'efficience économique réduit d'une manière significative le champ d'application de la faute.

§ 1. Le début du courant néolibéral de l'école de Chicago – ses répercussions sur l'intention fautive

164. Les fondements de la conception l'école de Chicago ont été posées par les études conduites, dans les années 1950, par le professeur universitaire d'économie, **A. Director**, dont les idées ont été développées par ses collègues et étudiants, comme **R. Bork** et autres, en partant de l'idée que les hommes d'affaires sont guidés par le profit, donc la plupart des marchés sont concurrentiels, mêmes ceux à un nombre limité de concurrents[218].

165. Suite à l'analyse économique appliquée à certaines cas, **Director** a formulé ses idées généralement par voie orale et seulement en subsidiaire d'une manière écrite[219]. La conclusion à laquelle il est arrivé est le postulat selon lequel la norme juridique intervient dans trop de situations auxquelles le droit de la concurrence ne devrait pas être applicable, en raison des raisonnements économiques.

---

[218] RUBINFELD, Daniel, *On the Economics of Antitrust Law and Economics, How the Chicago School Oversot the Mark – the Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust Law*, Oxford University Press, 2008, p. 51-58.

[219] DIRECTOR, Aaron and LEVI, Edward Hirsch, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 Northern University Law Review, 1956, p. 281-296.

166. A partir de l'idée selon laquelle l'intérêt des entreprises est celui de maximiser le profit d'une manière économiquement intelligente, **Director** a formulé certains postulats en ce qui concerne un comportement profitable à long terme pour les entreprises. Du moment où les entreprises vont être intéressées par le profit à adopter un type de comportement, qui leur apporte de l'efficacité, il n'existe aucune raison d'interdire l'action contraire. Certaines idées, ainsi que leurs explications, vont être exposées en ce qui suit :

(i) les ventes liées ne représentent pas un comportement économique rationel. Dans cette situation, une croissance du prix du produit lié détermine une diminution du niveau de vente du produit liant. Bien que la vente liée acquière du sens en tant que technique de discrimination sur le prix, cette discrimination permet à l'entreprise d'offrir le produit à un nombre plus élevé de consommateurs et permet, enfin, la construction d'une situation plus proche d'un marché compétitif[220]. Ce raisonnement a été ensuite étendu à l'intégration verticale en général, comme, par exemple, l'achat, par le producteur, du système de distribution ;

(ii) l'imposition des prix de revente ne représente pas un comportement économique rationel, du moment où cette imposition encourage les entreprises à offrir des services avant-vente. Ce type de compétition, par les services avant-vente qui profitent au consommateur, ne serait probablement pas possible s'il y avait concurrence par le prix.[221] Ce raisonnement a été ensuite étendu à d'autres restrictions sur la distribution, comme le territoire exclusif ;

(iii) la vente au-dessous du coût ne représente pas un comportement économique rationel, puisqu'elle est contraire à l'efficacité économique à long terme. L'entreprise perd du capital pendant la prédation et, si elle cherche à les récupérer après sa fin par l'élévation du prix, son profit va attirer d'autres concurrents et la structure du marché sera rétablie.

La conclusion conformément à laquelle les entreprises ne peuvent pas, par leur action unilatérale, obtenir ou renforcer leur position dominante a conduit à l'opinion que le droit de la concurrence ne devrait pas s'orienter vers l'interdiction des comportements unilatéraux, qui ne donnent pas naissance à des fautes, mais appréhender, en revanche, les ententes et les concentrations horizontales.

Conséquemment, le fait pour une entreprise d'imposer des ventes liées, d'imposer un prix de revente ou de vendre au-dessous du coût ne devrait pas représenter une faute, mais seulement un comportement irrationnel, dans la mesure où elle veut, d'une manière illogique, baisser le profit en vue de gagner un meilleur pouvoir de marché – comportement irrationnel à sanctionner par le marché lui-même, qui élimine les concurrents les moins efficients.

[220] Pour le development ulterior de ces idées, v. RUBINFELD, Daniel, *On the Foundations of Antitrust Law and Economics*, Oxford University Press, 2008, p. 54.
[221] POSNER, Richard, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 925, April 1979, p. 127.

167. Si les bases de la théorie de l'école de Chicago commencent déjà à redéfinir la notion de « *faute* », telle qu'elle était vue sous l'empire de la théorie de concurrence praticable, son évolution marque un nouvel apport au développement de cette hypothèse, à laquelle beaucoup d'auteurs vont présenter leur contribution.

§ 2. Le développement de l'école de Chicago et la théorie des marchés contestables – les conséquences sur l'intention fautive

168. Après son début assez timide[222], l'écho de l'école de Chicago s'est rapidement étendu grâce à ses fondements économiques, avec les recherches de **Bork**, **Stigler**, **Baumol**, **Posner**, **Coase** et autres.

169. Les idées de **Director** ont influencé des chercheurs comme **Bork**, qui ont conclu que seulement les ententes par fixation de prix explicite, ainsi que les concentrations horizontales de grandes entreprises devraient être les préoccupations des autorités de concurrence.

170. Dans sa principale étude en ce qui concerne le droit de la concurrence[223], **Bork** a développé expressément l'idée que le bien-être des consommateurs devrait représenter le but de toute politique concurrentielle[224]. Toutefois, par rapport à **Director**, **Bork** a étendu l'analyse économique de l'école de Chicago aux comportements bilatéraux, par rapport à **l'affaire Addyston Pipe**[225]. Pour finir l'élaboration une théorie générale harmonieuse, l'auteur dénonce les préoccupations des instances pour les barrières à l'entrée, ainsi que la tendance de l'autorité américaine fédérale de concurrence de protéger les petites entreprises[226].

171. Sur la même ligne de pensée tracée par **Director** et **Stigler**, tout en admettant que la régulation a comme bénéficiaire chaque industrie[227], qui influence la réglementation même, **Posner** met l'accent, dans ses études, sur les comportements bilatéraux, avec une attention particulière pour le marché d'oligopole. Sa contribution plus importante est le fait qu'il a montré que tout comportement, y compris la collusion dans toutes ses formes – y compris celle tacite, peut être

---

[222] POSNER, Richard, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, volume 925, April 1979, volume 127, p. 923.
[223] BORK, Robert, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Free Press, New York, 1993.
[224] EASTERBROOK, Frank, *The Chicago School and Exclusionary Conduct*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Spring 2008, p. 399.
[225] Addyston Pipe and Steel Company vs. United States, 1898, 6th Circuit. L'arrêt a la base une entente entre des producteurs de pipes sur les prix qu'ils vont soumissionner aux marchés publics; les juges ont décidé que le droit de la concurrence ne pourrait interdire toute restriction de la concurrence, sinon, il va arriver à l'interdiction des contrats de travail, qui ont le même effet. Par conséquent, des restrictions raisonnables sont permises, mais seulement dans la mesure où ils sont accessoires par rapport à l'objet du contrat et si elles sont nécessaires à l'accomplissement du but du contrat. Précisons que la Cour Supreme des Etats-Unis a maintenu ce raisonnement, qui est à la base de la règle américaine de la raison.
[226] PRIEST, George, *The Abiding Influence of the Antitrust Paradox : An Esssay in Honor of Robert Bork*, Harvard Journal pf Law and Public Policy, volume 31, 2008, p. 455-463.
[227] STIGLER, George, *The Theory of Economic Regulation*, The Bell Journal of Economics and Management Science, Volume 2, number 1, Spring, 1971, p. 3-21.

analysé à travers de la théorie du prix[228].

Stigler a identifié plusieurs méthodes de collusion, dès la concentration par fusion, en passant par les ententes par l'intermède d'une agence commune, pour arriver ensuite aux ententes sur le prix, conclues par des entreprises indépendantes. En effet, la question qui s'est posée a été de savoir quand les bénéfices de la collusion, calculés en profit, sont supérieurs aux coûts de prévenir la collusion en vue de la vente aux individus.

De ce point de vue, l'analyse économique démontre que, dans le cas d'une entente sur le prix, le profit pour une entreprise tiré de la violation de l'entente ne dépend pas du nombre des concurrents, mais du nombre des acheteurs – plus le nombre des acheteurs est élevé, moins sera la tentation des entreprises de violer l'entente et offrir des prix inférieurs à ceux pour lesquels elles se sont entendues.

A travers des analyses économiques, l'économiste démontre que dans le cas de la fixation de prix de revente, les prix sur lesquels les entreprises s'entendent dépendent des conditions d'entrée sur le marché, de l'élasticité de la demande et de la loyauté des acheteurs.

Pour une petite entreprise, la violation d'une entente peut apporter plus de gain que son respect– mais une telle collusion présente peu d'importance, du moment où, en vue de ne pas être détectée, ses prix doivent être seulement un peu supérieurs au prix concurrentiel[229]. Ce comportement ne représente pas, par conséquent, une faute.

Toutefois, une grande entreprise dans un marché oligopolistique, après avoir conclu une entente portant sur le prix, ne va pas prendre en compte la possibilité de faire des réductions de prix aux clients dont les achats sont assez réduits par rapport à son volume total de vente – à cause de la probabilité assez élevée de détection. C'est le motif pour lequel l'entente sur un marché oligopolistique a plus de chances à ne pas être violée à l'encontre de petits clients, qu'à l'encontre des autres.

Par l'intermède de sa théorie portant sur l'oligopole, **Stigler** a réduit le champ des ententes qui devraient faire l'objet d'une répression étatique. D'une part, puisque, pour les petites entreprises, pour rester invisible, la collusion ne peut porter que sur des prix un peu plus élevés que ceux concurrentiels – ce n'est pas une faute aussi grave pour qu'elle mérite d'être prise en considération. D'autre part, pour les grandes entreprises, les ententes sur le prix portant sur les grands clients seront violées et la compétitivité sera ainsi rétablie.

[228] POSNER, Richard, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 925, April 1979, volume 127, p. 928.
[229] STIGLER, George, *A Theory of Oligopoly*, The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue 1, February 1964, p. 44-61.

172. La particularité du courant de pensée de l'école de Chicago par rapport à l'école de Harvard est visible aussi en ce qui concerne la conception sur les barrières à l'entrée – si l'école de Harvard mettait l'accent sur les barrières à l'entrée comme des éléments contre lesquels il faut lutter à travers la politique concurrentielle, définies par **Bain** comme :

« *la mesure dans laquelle, au long terme, les entreprises établies peuvent augmenter leur prix de vente au-dessus du coût moyen de la production et de la distribution (ces coûts associés à l'opération à une échelle optimale) sans attirer de nouveaux entrants sur le marché »*[230],l'école de Chicago, par son représentant, **Stigler**, redéfinit ces barrières[231], en limitant d'une manière significative leur champ d'application, d'une telle manière qu'elles deviennent un :

« *coût de production (conformément à une ou autre degré de productivité) qui doit être supporté par les entreprises qui cherchent à entrer dans une industrie, mais qui ne sont pas supportées par d'autres entreprises qui sont déjà dans l'industrie* »[232].

Ainsi, l'école de Chicago voit les barrières à l'entrée comme l'expression de l'efficacité maximale de l'entreprise déjà existante sur le marché, par l'intermède d'un comportement vertueux. Entre les barrières à l'entrée les plus débattues par l'école de Harvard, figurait le coût de publicité pour un nouveau produit[233] - l'opinion de l'école de Chicago sur cette question, contraire à celle initiale, dérive de la théorie du prix : tout en rejetant la position selon laquelle le consommateur est soumis aux pressions manipulatrices de la réclame, celui-ci paye pour la publicité seulement dans la mesure où celle-ci lui offre un service réel, par le fait qu'elle réduit son coût de recherche du produit[234].

173. Bien que la paternité de la théorie des marchés contestables est partagée entre plusieurs auteurs, ce sont **Baumol, Panzar** et **Willig** qui ont écrit l'œuvre le plus réputée en la matière[235].

Cette nouvelle approche reproche à la théorie de l'école de Harvard le fait qu'elle part de la prémisse du marché caractérisée par une concurrence pure et parfaite, ce qui n'est pas possible en réalité[236].

---

[230] La traduction nous appartient. Pour le développement ultérieur de ces idées, voir CUBBIN, John, *Advertising and the Theory of Entry Barriers*, Economica, Volume 48, August 1981, p. 289-298.
[231] STIGLER, George, *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1968, p. 67; McAFREE, Preston, MIALON, Hugo, WILLIAMS Michael, *When Are Sunk Costs Barriers to Entry? Entry Barriers in Economic and Antitrust Analysis*, American Economic Review, Volume 94, Number 2, May 2004, p. 461.
[232] La traduction nous appartient.
[233] COMANOR, William, WILSON, Thomas, *Advertising and Market Power*, Harvard University Press, janvier 1974.
[234] POSNER, Richard, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 925, April 1979, volume 127, p. 932 - 933.
[235] BAUMOL, William, PANZAR, John, WILLIG, Robert, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego: Harcourt Brace Janovich, 1982.
[236] Il faut préciser que, selon M. Baumol, ni un marché contestable n'est pas une réalité, mais il représente seulement une matrice sur laquelle chaque type de marché peut se plier, aussi longtemps qu'elle n'a pas des barrières à l'entrée ou à la sortie du marché.

174. Si, dans le cas de l'école de Harvard, les propriétés de l'oligopole dépendent des matrices de comportement des entreprises, la théorie des marchés contestables fait dépendre la structure oligopolistique, ainsi que le comportement des entreprises, des concurrents potentiels.

175. En revanche, **Baumol** soutient que, pour arriver à une concurrence efficace, un marché contestable est suffisant ; quant au rapport entre les deux notions, un marché purement concurrentiel est nécessairement contestable, mais un marché contestable n'est pas nécessairement concurrentiel[237].

176. Selon la même étude déjà citée, un marché contestable représente un marché sur lequel l'entrée est parfaitement libre et la sortie et parfaitement sans coût. Il faut préciser, toutefois, que, pour apprécier la liberté d'entrée et de sortie, **Baumol** prend en considération la définition de **Stigler** de la notion restrictive de barrière à l'entrée[238], qui implique tout coût qui n'est pas supporté par les entreprises existantes sur le marché.

En ce qui concerne les caractéristiques d'un marché contestable :

(i) un marché contestable n'offre qu'un niveau de profit normal. Toute augmentation du profit, d'une telle sorte qu'il devient anormal, attire d'autres concurrents, qui peuvent offrir un prix inférieur et faire du profit, en même temps ;

(ii) un marché contestable suppose l'absence de toute inefficacité, au cas contraire un concurrent potentiel est invité à entrer sur le marché par tout coût pas nécessaire, pour offrir le produit à un coût inférieur et faire du profit, en même temps ;

(iii) sur un marché contestable, le produit ne peut être vendu que pour un prix égal au coût marginal. Il ne peut pas être vendu pour un prix inférieur au coût marginal, sinon, un concurrent potentiel peut toujours entrer sur le marché pour vendre une quantité un peu inférieure à un prix un peu inférieur et faire du profit. Cette caractéristique élimine, d'une part, la possibilité des prix prédateurs et, de l'autre, aussi la possibilité des subventions croisées.

177. Baumol explique aussi comment le comportement des entreprises est celui qui détermine la structure du marché : dans une industrie où on vend 10.000 unités par an du produit X, si le coût marginal est minimum pour une production de 5.000 unités par an, le plus profitable sur le long terme est d'avoir cinq entreprises qui le produisent.

Ainsi, en fonction du coût marginal de production, différentes industries peuvent avoir une structure distincte, qui soit compatible avec l'équilibre de l'industrie : il est possible que même un marché monopolistique soit contestable, du moment que l'entrée et la sortie du marché sont libres – il s'agit d'un monopole naturel. Par conséquent, si, sur le long terme, une certaine industrie a formé une telle ou telle structure, même d'oligopole, c'est le signe de l'efficacité de cette industrie, ça signifie que cette structure est celle qui correspond à l'équilibre de cette

[237] BAUMOL, William, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, The American Economic Review, volume 72, numéro 1, mars, 1982, p. 1-15.
[238] STIGLER, George, *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1968, p. 67.

industrie.

Les implications sur la faute de cette théorie sont implicites : si, dans un marché contestable, ce qui importe est le comportement des entreprises, un comportement fautif sera celui sanctionné par la perte des parts de marché. Par contre, si une entreprise a gagné un large part de marché, c'est grâce à son efficience économique, atteinte à travers un comportement vertueux – tout autre comportement étant en mesure d'attirer des concurrents et diminuer sa part de marché.

En revanche, en maintenant leurs parts de marché, dans le cas où l'entrée et la sortie sont libres, les entreprises (même en monopole ou oligopole) peuvent être en mesure de prévenir l'entrée sur le marché des concurrents – mais elles peuvent le faire seulement par un comportement vertueux, en maintenant les prix au niveau le plus bas possible. Cela exclut la prédation, ainsi que les subventions croisées, comme toute faute anticoncurrentielle, par le biais d'un comportement économiquement rationnel. Dans cette situation, à l'avis de **Baumol** :

« *Une histoire d'absence d'entrées dans une industrie et un index de concentration élevé peut indiquer la vertu, et non pas le vice* »[239].

178. Partant de l'idée qu'un environnement compétitif peut exister même dans la présence, sur le marché, d'une seule entreprise, **Coase** explique comment un prix concurrentiel peut être établi, suite à la distinction entre les produits durables et ceux périssables.

L'analyse est concentrée sur les produits durables : dans la première phase, dans le cas de la vente du terrain, l'entreprise va charger un prix aussi élevé que possible pour tout ce qu'elle peut vendre, jusqu'à-ce qu'il n'y a plus d'acheteurs disponibles à acheter à ce prix. Ensuite, l'entreprise a le choix : elle pourrait ne pas vendre ce qu'il lui reste, les biens seront préservés, mais elle ne gagne rien, ni en termes d'argents, ni en termes de parts de marché, ou encore elle pourrait vendre à un prix inférieur pour avoir une part de marché supérieure.

Comme les entreprises cherchent à maximiser leur profit, elles vont toujours faire le deuxième choix, pour ensuite répéter ce mécanisme jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de biens[240].

179. Posner, juge et étudiant de **Coase**, reprend l'argument selon auquel les juges interprètent le droit en vue de maximiser le bien-être des gens ; par ses interventions, le droit commun fait en sorte que le marché s'approche aux résultats qui auraient été produites par une concurrence efficace – un marché libre qui fonctionne sans monopole ou problèmes d'information[241].

---

[239] BAUMOL, William, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, The American Economic Review, volume 72, numéro 1, mars, 1982, p. 1-15.
[240] COASE, Ronald, *Durability and Monopoly*, Journal of Law and Economics, volume 15, numéro 1, avril, 1972, p. 143-149.
[241] NOAM, Eli, Book Review: Richard A POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981, p. XVI + 415.

Il critique aussi le pouvoir de marché, par le fait que, dans la situation de l'augmentation des prix au-dessus du niveau des coûts (plus une marge de profit appropriée par rapport au risque), il représente, en effet, une dissipation des ressources. Les concurrents vont devoir faire des efforts en vue de conclure des accords et d'en assurer l'exécution, ainsi que pour s'assurer que l'entrée des tiers sur le marché reste difficile – ces ressources pourraient être mieux allouées, pour la production des biens et des services[242].

Posner démontre ensuite que le droit américain de la concurrence est approprié pour réglementer des « *nouvelles industries* », comme par exemple la manufacture des logiciels pour les ordinateurs, les entreprises basées sur la vente par l'Internet, ainsi que le marché de communication – les vrais problèmes étant les ressources des instances, qui n'ont pas les ressources techniques suffisantes et ne peuvent pas être assez rapides pour des marchés dont la configuration change très souvent[243].

180. Si pour l'école de Harvard, le simple changement de la structure du marché représente un comportement anticoncurrentiel, en dehors à toute faute, du moment où le paradigme est Structure-Comportement-Profit, l'école de Chicago introduit l'intention dans l'équation. Néanmoins, bien qu'en apparence, toute faute dérivée du comportement est importante, conformément au paradigme Comportement-Structure-Profit, il faut préciser, toutefois, qu'au dépit du fait que tout comportement contraire au bien-être des consommateurs représente une faute aux yeux de l'école de Chicago, tout comportement fautif sur le marché sera éliminé par le jeu de la libre concurrence – par la possible entrée des concurrents sur le marché.

181. Ainsi, dans l'hypothèse d'un marché contestable, même un monopoliste ne pourra pas, par l'intermède d'une faute, utiliser sa part du marché pour obtenir des profits augmentés, au détriment des consommateurs, la menace des concurrents étant suffisante pour faire des pressions. C'est le raisonnement par lequel la doctrine américaine est arrivée, d'une école de Harvard assez interventionniste, au courant de l'école de Chicago caractérisé par « *laisser faire, laisser passer* ».

Bien que, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, certains auteurs, grâce au développement convergent et aux influences réciproques, arrivent à la conclusion « [qu']*on n'a pas de raison de parler encore des écoles différentes d'analyse de la concurrence* »[244], les fondements différents ont des répercussions distinctes sur l'application du droit de la concurrence – voir, par exemple, l'affaire Microsoft traitée au niveau de l'UE et de l'US[245].

---

[242] KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9ème édition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 12.
[243] POSNER, Richard, *Antitrust in the New Economy*, John M Olin Law and Economics Working Paper N°. 106, 2ème série, The Law School of the University of Chicago.
[244] Par exemple, voir POSNER, Richard, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 925, April 1979, volume 127, p. 948.
[245] Pour l'affaire Microsoft traitée par les autorités américaines, voir BETTS Michael, *United States Vs Microsoft. A case study*. Ocklohoma Journal of Law and Technology, Volume 35, 2007.

De ce point de vue, la littérature de spécialité a, d'une manière très explicite, mis en lumière la distinction entre deux approches : du moment que la liberté économique ne coïncide dans tous les cas avec le bien-être des consommateurs, cela veut dire qu'une politique de concurrence qui protège la liberté économique peut, dans certaines circonstances, conduire à blesser les consommateurs[246].

182. A titre d'exemple, précisons que, dans le cas de **l'affaire Microsoft**, les différences entre l'arrêt européen et celui américain sont de substance : si les ventes liées, pratiques interdites au niveau de l'UE, ont été traitées par rapport à l'interdiction d'abus de position dominante, aux Etats-Unis la même pratique, qui est considérée en principe comme légale, a été traitée par rapport à l'interdiction des ententes, sous la forme des pratiques concertées. Par conséquent, en absence d'un effet réel sur la concurrence, celle-ci n'est pas une pratique illégale aux Etats-Unis, alors que l'Union européenne a constaté la violation de la norme, parce que, pour l'abus de position dominante, un effet potentiel suffit. Si les autorités européennes ont infligé une amende tout en ordonnant la cessation de la vente liée et l'octroi des licences, aucune de ces mesures n'a pas été prononcée par les juges américains.

183. Dernièrement, l'Union Eeuropéenne ne condamne pas la tentative d'obtenir une position dominante, mais s'applique dès lors que le seuil est atteint, alors que le droit américain de la concurrence le fait ; en revanche, les seuils européens sont de l'ordre de 50%, alors que le droit américain les établit à environ 75% des parts de marché[247].

184. A titre supplémentaire, il mérite d'être précisé que le droit de la concurrence américain est actuellement soumis à des turbulences en ce qui concerne le standard à protéger – le vieux standard largement accepté du bien-être des consommateurs (« *consumer welfare* ») se trouve sous l'attaque violente d'un nouveau mouvement – New Brandeis School[248], qui a pris le nom du juge Louis Brandeis, partageant cette conception.

De ce point de vue, tout en soulignant le fait que le standard du bien-être des consommateurs n'est pas adéquat pour permettre le contrôle des entreprises géante (comme, par exemple, Amazon[249]), un petit groupe d'académiciens, journalistes et avocats proposent la protection de la structure du marché, plutôt que du résultat[250] – il s'agit, en effet, d'un retour au vieux

[246] AKMAN, Pinar, *Searching for the Long Lost Soul of Article 82 CE*, Oxford Journal of Legal Studies, volume 29, numéro 2, 2009, p. 267-303.
[247] MORIN Marie-Christine, *L'évolution de l'antitrust dans les deux côtés de l'Atlantique : le cas d'étude de Microsoft*, Cahier de Recherche CEIM (Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Institut d'études internationales de Montréal - Université du Québec à Montréal), Gouvernance des TIC 11-01, ISSN 1714-7638.
[248] KAHN, Lina, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, Journal of European Competition Law and Practice, Oxford University Press, 2018.
[249] KAHN, Lina, *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, volume 126, nº 3, janvier 2017, The Yale Law Journal Company, 2017.
[250] KAHN, Lina, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, Journal of European Competition Law and Practice, Oxford University Press, 2018, p. 2.

standard de l'École de Harvard, retour vivement critiqué par la doctrine traditionnelle[251].

185. Néanmoins, la présente thèse va se centrer, dans ce qui suit, autour du courant de pensée adopté au niveau de l'Union européenne par le droit de la concurrence, en vue d'analyser la transposition du modèle structuraliste de l'École de Harvard, par le biais d'une interprétation jurisprudentielle.

SECTION 2 – APPROCHE PRATIQUE SUR LA CONCEPTION DE L'ÉCOLE DE CHICAGO : LES CONSÉQUENCES SUR L'INTENTION FAUTIVE

186. Pour le courant béhavioriste de l'école de Chicago, la politique de concurrence doit avoir comme seule finalité le bien-être des consommateurs ; en revanche, la théorie structuraliste de l'école de Harvard soutient que la structure concurrentielle doit être protegée à travers la concurrence, une structure concurrentielle étant, en elle-même, un instrument pour la protection des consommateurs, l'allocation optimale des ressources et la stimulation de la recherche et développement, ainsi que pour la protection des droits subjectifs.

187. Par conséquent, si l'Union européenne, qui a choisi l'école de Harvard, va protéger la structure du marché – comme prémisse pour le bien-être des citoyens, les États-Unis, qui se sont orientés vers l'école de Chicago vont protéger les consommateurs directement, même par le sacrifice de la structure équilibrée du marché.

188. Le choix conceptuel de l'Union européenne vers la théorie de l'école de Harvard, apparemment superflue en ce qui concerne le développement du droit de la concurrence a, toutefois, des conséquences sur le degré de l'intention fautive que les autorités parfois requièrent pour constater la violation des règles de concurrence.

189. Annoncée déjà au niveau politique par les représentants de la Commission européenne[252] depuis quelques années, les nouveaux principes directeurs du droit de la concurrence ont été largement débattus dans la doctrine. De ce point de vue, la doctrine[253] a vu des signes du changement du standard d'appréciation par rapport à l'**article 101 du TFUE** dans le *Règlement portant sur les exemptions par catégorie*[254], modifié en 2010[255], couvrant toutes les restrictions

[251] DORSEY, Elyse, RYBNICEK, Jan et ZRIGHT, Joshua, *Hipster Antitrust Meets Public Choice Economists: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law and Rent Seeking*, CPI Antitrust Chronicles, avril 2018.

[252] Voir, par exemple, le discours de M. Philip LOWE, Directeur General de la DG Concurrence, Commission Europeenne, intitulé *Consumer Welface and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policies*?, soutenu le jour de la 13ème Conférence Internationale sur la Concurrence et la 14ème Journée européenne de la Concurrence.

[253] JONES Alison, *The Journey towards and effects-based approach under Article 101 TFEU* – The case of hardcore restraints, The Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 4, hiver 2010, p. 783.

[254] Règlement (CEE) n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 (ex article 85 paragraphe 3 du traité de Rome) du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées [Journal officiel L 36 du 06.03.1965], qui remplace les Règlements 17/62 et 19/65.

verticales, accompagné par les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales[256], ainsi que d'autres règlements d'exemption par catégorie, comme celui portant sur la spécialisation[257], sur la recherche et le développement[258] ou bien sur le transfert de technologie[259]. Il faut préciser qu'une évolution était déjà prévue par la Commission, qui, dans son Rapport sur la politique de concurrence de 2010[260], précisait :

« *Il ressort clairement des premiers rapports annuels que la contribution et le soutien apportés par la concurrence à la réalisation d'autres objectifs stratégiques vont bien au-delà de son utilisation comme instrument de résolution de crise. Alors que l'UE sort de la crise actuelle dans le contexte d'une concurrence acharnée au niveau mondial, la politique de concurrence aura pour défi majeur, au cours des prochaines années, de soutenir aussi efficacement que possible la stratégie Europe 2020 pour l'emploi et une croissance intelligente, durable et inclusive.*

La politique de concurrence est tout à fait en mesure d'apporter une telle contribution, car elle est un élément moteur important pour améliorer le fonctionnement des marchés, en permettant une allocation efficace des ressources et une augmentation de la productivité et de l'innovation. Elle sous-tend donc la compétitivité de l'économie de l'UE, qui est plus importante que jamais pour maintenir la stabilité économique et financière. La politique de concurrence et les réformes visant à renforcer la concurrence doivent donc faire partie intégrante de la gouvernance économique »[261].

190. De ce point de vue, il reste important de préciser que la même tendance de modernisation est en train d'atteindre aussi **l'article 101 du TFUE**, la Commission ayant déjà rédigé l'instrument juridique en cause depuis 2009[262]. Ainsi, les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*[263] précisent :

---

[255] Règlement (UE) nº 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

[256] Lignes directrices sur les restrictions verticales (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel no C 130 du 19.05.2010, p. 0001 – 0046.

[257] Règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, publié au Journal officiel n° L 335 du 18 décembre 2010, p. 0043 – 0047.

[258] Règlement (UE) nº 1217/2010 de la Commission et du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, publié au Journal officiel nº L 335 du 18 2010 décembre 2010, p. 0036 – 0042.

[259] Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), publié au Journal officiel nº L 123 du 27.04.2004, p. 0011 - 0017.

[260] Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence 2010.

[261] Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence 2010, p. 29, 30 et 32.

[262] RODGER, Barry and MCCULLOCH, Angus, *Competition Law and Policy in the EU and UK*, Fifth Edition, Taylor and Francis Group, London and New York, 2015, p. 26.

[263] Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiées au Journal officiel nº C 45/7 du 24 février 2009.

« *En appliquant l'article 82 aux pratiques d'éviction des entreprises en position dominante, la Commission visera en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs.*

Ces derniers tirent profit de la concurrence par des prix moins élevés, une qualité meilleure et un choix plus vaste de biens et services nouveaux ou plus performants. La Commission va donc orienter son action en veillant à ce que les marchés fonctionnent convenablement et à ce que les consommateurs profitent de l'efficacité et de la productivité résultant d'une concurrence effective entre les entreprises[264].

Lorsqu'elle prendra des mesures d'application à l'égard des pratiques d'éviction, la Commission cherchera surtout à préserver le jeu de la concurrence dans le marché intérieur et à faire en sorte que les entreprises détenant une position dominante n'excluent pas leurs concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par la qualité des produits ou des services qu'elles fournissent. Ce faisant, la Commission n'ignore pas que l'important est de protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents. Or, cette politique peut avoir pour effet de faire disparaître du marché les concurrents moins intéressants pour les consommateurs du point de vue des prix, du choix, de la qualité et de l'innovation »[265].

191. Toutefois, outre ces indices de nature réglementaire et les déclarations parfois abstraites des représentants de la Commission qui tendent à souligner la spécificité du droit européen de la concurrence par rapport aux écoles de pensée américaines[266], il semble absolument nécessaire de conduire cette analyse par rapport à la jurisprudence.

192. L'analyse, par conséquent, sera conduite en deux temps, selon qu'il s'agisse de la jurisprudence portant sur les ententes (**Paragraphe 1**), ou bien sur l'abus de position dominante (**Paragraphe 2**).

§ 1. Conséquences des objectifs du droit de la concurrence sur l'intention fautive, ainsi qu'ils sont déduits par la jurisprudence européenne – le cas des ententes

193. Si, au niveau des objectifs déclarés, les juridictions européennes semblent rester fidèles à la tradition structuraliste, l'analyse de la jurisprudence semble indiquer que le droit européen de la concurrence prend en compte aussi d'autres considérations que la structure du marché pour

[264] Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiées au Journal officiel nº C 45/7 du 24 février 2009, p. 5.
[265] Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiées au Journal officiel nº C 45/7 du 24 février 2009, p. 6.
[266] Voir, dans ce sens, le discours du Sir Leon Brittan, Vice-président de la Commission européenne, responsable avec la politique de concurrence et des institutions financières, au Centre pour l'étude des politiques européennes, Bruxelles, 15 juin, 1991: « *Chicago does not need to worry about creating a single market. Rather, it presupposes the existence of an integrated market* ».

conclure à la violation ou non des normes concurrentielles, parfois même des éléments à coloration fautive.

194. Ainsi, dans la mesure où, en dehors du cadre de **l'article 101 paragraphe (3) du TFUE**, les juges européens refusent de mettre en balance les effets pro et anti concurrentiels d'une entente (*et prendre en compte un objectif légitime, donc une intention concurrentielle saine*), la simple modification de la structure du marché suffit pour conclure à une violation du droit de la concurrence, nonobstant le caractère voulu ou non de cette modification de la structure.

Dans cette situation, l'intention fautive va voir sa place réduite d'une manière significative.

195. En revanche, si d'autres objectifs s'avèrent aptes à être pris en compte par les juges européens sous l'empire de **l'article 101 du TFUE et en dehors de l'exemption individuelle**, et que cette approche soit suivie d'une manière conséquente dans toute la jurisprudence, on pourrait conclure à une influence accrue de la théorie de l'école de Chicago. En effet, dans ce cas, le droit de la concurrence va sanctionner une modification de la structure du marché seulement si elle a été conduite par un comportement anticoncurrentiel, résultat de l'intention fautive.

A. Grille de lecture proposée

196. En vue d'arriver à une conclusion en ce qui concerne l'approche pratique que les juges européens ont abordé pour la finalité de la concurrence, on se propose de faire le test suivant, qui trouve son applicabilité dans le droit des ententes : dans la mesure où le droit européen de la concurrence a pour but la protection de la structure concurrentielle du marché, le juge va refuser de mettre en balance les effets négatifs et ceux positifs de l'entente sur le consommateur, en dehors au cadre de l'exemption individuelle, avec la conséquence que tout fait qui modifie la structure du marché reste anticoncurrentiel, sans qu'une intention soit recherchée.

197. En revanche, si on a en vue une concurrence dont le but prend aussi en compte la protection du consommateur, et, par rapport à cela, le comportement des entreprises, la Cour de justice va mettre en balance les effets négatifs par rapport à ceux positifs, y compris en dehors du cadre de l'exemption individuelle, arrivant à la conclusion que : **(i).** tout comportement qui modifie la structure du marché n'est pas nécessairement fautif et **(ii).** pour la qualification d'infraction, on a besoin, de plus, d'une intention anticoncurrentielle.

198. En la matière, l'affirmation doctrinaire la plus audacieuse est qu'une mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels est toujours possible, qu'il s'agisse de **l'article 101(1) du TFUE** ou de **l'article 101(3) du TFUE**[267]. Toutefois, bien que la Cour de justice ait eu des nombreuses occasions pour confirmer ce point de vue, elle ne l'a pas fait, ce qui implique que la jurisprudence a un point de vue différent. Pour ce motif, le vrai débat dans la doctrine a été

[267] Pour ce point de vue, v. FERRY, J.E., *Selective Distribution and Other Post-Sale Restrictions*, 1981, 2 ECLR, p. 209-2017.

de savoir si cette analyse est parfois possible sous l'empire de **l'article 101(1) du TFUE** et c'est sous cet angle que la présente étude va aborder la question de la mise en balance des effets pro et anti- concurrentiels par le juge européen.

199. Par conséquent, pour la possibilité du juge européen de mettre en balance les effets d'un accord, en vue de trancher le fait de savoir s'il s'agit d'une entente interdite, deux précisions s'imposent :

(i). ce critère reste pertinent seulement dans la situation où il s'agit d'une analyse sous l'empire de **l'article 101, paragraphe (1) du TFUE**, puisque, dans le cas de **l'article 101, paragraphe (3) du TFUE**, l'analyse par rapport aux effets pro et anticoncurrentiels est toujours permise, même requise, en raison d'une situation d'exception prévue expressément par le texte du traité, qui doit être interprété d'une manière stricte, conformément au principe « *specialia generalibus derogant* »[268],

(ii). le raisonnement exposé reste applicable seulement au cas où il s'agit d'une entente analysée comme une restriction de concurrence interdite pas seulement en raison de ses effets. Cela, puisqu'un accord interdit par son objet même (en raison, parfois, de l'intention fautive des parties de réduire la concurrence sur le marché) est interdit en soi même, indépendamment de sa mise en application[269],

(iii). dès le début, précisons que la jurisprudence européenne en la matière est restée imbriquée, motif pour lequel il y a assez de lumière pour ceux qui veulent voir et assez d'ombre pour ceux qui ne le veulent pas, dans le contexte où parfois la Cour de Justice, elle-même ne fait pas toujours la distinction.

200. A titre d'exemple, dans **l'affaire Glaxo-Smith Kline**[270], dont les faits sont détaillés en haut, la Cour de justice hésite dans la définition de l'objectif de l'ancien **article 81 CE**, **actuel article 101 du TFUE**. Si, d'une part, elle postule comme but de l'interdiction de l'entente la protection de la structure du marché, celle-ci ne signifie pas que les consommateurs doivent être privés d'une concurrence efficace :

« *D'autre part, il importe de souligner, que la Cour a jugé que* ***l'article 81 CE*** *vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals*

[268] Dans ce sens, v. NAZZINI, Renato, *Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of "restriction of competition" in EU law*, Common Market Law Review, Volume 43, 2006, p. 497-536.

[269] CJUE, 20 novembre 2008, C-209/07, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, Recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 15 et 16; CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, recueil de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55 ; CJCE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, recueil de jurisprudence 2009 I04529, p. 28 et 30.

[270] CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, recueil de jurisprudence 2009, page I-09291.

soient privés des avantages d'une <u>*concurrence efficace*</u> *en termes d'approvisionnement ou de prix).*[271]»

201. Toutefois, notre approche va consister à essayer de trouver la règle constante que la jurisprudence a appliquée dans la situation de la mise en balance des effets des accords, la règle qui puisse expliquer la position apparemment contradictoire de la Cour de Justice.

202. Cette démarche a une répercussion tout à fait particulière sur l'intention fautive : si la position constante de la Cour est d'accepter la mise en balance des effets des accords, d`autres éléments seront pris en compte pour conclure à l'application ou non de l'interdiction de **l'article 101 du TFUE**, parmi lesquels, l'intention fautive.

B. L'analyse de la jurisprudence par rapport à la grille de lecture

203. L'approche à suivre dans les prochains paragraphes est de distinguer entre deux types de mise en balance qui pourraient être conçues :

(i). la mise en balance des effets pro-concurrentiels avec les effets anticoncurrentiels d'un accord sur le même marché pertinent ;

(ii). la mise en balance des effets pro-concurrentiels avec les effets anticoncurrentiels d'un accord sur un marché pertinent distinct.

204. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice va montrer que si la mise en balance des effets pro-concurrentiels de type (**a**) est toujours possible et aussi nécessaire, la mise en balance de type (**b**) est en principe, interdite, mais elle reste permise dans des conditions restrictives[272].

a. <u>La mise en balance des effets d'une entente sur le même marché</u>

205. Deux affaires importantes vont ouvrir le débat en ce qui concerne la nécessité de l'analyse des effets dans les ententes à objet anticoncurrentiel, soit Société technique minière, et Pronuptia de Paris.

206. L'affaire Société technique minière[273] a comme base un litige portant sur une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de distribution exclusive, dans laquelle la Cour de Justice a considéré que l'objet de l'accord doit être considéré « *compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué* »[274].

---

[271] CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, recueil de jurisprudence 2009, page I-09291, p. 55.

[272] Pour cette opinion, v. ODUDU, Okeoghene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effects*, European Law Review, Volume 26, 2001, p. 261-272.

[273] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence, page 00429.

[274] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence page 00429, p. 8.

Dans le cas où une entente n'a pas d'objet anticoncurrentiel, l'analyse doit être faite par rapport aux « *effets de l'accord* », pour prouver que « *le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible* »[275]. Les éléments à prendre en considération pour établir si une entente a un objet ou bien un effet anticoncurrentiel peuvent faire référence à :

« la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles »[276].

Bien qu'elle ne le précise d'une manière explicite, il ressort du texte que la Cour de justice a comme prémisse la mise en balance des effets concurrentiels et anticoncurrentiels sur le même marché que celui délimité – ainsi, statue la Cour de Justice, l'appréciation doit être effectuée par rapport à l'objet de l'accord, la position et l'importance des parties sur le marché des produits concernés, ainsi que d'autres critères.

D'une manière implicite, la Cour précise, par conséquent, le fait que la prise en compte des éléments mentionnés doit être effectuée, dès lors que tous ces aspects mis en balance sont considérés sur le même marché que celui délimité.

207. Cette considération ressort plus clairement de **l'affaire Pronuptia de Paris**[277], dans laquelle la démarche de la Cour de justice a consisté dans la mise en balance des effets sur la concurrence de certaines clauses, sur le même marché que celui délimité dans l'affaire. Les clauses analysées étaient intégrées dans un accord conclu entre Pronuptia de Paris – distributeurs des produits mariage et Mme. Schillgalis, son franchisé autorisé et exclusif pour Hamburg.

Ces accords comprenaient des clauses restrictives du comportement du franchisé, comme l'obligation de ne pas ouvrir d'autres magasins sur le territoire concédé, ainsi que de s'approvisionner à 80% auprès de Pronuptia (et 20% auprès des distributeurs autorisés). De même, certaines dispositions des accords empêchaient que le savoir-faire et l'assistance du franchiseur profitent à des concurrents et prévoyaient le contrôle indispensable à la préservation de l'identité ou de la réputation du réseau, symbolisé par l'enseigne du franchiseur.

[275] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence page 00429, p. 8.
[276] CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), affaire 56-65, recueil de jurisprudence de 1966, page 00337.
[277] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84, recueil de jurisprudence 1986, page 00353.

Toutes ces restrictions conduisent à la présomption que Pronuptia et son franchisée empêchent des biens d'entrer sur le marché, conduisant à une augmentation des prix. Ces effets sont ensuite mis en balance par rapport aux effets positifs générés par la conclusion des accords en cause. A titre liminaire, précisons qu'il s'agit d'une analyse portant sur la concurrence intra-marque, et, par conséquent, sur le même marché.

Ainsi, le franchiseur obtient du profit par l'investissement dans la marque et le savoir-faire sans investir son propre capital, alors que le franchisé n'aurait pas été en mesure d'investir d'une telle manière en absence du savoir–faire du franchiseur :

« *Dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, a des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marches en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs a des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe* »[278].

Après avoir posé que, pour qu'il puisse fonctionner, un système de franchise a besoin d'une double condition, soit la possibilité du franchiseur de communiquer aux franchisés son savoir-faire sans en bénéficier aux concurrents, ainsi que celle de prendre les mesures en vue de préservation de son identité et réputation, la Cour continue par une analyse des clauses restrictives, par la grille de lecture de ces deux critères.

Suite à la mise en balance des effets de l'accord, la Cour arrive à la conclusion que seulement les clauses strictement nécessaires à l'opération de franchise sont exclues du champ d'application de **l'article 81CE** (l'actuel **article 101 du TFUE**), en raison des effets bénéfiques pour la concurrence – des autres clauses, comme le partage des marchés, restant sous l'empire de l'interdiction.

208. Un arrêt ultérieur, **l'affaire Metro**[279], de 1977, a amené la Cour de justice à se prononcer sur le refus de Saba, producteur d'appareils électroniques, de livrer ses produits à Metro, en raison de l'absence d'accomplissement, par Metro, de certains critères qu'elle imposait à ses distributeurs grossistes.

Après avoir repris le standard de la « *concurrence efficace* », la Cour de justice admet la possibilité de les mettre en balance avec « *des objectifs de nature différente* », pour vérifier si les conditions de l'accord sont ou non nécessaires à un système de distribution sélective, qui n'est pas, par lui-même, restrictif de concurrence. La Cour reconnaît que le système de

[278] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84, recueil de jurisprudence 1986, page 00353, p. 15.
[279] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977, page 01875.

distribution sélective a pour conséquence l'élimination de la concurrence par les prix ; toutefois, la Cour de justice postule :

« que la préoccupation, s'agissant de grossistes et détaillants spécialisés, de maintenir un certain niveau de prix correspondant à celle du maintien, dans l'intérêt du consommateur, de la possibilité pour ce canal de distribution de subsister à côté de formes de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente, rentre dans le cadre des objectifs qui peuvent être poursuivis sans tomber nécessairement sous l'interdiction de ***l'article 85, paragraphe 1****, et, si tel état en tout ou en partie le cas, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3 »*[280].

Par conséquent, dans cette situation aussi, avant de constater l'applicabilité de **l'article 101(1) du TFUE**, qu'il soit dans la forme de restriction de la concurrence par objet ou bien seulement par son effet, les effets sur la concurrence de l'accord seront pris en considération, par une mise en balance des effets positifs par rapport à ceux négatifs.

Ainsi, l'objectif de la protection de la concurrence sera, lui-même, mis en balance avec d'autres objectifs, comme par exemple la protection du consommateur, qui pourra prévaloir lorsque les effets négatifs de l'accord sur la concurrence seront rachetés par les effets positifs sur les consommateurs dans le cadre de l'analyse sous l'empire de **l'article 101(1) du TFUE**.

Dans **l'affaire Remia BV** [281], la Cour de justice s'est prononcée sur une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession. Ainsi, la Cour admet une telle clause dans la mesure où elle est nécessaire pour le transfert même de l'entreprise. En vue de faire une telle appréciation, la juridiction européenne a procédé à l'analyse de la concurrence en absence de la restriction posée par la clause de non-concurrence – d'un part, elle prend en compte la restriction de concurrence causée par une telle clause et de l'autre, les possibles effets de son absence.

Du moment où, en absence d'une telle clause, l'entreprise cessionnaire, restée sur le marché, avec son savoir-faire, pourrait attirer de nouveau l'ancienne clientèle, rendant la cession non viable, la clause de non-concurrence est nécessaire dans un contrat de cession d'entreprise et, de plus, elle renforce la concurrence existante sur le marché en cause.

« *Encore faut-il que, pour avoir cet effet bénéfique sur la concurrence, de telles clauses soient nécessaires au transfert de l'entreprise cédée et que leur durée et leur champ d'application soient strictement limites à cet objectif. La commission a donc estimé à bon droit que lorsqu'il est satisfait à ces conditions, de telles clauses échappent à l'interdiction édictée par l'article 81,*

[280] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977 p. 01875, attendu nº 20.
[281] CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02545.

paragraphe 1 »[282].

Une autre affaire, finalisée par la **décision Gøttrup-Klim**[283], a pour objet une interdiction posée à ses membres par une association de consommateurs d'adhérer à toute autre association concurrente. Pour arriver à la conclusion de la non-application de l'ancien **article 81 CE**, la juridiction européenne a mis en balance les effets bénéfiques sur la concurrence[284], par rapport aux effets restrictifs de concurrence sur le même marché pertinent[285]. De ce point de vue, elle précise que :

« *Il en résulte qu'une telle double appartenance mettrait en péril à la fois le bon fonctionnement de la coopérative et sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs. Une interdiction de double appartenance ne constitue donc pas nécessairement une restriction de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, et peut même produire des effets positifs sur la concurrence* »[286].

Ainsi, une telle interdiction, qui a comme effet de décourager l'approvisionnement auprès d'autres associations, va être rachetée par le fait que la double-appartenance serait en mesure de mettre en péril le bon fonctionnement de la coopérative, ainsi que sa puissance contractuelle.

Néanmoins, en reconnaissant le fait qu'une telle disposition statutaire est susceptible de produire aussi des effets négatifs sur la concurrence, la Cour de justice précise que :

« *pour échapper à l'interdiction de* ***l'article 85, paragraphe 1,*** *du traité* [CEE], *les restrictions imposées aux membres par les statuts des associations coopératives d'achat doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs* »[287].

Comme conséquence de ce constat, la Cour de justice a constaté l'inapplicabilité de l'ancien **article 81 CEE**, l'actuel **article 101 du TFUE** dans le cas.

209. Une dernière affaire à analyser portant sur la prise en compte des effets d'une entente dans le contexte économique est l'arrêt **European Night Services**[288] – elle concerne une action en annulation de la décision de la Commission européenne concernant une entreprise

[282] CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02545, p. 20.
[283] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641.
[284] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 34.
[285] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 35.
[286] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 34.
[287] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 35.
[288] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141.

coopérative, European Night Services, qui avait été établie par des sociétés ferroviaires de Grande Bretagne, France, Belgique et Pays Bas.

Société entièrement nouvelle, comportant des investissements majeurs, doublés par un risque financier élevé, European Night Services avait besoin du savoir-faire des entreprises-mères. Suite à la notification de l'accord, la Commission européenne a octroyé une exemption, mais pour une durée inférieure à celle pour laquelle European Night Services a été créé, motif pour lequel les sociétés-mères ont introduit une action en annulation de cette décision.

Après avoir rappelé que l'analyse d'un accord sous la grille de lecture de **l'article 85 CEE** implique la prise en compte du contexte où l'accord est inséré, le Tribunal a cherché à déceler dans quelle mesure l'accord a pour objet ou seulement pour effet la restriction de la concurrence ; dans la mesure où son objet même est anticoncurrentiel, le Tribunal affirme que :

« *ce n'est que dans le cadre de* ***l'article 85, paragraphe 3,*** *du traité que de telles restrictions peuvent être mises en balance avec leurs effets prétendument favorables à la concurrence, en vue de l'octroi d'une exemption de l'interdiction contenue au paragraphe 1 du même article* »[289].

En revanche, en vue de savoir si un accord anticoncurrentiel par son effet tombe sous le champ d'application de **l'article 85, paragraphe (1) CEE, l'actuel article 101 du TFUE,** la décision des autorités de concurrence :

« *doit tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné* »[290], ce qui inclut la « *concurrence potentielle, afin de savoir si, compte tenu de la structure du marché et du contexte économique et juridique régissant son fonctionnement, il existe des possibilités réelles et concrètes que les entreprises concernées se fassent concurrence entre elles, ou qu'un nouveau concurrent puisse entrer sur le marché en cause et concurrencer les entreprises établies* »[291].

[289] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141, point 136.

[290] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141, point 136.

[291] TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141, point 137.

Si ces affaires démontrent que la mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels est possible sur le même marché, elles ne sont pas explicites sur le point de savoir si cette démarche est ou non nécessaire. Par contre, cette solution découle avec évidence à partir d'autres aspects, soit :

- premièrement, des clauses restrictives de concurrence peuvent être intégrées dans des accords légitimes – c'est le cas, par exemple, de **l'affaire Remia BV**[292], situation dans laquelle une clause de non-concurrence a été acceptée, en raison du fait qu'elle a été considérée nécessaire au transfert de l'entreprise. En vue de délimiter entre les clauses anticoncurrentielles et celles permises en raison de la doctrine de la restriction accessoire, les autorités de concurrence seront ténues d'effectuer une telle mise en balance ;
- deuxièmement, la nullité prescrite par l'actuel **article 101 du TFUE** n'est que partielle – elle ne va pas frapper l'accord dans son intégralité, mais seulement dans la mesure où elle fausse la concurrence. En vue de délimiter quelles clauses seront frappées par la nullité, dans le cas des ententes interdites en raison de leurs effets, les autorités sont tenues de faire une analyse de ces effets ;
- dernièrement, la jurisprudence est cohérente sur le point de la prise en compte, au moment de l'analyse des effets d'une entente, du contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère – or, il est impossible d'argumenter que les effets pro-concurrentiels ne font pas partie du contexte économique que les autorités sont obligées de prendre en compte.

De ce point de vue, l'importance du contexte économique dans lequel l'entente s'insère est souvent rappelée par la jurisprudence – deux exemples d'affaires dans ce sens sont **l'affaire Brasserie de Haecht**[293] et **l'arrêt Stergios Delimitis**[294].

210. Premièrement, c'était une requête préjudicielle qui a donné naissance à **l'affaire Brasserie de Haecht**[295] et elle portait sur l'existence simultanée d'un grand nombre de contrats du même genre imposés par un nombre réduit de brasseries belges et à une fraction très importante de débitants de boissons. A cette occasion, la Cour de justice s'est prononcée dans le sens que :

« *pour apprécier si elle est frappée par l'article 85, paragraphe 1, une convention ne peut donc être isolée de ce contexte, c'est-à-dire des circonstances de fait ou de droit ayant pour conséquence qu'elle a pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la*

[292] CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02545.
[293] CJCE, 12 décembre 1967, SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen, affaire 23-67, recueil de jurisprudence 1967, p. 00525.
[294] CJCE, 16 octobre 1989, Stergios Delimitis contre Henninger Brau AG, affaire C-238/4, recueil de jurisprudence 1991, p. I-00935.
[295] CJCE, 12 décembre 1967, SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen, affaire 23-67, recueil de jurisprudence 1967, p. 00525.

concurrence »[296].

211. Deuxièmement, la même argumentation a été reprise par la Cour de justice dans **l'affaire Stergios Delimitis**[297]. Sur la base des contrats de fourniture de bière, le fournisseur s'obligeait à concéder au revendeur des avantages économiques et financiers, soit l'octroi de prêts à des conditions favorables, la location de locaux pour l'exploitation du débit de boissons et la mise à disposition d'installations techniques, de mobilier et d'autres équipements nécessaires pour l'exploitation du débit. En revanche, le revendeur s'engageait à ne s'approvisionner, pendant une certaine durée, qu'auprès du fournisseur pour ce qui concerne les produits visés au contrat, et aussi de ne pas de vendre des produits concurrents dans le débit loué par le fournisseur.

L'importance de cet arrêt réside dans le fait que le juge européen a considéré le cloisonnement du marché non comme une finalité en soi, mais comme une modalité pour exclure les concurrents ayant, en fin, des effets sur les consommateurs. Dans ce sens, l'arrêt de la Cour de justice est particulièrement explicite :

« *Dans la présente affaire, il convient, par conséquent, d'analyser les effets que produit un contrat de fourniture de bière, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités, pour les concurrents nationaux ou originaires d'autres États membres, de s'implanter sur le marché de la consommation de la bière ou d'y agrandir leur part de marché et, partant, sur la gamme de produits offerts aux consommateurs* »[298].

Si on a déjà établi que la mise en balance des effets que l'entente pourrait avoir sur le même marché est non pas seulement possible, mais obligatoire, il reste à analyser dans quelle mesure une telle démarche est possible dans la situation où on prend en compte les effets que la même entente pourrait produire sur des marchés distincts.

b. La mise en balance des effets d'une entente sur un marché distinct

212. L'affaire Consten und Grundig[299] prend en considération la situation de la société Grundig, qui avait conclu un contrat de distribution exclusive avec la société Consten pour la distribution, en France, de ses produits électriques et les services après-vente – Consten s'est engagée à ne pas vendre de produits concurrents et à ne pas revendre les produits en dehors de la France, alors que Grundig a souscrit une obligation de ne pas conclure d'autres contrats de

[296] CJCE, 12 décembre 1967, SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen, affaire 23-67, recueil de jurisprudence 1967, p. 00525.
[297] CJCE, 16 octobre 1989, Stergios Delimitis contre Henninger Brau AG, affaire C-238/4, recueil de jurisprudence 1991, p. I-00935.
[298] CJCE, 16 octobre 1989, Stergios Delimitis contre Henninger Brau AG, affaire C-238/4, recueil de jurisprudence 1991, p. I-00935, point 15.
[299] CJCE, 30 juin 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaire 56-65, recueil de jurisprudence édition française page 00337.

distribution avec d'autres distributeurs pour cette zone géographique, ainsi qu'à interdire à ses distributeurs tant la vente active, que celle passive pour la France. UNEF a acheté des produits Grundig de l'Allemagne à un prix inférieur et les a vendus en France, à un prix inférieur que celui de Consten.

La Cour de justice a refusé de prendre en considération les effets d'un accord dans la mesure où elle a trouvé que son objet même est anticoncurrentiel; néanmoins, un des arguments des parties a impliqué la prise en compte des effets de l'accord sur un marché distinct par rapport à celui délimité par les autorités.

Précisons, à titre liminaire, que le marché délimité par la Commission – délimitation maintenue devant la Cour de justice - est celui des produits Grundig vendus en France, contexte dans lequel :

« *la situation constatée ci-dessus aboutit à un isolement du marché français et permet de pratiquer pour les produits en question des prix soustraits à une concurrence efficace ; qu'au surplus, pour autant que les efforts des producteurs pour individualiser leurs marques aux yeux des utilisateurs réussissent, l'efficacité de la concurrence entre producteurs tend à diminuer*»[300].

Sur le marché ainsi défini, il est facile d'apercevoir les effets de l'accord, en vue de les mettre en balance – suite à l'accord, Consten est la seule entreprise qui peut se voire livrée les produits de Grundig, qui a aussi le rôle d'empêcher des autres à livrer ses produits en France. Du moment où, en absence des accords, les importations des produits Grundig en France aurait été plus importantes, la mise en balance des effets sur le même marché que celui délimité a un résultat clair.

Dans ce contexte s'insère le moyen de défense du requérant, soit la prise en compte des effets que l'accord a produit sur un autre marché que celui délimité. Cet argument vient dans le contexte où Grundig avait l'intention de pénétrer le marché français des produits électriques. Pour Consten, cet investissement a été probablement regardé comme assez risqué et nécessitant probablement d'importants coûts irrécupérables, si on se réfère à l'année 1957, quand l'accord a été conclu. C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut apprécier l'exclusivité octroyée à Consten, qui avait besoin d'une motivation plus forte en vue de pénétrer le marché[301].

Ainsi, Consten, Grundig et le Gouvernement allemand prétendent que :

« *que la Commission, avant de déclarer applicable* ***l'article 85, paragraphe 1*** [CEE], *aurait dû, en s'inspirant d'une application raisonnable ("rule of reason"), considérer les effets*

[300] CJCE, 30 juin 1966, affaire Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaire 56-65, recueil de jurisprudence édition française page 00337.
[301] ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect*, Sweet and Maxwell. A Thomas Company, London, 2001, p. 272.

économiques du contrat litigieux sur la concurrence entre les différentes marques »[302].

En effet, l'argument des requérants est que l'analyse effectuée par la Commission n'a pas pris en considération la situation concurrentielle existante au moment de la conclusion de l'accord – en absence d'une telle motivation de Consten, Grundig n'aurait pas pu pénétrer le marché français.

Par conséquent, la restriction de la concurrence n'est pas concomitante à l'accord, mais ultérieure à celui-ci et susceptible de produire des effets seulement après la prise du risque par Consten, si son investissement s'avère profitable.

La réponse de la Cour de justice a été que :

« *si la concurrence entre producteurs est généralement plus apparente que celle entre distributeurs de la même marque, il n'en résultera pas pour autant qu'un accord tendant à restreindre cette dernière devrait échapper à l'interdiction de* ***l'article 85, paragraphe 1*** [CEE], *du seul fait qu'il pourrait renforcer la première* »[303].

Par conséquent, la Cour de justice refuse de mettre en balance les effets bénéfiques de la conclusion de l'accord sur la concurrence entre producteurs par rapport aux effets négatifs du même accord pour la concurrence intra-marque.

La doctrine[304] précise le fait que ce rejet n'est que conditionnel, de sorte qu'il laisse ouverte la possibilité de l'acceptation d'un tel moyen, dans la situation où le requérant apporte la preuve des contraintes existantes sur un autre marché, mais qui lui empêchent l'entrée sur le marché délimité plus que d'autres contraintes sur le même marché. De ce point de vue, Consten et Grundig n'ont pas réussi à apporter cette preuve et leur argument a été rejeté.

213. L'arrêt Métropole[305] prend en discussion expressément la situation de la mise en balance des effets restrictifs de concurrence par rapport aux effets pro-concurrentiels, à l'occasion d'un litige portant sur quelques sociétés actives dans les secteurs de la télévision, de la télécommunication et câblodistribution, qui ont créé une entreprise coopérative, Télévision par satellite – TPS, ayant pour but la diffusion des programmes de télévision par satellite[306]. Suite à la notification, la CE a exempté la clause d'exclusivité seulement pour trois ans, raison pour lequel certaines parties ont introduit une action en annulation de cette décision.

---

[302] CJCE, 30 juin 1966, affaire Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaire 56-65, recueil de jurisprudence édition française page 00337.
[303] CJCE, 30 juin 1966, affaire Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaire 56-65, recueil de jurisprudence page 00337.
[304] ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect*, Sweet and Maxwell. A Thomas Company, London, 2001, p. 272.
[305] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 page II-02459.
[306] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 page II-02459, points 1-2.

Précisons, à titre préalable, que le marché délimité par la Commission a été celui de la télévision à péage de la France. Si les sociétés constituantes de TNS étaient actives sur le secteur télévision, télécommunication et câblodistribution, TNS allait pénétrer un nouveau marché, celui de la télévision payante, pour en concurrencer un opérateur historique.

Les parties ont argumenté que les clauses que la Commission a considéré comme posant des problèmes étaient celles qui permettaient à TPS d'entrer sur le marché et de créer de la concurrence – il s'agit d'une clause de non-concurrence, une clause donnant à la nouvelle entreprise priorité pour certaines chaînes de télévision, ainsi qu'une clause d'exclusivité. Ainsi, les requérants précisent que :

« *la défenderesse aurait dû faire application de* ***l'article 85, paragraphe 1****, du traité* [CEE] *à la lumière d'une règle de raison plutôt que d'en faire une application abstraite. Conformément à une telle règle, une pratique anticoncurrentielle échapperait à l'interdiction édictée à* ***l'article 85, paragraphe 1,*** *du traité* [CEE], *si elle présente plus d'effets positifs que négatifs pour la concurrence sur un marché donné* »[307].

Le Tribunal répond avoir pris conscience que, parfois, « *la Cour et le Tribunal se sont exprimés en faveur d'une lecture plus souple de l'interdiction édictée à* ***l'article 85, paragraphe 1*** »[308], mais, compte tenue de la structure de l'article même, si les rédacteurs ont permis explicitement, comme exception, une mise en balance des effets sous l'empire du *paragraphe (3)*, c'est parce qu'en principe celle-ci est interdite sous l'empire du *paragraphe (1)*.

D'autre part, le Tribunal statue d'une manière explicite que la jurisprudence ne saurait « *être interprété comme consacrant l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence* »[309], mais comme faisant partie d'un courant jurisprudentiel plus large, selon lequel il ne faut pas « *considérer, de manière complètement abstraite et indistincte, que tout accord* […] *tombe nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée* ***à l'article 85, paragraphe 1****, du traité* [CEE] »[310].

Partant, le Tribunal statue que, contrairement à ce que font valoir les requérantes :

« *la défenderesse a fait* […] *une application correcte de* ***l'article 85, paragraphe 1,*** *du traité* […] *dans la mesure où il ne lui incombait pas de procéder à une mise en balance des aspects pro- et anticoncurrentiels de ces engagements en dehors du cadre précis de*

[307] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 page II-02459, p. 68.
[308] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 page II-02459, point 75.
[309] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 ; page II-02459, point 76.
[310] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 ; page II-02459, point 76.

l'article 85, paragraphe 3, *du traité* [CEE] »[311].

Cette discordance observée par la doctrine[312], assez évidente dans d`autres affaires aussi[313], a été parfois interprétée comme un rejet de la mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels sous l'empire de **l'article 101(1) TFUE**[314], mais elle pourrait aussi bien être regardée d'un autre point de vue : s'il « *n'incombe pas [à la Commission] de procéder à une mise en balance des aspects pro- et anticoncurrentiels de ces engagements en dehors du cadre précis de* ***l'article 85, paragraphe 3 du traité*** [CEE]», cela ne veut pas dire qu'elle ne peut pas le faire.

Si une telle mise en balance peut être conduite par la Commission, dans la mesure où elle s'avère importante, on pourrait soutenir néanmoins que celle-ci ne représente pas la règle, sous forme d'une obligation pour la Commission.

Néanmoins, si on choisit de limiter notre interprétation à ce que le Tribunal a statué d'une manière explicite, une formulation aussi claire que celle de **l'arrêt Métropole** pourrait aboutir à une application de ces prescriptions comme une règle à vocation générale. En effet, si on n'admet pas de règle de la raison, on n'admet pas de mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels, et, par conséquent, on n'admet pas d'autre objectif pour **l'article 101, paragraphe (1) TFUE** que la protection de la structure de la concurrence. Toutefois, cette solution pourrait être envisagée seulement en présence d'une jurisprudence constante, standard auquel la jurisprudence européenne est loin d'arriver en la matière.

214. Un arrêt ultérieur, **l'arrêt Wouters**[315] semble s'adresser au même problème. En fait, sur le fond d'une réglementation dans le droit néerlandais interdisant aux avocats la collaboration avec des experts-comptables, M. Wouters a notifié le Comité de Surveillance de l'Ordre des Avocats d'une collaboration avec une société de conseillers fiscaux, qui, eux-mêmes, avaient un contrat de collaboration avec des experts-comptables.

En vue de cette dernière collaboration, le Comité a interdit ce contrat comme enfreignant la norme sous-mentionnée, décision que M. Wouters a contestée devant les juridictions nationales, qui ont décidé de formuler un renvoi préjudiciel portant sur la question de la compatibilité de la réglementation nationale avec le droit des ententes.

---

[311] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001 ; page II-02459, point 78.

[312] NAZZINI, Renato, *Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of "restriction of competition" in EU law*, Common Market Law Review, volume 43, 2006, p. 497-536.

[313] TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-65/98, recueil de jurisprudence 2003, page II-04653.

[314] WHISH, Richard et BAILEY, David, *Competition Law, 7ème édition*, Oxford University Press 2012, p. 135-136.

[315] CJCE, 19 février 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002, page I-01577.

Pour se prononcer dans cette affaire, la Cour de justice a appliqué un test en deux temps[316]. Pour le premier pas, après avoir constaté que la réglementation de collaboration ne constitue pas une entente à objet anticoncurrentiel, la juridiction a procédé à une analyse des effets de la réglementation, sous l'empire de **l'article 81, paragraphe (1) CE**[317].

A priori, précisons que la Cour de justice a identifié l'effet négatif de cette interdiction réglementaire - elle est de nature à limiter la production et le développement technique[318], compte tenu de la complémentarité entre la profession d'avocat et celle d'expert-comptable ; une telle collaboration pourrait donner naissance à un nouveau marché, intégré. Néanmoins, elle a aussi un effet positif – le maintien d'une structure non-concentrée de la profession libérale sur le marché actuel, qui, en absence d'une telle interdiction, pourrait être acquise par des grands cabinets[319].

Par conséquent, suite à une mise en balance de ces deux effets possibles de la réglementation en cause, la Cour a trouvé que :

« *la préservation d'un degré suffisant de concurrence sur le marché des services juridiques pourrait être assurée par des mesures moins extrêmes qu'une réglementation nationale comme la Samenwerkings-verordening 1993, qui interdit absolument toute forme de collaboration intégrée quelles que soient les tailles respectives des cabinets d'avocats et d'experts-comptables concernés* »[320].

215. Par rapport à la **jurisprudence Métropole**, dans **l'affaire Wouters** le juge européen a consenti à analyser les effets de la réglementation, mais a procédé à une telle analyse sous l'empire de l'ancien **article 81, paragraphe (3) CE**, au présent, **l'article 101, paragraphe (1) TFUE**.

Deuxièmement, la Cour s'est demandé dans quelle mesure les effets anticoncurrentiels de la réglementation néerlandaise vont au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de la profession libérale. La réponse négative conduit à la conclusion de la conformité de la réglementation avec le droit européen en la matière.

---

[316] NAZZINI, Renato, *Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of "restriction of competition" in EU law*, Common Market Law Review, Volume 43, 2006, p. 497-536.

[317] CJCE, 19 février 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002 I-01577.
points 87-92.

[318] CJCE, 19 février 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002 I-01577**,** point 90.

[319] CJCE, 19 février 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002 I-01577, point 92.

[320] CJCE, 19 février 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002 I-01577, point 94.

Pour les arguments en vue desquels la Cour de justice a adopté une telle approche, la doctrine reste partagée.

Dans une première opinion, certains auteurs[321] considèrent que la juridiction a fait incorporer la règle de la raison de **l'arrêt Cassis de Dijon**[322] dans l'ancien **article 81(2) CE**, au présent **l'article 101(1) du TFUE**. Ainsi, une restriction de concurrence ne tombe pas sous l'empire de l'interdiction si elle poursuit un intérêt général de la politique étatique, dans la mesure où le critère de la proportionnalité est respecté. Cette interprétation est renforcée par le fait qu'une certaine cohérence devrait être assurée entre l'article portant sur les barrières au commerce et celui interdisant les ententes, ainsi que les barrières à l'entrée qui sont permises sous l'empire de **l'article 34 du TFUE** soient aussi permises sous l'empire de **l'article 101 du TFUE**.

Toutefois, cette conception prend en considération seulement la deuxième partie du test appliqué dans l'affaire Wouters, tout en oubliant la première partie, la mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels.

Dans une deuxième opinion, certains auteurs[323] ont essayé de prouver que, dans **l'arrêt Wouters**, la Cour de justice a mis en balance l'entier **article 81 CE** avec d'autres questions qui ne portent pas sur le droit de la concurrence, comme par exemple des questions qui tiennent au droit constitutionnel, ou bien à d'autre matières. L'auteur en cause fait appel à la théorie de *praktische Konkordanz* (de la concordance pratique), pour suggérer qu'une règle générale ne devrait pas être mise en place, mais plutôt chaque conflit devrait être résolu au cas par cas, par l'adoption d'une solution équilibrée.

Une telle solution, néanmoins, reste difficile à concilier avec la méthodologie appliquée par la Cour de Justice. De plus, comme la doctrine l'a reconnu[324], la Cour de justice n'a pas fait une mise en balance entre les effets pro-concurrentiels par rapport aux effets anticoncurrentiels seuls, mais aussi par rapport aux objectifs de politique publique.

Une troisième solution a été envisagée par la doctrine[325] : cet arrêt a été parfois interprété dans le sens où une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels serait possible seulement dans la sphère des restrictions accessoires par rapport à une opération réglementaire, avec la conséquence qu'une extension ne serait pas possible en dehors de cette catégorie.

Nonobstant l'interprétation à laquelle on adhère, il reste hors de doute que la Cour de justice a accepté, dans l'affaire Wouters, une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels, sur des marchés distincts.

---

[321] MONTI, Mario, *Article 81 EC and Public Policy*, Common Market Law Review, Volume 39, 2002, p. 1057 - 1099.

[322] CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, affaire 120/78, recueil de jurisprudence 1979, p. 00649.

[323] KOMNINOS, Assimakis, *Non-competition concerns : Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC*, Working Paper (1) 08/05, The University of Oxford Centre for Compétition Law and Policy, 30 June 2005, p. 10-14.

[324] NAZZINI, Renato, *Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of "restriction of competition" in EU law*, Common Market Law Review, Volume 43, 2006, p. 497-536.

[325] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 131-133.

216. Dans une autre affaire, par **l'arrêt Nungesser**[326], la Cour de justice s'est prononcé sur la légalité d'une licence exclusive, renforcée par une protection territoriale absolue – pour prononcer cette solution, la juridiction a accepté de mettre en balance, d'une part, la restriction de la concurrence intra-marque et d'autre part, la concurrence inter-marques.

Cette démarche a été conduite dans le contexte où la restriction a été insérée dans un contrat de licence, traduite dans la motivation d'innovation pour le producteur, ainsi que la dissémination de la technologie sur le marché par le licencié. Ainsi, dans la mesure où :

« *la licence exclusive concédée revête le caractère d'une licence ouverte, c'est-à-dire qu'elle vise uniquement le rapport contractuel entre le titulaire du droit et le licencie en ce sens que le titulaire s'engage seulement à ne pas octroyer d'autres licences pour le même espace territorial et à ne pas faire lui-même concurrence au licencie sur ce territoire, la concession d'une licence exclusive du droit d'obtention végétale sur certaines variétés de semences nouvellement développées dans un état membre, n'est pas, en soi, incompatible avec* ***l'article 85, paragraphe 1,*** *du traité* [CEE], *compte tenu de la spécificité des produits en cause, si elle favorise la diffusion d'une nouvelle technologie et la concurrence entre le nouveau produit et les produits existants semblables sur le territoire de la communauté* »[327].

217. L'analyse jurisprudentielle a montré une position oscillante du juge européen. Si, dans le cas des effets pro- et anticoncurrentiels sur le même marché, une mise en balance est possible et parfois nécessaire, dans le cas des effets sur un marché distinct de celui délimité, une telle démarche est en principe interdite, mais possible sous certaines conditions. Ainsi, elle n'est acceptée qu'avec précaution par le juge européen.

218. Dans l'impossibilité de tirer une conclusion claire en ce qui concerne le but du droit européen des ententes à partir d'une analyse jurisprudentielle portant sur la mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels, nous allons devoir nous contenter de rappeler la complexité de ces notions, les analyses les plus approfondies n'ayant eu qu'un succès partiel avec ce démarche[328].

§ 2. Conséquences sur l'intention fautive des buts du droit de la concurrence, à travers la jurisprudence concernant l'abus de position dominante

219. Une première affaire dans laquelle la Cour de justice prend en considération la protection des consommateurs comme objectif de l'actuel **article 101 du TFUE** est **l'affaire Continental**

[326] CJCE, 8 juin 1982, Nungesser et K. Eisele contre Commission, affaire 258/78, recueil de jurisprudence 1986, p. 2015.
[327] CJCE, 8 juin 1982, Nungesser et K. Eisele contre Commission, affaire 258/78, recueil de jurisprudence 1986, p. 3.
[328] ODUDU Okeoghene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effects*, European Law Review, volume 26, 2001, p. 261-272.

Can[329], dans laquelle le Tribunal a dû se prononcer sur la demande d'annulation de la décision de la Commission ayant pour objet la sanction de l'entreprise Continental Can pour abus de position dominante.

En fait, par l'intermédiaire de sa filiale Schmalbach-Lubeca-Werke AG, l'entreprise Continental Can Company Inc. détient une position dominante dans une partie substantielle du marché commun des emballages légers pour conserves de viande, de charcuterie, de poissons et de crustacés, ainsi que sur le marché des couvercles métalliques pour bocaux en verre. La Commission l'a condamné au titre des abus de position dominante pour le fait que, par sa filiale Europemballage Corporation, elle a acheté environ 80% des actions et obligations de son unique concurrent, Thomassen & Drijver-Verblifa N.V.

A cette occasion, le Tribunal rappelle le but de l'interdiction de l'abus de position dominante, en invoquant, contrairement à la position traditionnelle, non pas seulement la protection de la structure du marché, mais aussi la protection des consommateurs :

« *que, par ailleurs, ainsi qu'il ressort des lettres c) et d) du paragraphe 2, cette disposition ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f) du traite* »[330].

220. Dans un autre arrêt, prononcé dans **l'affaire British Airways**[331], la Cour de justice a eu l'opportunité de se prononcer sur le but **l'article 82 CE**, l'actuel **article 101 du TFUE**. Ce litige a comme base la pratique de British Airways - la plus grande compagnie aérienne britannique, qui a conclu des accords avec les agents de voyages établis au Royaume-Uni, en vue de leur offrir une commission pour la vente de ses billets d'avion. De plus, l'entreprise offrait à ces agences une prime établie en fonction des résultats de vente des billets d'avion, des gratifications que les agents devraient investir dans la formation de leur personnel, ainsi que des gratifications en vue de l'accroissement de ses recettes.

Par cette pratique, British Airways a affecté l'entreprise Virgin Atlantic LTD - société privée, incorporée en Grande Bretagne, exploitant des services réguliers de transport de passagers sur un certain nombre de liaisons internationales.

British Airways a contesté la décision de la Commission la sanctionnant pour abus de position dominante. Le Tribunal a rappelé que :

« *En outre, ainsi que la Cour l'a déjà constaté au point 26 de l'arrêt Europemballage et Continental Can/Commission, précité,* ***l'article 82 CE*** *ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui*

[329] CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaire 6/72, recueil de jurisprudence 1973, page 00215.
[330] CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaire 6/72, recueil de jurisprudence 1973, page 00215, p. 26.
[331] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917.

leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE »[332].

Sans exclure la protection de la structure de la concurrence du but de l'actuel **article 101 du TFUE**, le Tribunal inclut, parmi ses objectifs, la protection des consommateurs – une ouverture vers le courant de pensée de l'école de Chicago.

221. Une autre affaire dans laquelle le juge européen a refusé d'adopter un des deux modèles classiques en ce qui concerne le but de l'interdiction de l'actuel **article 101 du TFUE** est **l'affaire Hoffman-La Roche**[333], à l'occasion de laquelle le Tribunal a préféré mélanger l'approche de Harvard à celle de Chicago quant au but des règles de concurrence. En effet, le Tribunal a été tenu de se prononcer sur des contrats conclus par Hoffman-La Roche, entreprise en position dominante, comprenant des clauses d'imposition de la marque unique – l'incitation des co-contractants de s'approvisionner chez Hoffman-La Roche pour la totalité de leurs besoins ou encore pour une partie essentielle de ceux-ci, en vue d'être récompensés par des rabais de fidélité.

Dans le cadre du litige opposant l'entreprise Hoffman-La Roche à la Commission européenne, le Tribunal a eu l'occasion de se prononcer sur le but de l'interdiction de **l'article 86 CEE**, l'actuel **article 101 du TFUE** :

« *qu'en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, dans la mesure où le commerce entre états membres est susceptible d'en être affecté,* ***l'article 86*** [CEE] *vise des lors non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice indirect en portant atteinte a une structure de concurrence effective, telle qu'envisagée à l'article 3, lettre f, du traité* »[334].

Le Tribunal ne fait pas mention expresse des conceptions traditionnelles sur le but du droit de la concurrence. Néanmoins il précise que l'interdiction édictée par le traité vise non pas seulement à éviter que les pratiques anticoncurrentielles causent des préjudices aux consommateurs, mais aussi de protéger la structure du marché.

222. Un autre arrêt, prononcé dans **l'affaire Irish Sugar**, a pour résultat le maintien de la confusion entre les deux buts alternatifs de **l'article 86 CEE**, l'actuel **article 101 du TFUE**, soit la protection de la structure du marché ou bien contre le comportement abusif des entreprises en position dominante.

L'affaire est dirigée contre une décision de la Commission sanctionnant l'entreprise Irish Sugar, unique transformateur de betteraves sucrières en Irlande et principal fournisseur de sucre sur ce territoire, pour avoir octroyé aux clients des ristournes qualitatives en fonction des achats

[332] TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de jurisprudence 2003, page II-05917, p. 106.
[333] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461.
[334] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461, p. 125.

de sucre blanc cristalisé, réalisés sur une certaine période. Dans ce contexte, la Cour de justice s'est prononcée sur le but poursuivi par **l'article 86 CEE**, sens dans lequel elle retient la même confusion :

« *La Cour a également précisé que, en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté,* ***l'article 86 du traité*** [CEE] *vise, dès lors, non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective* »[335].

Une autre interprétation possible est que le Tribunal, loin d'être indécis sur la question de l'objectif de l'interdiction d'abus de position dominante, transmet, qu'en effet, l'actuel **article 101 du TFUE** a plusieurs buts, dont un, la protection de la structure du marché – la conception de l'école de Harvard et l'autre, la protection des consommateurs – l'école de Chicago.

223. Outre la question évidente qui en découle, soit le choix vers l'un ou l'autre en cas de contradiction – aspect qui, toutefois, ne fait pas l'objet de la présente affaire, ce qui nous intéresse est le fait que la théorie de l'école de Chicago est loin d'être négligée par les autorités européennes.

224. Ce constat implique le fait qu'au moins au niveau théorique, l'idéologie n'exclut pas, *de plano*, tout rôle de l'intention fautive dans la définition d'infraction d'abus de position dominante – bien sûr, soumis à la condition de l'adoption d'une telle conception par les autorités européennes. L'importance du présent chapitre est de montrer qu'il n'y a pas d'obstacle théorique pour le constat d'un rôle de l'intention fautive dans le cadre de l'abus de position dominante, tel qu'il est interprété par les juridictions européennes.

Conclusion partielle – l'impossibilité d'établir la place de l'intention fautive par l'analyse exclusive des buts du droit de la concurrence

225. A titre liminaire, il convient de mentionner l'absence d'une solution unitaire adoptée par la jurisprudence en ce qui concerne le but du droit de la concurrence. À partir de ce constat, il devient évident que la simple étude du but du droit européen de la concurrence ne peut pas s'avérer suffisante en vue de trancher la question, ni de trancher d'une manière définitive la question de ses conséquences en ce qui concerne l'intention fautive.

226. Néanmoins, il faut préciser que, par rapport à l'étude jurisprudentiel effectué, la conclusion concernant le but du droit de la concurrence est qu'il y a une règle, la conception objective de l'école de Harvard, et une exception, la coloration béhavioriste, fautive, de l'école de Chicago.

227. De ce point de vue, si l'efficience économique ne peut pas être négligée en tant qu'objectif du droit européen de la concurrence en général, la vision de l'école de Chicago

[335] TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar PLC contre Commission des Communautés européennes, affaire T-228/97, recueil de jurisprudence 1999, page II-02969, p. 232.

trouve son relai au niveau européen par l'abondance d'autres objectifs poursuivis par la politique de concurrence, parmi lesquels la création du marché unique, la protection d'une concurrence loyale, la protection des PME, la concurrence efficace, la protection de la politique culturelle, environnementale et sociale.

La doctrine[336] considère qu'en droit européen le but additionnel le plus influent à l'efficacité économique poursuivie par la politique concurrentielle est l'élimination des barrières à l'entrée, un but propre à l'Union européenne – la création du marché unique. De ce point de vue, certains auteurs[337] considèrent que les actuels **articles 101 et 101 du TFUE** ont pour mission d'offrir du support pour la libre circulation des biens et des services, par le fait qu'ils empêchent les entreprises de recréer les barrières à l'entrée supprimés par les États – c'est la raison pour laquelle les **articles 101 et 101 du TFUE** sanctionnent le partage du marché.

A son tour, la loyauté de la concurrence se trouve parmi les objectifs établis dans le préambule du TFUE ; néanmoins, sa portée n'est pas claire – est-ce que les PME devraient être aidées à concurrencer les hypermarchés, bien qu'elles ne sont pas si efficaces ? De la même manière, est-ce que, dans l'hypothèse où une entreprise a investi dans la publicité, en vue de bénéficier à ses produits, serait-il loyal de laisser les autres en bénéficier ?[338]

De plus, des considérations culturelles, environnementales et sociales ont fait leur apparition en droit européen de la concurrence.

Par conséquent, en absence d'une jurisprudence unitaire, dans l'impossibilité de tirer une conclusion sur le plan de l'intention fautive à partir de l'analyse des buts du droit de la concurrence, on se trouve dans la situation d'apprécier comme nécessaire une étude approfondie de la jurisprudence portant sur l'intention même.

Dans la situation où, en ce qui concerne le but du droit la concurrence, on a trouvé qu'il y a une règle - la conception objective de l'école de Harvard, et une exception - la conception à coloration behavioriste de l'école de Chicago, il reste à vérifier dans quelle mesure le rapport reste conséquent en ce qui concerne l'intention, donc si on pourrait conclure que la règle est l'absence de pertinence de celle-ci, règle atténuée dans certaines situations toutes particulières. Il est possible, comme le suggère la doctrine[339], que la délimitation entre les deux ne soit pas si rigide, et qu'une sorte qu'un mélange soit envisageable.

C'est la raison pour laquelle le prochain chapitre va se center sur la possibilité de la reformulation des infractions d'entente et abus de position dominante autour de l'intention fautive.

---

[336] GOYDER, DG, GOYDER Joanna, ALBORS-LLORENS Albertina, *Goyder's EC Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 11.
[337] KORAH, Valentine, *An Introductory Guide To EC Competition Law and Practice*, 9ème édition, Hart Publishing, Oregon, 2007, p. 13.
[338] KORAH, Valentine, *An Introductory Guide To EC Competition Law and Practice*, 9ème édition, Hart Publishing, Oregon, 2007, p. 14.
[339] ANDRIYCHUK, Oles, *Can We Protect Competition Without Protecting Consumers?*, The Competition Law Review, volume 6, nº 1, décembre 2009, p. 77-87.

Chapitre 2 – La reformulation des infractions autour de l'intention fautive

228. Par rapport aux objectifs du droit de la concurrence déjà abordés dans les sections antérieures, la jurisprudence imbriquée rend impossible une conclusion incontestable en ce qui concerne le rôle de l'intention fautive par une analyse exclusive des objectifs. Par conséquent, une étude plus approfondie est nécessaire, qui va tirer aux conclusions auxquels on est arrivé suite à la prise en compte des buts des normes en droit de la concurrence.

229. Si on prend en considération les objectifs du droit de la concurrence, telles qu'ils ont été développés ci-dessus, la règle est représentée par l'adoption de la conception structuraliste de l'école de Harvard et seulement l'exception est l'approche behavioriste de l'école de Chicago.

Conséquemment, au niveau théorique, la conclusion qui en découle sur le plan de l'intention (soit l'adoption, comme règle, de l'objectif de la protection de la concurrence), serait que la seule atteinte à la structure du marché est répréhensible, et que le rôle de l'intention fautive serait, comme règle, assez réduit.

230. Toutefois, comme on l'a montré dans les paragraphes précédents, la jurisprudence européenne a, dans une certaine mesure, fait aussi référence à la protection des consommateurs, au moment où elle a accepté de mettre en balance les effets anticoncurrentiels d'un accord par rapport aux effets positifs de celui-ci, en vue de conclure s'il s'agit ou non d'une entente interdite par **l'article 101 du TFUE**. Cette tendance laisse une porte ouverte pour l'intention fautive, qui pourrait, au niveau théorique, jouer un rôle important, mais seulement dans certains cas de figure.

231. En partant de ces constats théoriques, l'étude plus approfondie de la jurisprudence en la matière va montrer qu'en dépit des opinions contraires[340], l'intention fautive a trouvé sa place dans la structure de l'infraction en droit européen, qu'il s'agisse de l'entente interdite sous l'empire de **l'article 101 du TFUE** (**Section 1**), ou bien de l'abus de position dominante, répréhensible par l'intermède de **l'article 101 du TFUE** (**Section 2**).

SECTION 1 – LES AVATARS DE L'INTENTION FAUTIVE EN DROIT EUROPÉEN DES ENTENTES

232. Bien que la notion d'intention fautive – sous la dénomination soit de finalité anticoncurrentielle, soit d'intention, soit d'acquiescement – n'est pas très fréquemment prononcée par la jurisprudence et par conséquent, pas non plus par la doctrine, elle n'est pas absente.

[340] BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000 p. 67 ; WHISH, Richard et BAILEY, David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, page p. 119.

233. Il suffit, précise la Commission, « *qu'une finalité anticoncurrentielle puisse être attribuée au comportement* »[341]. De même, selon la Communication de la Commission européenne, le contexte de l'accord peut révéler un objet anticoncurrentiel et, à cet égard, l'intention des parties est à prendre en compte[342].

234. Dans ces conditions, la question de la place de l'intention fautive en droit de la concurrence mérite être posée, en vue d'explorer comment ces phrases peuvent être réconciliées avec les **arrêts Miller**[343], **BNIC vs. Clair**[344] et **CRAM et Rheinzink**[345], déjà abordées au-dessous.

235. L'étude de la jurisprudence a montré que l'intention fautive mérite une place dans la structure de l'infraction d'entente anticoncurrentielle en droit européen de la concurrence, dont la portée est apparente à travers les manifestations suivantes :

(i). l'intention fautive seule *est suffisante* pour conclure à la violation des normes concurrentielles en ce qui concerne les ententes à objet anticoncurrentiel,

(ii). dans le cadre des pratiques concertées insérées dans des relations verticales, l'intention fautive *est nécessaire* pour prouver l'acquiescement, en absence duquel toute sanction est exclue[346],

(iii). l'application de la doctrine des restrictions accessoires a pour point de départ la preuve d'une intention licite, d'une manière que l'intention ilicite exclut son application,

(iv). dans le cadre des relations horizontales, l'absence de l'acquiescement et donc, de l'intention, représente, dans certains cas, une défense susceptible à conduire à l'annulation de la sanction de la Commission,

(v). l'intention est un des critères cumulatifs établis par la jurisprudence en vue de permettre la qualification d'une entreprise de facilitateur.

§ 1. L'intention fautive, comme objet anticoncurrentiel

236. Si la caractéristique dominante de la catégorie de l'objet est que les effets ne doivent pas être prouvés[347], la conception traditionnelle sur la signification de la notion d'objet renvoit à la

---

[341] Lamy droit économique, 2015, Déc. Commission européenne nº 1999/210, 14 oct. 1998, British Sugar PLC et autres, JOCE 22 mars 1999, nº L 76, Europe mai 1999, comm. 189, obs. Idot L., Contrats, conc., consom. 1999, nº 98, note Poillot-Peruzzetto S.

[342] Lamy droit économique, 2015, Communication Commission européenne, 27 avril 2004, point 22.

[343] CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

[344] CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, affaire 123/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00391.

[345] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679.

[346] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, p. II-03383, attendu 66-157.

[347] V., en ce sens, CJCE, 20 novembre 2008, C-209/07, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 15 et 16; CJUE, 6 octobre 2009, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Glaxo-Smith Kline, Recueil

notion d'effet nécessaire. Cela signifie que, dans la situation où l'effet nécessaire d'une entente est l'effet anticoncurrentiel, les effets concrets ne doivent plus être prouvés.

237. L'idée sous-jacente est qu'il a une catégorie d`ententes dont les effets sont si nuisibles pour la concurrence, que les effets actuels ne doivent plus être prouvés. Mais une prédiction fondée sur des effets d'une entente est très difficile à réaliser. De plus, il n'existe pas une jurisprudence constante, pour **l'article 101(1) du TFUE** qui, après une analyse concrète, trouve d'une manière invariable des effets anticoncurrentiels pour toutes les catégories des ententes interdites en raison de leur objet.

238. Certains auteurs[348] s'opposent à la notion d'objet anticoncurrentiel, regardé comme effet nécessaire. En effet, si la catégorie d'objet est accomplie par une présomption irréfragable d'effet, cela aurait pour conséquence une absence de distinction entre l'objet et l'effet anticoncurrentiel – l'objet aurait toujours la signification d'effet. Si la notion d'objet anticoncurrentiel ne renvoie qu'à la notion d'effet nécessaire, le même auteur demande pourquoi la mise en balance des effets pro- et anti- concurrentielles n'est pas possible dans tous les cas[349].

239. Si la terminologie utilisée par la Cour de justice se réfère d'une manière implicite à l'effet nécessaire – aspect déjà abordé en haut, une possible motivation n'est pas parce que l'objet est effet nécessaire de l'accord, mais parce que l'effet nécessaire est une manifestation objective de l'intention fautive. ***La thèse à analyser consiste à savoir dans quelle mesure l'intention fautive des parties est suffisante pour conclure à la violation des normes concurrentielles en ce qui concerne les ententes à objet anticoncurrentiel, sans qu'une autre condition soit nécessaire.***

240. Un premier argument dans ce sens est représenté par la traduction officielle de l'arrêt de **l'affaire United Brands**[350], qui a sanctionné le comportement de l'entreprise United Brands, en position dominante sur le marché des bananes qui, entre autres, a refusé la livraison des bananes à une société. Dans ce contexte, la Cour de justice dit pour droit:

« *que s'il est exact, comme le fait remarquer la requérante, que l'existence d'une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, et qu'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses dits intérêts, <u>on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont</u>*

---

de jurisprudence 2009 I-09291, p. 55 ; CJUE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, recueil de jurisprudence 2009 I04529, p. 28 et 30.

[348] ODUDU, Okeogene, août 2001, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001, p. 382.

[349] Comme on a déjà discuté, la mise en balance des effets pro- et anti- concurrentiels n'est pas possible, en principe, s'il s'agit d'une telle opération sur des marchés pertinents différents.

[350] CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207.

précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser »[351].

Toutefois, la version en anglais de ce paragraphe de l'arrêt[352], traduction toujours officielle, précise qu'un « *tel comportement ne peut pas être admis dès lors qu'il a pour but le renforcement de cette position dominante, ainsi que l'abus de celle – ci* »[353].

Les deux traductions officielles du même arrêt sont la preuve du fait que les autorités de l'Union européenne font une équivalence entre l'objet d'un comportement et son but, ce qui représente un premier indice pour la véracité de la thèse à prouver.

241. La démarche à suivre en vue de confirmer la thèse va consister en une analyse en deux temps : premièrement, on va chercher à prouver que rien dans la jurisprudence de la Cour de justice ne justifie que l'intention fautive est indifférente **(a)**. Ensuite, on procèdera à l'analyse jurisprudentielle, qui va montrer une abondance d'arrêts dans lesquels l'intention fautive a été considérée comme remplissant la condition d'objet et d'autres, dans lesquelles la sanction a été exclue en raison de l'absence d'acquiescement **(b)**.

A. Absence de preuve pour l'indifférence de l'intention fautive ou l'arrêt Miller, réinterprété

242. Pour conclure que l'intention fautive n'est ni nécessaire, ni suffisante pour le constat d'une entente, qu'elle soit à objet ou bien à effet anticoncurrentiel, la doctrine fait appel, en principal, à **l'affaire Miller**[354], ayant comme point de départ une clause d'interdiction d'exportation imposée par une entreprise allemande à ses contractants; par conséquent, elle était en position de charger à ses contractants allemands beaucoup plus cher qu'elle le faisait pour ceux de l'extérieur de l'Allemagne.

En vue d'être exonérée de responsabilité, devant le Tribunal, l'entreprise Miller a invoqué son ignorance du caractère anticoncurrentiel de la clause, dans le contexte d'un conseil juridique ignorant cet aspect, occasion à laquelle la Cour lui répond que :

« *Attendu que les clauses dont il est question ont, ainsi qu'il ressort de tout ce qui précède, été adoptées ou acceptées par la requérante, qui n'a pu ignorer qu'elles avaient pour objet de restreindre la concurrence entre ses clients. Que, des lors, il importe peu de savoir si la requérante avait, ou non, conscience d'enfreindre l'interdiction de l'article 85. Qu'à cet égard l'avis d'un conseiller juridique qu'elle invoque, ne saurait la disculper. Qu'il y a donc lieu de*

[351]CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207, p. 189.

[352] « *Although it is true, as the applicant points out, that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it* », CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207, p. 189.

[353] La traduction nous appartient.

[354] CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, p. 00131.

retenir que les actes interdits par le traité ont été commis de propos délibéré et en méconnaissance des dispositions de celui-ci »[355].

Toutefois, ce constat de la Cour n'indique pas que l'intention subjective n'est pas suffisante pour satisfaire le critère de l'objet. Plus simplement, la Cour postule que la conscience d'avoir enfreint la norme concurrentielle, c'est à dire l'intention subjective, n'est pas nécessaire. Par contre, la logique de cet arrêt n'est pas que la condition d'objet est accomplie par l'effet nécessaire de l'accord, et cet effet nécessaire est une manifestation objective de l'intention fautive de restreindre ou fausser la concurrence.

243. Un autre arrêt qui a conduit la doctrine vers la solution de l'absence d'importance de l'intention fautive a été **l'affaire BNIC v. Clair**[356], portant sur une question préjudicielle ayant pour objet l'annulation de certains contrats conclus par Clair en dessous des prix convenus avec l'organisation interprofessionnelle agricole.

Dans ce contexte, M. l'avocat général Sir Gordon Slynn, dans son opinion[357], précise que :

« *En vue de déterminer l'objet d'une entente, il n'est pas nécessaire d'analyser l'intention ou l'état d'esprit des parties. Il suffit que l'entente par sa propre nature, empêche, restreigne ou fausse la concurrence* »[358].

Cette affirmation, tout comme dans le cas de l'arrêt Miller, ne signifie pas que l'intention fautive n'est pas suffisante pour satisfaire au critère d'objet anticoncurrentiel, mais seulement précise qu'une telle intention n'est pas nécessaire.

244. L'affaire CRAM et Rheinzink[359] a pour base l'accord entre CRAM et Rheinzink, producteurs des lamines de zinc en France et Allemagne, qui ont interdit l'exportation de leurs produits vers la France et l'Allemagne et ont établi un prix supérieur en France et Allemagne par rapport aux autres Etats membres.

En vue de s'exonérer de responsabilité, les entreprises ont invoqué le fait que la clause a été introduite dans le contrat à l'initiative des co-contractants, qui se proposaient d'obtenir les marchandises aux prix d'exportation plus avantageux. Selon CRAM et Rheinzink, un accord peut seulement avoir pour objet de restreindre la concurrence si les deux parties ensemble se sont fixées un tel objectif, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce.

La Cour de Justice, pour rejeter le moyen, dit pour droit que :

---

[355] CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, page 00131, p. 18.
[356] CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, affaire 123/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00391.
[357] ODUDU, Okeogene, août 2001, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001, p. 64.
[358] La traduction nous appartient.
[359] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679.

« *pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de savoir lequel des deux contractants a pu prendre l'initiative d'insérer telle ou telle clause, ou de vérifier si les parties ont eu une intention commune au moment de la conclusion de l'accord. Il s'agit, par contre, d'examiner les buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué* »[360].

De nouveau, ce constat ne conduit pas à la conclusion que l'intention fautive n'est pas suffisante pour satisfaire la condition d'objet, mais indique seulement qu'elle n'est pas nécessaire. La réponse de la Cour de justice n'élimine pas le rôle de l'intention fautive, mais seulement rejette une détermination subjective de l'intention fautive.

245. Si on a déjà montré qu'il n'y a aucun argument pour refuser à l'intention fautive la qualité d'être suffisante pour conclure à une violation des normes concurrentielles, il reste à analyser, dans le point suivant, une grande partie de jurisprudence qui indique cette solution.

B. L'intention fautive, suffisante pour l'accomplissement de la condition d'objet anticoncurrentiel

246. Le fait que l'intention fautive est susceptible de constituer, à elle seule, l'objet anticoncurrentiel d'une entente, est la conséquence de plusieurs facteurs, largement traités par la jurisprudence.

247. Premièrement, la Cour de justice le soutient, d'une manière expresse, dans **les arrêts Consten und Grundig**[361], **IAZ contre Commission**[362] et **BAT contre Commission**[363].

248. Deuxièmement, dans les arrêts du **Polypropylène**, la Cour accepte la suffisance de l'intention fautive pour satisfaire le critère d'objet alors que les effets d'une entente ne sont pas considérés comme une condition pour le constat et la sanction d'une pratique contraire à **l'article 101 du TFUE**. Si on prend en considération le sens d'effet nécessaire de la notion d'objet, cela implique que ces effets ne doivent pas être prouvés, mais sont supposés. Qu'on les présume en raison d'une longue expérience qui montre qu'ils sont réels est une chose. En revanche, si l'on constate l'absence d'effet, pour que la condition d'objet soit remplie, une autre chose doit être vérifiée. L'intention fautive est une des variantes envisageables, qu'on va vérifier en ce qui suit.

249. Toisièmement, dans les affaires portant sur des ententes de type « *pay for delay* », soit **l'affaire Lundbeck**[364], la décision de la Commission dans **l'affaire Fetanyl**[365], **l'affaire**

[360] CJCE, 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83, recueil de jurisprudence 1984, page 01679, p. 26.
[361] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence, édition française page 00429.
[362] CJCE**,** 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369**.**
[363] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, Recueil de jurisprudence 1985 page 00363.

Servier[366] **et l'affaire Generics**[367], les autorités interprètent la conclusion d'un tel accord, en absence d'une dispute réelle, comme temoignant d'une intention de partage du marché et, par conséquent, d'un objet anticoncurrentiel.

a. Affirmation expresse de l'intention, comme objet anticoncurrentiel

250. Une illustration de l'intention fautive constitutive d'objet anticoncurrentiel est offerte par **l'affaire Consten und Grundig**[368], portant sur une clause inclue dans un contrat de distribution exclusive, obligeant Consten à ne pas vendre des produits concurrents et à ne pas revendre les produits en dehors de la France en échange d'une obligation de Grundig de le protéger tant contre la vente active, que contre celle passive, sur le territoire de la France.

En l'espèce, la condition d'objet anticoncurrentiel était accomplie, dès lors que :

« *les requérants ont ainsi voulu éliminer toute possibilité de concurrence au niveau du commerce de gros des produits Grundig sur le territoire visé au contrat par deux moyens principaux* »[369].

Bien que la Cour de justice n'ait pas conclu, d'une manière explicite, que l'intention fautive est suffisante pour être constitutive d'objet anticoncurrentiel, deux arrêts ont été particulièrement proches de cette conclusion, **IAZ contre Commission**[370] et **BAT contre Commission**[371].

251. Premièrement, **l'arrêt IAZ**[372] dont l'objet a été l'annulation de la décision de la Commission sanctionnant d'une part, les fabricants et importateurs exclusifs affiliés à certaines organisations professionnelles et, d'autre part, l'association nationale des services d'eau pour certaines clauses comprises dans une convention concernant l'utilisation obligatoire de la marque de conformité Navewa-anseau pour machines à laver et lave-vaisselle. Ainsi, la convention n'habilitait à délivrer les labels qu'à des fabricants et importateurs officiels et que,

---

[364] TUE, 8 septembre 2016, H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd contre Commission européenne, affaire T-472/13, recueil de jurisprudence numérique.
[365] Commission européenne, 10 decembre 2013, Décision de la Commission du 10 décembre 2013 relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE, affaire AT.39685 – Fentanyl.
[366] TUE, 12 décembre 2018, Servier AG contre Commission Européenne, affaire T-691/14, recueil de jurisprudence numérique.
[367] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique.
[368] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten SàRL. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence édition française page 00429.
[369] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence édition française page 00429, p. 497.
[370] CJCE**,** 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369**.**
[371] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363.
[372] CJCE**,** 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369**.**

pour d'autres commerçants désireux de l'obtenir, l'entreprise demandait soit la preuve de leur qualité d'importateur exclusif, soit la désignation d'un importateur exclusif en Belgique.

La Commission a postulé que l'objet de la convention avait été de rendre impossible ou au moins plus difficile l'importation parallèle des machines à laver en Belgique. Les parties ont reproché à la Commission :

« *de n'avoir pas démontré à suffisance de droit que la convention avait un objet restrictif de concurrence. Elles font valoir sous ce rapport, d'une part, que le véritable objet de la convention était la sauvegarde du contrôle de conformité et la réduction du coût administratif et, d'autre part, que les parties n'avaient pas toutes l'intention de restreindre le jeu de la concurrence* »[373].

La Commission n'a pas prétendu que l'effet nécessaire de la convention conclue par les parties a été de restreindre la concurrence, mais que l'intention a été de le faire. Les parties répliquent que leur intention n'était pas celle prétendue par la Commission, mais celle du contrôle de conformité et de la réduction du coût administratif.

La Cour de justice s'est prononcée d'une manière expresse sur la volonté d'entraver la concurrence. En effet, selon la Cour :

« *il y a lieu de constater que tant le contenu de la convention que sa genèse et les circonstances de sa mise en œuvre manifestent clairement la volonté de traiter les importations parallèles, en vue de les entraver, d'une manière moins favorable que les importations officielles* »[374].

La détermination de l'intention subjective doit être faite d'une manière objective, mais cela ne surprend pas, si on prend en compte qu'il est difficile de se mettre dans la peau de l'autrui, d'une telle manière qu'on ne peut apprendre l'intention de quelqu'un qu'à travers les manifestations externes.

De plus, cette solution n'est pas nouvelle, puisqu'elle a été déjà adoptée en droit pénal national roumain[375], où l'intention est déterminée d'une manière objective – dans ce sens, les mentions en haut.

Les juges de la Cour ont eu la même approche, en déduisant l'intention des parties à l'accord du fait de la mise en place d'un système unique de contrôle au moyen de labels de conformité susceptible d'être obtenus seulement par les fabricants et les importateurs exclusifs, qui a remplacé un système antérieur basé sur des listes d'appareils agrées. Les juges ont aussi analysé certaines déclarations des parties lors des réunions préparatoires : une d'entre elles a déclaré vouloir obtenir, pour ses membres, un traitement qui les favorise par rapport aux

[373] CJCE, 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369, p. 22.
[374] CJCE, 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369, p. 23.
[375] UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea specială, Noul cod penal*, éd. CH Beck, București, 2014, p. 8.

non-membres, motif pour lequel la convention était envisagée comme une « *arme* » contre les importations parallèles ; l'autre a souligné que le système antérieur présentait l'inconvénient que les importations parallèles profitaient également de la vérification acquise par l'importateur officiel, sans pour autant devoir participer aux frais. Enfin, souligne la Cour :

« *la volonté d'entraver les importations parallèles est également indiquée par les actions que la Ceg et l'Anseau ont entreprises postérieurement à la conclusion de la convention, en vue de mettre les commerçants et les consommateurs en garde contre, respectivement, la vente et l'achat d'appareils non revêtus du label de conformité* »[376].

Par conséquent, Cour de justice conclut que, par sa teneur et son contexte juridique et économique, ainsi qu'à travers le comportement des parties, « *la convention a pour objet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* »[377], et, de ce point de vue, le fait qu'elle poursuit également l'objet de protéger la santé publique et de réduire le coût du contrôle de conformité n'est pas important. Cette constatation n'est pas remise en cause par « *le fait que l'intention de restreindre la concurrence n'a pas été établie à l'égard de toutes les parties à la convention* »[378], dès lors que cette intention fautive a été établie par rapport d'autres parties.

La Cour de justice a conclu, par conséquent, que le système imposé par les parties à l'accord est une voile, pour couvrir l'intention fautive des parties de restreindre le jeu de la concurrence. Cela a été considéré comme suffisant pour conclure à l'accomplissement de la condition de l'objet anticoncurrentiel et donc, pour constater la violation du traité.

252. Deuxièmement, **l'arrêt BAT contre Commission**[379] a pris en considération la situation des entreprises BAT et Segers, l'une qui détient la marque Dorcet en Allemagne et l'autre, la marque Toltecs Special aux Pays-Bas. Segers a postulé pour l'enregistrement de sa marque dans plusieurs États, parmi lesquels l'Allemagne, moment où BAT a fait une opposition, en raison de la possibilité de confusion des marques. Dans ce contexte, BAT et Segers ont conclu un accord, par lequel Segers s'engageait à ne pas vendre en Allemagne d'autres marques que Toltecs Special et, en revanche, BAT allait lever son opposition.

Si la Commission considère que cet accord, tel qu'il a été appliqué par les parties, a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence par le fait qu'il empêche la libre exportation entre les Pays-Bas et l'Allemagne des produits visés[380], le gouvernement allemand considère qu'en

[376] CJCE, 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369, p. 24.
[377] CJCE, 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369, p. 25.
[378] CJCE, 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369, p. 25.
[379] CJCE, 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363.
[380] CJCE, 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363, p. 3.

principe, les accords de délimitation sont une question à résoudre par le droit national.

Néanmoins, le gouvernement allemand est prêt à admettre que :

« *un tel accord, s'il ne servait pas véritablement à la solution d'un conflit entre marques, mais avait pour but et pour objet une restriction à la concurrence, pourrait constituer une infraction à l'article 85 ; à cet égard, il mentionne, en particulier, l'utilisation de tels accords en vue d'opérer des partages de marché* »[381].

Le même argument a été avancé par la Commission, qui considère qu'un accord licite ayant pour objet la résolution d'un conflit portant sur le droit des marques pourrait s'avérer anticoncurrentiel par son objet, en raison de l'objectif poursuivi, donc de l'intention fautive des parties :

« *La Commission ne conteste pas l'utilité et le caractère licite des 'accords de délimitation', mais elle relève le danger de tels accords du point de vue du droit de la concurrence, spécialement dans le cas d'accords purement fictifs, caractérisés par le fait que le détenteur d'une marque plus ancienne soulève, à l'égard d'une marque nouvelle, une opposition manifestement non fondée en vue d'amener un déposant, mal conseillé et souvent plus faible du point de vue économique, à régler par un accord de délimitation ce conflit artificiellement provoqué* »[382].

L'argument du gouvernement est identique à celui de la Commission : dans le contexte où la marque de BAT est dormante, l'opposition a été utilisée par BAT pour couvrir son intention fautive de restreindre la concurrence.

La réponse de la Cour a été, premièrement, de reconnaitre la légalité et l'utilité des accords servant à délimiter, dans l'intérêt réciproque des parties, les sphères d'utilisation respectives de leurs marques, en vue d'éviter des confusions ou des conflits, par des « *accords de délimitation* ». Toutefois, selon la Cour, cette conclusion n'est pas susceptible d'échapper à l'interdiction de **l'article 85**, au présent, **l'article 101 du TFUE** si:

« *ils visent également à réaliser des partages de marche ou d'autres restrictions à la concurrence. La Cour rappelle que, déjà dans son arrêt du 13 juillet 1966 […], elle a dit que le système communautaire de la concurrence n'admet pas l'emploi abusif des droits découlant de l'un ou de l'autre droit national des marques, pour mettre en échec l'efficacité du droit communautaire des ententes* »[383].

[381] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363, p.29.
[382] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363, p.31.
[383] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363, p.33.

La Cour de justice a par conséquent jugé que le système mis en application par BAT était un voile, sous lequel l'intention fautive de restreindre la concurrence a été camouflée. En effet, l'obligation assumée par BAT a été considérée comme fictive, car :

« il suffit de constater que, s'agissant, d'une part, dans le chef de Segers, d'une marque légalement acquise et exploitée dans un Etat membre et, d'autre part, dans le chef de BAT, d'une marque de réserve non exploitée et susceptible d'être radiée à la demande de tout tiers, l'opposition soulevée par BAT dans le cadre de ses efforts de contrôler la distribution des produits de Segers constitue un usage abusif des facultés que lui procurait son droit de marque»[384].

Comme dans le cas de l'arrêt IAZ, l'intention est déterminée d'une manière objective, à travers les manifestations externes du comportement des deux entreprises. A cette fin, la Cour de justice a essayé de trouver, dans les pièces du dossier, les éléments extérieurs qui peuvent constituer des indices pour indiquer l'intention fautive :

« BAT est intervenue à plusieurs reprises dans les relations de Segers avec les intermédiaires qu'il avait choisis. […] *La lettre adressée par BAT à Segers, le 14 janvier 1980, ne laisse pas de doute sur l'objectif réel de BAT: il ne s'agissait nullement pour elle de protéger l'intérêt inhérent à sa marque de réserve, dépourvue de toute réalité économique, mais d'empêcher la commercialisation, sur le marché allemand, du produit de Segers »*[385].

253. Un autre arrêt illustratif du point de vue du rôle de l'intention fautive pour le constat et la sanction d'une entente anticoncurrentielle est **l'affaire Beef Industry**[386]. En fait, suite à une étude réalisée en 1998 concluant à la nécessité de réduire le nombre de transformateurs de 20 à un chiffre compris entre 4 et 6, les dix principaux transformateurs ont créé la BIDS, en vue de préparer un projet de plan de rationalisation prévoyant une réduction des capacités de transformation de l'ordre de 25 %.

La BIDS envisageait d'aboutir à ce résultat au moyen de conventions conclues entre les restants et les sortants, en vertu desquelles les restants indemnisent les sortants, le montant de ces indemnités étant déterminé par les parties, au moyen d'une contribution de deux euros par tête de bétail à concurrence de leur volume habituel de transformation et de onze euros au-delà. En contrepartie, les sortants s'engagent à détruire ou à mettre hors d'usage leurs équipements de transformation ou à ne les vendre qu'à des personnes établies en dehors de l'île d'Irlande ou, le cas échéant, aux restants, à ne pas utiliser, pour la transformation de viande bovine, les terrains sur lesquels ces équipements étaient situés, pendant une période de cinq ans, et à ne pas concurrencer les restants pendant deux ans sur le marché de la transformation de viande bovine en Irlande.

---

[384] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363, p.35.
[385] CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363, p.36.
[386] CJUE, 20 novembre 2008, The Competition Authority contre Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats LTD, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637.

L'opinion de l'avocat général ajoute des précisions qui clarifient le rôle de l'intention fautive dans la jurisprudence de la Cour de Justice. A l'argument de gouvernement de la Belgique selon lequel « *les contrats BIDS seraient ainsi constitutifs d'une restriction de concurrence par objet* »[387] en raison du fait qu'elles « *cherche*[nt] *à rationaliser le secteur de la transformation et qui souhaite y parvenir en provoquant le départ de transformateurs représentant 25% de la capacité globale est un accord qui vise à modifier les conditions du marché* »[388], l'avocat général répond que la jurisprudence de la Cour de justice :

« *ne signifie toutefois pas que la volonté des parties ne peut pas être prise en compte. Elle exprime seulement l'idée selon laquelle des entreprises qui agissent de manière rationnelle sont, dans un contexte donné, conscientes des conséquences vraisemblables de l'accord, si bien qu'elles sont supposées les avoir voulues, au moins dans une certaine mesure* »[389].

En réalité, considère l'avocat général, il ressort du caractère alternatif de la restriction de concurrence par objet et de la restriction de concurrence par effet à **l'article 81, paragraphe 1, CE** :

« *qu'il convient de ne pas se fonder exclusivement sur les conséquences qui découlent nécessairement de l'accord. La volonté des parties à cet accord peut, elle aussi, être prise en compte. Celle-ci peut être en particulier déduite de la genèse de l'accord* »[390].

Or, dans l'espèce, « *l'objectif des contrats BIDS est de réduire, par le départ de transformateurs du marché, la capacité de production de l'ensemble du secteur de la transformation de 25 %* », motif pour lequel la condition d'objet anticoncurrentiel est accomplie.

L'arrêt de la Cour de justice reprend la discussion, moment où la Commission européenne, l'Autorité de la Concurrence irlandaise et le gouvernement belge :

« estiment que les accords BIDS poursuivent manifestement un objet anticoncurrentiel rendant superflue l'analyse de leurs effets concrets et considèrent que ces accords ont été conclus en méconnaissance de la prohibition énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE » [391].

[387]Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 30.
[388] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 30.
[389] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 43.
[390] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 44.

Par contre, selon la BIDS, lesdits accords ne relèvent pas de la catégorie des infractions interdites par objet, du moment où ils :

« d'une part, ne poursuivent pas un but anticoncurrentiel et, de l'autre part, n'entraîneront pas de conséquences néfastes pour les consommateurs ainsi que, plus généralement, pour la concurrence. Elle précise que le but de ces accords est non pas de porter atteinte à la concurrence et au bien-être des consommateurs, mais de rationaliser la filière bovine pour la rendre plus concurrentielle en réduisant les surcapacités de production, sans pour autant les éliminer »[392].

Si on prend en compte le fait que, dans cet arrêt, l'argumentation des parties coïncide sur la capacité de l'intention fautive de constituer l'objet anticoncurrentiel, elles ne sont pas d'accord justement sur le contenu de celle-ci, en l'espèce. De ce point de vue :

« *pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre.* […] *En effet, un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes* »[393].

La Cour de justice s'attache aussi à l'intention subjective des parties aux accords BIDS, pour conclure une violation de l'interdiction des ententes :

« *Les accords BIDS visent donc essentiellement à permettre à plusieurs entreprises de mettre en œuvre une politique commune ayant pour objet de favoriser la sortie du marché de certaines d'entre elles et de réduire, par voie de conséquence, les surcapacités qui affectent leur rentabilité en les empêchant de réaliser des économies d'échelle* »[394].

Si, par la jurisprudence abordée en desus, les instances affirment, d'une manière explicite, le rôle de l'intention, constitutif d'objet anticoncurrentiel, d'autres affaires en témoignent d'une manière implicite.

b. Acceptation tacite de l'intention, comme objet anticoncurrentiel

254. Le même effort de la Cour de justice de sanctionner la seule intention fautive en tant qu'objet anticoncurrentiel ressort de l'interprétation de la jurisprudence Polypropylène, à savoir

[391] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 18.
[392] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 19.
[393] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 21.
[394] CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 33.

les **arrêts Rhône Poulenc contre Commissio**[395], **Anic Partezipazioni contre Commission**[396], **Petrofina contre Commission**[397], **BASF contre Commission**[398] et **Hercules contre Commission**[399].

Dans ces affaires, la Cour accepte la suffisance de l'intention fautive pour satisfaire le critère d'objet, par le fait qu'elle postule que ni la mise en pratique d'une entente, ni les effets d'une entente ne sont pas une condition pour la sanction d'une telle pratique.

Si on prend en compte la notion d'objet, interprétée en tant qu'effet nécessaire, il n'est pas envisagé que les effets ne doivent pas exister. On se dispense de les vérifier, en raison de la certitude de leur existence, résulté d'une longue expérience qui montre, par une relation de cause à effet, qu'ils sont plus que probables. En revanche, s'il n'y a pas d'effets, le critère d'objet doit s'appuyer sur d'autres éléments. Les prochains points se proposent de vérifier dans quelle mesure l'intention fautive est susceptible d'être suffisante à cet égard, à travers une étude jurisprudentielle.

Les faits à l'origine des litiges sont les mêmes : il s'agit des recours visant à l'annulation d'une décision de la Commission infligeant à quinze producteurs une amende pour avoir violé **l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE**, en vue d'une concertation sur le marché du polypropylène.

Les éléments de preuve obtenus dans le cadre de ces vérifications et demandes de renseignements ont conduit la Commission à conclure que les producteurs concernés avaient fixé régulièrement des objectifs de prix et élaboré un système de contrôle annuel des volumes de vente en vue de se répartir le marché disponible sur la base de tonnages ou pourcentages convenus, à travers une pratique concertée interdite par le traité. Ainsi, la décision de la Commission reproche aux requérants d'avoir déclaré qu'ils soutiendraient l'annonce faite par Monte, par la voie d'un article paru le 18 novembre 1977 dans la presse spécialisée, de son intention de porter le prix du raphia à 1,30 DM/kg à partir du 1er décembre.

255. Dans ce contexte, dans le recours ayant abouti à **l'arrêt Anic Partezipazioni contre Commission**[400], l'entreprise Anic reproche à la Commission de ne pas avoir distingué entre accord et pratique concertée, ce qui serait nécessaire car :

---

[395] TPICE, 24 octobre 1991, Rhône-Poulenc SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-1/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-00867.
[396] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, recueil de jurisprudence 1999, page I-04125.
[397] TPICE, 24 octobre 1991, Petrofina contre Commission, affaire T-2/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-01087.
[398] TPICE, 17 décembre 1991, BASF contre Commission, affaire T-4/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-00867.
[399] TPICE, 17 décembre 1991, SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-7/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-01711, p. 252.
[400] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, Affaire C-49/92 P, recueil de jurisprudence 1999 page I-04125.

« *la distinction entre accord et pratique concertée a des conséquences sur le niveau de preuve requis de la Commission et donc sur les droits de la défense des parties. […]. En effet, si la pratique concertée pouvait consister dans le seul élément intellectuel, sans nécessiter d'élément matériel, les deux notions deviendraient redondantes et ne différeraient plus que quant au degré dans la manifestation de la volonté, le concours dans le cas de l'accord et la manifestation de volonté unilatérale dans le cas de la pratique concertée* »[401].

256. Les requérants acceptent, donc, que dans le cas d'un accord anticoncurrentiel, l'intention seule est suffisante pour être constitutive d'infraction. La Commission est arrivée à la même conclusion dans **l'arrêt Hercules contre Commission**[402]:

« *La Commission ajoute que si l'on exigeait les deux éléments - concertation et comportement sur le marché - pour qu'il y ait pratique concertée, cela conduirait à laisser hors du champ d'application de l'article 85 toute une gamme de pratiques qui ont pour objet, mais pas nécessairement pour effet, de fausser la concurrence sur le marché commun. On aboutirait ainsi à mettre en échec une partie de la portée de l'article 85* »[403].

257. Par conséquent, si l'intention subjective serait insuffisante pour accomplir la condition d'objet anticoncurrentiel sans que les effets soient présents, toute une série d'accords tomberaient en dehors du champ d'application de l'actuel **article 101 du TFUE**, vu son objectif. En plus, ajoute la Commission, le moyen d'Anic tiré de la différence entre l'accord et la pratique concertée au niveau de la preuve est fondé sur une interprétation erronée de la notion de pratique concertée :

« *Cette prétendue différence se fonderait de manière erronée sur une interprétation littérale de l'expression « pratique concertée », selon laquelle le terme « pratique » ferait référence à un comportement sur le marché et, par conséquent, à un élément matériel* »[404].

A contrario, le seul élément intentionnel est suffisant pour accomplir la condition d'objet anticoncurrentiel pour une pratique concertée, que pour un accord :

« *La thèse d'Anic aboutirait paradoxalement à affaiblir l'interdiction, en exigeant une preuve plus difficile pour la pratique concertée par rapport à l'accord. L'article 85 du traité serait ainsi mutilé par rapport aux pratiques concertées puisque, contrairement à ce qui vaudrait pour les accords, seul importerait l'effet anticoncurrentiel, et non l'objet* »[405].

---

[401] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, recueil de jurisprudence 1999 page I-04125, p. 103.
[402] TPICE, 17 décembre 1991, SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-7/89, recueil de jurisprudence 1991 page II-01711, p. 252
[403] TPICE, 17 décembre 1991, SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-7/89, recueil de jurisprudence 1991 page II-01711, p. 252.
[404] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, Recueil de jurisprudence 1999 page I-04125, p. 107
[405] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, recueil de jurisprudence 1999 page I-04125, p. 107

En effet, il s'agit de la preuve du comportement sur le marché, qui équivaut à l'effet anticoncurrentiel, qu, à son tour, n'est pas requis. S'il n'est pas à contester que, pour la catégorie d'objet, les effets ne sont pas à rechercher, ce n'est pas parce qu'elles n'existent pas, mais seulement en raison d'une longue expérience qui montre qu'ils se sont produits d'une manière inévitable.

Par contre, dans ces arrêts la Cour va plus loin, en postulant que l'effet sur le marché n'est pas nécessaire du tout. Cela conduit à la conclusion qu'un autre élément doit s'avérer nécessaire en vue de vérifier le critère d'objet, et l'intention est un des éléments à prendre en considération.

A l'argumentation de la Commission s'ajoute la force de l'interprétation de la Cour de Justice, qui accepte le fait qu'une pratique concertée ne doit pas avoir produit un quelconque effet sur le marché pour être interdite et sanctionnée :

« *D'autre part, une pratique concertée telle que définie ci-dessus relève de l'article 85, paragraphe 1, du traité, même en l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché* »[406].

L'intention fautive, élément subjectif par sa nature, est déterminée d'une manière objective. Cela n'est, pas du tout surprenant. C'est une solution de compromis qui n'est pas nouvelle[407] et qui cherche à faire face à la tension entre, d'une part, la difficulté d'évaluer la position mentale des parties à l'accord et, d'autre part, l'impératif des arrêts bien fondés d'un point de vue factuel.

258. La détermination objective de l'intention fautive résulte clairement de **l'arrêt BMW contre Commission**[408]. En effet, BMG AG, par sa filiale à 100%, BMW Belgium, avait établi un système de distribution sélective, qui ne comprenait pas une interdiction générale d'exportation, mais interdisait aux concessionnaires BMW la revente des véhicules BMW neufs à des revendeurs non-agrées, ceux-ci restant libres de vendre partout ailleurs dans l'intérieur du marché commun à d'autres concessionnaires BMW, à des utilisateurs finals et à leurs intermédiaires.

Comme les prix pratiqués en Belgique par BMW étaient inférieurs à ceux pratiqués dans d'autres Etats membres, en raison des mesures de blocage prises par le gouvernement de Belgique, cela a conduit à une augmentation de l'exportation de Belgique, notamment vers l'Allemagne. C'est la raison pour laquelle BMW AG a demandé à sa filiale d'adresser à ses agents des circulaires, en leur rappelant la politique d'exportation de BMW. La filiale a obéi, en adressant un nombre des lettres rappelant le contenu du contrat de concession. Comme les exportations vers l'Allemagne ont continué, BMW Belgium a renvoyé une série d'autres lettres

---

[406] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, recueil de jurisprudence 1999 page I-04125, p. 122.

[407] Par exemple, en droit pénal roumain, où personne ne nie le rôle de l'intention fautive, celle-ci est déterminée d'une manière objective - UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea specială, Noul cod penal*, éd. CH Beck, București, 2014, p. 8.

[408] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979 page 02435.

aux concessionnaires, précisant qu'une réexportation d'un véhicule de la Belgique vers l'Allemagne conduit à une présomption de vente à un revendeur contrairement aux dispositions du contrat.

Au moment où la Commission a accusé BMW d'enfreindre les dispositions du traité relatives à l'interdiction des ententes, BMW a rétorqué que le seul objectif des circulaires était de rappeler aux concessionnaires l'interdiction de vente vers de distributeurs non-agrées.

Pour analyser cet argument, la Cour de justice a pris en considération les affirmations faites dans les circulaires envoyées aux concessionnaires, selon lesquelles :

« *Nous croyons que dans cette situation il y ait seulement une solution : aucun concessionnaire BMW en Belgique ne vendra à l'avenir des voitures à l'étranger ou à des firmes qui fourniraient des voitures à l'étranger* »[409], aussi que la circulaire du conseil consultatif, selon laquelle il était conseillé uniquement de n'effectuer *« plus aucune vente en dehors de la Belgique* »[410].

Pour la Cour de Justice, le libellé de ces circulaires :

« *exprime sans équivoque la volonté d'arrêter et de faire arrêter toutes livraisons destinées à l'étranger, quelle que soit la qualité de l'acheteur, revendeur agrée ou non, utilisateur final ou intermédiaire de celui-ci* »[411].

Cette intention fautive, la « *volonté* » dans la terminologie de la Cour de Justice, a été déterminée d'une manière objective, en partant des éléments matériels, en l'espèce, les circulaires destinées aux concessionnaires ainsi que celle du conseil consultatif BMW.

« *Par ailleurs, la correspondance échangée entre BMW Belgium et une partie de ses concessionnaires […] ne révèle pas des éléments indiquant que les circulaires du 29 septembre 1975 auraient été conçues par leurs auteurs comme comportant une interdiction d'exporter limitée aux seuls revendeurs non agréés. Les lettres individuelles envoyées par BMWBelgium au cours de cette correspondance à certains concessionnaires belges entretenaient la confusion entre comportements autorisés et comportements interdits et étaient parfois libellées de manière à laisser entendre qu'aucune vente à l'étranger, même à des utilisateurs finals ou à leurs intermédiaires, ne pouvait être admise* »[412].

De ces confusions terminologiques, ainsi que du libellé des circulaires envoyées par BMW à ses concessionnaires, la Cour a inféré l'intention fautive, constitutive d'objet anticoncurrentiel :

---

[409] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979 page 02435, p. 22.
[410] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979 page 02435, p. 22.
[411] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979, page 02435, p. 22.
[412] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979, page 02435, p. 26.

« *Pour toutes ces raisons, il faut ainsi constater que la circulaire de BMW Belgium du 29 septembre 1975 et la circulaire du conseil consultatif des concessionnaires belges […] sont constitutives d'une manifestation de volonté visant à faire cesser toute exportation de véhicules BMW neufs à partir de la Belgique* »[413].

Si certaines affaires acceptent le rôle d'objet anticoncurrentiel de l'intention fautive, certaines autres, se fondent sur la « *seule finalité de dissimuler un accord de répartition ou d'exclusion de marché* »[414] - l'intention, en vue de les qualifier de restrictives par objet.

c. L'intention comme objet anticoncurrentiel, dans des affaires de type « *pay for delay* »

259. A titre liminaire, un accord de type « *pay for delay* » est un contrat conformément auquel, après avoir reconnu la validité d'un brevet d'un producteur des médicaments innovantes, un producteur de médicaments génériques assume l'obligation de ne pas placer ses propres produits sur le marché, pour une certaine période, contre une certaine somme ou autre avantage pécuniaire.

260. Les affaires portant sur des ententes de type « *pay for delay* » importantes du point de vue du rôle de l'intention sont **l'affaire Lundbeck**[415], **l'affaire Servier**[416] **et l'affaire Generics**[417], abordées par la suite.

261. L'affaire Lundbeck a eu comme point de départ une décision de la Commission du mois du juillet 2013[418], sanctionnant Lundbeck - le producteur du médicament innovant Citalopram et certains producteurs de médicaments génériques, en vue d'avoir conclu un accord visant le retard de l'entrée sur le marché des medicaments génériques, conduisant à un prix supérieur à payer par le consommateur final et par le système d'assurance maladie.

La décision de la Commission a été attaquée devant la le Tribunal de l'Union Européenne[419], en ce qui concerne la qualification de restriction par objet, sens dans lequel, pour rejetter l'action, la Cour statue que : **(i).** la conclusion des transactions en vue d'éviter le coût d'un litige est, en principe, une pratique légale, mais les parties ne peuvent pas remplacer

[413] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979, page 02435, p. 28.
[414] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, auparavant Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique, p. 76 et 77.
[415] TUE, 8 septembre 2016, H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd contre Commission Européenne, affaire T‑472/13, recueil de jurisprudence numérique.
[416] TUE, 12 décembre 2018, Servier AG contre Commission Européenne, affaire T-691/14, recueil de jurisprudence numérique.
[417] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique.
[418] Commission européenne, 19 juin 2013, Décision de la Commission du 10 décembre 2013 relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE, affaire AT.39226 – Lundbeck.
[419] TUE, 8 septembre 2016, H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd contre Commission Européenne, affaire T‑472/13, recueil de jurisprudence numérique.

l'évaluation des instances quant à la validité du brevet à leur propre évaluation ; **(ii).** le paiement effectué par Lundbeck à ses partenaires commerciaux est un encouragement pour ceux-ci de ne pas entrer sur le marché et, en même temps, n'est pas nécessaire pour la protéction du brevet et **(iii).** l'exclusion d'un concurrent est une forme extreme de partage de marché.

Dans ce contexte, le Tribunal postule que:

« *En outre, il y a lieu d'ajouter que la jurisprudence invoquée par les requérantes* […] *ne s'oppose pas, en revanche, à ce que la Commission tienne compte du contenu d'un accord ainsi que de sa finalité et du contexte dans lequel celui-ci a été conclu, telle, en l'espèce, la présence de paiements inversés importants, afin d'établir l'existence d'une restriction par objet*»[420].

Par conséquent, sous réserve de la décision de la Cour de justice dans ce cas[421], la finalité de l'accord – soit le partage du marché, peut être utilisée en vue d'établir l'objet anticoncurrentiel d'une entente.

262. L'arrêt adopté dans **affaire Servier** a été prononcé suite à une décision de la Commission Européenne du mois de juillet 2014[422], quand Servier et certains producteurs de médicaments génériques ont été sanctionés pour la conclusion d'un contrat de type « *pay for delay* » pour le médicament cardiovasculaire innovant Perindopril. En vue de déterminer dans quelle mesure les entreprises peuvent être sanctionnées pour une entente restrictive par objet dans le cas de ce type de pratique, la Commission a élaboré une méthodologie comprenant les étapes suivantes : **(i).** si Servier était au moins un concurrent potentiel avec chaque producteur de medicaments génériques, **(ii).** si le producteur de médicaments génériques a assumé l'obligation de ne pas entrer sur le marché et **(iii).** si l'accord incluant un transfert important de valeur a représenté un encouragement en vue de ne pas entrer sur ce marché.

Dans ce contexte, en validant les critères de la Commission pour la qualification de restriction par objet dans le contexte d'un réel litige portant sur la validité du brevet, le Tribunal statue que:

« *En présence d'un accord de règlement amiable en matière de brevets comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation dont le caractère intrinsèquement restrictif* […] *n'a pas été valablement mis en cause, l'existence d'une incitation de la société de*

[420] TUE, 8 septembre 2016, H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd contre Commission Européenne, affaire T‑472/13, recueil de jurisprudence numérique, p. 445.
[421] En précisant que les requérants ont attaqué l'arrêt du Tribunal en pourvoi en cassation, devant la Cour de Justice, qui, le 19 août 2020, est en train de se prononcer.
[422] Commission européenne, 9 juillet 2014, Décision de la Commission du 9 juillet 2014 relative à une procédure d'application des articles 101 et 101 du TFUE, affaire AT.39612 – Servier.

génériques à se soumettre à ces clauses permet de fonder le constat d'une restriction par objet, et ce alors même qu'il existerait un véritable litige »[423].

Ce passage est important[424] dans le contexte où il sera intégré dans le grand schéma d'analyse des accords de type « *pay for delay* », schéma qui ne sera complète qu'après l'arrêt Generics[425], abordé par la suite.

263. L'affaire Generics[426] représente un renvoi préjudiciel transmis à la Cour de justice par les instances de la Grance Bretagne, suite à la décision de l'autorité nationale de concurrence, sanctionnant GSK – producteur de Paroxetine innovant et certains producteurs de médicaments génériques, pour la conclusion des accords ayant comme objet le retard d'entrée sur le marché du générique du Paroxetine.

La Cour commence par rappeller que la notion d'objet anticoncurrentiel doit être interprétée d'une manière restrictive, y compris dans le secteur pharmaceutique strictement réglementé en Grance Bretagne, dans lequel le prix d'un médicament innovant est particulièrement sensible à l'entree des médicaments génériques sur le marché.

Par la suite, la Cour de justice statue qu'un tel contrat conclu en vue de résoudre un litige réel n'est pas similaire à un contrat conclu en absence d'un litige, ce qui entraînerait la qualification d'objet anticoncurrentiel :

« *Il convient de relever que, selon le libellé même des questions posées, ces accords s'inscrivent dans le cadre d'un litige sérieux relatif à un brevet de procédé, porté devant une juridiction nationale. Partant, ils ne sauraient être considérés comme des accords qui mettent fin à des litiges dépourvus de toute réalité et élaborés à la seule fin de dissimuler un accord de répartition ou d'exclusion de marché, et qui, de ce fait, empruntent aux accords de répartition ou d'exclusion de marché leur nocivité avérée à l'égard de la concurrence et doivent être qualifiés de « restriction par objet* »[427].

Partant, le seul transfert d'une valeur de la part du producteur de médicaments innovants au producteur de médicaments génériques n'est pas suffisant en vue de conclure à une restriction de concurrence par objet, mais encore faut-il qu'il n'y ait aucune autre explication plausible de

[423] TUE, 12 décembre 2018, Servier AG contre Commission Européenne, affaire T-691/14, recueil de jurisprudence numérique, p. 273.
[424] Sous réserve de la confirmation de l'arrêt du Tribunal, avec la précision le litige se trouve en pourvoi en cassation, devant la Cour de Justice, qui, le 19 août 2020, est en train de se prononcer.
[425] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique.
[426] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique.
[427] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique, p. 76.

ce transfert que le fait d'éviter la concurrence par les mérites. De plus, des eventuels effets bénéfiques sur la concurrence seraient susceptible d'exclure la qualification d'objet anticoncurrentiel.

En ce qui concerne la restriction de concurrence par effet, la Cour de justice précise qu'en vue de la détermination des effets, il n'est pas nécessaire pour l'instance nationale de se prononcer sur les chances de succès du producteur de médicaments génériques dans un litige portant sur la validité du brevet, ni sur les chances des parties d'arriver à un accord distinct.

264. Dans les affaires analysées, les instances partent du caractère réel ou dissimulé du litige entre les parties, portant sur la validité du brevet, ce que ne devrait pas être une surprise, à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice[428]. Par conséquent, si le contract en question n'est pas conclu pour la solution d'un litige réel, mais dissimulé, l'intention des parties - le partage du marché est clair, ce qui entraîne la qualification d'objet anticoncurrentiel[429].

265. Neanmoins, la conclusion est plus compliquée lorsqu'il s'agit un litige réel entre les parties – si, pour le Tribunal, un tel accord serait susceptible d'être analisé tant que comme une restriction par objet, que comme une restriction par effet[430], pour la Cour de justice, la qualification d'objet anticoncurrentiel semble exclue[431]. En tout cas, dans le cadre de l'analyse de l'accord à travers ses effets, il n'est pas nécessaire pour l'instance nationale[432] de se prononcer sur les chances de succès du producteur de médicaments génériques dans un litige portant sur la validité du brevet, ni sur les chances des parties d'arriver à un accord distinct.

266. Nonobstant la conclusion à laquelle la Cour de justice arrivera dans la situation de l'existence d'un litige réel entre les parties, le rôle de l'intention reste établi par le fait que, dans le cas d'un litige disimulé, la finalité de cet accord – soit le partage du marché, conduit à la conclusion d'objet anticoncurrentiel.

267. Toute la jurisprudence citée indique que, loin d'ignorer l'intention des entreprises sanctionnées – ou, dans sa terminologie, leur « *volonté* », leur « *acquiescement* », la Commission, ainsi que Cour de justice la cherchent, en vue de prouver le bien-fondé de la décision ou de l'arrêt prononcé en cause.

---

[428] CJUE, 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés Européennes, affaire C 35/83, recueil de jurisprudence 2002, page I-11453, p. 35.
[429] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique, p. 76.
[430] A l'accomplissement des critères de l'affaire TUE, 12 décembre 2018, Servier AG contre Commission Européenne, affaire T-691/14, recueil de jurisprudence numérique, p. 273.
[431] CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de jurisprudence numérique, p. 76.
[432] Et, à notre avis, pour la Commission Européenne, ni pour les autorités nationales de concurrence.

Conclusion partielle – l'intention, constitutive d'objet anticoncurrentiel

268. Une première conclusion importante portant sur le rôle de l'intention fautive dans le cadre du droit des ententes est le fait qu'elle seule peut conduire à sanctionner une infraction, interdite en raison de son objet même.

269. Pour une vision d'ensemble, précisons que la condition d'objet anticoncurrentiel est susceptible d'être accomplie, d'une part, par l'effet nécessaire d'un accord et de l'autre, par l'intention fautive seule. Le fait que l'intention fautive est suffisante, pour elle-même, de remplir le critère de l'objet anticoncurrentiel, ressort de plusieurs arguments :

(i) la Cour de justice le dit d'une manière expresse, dans les **arrêts Consten und Grundig**[433], **IAZ contre Commission**[434], **BAT contre Commission**[435], **Beef Industry**[436] ;

(ii) la Cour de justice accepte une telle position dans les affaires du Polypropylène : **Rhône Poulenc contre Commission**[437], **Anic Partezipazioni contre Commission**[438], **Petrofina contre Commission**[439], **BASF contre Commission** et **Hercules contre Commission**[440], par le fait qu'elle postule que ni la mise en pratique, ni les effets d'une entente ne sont pas une condition pour la sanction d'une telle pratique. Si pour l'objet, en tant qu'effet nécessaire, les effets ne doivent pas être prouvés, cela implique leur existence, qu'on va présumer en raison d'une longue expérience qui montre qu'ils sont réels. En revanche, en leur absence, une autre chose doit être vérifiée pour satisfaire le critère d'objet – l'intention fautive ;

(iii) la jurisprudence récente confirme le rôle de l'intention dans l'analyse d'un accord de type « *pay for delay* », par le fait que l'existence d'un litige dissimulé entraîne la qualification d'entente interdite par objet, du moment où la « *la finalité* » d'un tel accord – l'intention des parties, ne peut être que le partage du marché.

270. Toutefois, cela n'est pas la seule place où l'intention fautive est importante et, par conséquent, prise en compte en matière d'ententes. Si l'intention fautive s'est avérée suffisante

[433] CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence édition française, page 00429.

[434] CJCE, 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369.

[435] CJCE, 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00363.

[436] CJUE, 20 novembre 2008, The Competition AuthoritycontreBeef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637.

[437] TPICE, 24 octobre 1991, Rhône-Poulenc SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-1/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-00867.

[438] CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, recueil de jurisprudence 1999, page I-04125.

[439] TPICE, 24 octobre 1991, Petrofina contre Commission, affaire T-2/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-01087.

[440] TPICE, 17 décembre 1991, SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-7/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-01711, p. 252

pour conduire à l'accomplissement du critère d'objet anticoncurrentiel, elle va être nécessaire pour sanctionner une pratique concertée, qui s'insère dans des relations verticales. On va aborder cette question dans le point n° 2 suivant.

§ 2. L'intention fautive, nécessaire dans le cadre des restrictions verticales au cas des relations commerciales continues ou d'une évolution imprévue d'un contrat

271. Le schéma général du droit européen de la concurrence montre que **l'article 101 du TFUE** s'applique au comportement consensuel de deux ou plusieurs entreprises, tandis que **l'article 102 du TFUE** s'applique à l'action unilatérale d'une entreprise en position dominante. Il en découle que le comportement unilatéral d'une entreprise qui n'est pas en position dominante n'est pas interdit par le Traité[441].

272. L'absence d'acquiescement et donc, de l'intention fautive de l'une des parties, exclut tout concours des volontés et, par conséquent, la qualification d'entente. Ainsi, l'analyse du droit de la concurrence reprend « *avec bonheur* » l'analyse civiliste : pour qu'il y ait un accord constitutif d'entente, il faut, d'une part, prouver la communication d'une offre[442] et, de l'autre part, l'acquiescement[443].

Pour le standard de preuve en ce qui concerne l'acquiescement à une entente, l'analyse devient d'autant plus compliquée que la jurisprudence reste imbriquée.

273. Une première orientation jurisprudentielle postule qu'une « *concordance de volontés* » au sens de **l'article 101 du TFUE** peut prendre diverses formes et ne doit pas nécessairement constituer un contrat obligatoire et valide. De plus, la forme de la manifestation de cette concordance n'est « *pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci*». En s'appuyant sur cette conception portant sur la notion d'entente, la Commission est progressivement arrivée à qualifier d'entente anticoncurrentielle toute mesure, <u>même unilatérale</u>, visant à restreindre le commerce parallèle. L'approche a été suivie par la Cour de justice qui conclut que :

« *pour constituer un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, il suffit qu'un acte ou un <u>comportement apparemment unilatéral</u> soit l'expression de la <u>volonté concordante</u> de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même* »[444].

274. Une deuxième tendance a été d'exclure tout comportement unilatéral, en raison d'absence d'acquiescement, par conséquent, pour l'inexistence de l'intention fautive de l'une des parties.

---

[441] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 119.
[442] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland BV contre Commission, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003 II-04491, p. 66, confirmée par CJCE, 6 avril 2006, General Motors Nederland BV contre Commission, affaire C-551/03 P, recueil de jurisprudence 2006 I-03173.
[443] Lamy droit économique, 2015, édition Lamy, n° 1436.
[444] CJCE, 13 juillet 2006, Commission des Communautés européennes contre Volkswagen AG, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006 I-06585.

Ce courant jurisprudentiel, qui a débuté avec les arrêts **AEG Telefunken contre Commission**[445] et **Ford contre Commission**[446], est arrivé à exclure du champ d'application de **l'article 101 du TFUE** les comportements qui, bien que suivis par les parties situées dans des relations verticales, en absence de choix, n'ont pas été acceptées par ceux-ci. Toutefois, toute approche formaliste pour conclure qu'il y a ou non une entente au sens de **l'article 101 du TFUE** doit, dès le début être exclue : la Cour va analyser l'ensemble des rapports entre les parties et, dans la mesure ou le comportement apparemment unilatéral s'inscrit dans les relations continues de celles-ci, la condition d'acquiescement sera réputée accomplie et l'intention fautive, prouvée.

275. Dès le début, précisons que cette analyse impliquant la distinction entre, d'une part, un comportement unilatéral, dénuée d'intention fautive de la part de l'une des parties et un comportement apparemment unilatéral, mais accepté, de l'autre, n'est pas transposable dans toutes les situations pratiques, mais seulement dans le cas où :

(i). les ententes sont conclues entre des entreprises opérant aux différentes stades de la production, dans le cadre des relations verticales – c'est ce que montre l'étude de la jurisprudence;

(ii). il s'agit d'une relation commerciale continue ou d'une évolution illégale imprévisible d'un contrat, puisque la signature d'un document fait la preuve irréfutable de l'acquiescement des distributeurs, et par conséquent, de leur intention fautive.

Précisons qu'une nouvelle évolution jurisprudentielle vient d'enrichir la catégorie des arrêts où la solution est offerte par rapport à l'entente vue comme offre-acceptation, cette fois, dans le cadre des relations horizontales. Cette avancée sera abordée, néanmoins, dans un paragraphe distinct, en vue de pouvoir saisir les éventuelles distinctions découlant du type des relations développées entre les parties.

Il est difficile de distinguer entre une mesure unilatérale et un comportement apparemment unilatéral, accepté avec intention par l'autre partie, en particulier dans les relations verticales entre un fabricant, mettant en place une politique donnée, et les distributeurs plus ou moins obligés de suivre celle-ci. La même difficulté est susceptible d'être retrouvée dans les relations pyramidales des organisations professionnelles, où l'adhésion des membres à une politique mise en place par l'organisation est rarement expresse, ainsi que dans l'hypothèse d'une relation commerciale continue[447]. Toutefois, plusieurs critères ont été dégagés par la jurisprudence, critères qui peuvent varier selon les circonstances de l'affaire.

[445] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983 03151.
[446] CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de jurisprudence 1984 -01129.
[447] Lamy droit économique, 2015, édition Lamy, n º 1436.

On pourrait citer, à titre indicatif, l'introduction, de manière expresse dans toutes les factures d'une clause restrictive de concurrence, qui, apparaissant de façon réitérée dans les documents relatifs à toutes les transactions, forme, dès lors, partie intégrante des relations contractuelles entre le distributeur et ses grossistes ; le comportement effectif des grossistes par rapport à la clause, lesquels l'avaient respectée *de facto* et sans la discuter, démontre leur acquiescement tacite à ladite clause et au type de relations commerciales sous-jacentes.

276. En vue de prouver que ces deux courants peuvent coexister, en proposant des solutions différentes, sans mettre en péril l'unité d'interprétation du droit européen de la concurrence, la présente étude va se centrer, dans un premier temps, sur l'analyse de la jurisprudence qui pose une présomption d'acquiescement par l'insertion du comportement unilatéral dans les relations commerciales continues entre les parties **(Point A)**, pour ensuite se pencher vers le deuxième cas de figure, où l'intention fautive et, par conséquent, l'acquiescement, a dû être prouvée **(Point B)**.

L'important est d'observer que, dans les deux situations, l'acquiescement, donc l'intention fautive des distributeurs est l'élément central, autour duquel les deux méthodes de travail s'articulent.

A. L'intention fautive présumée : acquiescement intégré dans les relations commerciales continues

277. Si la notion d'entente réunit les comportements des entreprises qui ont « *exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »[448], la forme de manifestation concrète de cette volonté commune – intention fautive déguisée – n'est pas importante, « *dès lors qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci* »[449].

278. C'est la raison pour laquelle l'intention de s'engager d'un point de vue commercial a été parfois induite par des indices par les instances européennes – c'est le cas des affaires **AEG Telefunken contre Commission**[450], **Ford contre Commission**[451]**, Sandoz**[452], **Vichy**[453], **Tipp-ex**[454], **Konica**[455], **Boyo-n-ox**[456], **Volkswagen AG**[457]. La présente section se propose d'analyser

[448] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer contre Commission, affaires T-41/96, recueil de jurisprudence 2000 II-03383, p. 67.
[449] TPICE, 27 juillet 2005, Brasserie nationale SA et a. contre Commission, affaire T-49/02 à T-51/02, recueil de jurisprudence 2005 II-03033, p. 119.
[450] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151.
[451] CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02725.
[452] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87. recueil de jurisprudence 1990, page 00045.
[453] TPICE, 27 février 1992, Société d'hygiène dermatologique de Vichy contre Commission des Communautés européennes, affaire T-19/91, recueil de jurisprudence 1992, page II-00415.
[454] CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex/Commission, affaire C 279/87, recueil de jurisprudence 1990, page I-00261.
[455] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 107.
[456] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 107.

les arrêts cités et de les intégrer dans le labyrinthe imbriqué d'une jurisprudence ou l'intention fautive des parties a trouvé une place toute particulière.

279. Dans l'affaire **AEG Telefunken contre Commission**[458], la Cour de justice a pris en considération une clause de distribution sélective selon laquelle seront sélectionnés seulement :

(i) les grossistes qui achètent régulièrement les produits contractuels pour leur propre compte et les revendent à des détaillants, qui s'engagent à un contrôle rigoureux sur les numéros et à ne pas commettre d'infraction à la législation sur la concurrence, ainsi que

(ii) les détaillants qui remplissent des conditions objectives concernant leur qualification professionnelle ou disposent de personnel qualifié et d'installations techniquement adéquates pour la vente d'articles de l'électronique de divertissement et s'engagent à exercer eux aussi un contrôle rigoureux sur les numéros et à ne pas céder des produits sous contrat à des commerçants.

La Commission est d'avis que AEG a eu l'intention d'appliquer le système de distribution sélective de manière à poursuivre des buts incompatibles avec les règles communautaires en matière de concurrence, tels que l'exclusion en principe des certaines formes de commercialisation et le maintien de certains prix, puisque certains distributeurs, bien que remplissant les conditions d'admission n'étaient pas admis et les prix de vente à appliquer par les distributeurs agréés étaient fixés directement ou indirectement par AEG. En effet, ce que la Commission soutient n'est pas le caractère anticoncurrentiel de la clause même, mais seulement son application.

Pour arriver à cette conclusion, l'intention fautive de l'entreprise AEG a été prise en considération par la Commission, qui a conclu comme il suit :

« il ressort d'une note interne du 7 septembre 1973 et des directives concernant le système de distribution du 8 octobre 1973 qu'AEG n'a jamais eu l'intention de faire dépendre l'admission des distributeurs uniquement de critères professionnels objectifs »[459].

L'entreprise AEG a prétendu qu'elle avait agi d'une manière unilatérale, raison pour laquelle son comportement ne pouvait pas être constitutif d'une entente, en absence de la volonté de ses co-contractants de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence, donc, en absence de l'intention fautive de ceux-ci. De ce point de vue, AEG soutenait que :

---

[457] TPICE, 6 juillet 2000, Volkswagen AG contre Commission, Affaire T-62/98, recueil de jurisprudence 1998, page II- 02707.

[458] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, 03151.

[459] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151.

« *en effet, on ne retrouverait à l'origine de ces cas particuliers tout au plus que des actions unilatérales de la requérante ou de ses filiales, actions qui en tant qu'unilatérales ne pourraient pas tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1.* […]. *A défaut de convention bilatérale ou multilatérale de décision ou de comportement ayant fait l'objet d'une entente préalable, on pourrait tout au plus concevoir un abus d'exemption au sens de l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 17/62, susceptible en tant que tel d'être interdit, mais non d'être frappé d'une amende* »[460].

La Cour de justice rejette cet argument, puisque le refus de livraison a été la suite des relations contractuelles de AEG avec ses distributeurs sélectionnés dans le système de distribution sélective, ainsi que leur acceptation, expresse ou tacite, de l'intention d'AEG d'exclure des distributeurs qui, bien que qualifiés, ne sont pas prêts à respecter le prix minimal. De ce point de vue, la Cour a constaté que :

« *une pareille attitude de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutient AEG, échapperait à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs. En effet, dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique* »[461].

Par conséquent, selon la Cour, le refus d'agrément même est un acte qui relève des relations contractuelles avec les distributeurs agréés, en tant qu'il vise à garantir le respect des prix recommandés, qui sont à la base des contrats entre les fabricants et les distributeurs agréés.

En outre, dans un secteur où le niveau de la concurrence était prétendument acharné, AEG a invoqué une intention licite, soit la nécessité d'assurer la survie du commerce spécialisé, qui, à la différence des formes de distribution nouvelles, impliquerait des frais importants et ne pourrait donc subsister sans une marge bénéficiaire adéquate.

De ce point de vue, la Cour de justice a considéré que l'invitation à maintenir les prix ne peut d'aucune manière être justifiée par référence à la nécessité de tenir compte d'une augmentation des prix de vente du commerce de gros, en invoquant des arguments factuels, comme une lettre communiquée à l'un des distributeurs, qui lui demandait de tenir compte des prix recommandés « *comme des prix minimaux* ».

Pour la compréhension de cet arrêt dans le labyrinthe jurisprudentiel, il faut observer que la Cour de justice ne s'oppose pas à la règle selon laquelle un comportement unilatéral échappe à l'application de **l'article 101 du TFUE**. Au contraire, il s'agit de l'exception qui confirme la

[460] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151.
[461] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151, p. 38.

règle : dans la mesure où le caractère unilatéral n'est pas réel, mais représente seulement un masque pour une volonté concordante intervenue entre les parties, l'interdiction va trouver sa pleine application, ayant pour conséquence l'infliction d'une sanction individualisée.

280. Un autre arrêt, prononcé dans **l'affaire Ford contre Commission**[462], a pris en considération la situation de l'entreprise Ford AG qui, par une circulaire, a informé les distributeurs Ford d'Allemagne qu'elle n'accepterait plus leurs commandes pour des voitures avec le volant à droite et que dorénavant toutes ces voitures devraient être achetées soit auprès des concessionnaires Ford établis au Royaume-Uni, soit auprès d'une filiale de Ford Bretagne.

Un des arguments de Ford a été qu'il avait agi d'une manière unilatérale, sans qu'il y ait une acceptation – ni une intention fautive de la part des distributeurs Ford Allemagne pour la politique commerciale appliquée par celui-ci :

« *un acte unilatéral ne saurait être compris parmi les ententes interdites par l'article 85 du traité. D'une part, une entreprise productrice d'automobiles ne pourrait pas être contrainte à inclure un certain type de voiture dans son programme de production ou de commercialisation, étant donné que c'est elle qui supporte le risque inhérent à la qualité d'être entrepreneur* »[463].

Pour écarter l'argument de Ford tenant au fait qu'il aurait agi d'une manière unilatérale, la Cour de justice a conclu que l'accord requis par Ford pour être partie à un système de distribution sélective implique, par lui-même, l'acceptation de la politique de Ford en ce qui concerne la gamme à importer. En outre, au moment où la circulaire de Ford s'est insérée dans les relations commerciales continues entre le producteur et ses distributeurs, la circulaire émise par Ford – l'offre, a été acceptée d'une manière tacite par les distributeurs.

« Lorsque l'admission dans un réseau de distribution sélective implique l'acceptation, par les distributeurs, de la politique du fabricant en matière de gamme de produits à livrer sur un marché national, la décision du fabricant de cesser la vente de l'un des éléments de cette gamme ne constitue pas un comportement unilatéral échappant en tant que tel à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elle s'insère, au contraire, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec ses revendeurs et peut donc être prise en considération par la Commission lors de l'examen du contrat de concession en vue d'une exemption éventuelle au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité »[464].

La doctrine[465] a considéré que l'arrêt Ford a représenté une extension significative du champ d'application de l'entente par rapport à l'affaire AEG, précitée : si, dans l'affaire AEG, l'intérêt de restreindre le nombre des concurrents appartenait aux distributeurs, dans l'arrêt Ford,

[462] CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02725.
[463] CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02725, p.15.
[464] CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02725, p.1.
[465] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 106.

l'accord auquel les distributeurs sont devenus des parties était justement contraire à leur intérêt commercial.

Pour cet arrêt et sa place dans le cadre de l'architecture jurisprudentielle, il convient de relever que la Cour a considéré que le simple fait de faire partie d'un tel système de distribution sélective implique l'acceptation de l'intégralité des conditions commerciales du fabriquant et représente, par conséquent, la preuve de l'intention fautive du distributeur – les pratiques anticoncurrentielles représentent, en effet, des comportements à caractère répétée, qui s'insèrent dans les relations contractuelles continues entre les parties.

Pour la Cour de Justice, le cas d'espèce a été l'illustration d'un accord bilatéral, déguisé en comportement unilatéral. Si on la regarde de ce point de vue, cette affaire ne fait que confirmer l'approche selon laquelle l'absence d'intention fautive de l'une des parties, de son acquiescement, conduit à l'exonération de responsabilité. Pour les circonstances de fait à partir desquelles la Cour a induit l'existence de l'acquiescement, et donc de l'intention fautive, la jurisprudence a connu une évolution intéressante avec des arrêts subséquents, qu'on va indiquer au point suivant de la présente étude.

281. Dans **l'affaire Sandoz**[466], la Cour a pris en considération la situation dans laquelle, en absence de tout document écrit constitutif d'une entente entre le fournisseur et ses distributeurs, d'une manière unilatérale et systématique, le fournisseur a inclus dans les factures la mention « *exportation interdite* ». De leur part, les distributeurs n'ont formulé aucune protestation, mais, en revanche, se sont conformés à l'indication du fournisseur. La défense des distributeurs a été le fait que le comportement de Sandoz a été purement unilatéral et n'a pas été, par conséquent, doublé par un acquiescement des distributeurs – en effet, Sandoz même prétendait la constatation de l'absence de l'intention fautive de la part de ses distributeurs, avec la conséquence de l'inexistence de l'accord.

Après avoir rappelé que, pour être constitutive d'un accord au sens de **l'article 85 du traité CEE**, il suffit qu'une stipulation « *soit l'expression de la volonté des parties* »[467], sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national, la Cour de justice déduit l'intention fautive des distributeurs des circonstances factuelles :

« *constitue un accord interdit par l' article 85, paragraphe 1, du traité, et non pas un comportement unilatéral, l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention "exportation interdite", lorsque celui-ci s' insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli, découlant de l'agrément donné par le fournisseur à l' établissement de relations commerciales avec chaque client, préalablement à toute livraison, et de l'acceptation tacite par les clients de la ligne de*

[466] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990, page 00045.
[467] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990, page 00045, p. 2.

conduite adoptée par le fournisseur à leur égard, acceptation attestée par des commandes renouvelées passées sans protestation à des conditions identiques »[468].

En l'espèce, il s'agit d'une situation toute particulière, d'une exception à la règle. De ce point de vue, la règle en matière des pratiques concertées est la nécessité de l'acquiescement des deux parties, qu'il soit exprès ou tacite. En absence d'intention fautive des parties et de l'acceptation de l'accord, l'existence d'une entente est exclue, en raison du fait qu'un accord suppose la volonté concordante des parties.

L'exception est que, même en absence de l'acquiescement exprès de l'une d'entre elle, l'élément matériel de l'infraction sera considéré comme accompli en raison des relations commerciales continues des parties, par le fait de passer des commandes renouvelables, cas où la situation est traitée comme une acceptation tacite de l'entente.

Toutefois, pour qu'il y ait une acceptation tacite, le juge européen impose un contrôle plus approfondi des circonstances de fait, une analyse pour laquelle tout élément sera pertinent en vue de prouver que le cas d'exception peut jouer dans l'espèce :

« *Il convient de relever, en outre, que les clients de Sandoz PF se sont vu adresser la même facture type après chaque commande individuelle ou, selon le cas, après la livraison des produits. Les commandes répétées de produits et les acquittements successifs sans protestation par le client des prix indiqués sur les factures, comportant la mention 'exportation interdite', constituaient de la part de celui-ci un acquiescement tacite aux clauses stipulées dans la facture et au type de relations commerciales sous-jacentes aux rapports d'affaires entre Sandoz PF et sa clientèle* »[469].

Pour le fait que, dans l'espèce, l'acquiescement a été déduit par l'instance à partir des circonstances de fait toutes particulières, telles que : **(i).** l'exécution de bon gré par les distributeurs de l'offre du fournisseur, corroboré à **(ii).** l'acquittement successif des factures émises par celui-ci, la Cour de justice a conclu que : « *L'agrément initialement donné par Sandoz PF se fondait ainsi sur l'acceptation tacite de la part des clients de la ligne de conduite adoptée par Sandoz PF à leur égard* »[470]. Le droit de la concurrence reprend, ainsi, l'analyse civiliste, en induisant l'acceptation de l'exécution de bon gré de l'offre par les distributeurs.

Dans le cas analysé, il s'agit d'une entente, fondée sur une intention fautive commune, déguisée en comportement unilatéral, et c'est la raison pour laquelle cette jurisprudence ne fait pas obstacle au constat de l'inexistence de l'infraction, dans la situation d'un vrai comportement unilatéral.

---

[468] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990, page 00045, p. 1.
[469] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004, I-00023, p. 161.
[470] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004, I-00023, p. 161.

282. Un autre arrêt significatif pour l'illustration de l'intention fautive, source d'acceptation tacite, est **l'affaire Vichy**[471]. En fait, Vichy avait notifié la Commission du contenu d'un accord de distribution exclusive des produits Vichy dans les pharmacies d'officine, en vue d'obtenir une attestation négative. Conformément à cet accord, dans les États membres autres que le Danemark et la France, l'agrément était subordonné à la qualité de pharmacien d'officine.

A l'argument de Vichy qui tendait à la méconnaissance par la Commission du principe de sécurité juridique, le Tribunal rappelle que :

« *les stipulations relatives à l'agrément d'un distributeur, dans le cas où le fabricant distribue ses produits par l'intermédiaire d'un réseau de distribution exclusive ou sélective, constituent un "accord entre entreprises", au sens de l'article 85 du traité, susceptible de relever de l'interdiction édictée par l'article 85, paragraphe 1, du traité. Il en est de même des conditions générales de vente systématiquement reproduites au verso des factures, au dos des commandes et sur les listes de prix* »[472].

En rejetant ce moyen, le Tribunal a conclu que la pratique de Vichy s'insère dans la catégorie des ententes qui peuvent être interdites en raison de **l'article 85 CEE**, au présent, **l'article 101 du TFUE**, même s'il s'agissait des conditions générales de vente systématiquement reproduites au verso des factures, au dos des commandes et sur les listes des prix. De nouveau, la jurisprudence met en lumière une situation de comportement adopté sur la base de l'intention des deux parties à l'accord, déguisé en comportement unilatéral.

283. Un autre arrêt pertinent est **l'arrêt Tipp-ex**[473]. Le problème était le comportement de Tipp-ex et ses distributeurs en ce qui concerne l'octroi d'une protection territoriale mutuelle. À l'argumentation qui consistait à soutenir l'absence d'intention fautive de Tipp-ex, les instances ont répondu que :

« *pour qu'une infraction aux règles de concurrence du traité puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibéré, il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait eu conscience d'enfreindre une interdiction édictée par ces règles; il suffit qu'elle n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet de restreindre la concurrence* »[474].

Ce constat, qui pourrait sembler une négation explicite et absolue de tout rôle de l'intention fautive ne s'oppose pas, toutefois, à celui-ci. Ainsi, si l'entreprise arguait l'absence de l'intention fautive, en assimilant celle-ci à la faute intentionnelle, la Cour fair référence, en réalité, à une faute lourde, commise par négligence, elle aussi répréhensible.

---

[471] TPICE, 27 février 1992, Société d'hygiène dermatologique de Vichy contre Commission des Communautés européennes, affaire T-19/91, recueil de jurisprudence 1992, page II-00415.
[472] TPICE, 27 février 1992, Société d'hygiène dermatologique de Vichy contre Commission des Communautés européennes, affaire T-19/91, recueil de jurisprudence 1992, page II-00415, p. 15.
[473] CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex/Commission, affaire C 279/87, recueil de jurisprudence 1990, page I-00261.
[474] CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex/Commission, affaire C 279/87, recueil de jurisprudence 1990, page I-00261, p. 2.

C'est sur cette distinction que le Cour de justice s'est fondée pour rejeter l'argument de l'entreprise : si une faute intentionnelle n'est pas nécessaire, c'est parce qu'il y a la possibilité de l'existence de la faute sous la forme de la négligence qui, elle, est nécessaire et suffisante pour la sanction d'une pratique concertée, dans la mesure où une intention directe n'a pas été constatée.

284. L'affaire Konica[475] est susceptible de former un nouvel exemple d'entente caractérisée par l'approche civile d'offre-acceptation. En fait, à travers des circulaires, l'entreprise Konica a interdit à ses distributeurs d'exporter des pellicules Konica du Royaume Uni vers l'Allemagne. Bien que l'envoi des circulaires représente un comportement unilatéral, celui-ci a été considéré comme constitutif d'une offre, pour laquelle l'acceptation a été représentée par l'exécution de bon gré de l'interdiction.

L'intention fautive des distributeurs, qui s'est traduite dans leur acquiescement, est également présente dans ce cas, bien qu'elle soit déduite par l'intermédiaire des éléments objectifs tels que l'exécution de bon gré de l'interdiction imposée par Konica. En effet, c'est un accord de volontés, déguisé en comportement unilatéral, raison pour laquelle les entreprises se sont vues infligées des amendes.

285. Un autre arrêt intéressant le rôle de l'intention fautive est celui prononcé dans **l'affaire Bayo-n-ox**[476], relatif à la situation des biens offerts à la vente à un prix spécial, à condition de l'utilisation en vue des besoins propres[477]. Vu le fait que la condition a été imposée à travers une circulaire – donc, un document unilatéral, le problème de l'acceptation a été soulevé, ainsi que celui de savoir si la qualité de partie est soumise à la condition d'agir conformément à son intérêt.

Premièrement, l'acquiescement a été déduit par le fait même de l'achat au prix spécial. Autrement dit, par l'acceptation des produits à ce prix, une acceptation tacite de la condition a eu lieu.

Deuxièmement, le fait que les clients ont agi contrairement à leurs propres intérêts ne les exclut pas du champ des sujets actifs d'une entente sur le prix. Par conséquent, puisqu'il s'agit d'un comportement bilatéral (l'offre – les circulaires et l'acceptation – la mise en application), déguisé en comportement unilatéral, c'est l'intention fautive des deux parties qui a permis l'infliction de la sanction par la Commission.

286. Une dernière affaire à analyser est **l'arrêt Volkswagen**[478], qui a eu pour objet l'annulation de la décision de la Commission européenne, infligeant une amende à l'entreprise

[475] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 107.
[476] CJCE, 1990, Bayo-n-ox contre Commission européenne, journal official L21/71, CMLR, p. 930, in WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 107.
[477] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 107.
[478] TPICE, 6 juillet 2000, Volkswagen AG contre Commission, affaire T-62/98, recueil de jurisprudence 1998, page II- 02707.

allemande Volkswagen et à ses filiales Audi AG et Autogerma SpA, pour la violation des règles du traité CE en matière de la libre concurrence sur marché commun.

En fait, la Commission a reproché à Volkswagen d'avoir conclu avec ses filiales et avec les concessionnaires italiens des accords tendant à interdire ou à restreindre les ventes, en Italie, de véhicules Volkswagen et Audi à : **(i).** des consommateurs finals d'autres États membres, ainsi qu'à **(ii).** des concessionnaires de son réseau établis dans d'autres États membres. Entre les moyens employés par Volkswagen pour restreindre les importations parallèles à partir de l'Italie se trouvait l'approvisionnement contingenté des concessionnaires italiens et l'octroi des primes aux concessionnaires italiens en vue de les décourager de vendre à des clients non italiens.

La défense de Volkswagen a été le fait qu'il avait agi d'une manière unilatérale[479], sans l'acquiescement et l'intention fautive de ses concessionnaires. Après avoir constaté que les concessionnaires italiens des marques Volkswagen et Audi ont bien été incités à vendre au moins 85% des véhicules disponibles en Italie, au détriment des acheteurs d'autres États membres, le Tribunal a rejeté le moyen qui tient à la constatation d'un comportement unilatéral :

« *selon une jurisprudence constante, une invitation adressée par un constructeur automobile à ses revendeurs sous contrat constitue non pas un acte unilatéral qui échapperait au champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité, mais un accord au sens de cette disposition, lorsqu'elle s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli* »[480].

En effet, l'acquiescement des concessionnaires (et donc leur intention) a été déduit par l'achat des automobilesm après l'acceptation des primes. Pour arriver à cette conclusion, la Cour de justice a pris en compte les circonstances de l'espèce, soit l'application de la règle des 15 %, le contingentement de l'approvisionnement, les contrôles et les avertissements du constructeur automobile, dont le but était d'influencer les concessionnaires dans l'exécution de leurs contrats.

Toutes ces affaires ont en commun le fait que le comportement apparemment unilatéral était, en effet, une pratique concertée bilatérale conclue par la rencontre des volontés implicite ou tacite.

En revanche, dans la situation d'un comportement réellement unilatéral, la Cour de justice va exonérer les entreprises. C'est le point qu'on va prouver dans la partie suivante à travers une étude approfondie de la jurisprudence.

[479] TPICE, 6 juillet 2000, Volkswagen AG contre Commission, affaire T-62/98, recueil de jurisprudence 1998, page II- 02707, p. 210.
[480] TPICE, 6 juillet 2000, Volkswagen AG contre Commission, affaire T-62/98, recueil de jurisprudence 1998, page II- 02707, pp. 236-239.

B. Intention fautive à prouver : acquiescement analysé par rapport aux circonstances des affaires

287. Si la jurisprudence déjà analysée ne s'oppose pas à la constatation d'une place pour la faute dans le cadre des pratiques concertées, mais plutôt la confirme, par l'établissement d'une exception à la règle, il nous reste, dans ce qui suit, à déceler la jurisprudence qui constitue la règle même, notamment celle dans laquelle l'absence de l'intention fautive conduit à l'exonération de toute responsabilité juridique.

288. Cette analyse mérite être abordée dans le contexte où, s'appuyant sur une jurisprudence constante selon laquelle une « *concordance des volontés* » peut prendre des divers formes et ne doit pas nécessairement constituer un contrat obligatoire et valide, la forme de la manifestation de cette concordance n'étant « *pas importante, dès lors qu'elle constitue la manifestation fidèle de celle-ci* » [481], la Commission est progressivement arrivée à qualifier d'entente anticoncurrentielle toute mesure apparemment unilatérale, visant à restreindre le commerce parallèle, transformant ainsi l'atteinte au commerce parallèle en infraction *per se* du droit de la concurrence[482].

289. Précisons, encore une fois, que cette analyse est valide seulement dans le cadre d'une pratique concertée : pour un accord prouvé d'une autre manière (*par exemple, un accord conclu dans la forme écrite*), toute preuve de l'acquiescement requise est la signature du document[483], sans que l'application concrète de l'accord ait une quelconque influence sur le terrain de l'engagement de la responsabilité juridique.

290. Dans ce sens, le présent point de l'étude va se centrer sur l'analyse des arrêts suivants : **Bayer contre Commission**[484], **Group Danone contre Commission**[485], **General Motors Nederland contre Commission**[486], **Volkswagen contre Commission**[487] et **JCB contre**

---

[481] Voir, dans ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, Sandoz contre Commission des Communautés européennes, affaire 53/69, recueil de jurisprudence 1972, page 00845, p. 845 ; CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a. contre Commission, affaires jointes 6/1978, 32/1978 à 82/1978, recueil de jurisprudence 1979, p. 2435 ; CJCE, 25 octobre 1983, AEG contre Commission, affaire 107/1982, recueil de jurisprudence 1983, p. 3151 ; CJCE, 17 septembre 1985, Ford et Ford Europe contre Commission, affaires jointes 25/1984 et 26/1984, Recueil de jurisprudence 1985, p. 2725 ; CJCE, 22 octobre 1986, Metro contre Commission, affaire 75/1984, supplément au BOE n° 181, du 30 juillet 1984, p. 3021 ; CJCE, 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke contre ALD Auto-Leasing, affaire C-70/1993, recueil de jurisprudence 1995, p. I-3439, p. 3439.

[482] THILL TAYARA Mélanie et HERRENSCHMIDT Fleur, *Jurisprudence communautaire récente en matière d'entraves au commerce parallèle : la fin des ententes présumés*, Revue Lamy Droit des affaires, 2004, nº 68.

[483] Par exemple, dans l'arrêt Tiercé Ladbroke SA contre Commission (TPI, 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-504/93, Recueil de jurisprudence 1997 page II-00923), où le Tribunal de Première Instance a annulé une décision de la Commission pour ne pas avoir pris en compte la concurrence potentielle.

[484] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communautés européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004 I-00023.

[485] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407.

[486] CJCE, 6 avril 2006, General Motors BV contre Commission des Communautés européennes. Affaire C-551/03 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-03173.

Commission[488] – l'ordre de l'approche de ces arrêts est chronologique, en vue de permettre de saisir des éventuelles évolutions ou à l'inverse, de constater la cohérence jurisprudentielle de la Cour de justice.

291. L'affaire Bayer[489] porte sur l'annulation d'une décision de la Commission européenne qui a sanctionné l'entreprise sus-mentionnée pour l'infraction prévue à **l'article 85 CEE**, actuel **article 101 du TFUE**, pour avoir empêché le commerce parallèle. Bayer a comme objet d'activité la production et commercialisation des médicaments, parmi lesquels ceux correspondant à la marque « *Adalat* ». A la lumière des différences importantes des prix des médicaments entre les États membres causées par les réglementations nationales, les distributeurs ont saisi l'opportunité du commerce parallèle, ce qui comprenait que les distributeurs préféraient acheter moins cher (en l'espèce, d'après les distributeurs Bayer de l'Espagne et de la France), que d'achter plus cher de Bayer même – ce qui a eu comme effet une baisse significative des ventes d'Adalat au Royaume Uni. Face à cette situation, Bayer a changé sa politique de livraison et a commencé à ne plus honorer l'intégralité des commandes passées par les grossistes établis en Espagne et en France – il a donc, conçu un système de contingentement, afin d'interdire le commerce parallèle.

Le principal argument de Bayer pour contester la décision de la Commission européenne a été le fait que l'analyse de celle-ci a omis de prendre en considération un élément central de la notion d'entente, telle que réglementée par **l'article 85 CEE**, actuel **article 101 du TFUE**, c'est-à-dire une intention commune. En effet, il semble que l'arrêt pose plusieurs problèmes de droit, en principal :

- un refus de distribuer peut toujours être considéré une entente?
- les conditions spécifiques du marché pharmaceutique méritent-elles des règles différentes?
- un producteur peut-il légalement demander aux distributeurs de ne pas exporter ou distribuer en dehors de leur territoire alloué?

Dans son argumentation, Bayer semble se concentrer sur la première question, tout en évitant la dernière[490]. Comme l'arrêt ultérieur l'a confirmé, c'était une bonne tactique, mais la troisième question mériterait aussi une certaine attention.

Du point de vue de la première question, le Tribunal retient qu'en absence d'offre et acceptation, qu'elles soient constatées directement ou bien d'une manière indirecte, toute entente est exclue :

---

[487] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585.
[488] CJCE, 21 septembre 2006, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire C-167/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-08935.
[489] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004, page I-00023.
[490] LIDGARD Hans Henrik, *Unilateral refusal to supply : an Agreement in disguise?*, European Competition Law Review, 1997, volume 18, 6ème sortie, page 354.

« *La preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité (devenu l'article 81, paragraphe 1, CE) doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord* »[491].

Par la suite, estime le Tribunal, la Commission a méconnu la notion de **concordance de volontés**, dès lors qu'elle a retenu que la simple poursuite par des grossistes de leurs relations commerciales avec un fabricant, lorsque celui-ci adopte une politique mise en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement desdits grossistes, alors que leur comportement est clairement contraire à ladite politique[492].

D'un premier point de vue, pour l'intention fautive des grossistes, le Tribunal constate qu'il :

« *ressort clairement des considérants de la [décision litigieuse] examinés ci-dessus que les grossistes ont continué à essayer d'obtenir des boîtes d'Adalat pour l'exportation et ont persisté dans cette ligne d'activité, même si, à cette fin, ils ont estimé plus utile d'utiliser différents systèmes pour être livrés, à savoir, d'une part, le système de la répartition des commandes destinées à l'exportation sur les différentes agences et, de l'autre part, celui consistant à passer indirectement les commandes par le biais de petits grossistes. Dans ces circonstances, le fait que les grossistes aient changé de politique concernant les commandes et instauré divers systèmes de ventilation ou de diversification des commandes, en les passant de façon indirecte, ne peut être interprété comme une preuve de leur volonté de satisfaire Bayer ni comme une réponse à une quelconque demande ou pétition de [celle-ci]. Au contraire, ce fait pourrait être considéré comme démonstratif de la ferme intention de la part des grossistes de continuer à pratiquer des exportations parallèles d'Adalat* »[493].

Deuxièmement, pour l'intention fautive de Bayer, le Tribunal retient, dans son arrêt, qu'en :

« *l'absence de preuve d'une quelconque exigence* [...] *quant au comportement des grossistes à l'égard des exportations des boîtes d'Adalat livrées, le fait qu'ils aient adopté des mesures pour obtenir des quantités supplémentaires ne peut être interprété que comme un démenti de leur prétendu acquiescement* »[494].

[491] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 173.
[492] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 173.
[493] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p.154.
[494] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p.155.

Par conséquent, selon le Tribunal, la Commission n'a pas prouvé que les grossistes avaient voulu poursuivre les objectifs de Bayer, ni voulu le lui faire croire ; par contre, les grossistes ont adopté un comportement visant à détourner la politique de Bayer de restriction des livraisons, en passant des commandes progressivement plus hautes, en vue de continuer leur activité d'exportation.

Enfin, c'était la preuve de l'absence d'acquiescement, donc de l'intention fautive, qui a fait en sorte que **l'article 101 du TFUE** soit inapplicable. Pour reprendre la formulation exacte du Tribunal :

« *c'est à tort que la Commission a estimé que le comportement effectif des grossistes prouve à suffisance de droit leur acquiescement à la politique de [Bayer] visant à empêcher les importations parallèles* »[495]

En tout cas, et c'est l'apport essentiel de cet arrêt, l'acquiescement ne peut être déduit de la simple existence des relations commerciales continues[496], la preuve de l'acquiescement ou bien de l'intention fautive est requise en vue de légalement sanctionner une entente.

Après avoir posé la solution de principe sus-mentionnée, ***le Tribunal essaye une réinterprétation de la jurisprudence antérieure, en vue de combler le vide créé dans la cohérence jurisprudentielle, par rapport aux solutions antérieures***. Dans ce sens, le Tribunal reprend les arrêts Sandoz[497], Tipp-ex[498], AEG Telefunken[499] et BMW[500], à la lumière du principe déjà énoncé.

Pour l'arrêt Sandoz[501], le Tribunal rappelle, dans un premier point les similarités factuelles entre les deux situations, pour ensuite distinguer le comportement de Sandoz par rapport à celui de Bayer et le comportement des grossistes de Sandoz par rapport à celui des grossistes de Bayer :

- pour les similitudes entre l'arrêt Bayer et Sandoz, le Tribunal souligne qu'il « *convient de relever,* [...] *que les clients de Sandoz PF se sont vu adresser la même facture type après chaque commande individuelle ou, selon le cas, après la livraison des produits. Les commandes répétées de produits et les acquittements successifs sans protestation par le client des prix indiqués sur les factures, comportant la mention 'exportation interdite',*

[495] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 157.
[496] Lamy Droit Economique, 2015, édition Lamy nº 1436.
[497] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990, page 00045.
[498] CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex/Commission, affaire C 279/87, recueil de jurisprudence 1990, page I-00261.
[499] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983 03151.
[500] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a./Commission, affaire 32/78, 36/78 à 82/78, Recueil de jurisprudence 1979, page 02435.
[501] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990, page 00045.

constituaient de la part de celui-ci un acquiescement tacite aux clauses stipulées dans la facture et au type de relations commerciales sous-jacentes aux rapports d'affaires entre Sandoz PF et sa clientèle. L'agrément initialement donné par Sandoz PF se fondait ainsi sur l'acceptation tacite de la part des clients de la ligne de conduite adoptée par Sandoz PF à leur égard »[502] ;

- pour les distinctions entre le comportement des grossistes de Sandoz par rapport à ceux de Bayer, le Tribunal retient : « s*i les deux affaires se ressemblent en ce qu'elles visent des attitudes de groupes pharmaceutiques visant à empêcher les importations parallèles de médicaments, les circonstances concrètes qui les caractérisent sont fort différentes. En premier lieu, contrairement à la présente espèce, dans l'affaire Sandoz* [...], *le fabricant avait introduit de manière expresse dans toutes ses factures une clause restrictive de la concurrence, qui, apparaissant de façon réitérée dans les documents relatifs à toutes les transactions, formait, dès lors, partie intégrante des relations contractuelles entre lui et ses grossistes. En second lieu, le comportement effectif de ceux-ci par rapport à la clause, lesquels l'avaient respectée de facto et sans la discuter, démontrait leur acquiescement tacite à ladite clause et au type de relations commerciales sous-jacentes. En revanche, dans les faits de la présente espèce, aucune des deux circonstances principales de l'affaire Sandoz* [...] *n'est remplie ; il n'y a ni clause formelle d'interdiction d'exporter ni comportement de non-contestation ou d'acquiescement, ni dans la forme ni dans la réalité*»[503].

Par conséquent, dans l'arrêt Sandoz[504], d'une part, le fournisseur a introduit une interdiction d'exportation expresse dans toutes les factures adressées aux distributeurs, qui, à leur tour, ont respecté sans aucune protestation l'offre de celui-ci – c'est la raison pour laquelle, à la différence de Bayer, la Commission a pu de bon droit constater la violation de l'actuel **article 101 du TFUE** par Sandoz.

Le tribunal continue avec l'interprétation de l'arrêt Tipp-ex[505], en insistant toujours sur le volet intention commune du distributeur par rapport à celle des grossistes, sens dans lequel il souligne :

« *par conséquent, contrairement à la présente espèce, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Tipp-Ex/Commission, précité, il n'y avait pas de doutes quant au fait que la politique consistant à empêcher les exportations parallèles était mise en place par le fabricant avec la coopération des distributeurs.* [...], *cette volonté était déjà manifeste dans les contrats verbaux et écrits existant entre les deux parties* [...] *et, si quelques doutes pouvaient subsister, l'analyse*

[502] TPI, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 161.
[503] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 161.
[504] CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990, page 00045.
[505] CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex contre Commission, affaire C 279/87, recueil de jurisprudence 1990, page I-00261.

du comportement des distributeurs, pressés par le fabricant, montrait très clairement leur acquiescement aux intentions restrictives de la concurrence de Tipp-Ex »[506].

« *il s'ensuit que cet arrêt,* [...], *ne fait que confirmer la jurisprudence selon laquelle, si des comportements du fabricant apparemment unilatéraux peuvent être à l'origine d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, c'est à condition que le comportement ultérieur des grossistes ou clients puisse être interprété comme un acquiescement de facto* »[507].

Enfin, relève le Tribunal, la Commission elle-même observe que dans l'arrêt Tipp-Ex[508], pour conclure à l'existence d'un accord, la Cour a analysé la réaction des distributeurs au comportement du fabricant allant à l'encontre des exportations parallèles. Par conséquent, c'est en considérant cette réaction du distributeur que la Cour a conclu à l'existence d'un accord visant à empêcher les exportations parallèles[509].

Par la suite, le Tribunal revient sur l'arrêt AEG Telefunken[510], pour lequel la tâche des juges a été encore plus difficile puisque, dans le contexte où une mesure unilatérale a été invoquée, les volontés respectives du fabricant et des distributeurs n'apparaissaient pas de façon évidente – il s'agissait, en effet, d'un système de distribution sélective, dans le cadre duquel l'admission n'était pas conditionnée par des critères objectifs, mais était modulée par les prix à pratiquer par les distributeurs.

De ce point de vue, le Tribunal dit pour droit que :

« *la Cour a estimé que, dans le cadre d'un système de distribution sélective, une pratique en vertu de laquelle le fabricant, en vue de maintenir un niveau de prix élevé ou d'exclure certaines voies de commercialisation modernes, refuse d'agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs du système 'ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutient AEG, échapperait à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs* »[511].

Or, continue le Tribunal :

---

[506] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 166.
[507] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 167.
[508] CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex contre Commission, affaire C 279/87, recueil de jurisprudence 1990, page I-00261.
[509] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383, p. 166.
[510] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151.
[511] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000 page II-03383, p. 170.

« *la Cour a voulu constater l'existence de l'acquiescement des distributeurs en précisant: 'En effet, dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique* »[512].

Pour une dernière fois, le Tribunal revient sur la jurisprudence BMW[513], en vue de souligner la place de l'intention fautive, commune entre le fournisseur et les distributeurs, qui a été gardée à l'esprit par les juges européens à l'occasion de chaque condamnation pour l'infraction prévue, au présent, par **l'article 101 du TFUE**. Dans ce sens, le Tribunal retient que :

« *dans l'arrêt BMW* [...] *pour déterminer s'il y avait eu un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, entre BMW Belgium et ses concessionnaires belges, la Cour a examiné les actes susceptibles de démontrer l'existence d'un accord,* [...] *et a conclu que les circulaires en question 'étaient constitutives d'une manifestation de volonté visant à faire cesser toute exportation de véhicules BMW neufs à partir de la Belgique'* [...]. *Elle a ajouté qu'en adressant ces circulaires à tous les concessionnaires belges, BMW Belgium s'*[était] *fait le promoteur de la conclusion avec ces concessionnaires d'un accord visant à l'arrêt total de ces exportations'* [...]. *Or, il ressort* [...] *que la Cour a voulu confirmer l'existence d'un acquiescement des concessionnaires* »[514].

Par conséquent, à la suite des considérations pédagogiques sur la notion d'accord, en vue de prouver la place de l'intention fautive dans l'ensemble de la jurisprudence européenne le plus fréquemment citée en matière d'insertion de l'accord dans les relations commerciales continues, le Tribunal casse et annule la décision de la Commission, en raison de l'absence d'acquiescement des distributeurs à la volonté unilatérale de Bayer.

En outre, le Tribunal écarte la thèse de la Commission selon laquelle la simple constatation de la continuation des relations commerciales par les grossistes avec Bayer, après la mise en place par cette dernière de sa politique visant à restreindre les exportations, lui permet de conclure à l'existence d'un accord au sens de **l'article 85 du traité CEE**, au présent, **l'article 101 du TFUE**. *A contrario*, et c'est ce que reprend la Cour de justice :

« *il a considéré que la preuve d'un accord au sens de cette disposition doit reposer sur la constatation, directe ou indirecte, de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire l'existence d'une concordance de volontés entre opérateurs*

[512] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000 page II-03383, p. 170.
[513] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a./Commission, affaire 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979, page 02435.
[514] CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a./Commission, affaire 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979, page 02435.

économiques »[515].

En d'autres termes, pour reprendre les conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 22 mai 2003 dans l'affaire Bayer :

« *Si déjà l'arrêt Sandoz prodotti farmaceutici/Commission, précité, a interprété de manière très large la notion d'«accord», nous ne croyons pas qu'on puisse aller encore plus loin, jusqu'à considérer qu'un accord portant sur une interdiction d'exportation a été conclu du seul fait que les grossistes continuent à se fournir auprès d'un fabricant qui tente de leur ôter la possibilité d'exporter sans toutefois leur demander quoi que ce soit. Ce faisant, on parviendrait à la conclusion absurde qu'un tel accord peut être conclu également à travers l'acceptation tacite d'une proposition qui n'a jamais été formulée!* »[516].

Dans l'appel contre la décision Bayer devant la Cour de justice, celle-ci a distinguée entre la notion d'entente, qui est centrée autour d'une « *concordance des volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique* » et un comportement vraiment unilatéral, qui n'implique pas la participation directe ou implicite d'une autre entreprise et reste, donc, en dehors du champ d'application de **l'article 101 du TFUE**[517].

Après avoir affirmé qu'un accord nécessitait « *que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but* »[518], la Cour de justice confirme l'absence de preuve de l'acquiescement par les grossistes de l'interdiction d'exporter.

Ainsi, continue la Cour de justice :

« *le seul fait que la politique unilatérale de contingentement mise en œuvre par Bayer, combinée avec les exigences nationales d'assortiments complets qui incombent aux grossistes, produise le même effet qu'une interdiction d'exporter ne signifie ni que le fabricant avait imposé une telle interdiction ni qu'il existait un accord interdit par* ***l'article 85, paragraphe 1, du traité*** »[519].

Si la décision de la Commission avait été confirmée, la thèse selon laquelle une entente au sens de **l'article 101 du TFUE** requiert un consensus entre les parties aurait été éliminée ; cela aurait offert à la Commission un contrôle plus étendu sur les restrictions des importations

[515] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communautés européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004 I-00023, p. 27.
[516] Conclusions de l'avocat general, M. Tizzano, présentées le 22 mai 2003 dans l'affaire CJCE, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004, page I-00023.
[517] LIANOS Ioannis, *Collusion in vertical relations under article 81 EC*, Common Market Law Review 2008, volume 45, p. 1027 - 1077.
[518] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communautés européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004 I-00023, p. 102.
[519] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004 I-00023, p. 88.

parallèles à l'intérieur de l'Union européenne, mais l'aurait fait au prix de l'intégrité des règles de concurrence, qui appréhendent un comportement unilatéral seulement au cas où une entreprise est dominante au sens de **l'article 101 du TFUE**[520].

292. La même définition de la notion d'accord a été reprise par la Cour de justice dans **l'affaire Group Danone**[521], ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission, pour la conclusion d'un pacte général de non-agression, l'établissement des prix et promotions dans le commerce de détail, le partage de la clientèle dans le secteur « *hôtels, restaurants, cafés*», la limitation des investissements et de la publicité, l'établissement d'une nouvelle structure tarifaire et l'échange d'informations sur les ventes, la sanction prononcée contre des entreprises actives sur le marché brassier.

Dans ce contexte, la requérante, Alken-Maes, reproche à la Commission de ne pas avoir tenu compte, en tant que circonstance atténuante, de la position de faiblesse et de dépendance dans laquelle elle se trouvait par rapport à Interbrew, qui jouissait d'une position dominante sur le marché.

Dans sa réponse à cette argumentation, le Tribunal part de la définition de la notion d'accord, telle qu'elle a été établie antérieurement dans l'affaire Bayer :

« *Il y a d'abord lieu de rappeler que, en l'espèce, la requérante ne conteste pas avoir pris part à une infraction à l'article 81 CE, consistant notamment dans un ensemble d'accords à objet anticoncurrentiel. Or, selon une jurisprudence constante, l'existence d'un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, implique que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* [...]. *Il s'ensuit que <u>la notion d'accord, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins</u>* [...]. *La requérante ne saurait donc prétendre avoir agi exclusivement sous la contrainte d'Interbrew* »[522].

Après avoir confirmé la notion d'accord, le Tribunal rejette l'argumentation de la requérante, en raison du fait que même une entreprise en position de dépendance économique dispose toujours de la possibilité d'introduire une plainte auprès de la Commission et de dénoncer, par conséquent, les activités anticoncurrentielles en cause.

[520] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème edition, Oxford University Press 2012, p. 109.
[521] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407.
[522] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407, p. 422.

La décision du Tribunal a été attaquée seulement pour ce qui touche au montant de la sanction[523], raison pour laquelle celle-ci est devenue définitive sur le point de la notion d'accord.

293. Un autre arrêt, ultérieur par rapport à Bayer, mais qui a eu comme suite une annulation par le Tribunal d'une décision de sanction de la Commission européenne pour le même motif, a été celui prononcé dans **l'affaire General Motors BV contre Commission**[524]. Opel Nederland BV, filiale à 100 % de General Motors Nederland BV, est la seule société nationale de vente de la marque Opel aux Pays-Bas, dont les activités comprennent l'importation, l'exportation et le commerce de gros de véhicules automobiles, ainsi que de pièces de rechange et d'accessoires. Celle-ci a conclu des contrats de concession relatifs aux ventes et aux services avec 150 concessionnaires, qui sont, de ce fait, intégrés dans le réseau de distribution d'Opel en Europe en tant que revendeurs agréés.

Comme réponse à des signes d'exportations à grande échelle réalisées par certains de ses concessionnaires, Opel a adopté une série de mesures, parmi lesquelles l'envoi de lettres et des audits auprès des concessionnaires, la limitation d'approvisionnement, ainsi que l'exclusion des campagnes promotionnelles des concessionnaires qui ne se conformaient pas aux dispositions d'Opel.

Par voie de décision, la Commission a infligé à Opel une amende, en raison de la conclusion, avec les concessionnaires de Pays-Bas, d'accords destinés à restreindre ou à interdire les ventes à l'exportation de véhicules Opel aux utilisateurs finals résidant dans d'autres États membres et aux concessionnaires Opel établis dans d'autres États membres[525]. Selon la Commission, ces accords étaient mis en œuvre d'un commun accord avec les concessionnaires dans le cadre de l'exécution pratique des contrats de concession et sont devenus partie intégrante des relations contractuelles.

Sans nier avoir informé les concessionnaires sur la limitation de leurs commandes, Opel a attaqué cette décision en alléguant le caractère unilatéral de la mesure imposée, donc ***l'absence d'intention fautive des concessionnaires***. La question se pose alors de savoir si cette mesure est constitutive d'un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, dès lors qu'« *un comportement unilatéral d'une entreprise ne relève pas de cette disposition* »[526].

Dans son arrêt le Tribunal retrace la voie parcourue par la Commission pour constater l'existence de l'infraction, pour conclure que rien ne justifie le constat de l'existence d'une entente :

---

[523] CJUE, 8 février 2008, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire C-3/06 P, recueil de jurisprudence 2007, page I-01331.
[524] CJCE, 6 avril 2006, General Motors BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-551/03 P, recueil de jurisprudence 2006 I, page 03173.
[525] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 23.
[526] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 79.

« *il convient de constater que l'entreprise Opel Nederland a* (...) *clairement contesté qu'il y ait eu communication aux concessionnaires d'une politique d'approvisionnement restrictive, liée au SEG*[527]*. En effet, son aveu supposé (...) ne porte pas sur cette mesure, mais sur l'éventuelle communication erronée, par certains chefs de district, du fait* *que le SEG visait avant tout le marché néerlandais et du fait qu'Opel Nederland cherchait à restreindre toutes les exportations sans distinction* »[528].

« *M. de Heer, directeur des ventes et du marketing, était chargé de répondre à tous les concessionnaires, pour les informer de l'organisation des audits « et aussi des difficultés de livraison, qui imposent des attributions limitées de véhicules ». Or, si les lettres envoyées* (...) *font bien état de l'organisation des audits,* *elles sont en revanche muettes tant sur les prétendues difficultés de livraison que sur les attributions limitées de véhicules* *qui étaient censées en découler* »[529].

« *non seulement il n'existe pas* (...) *de preuve qu'une seule commande d'un concessionnaire ait été refusée au motif qu'elle aurait conduit à un dépassement de son SEG*[530]*, mais, de plus, il découle des chiffres fournis par les requérantes* (...) *que les concessionnaires, qui avaient déjà dépassé, parfois d'une manière considérable, leur SEG*[531] *individuel pour l'année 1996 en septembre de cette année, ont continué, pendant les mois suivants, à passer et à recevoir des commandes* »[532].

Dans ces conditions, le Tribunal a estimé qu'il n'avait pas été suffisamment établi que la mesure d'approvisionnement restrictive avait été communiquée aux concessionnaires – par conséquent, ils n'ont pas pu avoir une intention fautive. De ce fait, la décision de la Commission a été annulée sur ce point.

Par contre, le Tribunal a suivi une approche différente en ce qui concerne un système de bonification conçu par Opel en vue d'inciter ses distributeurs à diminuer, voir restreindre leurs exportations[533].

Ce système de bonification a été considéré comme faisant partie intégrante des relations commerciales avec les distributeurs, puisqu'il y a eu des mesures de mise en application, voire des lettres suite auxquelles certains distributeurs ont pris des engagements de renoncer à toute

[527] Sales Evolution Guide, adopté au niveau d'Opel.
[528] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 83.
[529] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 84.
[530] Sales Evolution Guide, adopté au niveau d'Opel.
[531] Sales Evolution Guide, adopté au niveau d'Opel.
[532] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 87.
[533] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491.

exportation[534].Cette pratique a offert la preuve du fait que les mesures spécifiques adoptées par Opel formaient une partie intégrante des relations commerciales entre les parties.

Toutefois, le Tribunal a observé que la seule preuve des mesures de contrainte ne peut pas être un facteur suffisant en vue de démontrer l'existence d'une entente au sens de **l'article 85 CEE**[535], au présent, **l'article 101 du TFUE**.

De plus, il a retenu l'existence des ententes seulement par rapport à neuf distributeurs, puisqu'il n'y a pas eu la preuve d'un « *engagement exprès* »[536] que de la part de ceux-ci.

Dans ce contexte, la formulation d'engagement exprès ne fait que renvoyer à la même intention fautive des distributeurs, dans le contexte où le Tribunal souligne la nécessité d'un acquiescement des distributeurs.

En recours devant la Cour de justice, Opel a fait valoir que c'est à tort que le Tribunal a pris en compte l'intention subjective d'une partie, dès lors que l'objet doit être déterminé objectivement[537]. La Cour lui a rétorqé que :

« *il ressort de cette jurisprudence* […] *qu'un accord en matière de distribution a un objet restrictif au sens de l'article 81 CE s'il manifeste clairement la volonté de traiter les ventes à l'exportation d'une manière moins favorable que les ventes nationales et conduit ainsi à un cloisonnement du marché en cause* »[538].

De ce point de vue, le juge européen indique une équivalence entre l'objet restrictif de concurrence, d'une part et *la volonté de traiter les ventes à l'exportation de manière moins favorable que les ventes nationales*, de l'autre. Cette volonté n'est rien d'autre que l'intention fautive, manifestation de l'approche civiliste de la notion d'entente.

294. Le labyrinthe jurisprudentiel portant sur le décrochement de la notion d'entente, vue comme offre-acceptation, a été complété par la Cour de justice à l'occasion de **l'arrêt Volkswagen**[539], qui a porté sur les contrats de distribution exclusive et sélective conclus par la société Volkswagen, active dans le secteur de la construction automobile et ses concessionnaires.

---

[534] LIANOS Ioannis, *Collusion in vertical relations under article 81 EC*, Common Market Law Review 2008, volume 45, p. 1045.
[535] LIANOS Ioannis, *Collusion in vertical relations under article 81 EC*, Common Market Law Review 2008, volume 45, p. 1045.
[536] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 150.
[537] CJCE, 6 avril 2006, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-551/03 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-03173, p. 63.
[538] CJCE, 6 avril 2006, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-551/03 P, recueil de jurisprudence 2006 I-03173, p. 67.
[539] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585.

Conformément à ces contrats, Volkswagen avait accordé au concessionnaire un territoire contractuel pour le programme de livraison et le service après – vente et, en contrepartie, le concessionnaire s'était engagé à promouvoir la vente et le service après – vente de façon intensive sur son territoire. Le concessionnaire s'est engagé à défendre les intérêts de Volkswagen et d'en assurer la promotion par tous les moyens, sens dans lequel il allait respecter toutes les exigences propres à l'exécution du contrat. Enfin, Volkswagen avait le droit de faire des recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises.

La Commission a accusé Volkswagen de l'infraction de fixation des prix de revente de ses automobiles et de partager le marché et a invoqué, de ce point de vue, trois circulaires, ainsi que cinq lettres adressées par Volkswagen à ses concessionnaires allemands et lui a appliqué une sanction pour la conclusion d'une entente anticoncurrentielle avec ceux – ci.

Après avoir rappelé la règle conformément à laquelle *pour qu'il y ait accord, au sens de* ***l'article 81, paragraphe 1 CE***, l'actuel **article 101 du TFUE**, « *il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »[540], sans que la forme de cette expression soit importante, le Tribunal reprend la jurisprudence Bayer citée plus haut et définit la notion d'accord au sens de **l'article 101 du TFUE** comme étant :

« *axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci* »[541].

De plus, ajoute le Tribunal, une mesure unilatérale échappe à l'interdiction posée par **l'article 101 du TFUE**[542], en raison de l'absence du concours des volontés, de l'acquiescement et donc, de l'intention fautive. Encore faut – il que la mesure soit vraiment unilatérale et qu'il n'y ait pas une acceptation expresse ou tacite, sens dans lequel le juge distingue entre les mesures véritablement unilatérales et celles apparemment unilatérales :

« *si les premières ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, CE, les secondes doivent être considérées comme révélant un accord entre entreprises et peuvent rentrer, dès lors, dans le champ d'application de cet article. Tel est le cas, notamment, des pratiques et mesures restrictives de la concurrence qui, adoptées apparemment de façon unilatérale par le fabricant dans le cadre de ses relations contractuelles avec ses revendeurs, reçoivent toutefois l'acquiescement, au moins tacite, de ces derniers* »[543].

---

[540] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 30.
[541] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 32.
[542] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 33.
[543] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 35.

La thèse de la Commission est que, pour constater l'existence d'un accord, il n'est pas nécessaire de chercher l'acquiescement à une invitation du constructeur dans le comportement que le concessionnaire adopte dans le contexte de cette invitation – de ce point de vue, cet acquiescement serait présumé comme acquis par principe du simple fait que le concessionnaire est entré dans le réseau de distribution du constructeur[544]. Le point déterminant serait, par conséquent, l'objectif visé par cette invitation, donc, l'intention du fournisseur, celle d'influencer les concessionnaires dans l'exécution dudit contrat.

Toutefois, constate le Tribunal, dès lors que la Commission ne prétend pas que le contrat soit contraire au droit de la concurrence, elle ne peut pas prétendre qu'un concessionnaire qui a signé un contrat conforme au droit de la concurrence serait présumé avoir accepté par avance toute évolution ultérieure illégale, imprévisible, de celui – ci[545].

S'il n'est pas exclu qu'une évolution contractuelle légale ou prévisible soit réputée acceptée par avance, au moment même de la conclusion du contrat, dans le cas d'une évolution illégale, l'acquiescement ne peut pas être présumé comme acquis par avance – par contre, il peut être ultérieur, après que le concessionnaire a eu connaissance de l'évolution illégale.

Par conséquent, continue le Tribunal, la Commission ne peut pas prétendre que la signature par les concessionnaires d'un contrat de concession légal a impliqué l'acceptation de son évolution, elle-même illégale.

« *Une telle prétention est contraire à l'article 81, paragraphe 1, CE tel qu'interprété par la jurisprudence citée* […]*, qui exige que la preuve d'un concours de volontés soit rapportée* »[546].

Du moment où, selon le Tribunal, « *la Commission ne peut estimer qu'un comportement apparemment unilatéral de la part d'un fabricant,* […] *est en réalité à l'origine d'un accord entre entreprises* […]*, si elle n'établit pas l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, de la part des autres partenaires, à l'attitude adoptée par le fabricant* »[547], le Tribunal continue par un examen des circonstances de l'espèce, permettant d'établir l'intention anticoncurrentielle. Dans ce sens, il retient qu'il n'est pas établi que les invitations litigieuses ont été mises en œuvre sur le terrain, sens où la Commission reconnaît qu'il est pratiquement impossible de connaître le comportement des concessionnaires.

Le Tribunal continue par un examen de la jurisprudence antérieure, ayant comme but l'établissement d'une cohérence par rapport à celle – ci, jurisprudence qui confirme la nécessité

[544] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 40.
[545] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 42 et 43.
[546] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 46.
[547] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 36.

de rapporter la preuve d'un concours de volontés, qui doit porter sur un comportement déterminé, connu par les parties acceptantes[548].

Dans ce sens, l'élément déterminant pour l'insertion automatique d'une invitation dans les relations commerciales continues n'est pas l'intention d'influencer le concessionnaire, mais :

« *que cette invitation est, d'une manière ou d'une autre, effectivement acceptée par les concessionnaires. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la Commission n'a pas rapporté, dans la décision attaquée, la preuve d'un* <u>*concours de volontés*</u> *entre la requérante et ses concessionnaires, relativement aux invitations litigieuses* »[549].

Cette solution du Tribunal a été attaquée devant la Cour de justice, qui a rejeté le recours de la Commission comme non - fondé[550].

De ce point de vue, la Cour retient que la jurisprudence qui a consacré la notion d'intégration dans les relations commerciales continues n'implique pas que toute invitation adressée par un constructeur d'automobiles à des concessionnaires constitue un accord et n'a aucune répercussion sur la charge de la preuve, qui incombe toujours à la Commission[551] – encore faut-il qu'il y ait un acquiescement, une intention fautive des concessionnaires.

« *Il y a lieu de constater que le Tribunal a relevé à bon droit […] que, pour constituer un accord au sens de* ***l'article 81, paragraphe 1, CE****, il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit* <u>*l'expression de la volonté concordante*</u> *de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même*»[552].

Si la volonté des parties – l'intention fautive de ceux-ci, peut résulter tant des clauses du contrat de concession en question que du comportement des parties, notamment, d'un acquiescement tacite, ce n'était pas le cas dans l'espèce :

- pour que l'intention soit déduite des clauses contractuelles, continue la Cour de justice, le Tribunal a correctement cherché à examiner si l'invitation au comportement illégal était comprise dans le contrat[553]. Comme ce n'était pas le cas, l'acceptation du contrat ne pouvait pas impliquer l'acceptation d'une telle invitation anticoncurrentielle. Toutefois, et de ce point de vue la Cour de justice a constaté l'erreur du Tribunal, en vue d'analyser la

[548] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 56.
[549] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 57.
[550] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585.
[551] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585, p. 36 et 38.
[552] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585, p. 37.
[553] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585, p. 40.

conformité d'un contrat aux règles de concurrence, il faut prendre en compte non seulement sa neutralité apparente, mais aussi « *tous les autres facteurs pertinents, tels que les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel celui-ci a été conclu* »[554].

- pour que l'intention anticoncurrentielle, l'acquiescement, soit réputée comme acquise par le comportement des parties, et notamment par l'acceptation tacite, « *l'existence d'un accord* […] *suppose l'acquiescement, explicite ou tacite, de la part des concessionnaires à la mesure adoptée par le constructeur d'automobiles* »[555]. Comme une telle acceptation n'a pas été prétendue par la Commission, la Cour de justice ne poursuit plus le raisonnement sur ce point, à défaut d'intérêt pour l'espèce.

Si la Cour a admis que le Tribunal avait commis une erreur de droit en jugeant que des clauses conformes aux règles de la concurrence ne sauraient être considérées comme autorisant des invitations contraires à ces règles, cette erreur reste, toutefois, sans conséquence sur le bien fondée de l'arrêt, qui, lui, est confirmé[556].

295. Par conséquent, c'était l'absence d'intention fautive des concessionnaires, qui ne pouvait être déduite ni de l'adhésion à un contrat légal du point de vue des règles de concurrence, ni du comportement ultérieur des concessionnaires, qui a conduit les juges à infirmer la solution de la Commission.

296. Une dernière affaire à analyser en matière de restrictions verticales, qui pourrait apporter des enseignements sur le rôle de l'intention fautive, est l'arrêt **JCB contre Commission**[557], qui prend en considération la situation de l'entreprise JCB, qui produit et commercialise des engins de chantier, des équipements de déblaiement et de construction et de machines agricoles, ainsi que les pièces détachées afférentes à ces différents produits. Le réseau de distribution de JCB est structuré sur une base nationale par le biais d'une filiale nationale (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Pays-Bas, Italie) ou d'un importateur exclusif. JCB a notifié à la Commission une série d'accords de concession, selon lesquels JCB déterminait le prix de facturation « *sortie d'usine* » aux concessionnaires et détaillants de ses produits par application d'un rabais sur le prix de vente au détail recommandé[558].

---

[554] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585, p. 45.
[555] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-06585, p. 46.
[556] CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006 I-06585, p. 52 et 54.
[557] CJCE, 21 septembre 2006, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire C-167/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-08935.
[558] TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-00049, p. 22.

Suite à une plainte, la Commission a commencé une enquête, finalisée par l'infliction d'une amende à JCB pour plusieurs infractions, parmi lesquelles la fixation des remises ou des prix de revente applicables par les concessionnaires établis au Royaume-Uni et en France[559].

Le principal argument de JCB en ce qui concerne le moyen portant sur la fixation des prix a été lié à sa propre intention : selon la plaignante, les documents analysés par la Commission traduisaient non pas son intention de fixer les prix de revente, mais celle d'augmenter ses propres prix.

Le Tribunal, après avoir réitéré la distinction entre les prix recommandés et les prix conseillés, rappelle qu'en l'espèce, il appartient au fournisseur de déterminer le prix de « sortie d'usine ». En ce qui concerne les moyens de preuve produites par la Commission, ceux-ci montrent que JCB s'est inquiété d'un niveau jugé trop bas des prix de vente au détail, sens dans lequel :

« *des études et des discussions ont été menées à ce sujet au sein de la JCB Dealer Association à la demande de la requérante. Les courriers du secrétaire de l'association des revendeurs britanniques des 11 et 20 janvier 1993 peuvent être interprétés, suivant la thèse de la requérante, comme des tentatives d'augmenter ses propres prix de vente à ses distributeurs* [560].

De ce point de vue, les interventions de JCB se traduisaient par la fixation de ses propres prix « *sortie d'usine* », ponctuellement négociables, et par l'établissement de barèmes indicatifs de prix de vente au détail, et pas par la fixation des prix de revente. En outre, continue le Tribunal:

« *les barèmes de prix de vente au détail, s'ils pouvaient être fortement incitatifs, ne présentaient néanmoins pas de caractère obligatoire. Rien n'indique que les efforts de JCB pour influencer les revendeurs et les décourager de consentir des prix de vente jugés trop bas aient été accompagnés de mesures de contrainte* »[561].

Par conséquent, en l'absence d'éléments probants et non ambigus démontrant une fixation des prix de vente au détail et des remises – donc, en absence de la preuve d'une intention d'un encadrement strict des prix, le Tribunal a annulé sur ce point la décision de la Commission. En conclusion, s'il était avéré que JCB avait recommandé des prix à ses distributeurs et que les prix qu'il chargeait allaient influencer leur prix de revente, ce constat n'était pas suffisant pour établir une entente entre JCB et les distributeurs[562].

297. Bien que l'analyse de la conformité d'un contrat aux règles de concurrence ne doit pas se limiter à la neutralité apparente de ses clauses et doit prendre en compte, dans ce sens, les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel

[559] TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, Recueil de jurisprudence 2004, page II-00049, p. 20.
[560] TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-00049, p. 128.
[561] TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-00049, p. 130.
[562] WHISH, Richard et BAILEY David, Competition Law, 7ème edition, Oxford University Press 2012, p. 109.

celui-ci a été conclu, dès lors que cette conformité est acquise, l'intention des concessionnaires, manifestée dans l'acceptation d'une invitation anticoncurrentielle, ne peut être qu'ultérieure et faite en connaissance de cause.

Conclusion partielle – l'intention fautive, nécessaire au cadre des relations verticales au cas des relations commerciales continues ou bien d'une évolution imprévue d'un contrat

298. S'il est parfois difficile de distinguer entre l'accord répréhensible et le comportement unilatéral qui échappe à l'interdiction de **l'article 101 du TFUE** en raison de l'absence de l'intention fautive, encore plus dans le cadre des relations verticales où un fabricant met en place une politique donnée et les distributeurs sont plus ou moins obligés de la suivre, l'analyse de la Commission et de la Cour de justice a comme point central l'intention des parties.

299. Si un accord nécessite la concordance des volontés ou l'acquiescement, la Commission a la tendance à la présumer, en particulier en présence d'un contrat cadre comme dans les accords de distribution. Toutefois, en débutant par les arrêts analysés plus haut, le Tribunal et la Cour de justice ont commencé à limiter le recours à la présomption d'intention fautive, par l'imposition de la nécessité de la preuve d'une concordance des volontés.

300. Cette tendance des juridictions européennes de requérir la preuve de l'intention fautive a été manifestée des lors que la restriction de concurrence n'est pas clairement encadrée par un contrat, mais elle est le résultat des relations commerciales continues ou bien de l'évolution illégale et imprévue d'un contrat de distribution.

301. Le premier cas de figure, celui des ***relations commerciales continues***, est illustré par la jurisprudence Bayer[563], à l'occasion de laquelle le Tribunal a posé que :

« *La preuve d'un accord entre entreprises au sens de* ***l'article 85, paragraphe 1****, du traité* [devenu **l'article 101, paragraphe 1, TFUE**] *doit reposer sur la* <u>*constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion*</u> *même d'accord, c'est-à-dire d'une* <u>*concordance de volontés*</u> *entre opérateurs économiques sur une mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché* (...). *La Commission méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement de facto est clairement contraire à ladite pratique* »[564].

[563] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383.
[564] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000 page II-03383., Contrats, conc., consom. 2001, comm. 28, obs. POILLOT-PERUZZETTO S., Europe déc. 2000, comm. 393, obs. IDOT Laurence.

En pourvoi contre la décision du Tribunal, la Cour de justice confirme l'absence de preuve de l'acquiescement par les grossistes de l'interdiction d'exporter et aussi l'analyse civiliste du contrat comme offre – acceptation. Dans ce sens, elle retient « *que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but* »[565]. Par ailleurs, en ce qui concerne l'acceptation ou l'acquiescement, celle – ci ne peut pas être déduite seulement de l'existence des relations commerciales continues, elle devra être prouvée.

302. Le deuxième cas de figure, celui de ***l'évolution illégale et imprévue d'un contrat de distribution*** est illustré par la jurisprudence Volkswagen de 2003[566], dans le cadre de laquelle le Tribunal a annulé la décision de la Commission au motif qu'elle avait déduit l'existence de l'acquiescement des distributeurs de l'appartenance de ceux – ci au réseau de distribution.

Dans ce sens, le Tribunal retient qu'« *il ne saurait être admis qu'une évolution contractuelle illégale puisse être considérée comme ayant été acceptée d'avance* »[567]. La Cour de justice confirma l'arrêt du Tribunal, puisque le contrat de distribution ne comprenait aucune disposition anticoncurrentielle (mais seulement la possibilité des prix recommandés), si bien que l'acquiescement du distributeur portait seulement sur ces termes et non pas sur l'évolution illégale ultérieure de celui - ci[568].

303. De ce point de vue, on pourrait retenir que le droit de la concurrence reprend l'analyse civiliste de contrat, en vue de la transposer et la faire équivaloir à celle de l'accord – pour qu'il y ait un accord, il faut apporter la preuve de l'existence d'une offre[569] et d'une acceptation, soit l'acquiescement, qui ne peut pas être déduit à partir de la simple existence ou bien de la continuation d'une relation commerciale continue[570], ni de l'appartenance à un réseau de distribution dont l'élément anticoncurrentiel n'est qu'une évolution ultérieure, imprévue au moment de la conclusion du contrat[571].

304. Quant à la preuve de l'intention fautive, donc de l'acquiescement, dans la mesure où celle – ci ne ressort pas directement de la signature d'un contrat anticoncurrentiel, la simple mise en

---

[565] CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communautés européennes contre Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004, page I-00023, p. 102.
[566] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003 II-05141, page 5141.
[567] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 5141, Europe mars 2004, comm. 84, obs. IDOT Laurence.
[568] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141, p. 6585.
[569] TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland BV contre Commission, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491.
[570] TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383.
[571] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141.

œuvre des mesures proposées a été interprétée comme suffisante[572].

305. Si on a prouvé que l'intention fautive est un élément central, par le biais duquel les autorités de concurrence et les instances cherchent à exclure du champ d'application de **l'article 101 du TFUE** tout comportement unilatéral, l'intention joue un rôle important aussi dans le cadre de la doctrine des restrictions accessoires, qu'on va aborder au prochain point.

§ 3. L'absence d'intention fautive, raison pour l'autorisation des restrictions accessoires

306. La doctrine des restrictions accessoires a été définie, dans la littérature de spécialité, comme concernant des clauses restrictives de concurrence mais qui :

« *tombent en dehors de* ***l'article 81(1) CE*** [**l'actuel article 101 du TFUE**] *si elles sont directement corrélés et nécessaires à la poursuite d'un but légitime ; ce but peut être commercial ou relatif à l'intérêt public* »[573].

307. Si certains auteurs[574] distinguent entre les restrictions de nature commerciale et celles liées à l'intérêt public, les deux susceptibles d'être qualifiées de restrictions accessoires, d'autres[575]qualifient seulement les restrictions de nature commerciale comme susceptible d'être des restrictions accessoires, en distinguant les restrictions relatives à l'intérêt public qui relèvent d'une catégorie spécifique.

Sans entrer dans un débat sur la nature juridique des restrictions qui tiennent à l'intérêt général, sans conséquence sur l'influence de l'intention fautive dans le cadre de la doctrine des restrictions accessoires, on visera indifféremment les deux catégories en vue de rechercher dans quelle mesure l'intention fautive représente un des critères analysés par la jurisprudence relative aux restrictions accessoires.

Pour les critères posés par la Cour de justice pour qu'une restriction soit considérée comme accessoire, il faut analyser deux aspects de la restriction de concurrence en cause, qui doit être : **(i)** en rapport direct et subordonnée à l'opération principale et **(ii)** nécessaire à l'accomplissement de celle-ci.

308. Si le critère portant sur la nécessité implique, outre la nécessité objective en vue de la réalisation de l'opération principale, l'analyse de la proportionnalité de la restriction par rapport à l'objectif poursuivi[576], c'est la première condition qui implique une analyse du but principal de l'opération juridique, donc de l'intention légitime ou, à l'inverse, fautive.

---

[572] CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de jurisprudence 1984, page 01129, p. 2725.
[573] FAULL Jonathan et Nikpay Ali, The EC Law of Competition, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 235.
[574] FAULL Jonathan et Nikpay Ali, The EC Law of Competition, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 235.
[575] WHISH, Richard et BAILEY David, Competition Law, 7ème edition, Oxford University Press 2012, p. 129.
[576] FAULL, Jonathan et Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press, 2007, p. 239-240.

A. L'exposé de l'hypothèse de travail et ses conséquences théoriques

309. Pour l'analyse du critère portant sur le rapport direct et subordonné de la restriction accessoire par rapport à l'opération principale poursuivie, une restriction sera réputée *directement liée à l'implémentation de l'opération principale* si elle est « *subordonnée à l'implémentation de cette opération et est dans une connexion évidente par rapport à celle – ci*»[577].

Ce critère est généralement facile à comprendre et à appréhender. L'activité couverte par la clause doit être partiellement ou étroitement liée avec une opération principale, dont le but est autre que celui de restreindre la concurrence. Par contre, encore faut – il que la clause anticoncurrentielle ne soit pas l'objectif principal pour lequel les parties se sont rapprochées.

L'objectif de la conclusion de l'opération juridique principale par rapport à la restriction accessoire représente à notre avis, une autre façon de viser l'intention légitime, qui est la raison principale de l'autorisation des restrictions accessoires.

310. ***D'une part***, en ce qui concerne les restrictions accessoires de nature commerciale, ce but – qui n'est rien d'autre que la manifestation de l'intention licite, peut être divers: la pénétration d'un nouveau marché, la vente d'une activité commerciale et l'établissement avec succès d'une association d'achat ; « *l'idée qui unifie cette jurisprudence est que les restrictions qui tombent en dehors du champ d'application de l'article 101 sont accessoires par rapport à une opération commerciale légitime* »[578], donc ont été mises en place ayant en vue une intention commerciale légitime, et non pas fautive.

C'était cette intention légitime, ainsi que l'accomplissement des critères posés par la jurisprudence dans ce sens, qui est à la base de l'autorisation des restrictions accessoires, qui ne relèvent, donc, du champ d'application de l'interdiction des ententes.

311. ***D'autre part***, en ce qui concerne les restrictions accessoires qui tiennent à l'intérêt public, cette intention légitime peut consister dans la qualification et éthique professionnelle, la surveillance et responsabilité, ainsi que dans la nécessité de s'assurer que le consommateur final bénéficie des garanties suffisantes en ce qui concerne l'intégrité et l'expérience professionnelle.

B. L'argumentation de cette conception, par la grille de lecture jurisprudentielle de la Cour de justice

312. L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice confirme que l'autorisation des restrictions accessoires représente une doctrine dont le fondement principal est l'absence de l'intention fautive : si la Cour pose la condition explicite que la clause anticoncurrentielle ne

[577] FAULL, Jonathan et Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press, 2007, p. 239.
[578] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème edition, Oxford University Press 2012, p. 129.

soit pas l'objectif principal de l'accord, la condition implicite est que l'objectif principal de celui-ci ne soit pas anticoncurrentiel, mais une intention licite.

313. Dès lors que les restrictions accessoires peuvent être regardées sous deux angles, plus concrètement des restrictions accessoires de nature commerciale, d'une part et restrictions accessoires qui tiennent à l'intérêt public, de l'autre, l'analyse jurisprudentielle qui suit va aborder la même approche.

a. La répercussion de l'intention légitime ou fautive sur les restrictions accessoires de nature commerciale

314. Les restrictions accessoires de nature commerciale sont ainsi qualifiées en raison de leurs objectifs, soit, à titre illustratif, la pénétration d'un nouveau marché, la réalisation efficace d'une opération de transfert d'entreprise ou encore la prise du risque pour le développement et la production d'un nouveau type de semences.

315. Toutes ces intentions légitimes, ainsi que d'autres, seront traitées en ce qui suit par la grille de lecture de la jurisprudence de la Cour de justice, dans le but de déterminer dans quelle mesure la Cour les a prises en compte en vue d'une autorisation ou bien d'une condamnation pour infraction aux règles de concurrence.

316. Dans ce sens, dans **l'affaire Beef Industry**[579] est intéressante. Suite à une étude, la BIDS - association creéé par dix principaux transformateurs de la viande, a adopté plan de rationalisation, prévoyant une réduction des capacités de transformation de l'ordre de 25 %, à travers de conventions conclues entre les restants et les sortants, les restants indemnisent les sortants, qui s'engagent à détruire leurs équipements et à ne pas concurrencer les restants.

Dans ce contexte, l'avocat général reprend le fait que l'analyse d'une entente interdite par objet n'implique pas l'indifférence de l'intention, mais seulement le fait qu'elle est supposée. Ainsi, l'avocat général précise, à cette occasion :

« *Comme son nom l'indique, la notion de restriction de concurrence par objet met d'abord l'accent sur la finalité de l'accord. Dans ce cas de figure, les parties ne sont fondamentalement pas admises à faire valoir que la restriction de concurrence n'était pas intentionnelle ou que l'accord poursuivait également un autre objectif.*

Cette jurisprudence ne signifie toutefois pas que la volonté des parties ne peut pas être prise en compte. Elle exprime seulement l'idée selon laquelle des entreprises qui agissent de manière rationnelle sont, dans un contexte donné, conscientes des conséquences vraisemblables de l'accord, si bien qu'elles sont supposées les avoir voulues, au moins dans une certaine mesure. En réalité, il ressort du caractère alternatif de la restriction de concurrence par objet et de la restriction de concurrence par effet à ***l'article 81, paragraphe 1, CE*** *(22)* […]*, qu'il convient de ne pas se fonder exclusivement sur les conséquences qui découlent nécessairement de*

[579] CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637.

l'accord. La volonté des parties à cet accord peut, elle aussi, être prise en compte. Celle-ci peut être en particulier déduite de la genèse de l'accord »[580].

Dans le contexte de l'allégation, par l'association des producteurs, d'un ***but légitime***, soit celui de ***remédier aux effets d'une crise sectorielle***, M. l'avocat général analyse le rapport entre un accord anticoncurrentiel et la volonté d'enfreindre les règles de concurrence, sens dans lequel il précise :

« *Le troisième cas de figure concerne les restrictions accessoires qui sont nécessaires à la poursuite d'un objectif principal. Aux fins de la présente procédure préjudicielle, cette catégorie doit donner lieu à la distinction suivante : si l'objectif principal poursuivi ne relève pas du principe d'interdiction de* ***l'article 81, paragraphe 1, CE****, parce qu'il est neutre sur le plan de la concurrence ou qu'il la favorise, les restrictions accessoires qui sont nécessaires pour atteindre cet objectif n'en relèvent pas non plus. Dans ces cas, une restriction de concurrence ne saurait être retenue. Par contre, il y a restriction de concurrence dès lors que l'objectif principal poursuivi relève du principe d'interdiction de* ***l'article 81, paragraphe 1, CE*** »[581].

En d'autres termes, ce que cherche M. l'avocat général en vue de distinguer entre une entente anticoncurrentielle et un contrat légal est l'objectif principal poursuivi par les parties, qui n'est rien d'autre que leur intention commerciale. Dans la mesure où cette intention n'a pas un objectif anticoncurrentiel, le premier critère pour l'application de la doctrine des restrictions accessoires est rempli. D'autre part, si l'intention commerciale des parties relève d'un objectif anticoncurrentiel, tout autre considérant portant sur l'absence de l'intention reste sans conséquence.

317. La Cour de justice, sans nier tout rôle pour l'intention fautive ou, à l'inverse, légitime, confirme une jurisprudence constante dans le sens que l'existence des deux buts, dont un concurrentiel et l'autre anticoncurrentiel, n'exclut pas l'application du droit de la concurrence. Dans ce sens, elle confirme que :

« *En effet, pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. À cet égard, à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition. En effet, un accord peut être considéré comme ayant*

[580] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637, p. 42 – 44.
Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008 I-08637, p. 52.

un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes »[582].

En effet, comme la Cour de justice a compris, la BIDS soutient que « *les accords BIDS, d'une part, ne poursuivent pas un but anticoncurrentiel et, de l'autre part, n'entraîneront pas de conséquences néfastes pour les consommateurs ainsi que, plus généralement, pour la concurrence* »[583]. Par conséquent, le premier argument a été l'absence d'intention de restreindre la concurrence, raison pour laquelle les accords ne devraient pas être présumés avoir de tels effets en vertu d'une telle intention.

Par contre, la BIDS a prétendu que sa vraie intention n'a pas été de restreindre la concurrence, mais de permettre à tous les acteurs de l'industrie, de la ferme jusqu'à la porte de l'usine, de se concurrencer de manière plus efficace et d'être plus compétitifs[584], via une action poursuivant l'objectif « *de restreindre les surcapacités et de réaliser des économies d'échelle* »[585].

Bien que l'absence d'une telle intention a été claire dès le début, puisque l'entreprise a été, dès le début, très ouverte et a elle – même cherché l'approbation des autorités de concurrence, la Cour de justice a qualifié les accords comme ayant pour objet, donc, comme intention, « *de modifier de manière sensible la structure du marché grâce à un mécanisme destiné à encourager la sortie d'entreprises concurrentes* »[586].

Une intention de restreindre la concurrence a été soulignée par M. l'avocat général, au moment où il conclut que :

« *Sous réserve de l'analyse d'ensemble qu'il me reste à effectuer ci -après sous 3), j'en conclus que la réduction de 25 % de la capacité de production de l'ensemble du secteur de la transformation semble tendre à une restriction sensible de la concurrence* »[587].

À observer que l'approche de la Cour de justice, loin d'être une négation de l'importance de la volonté des parties, représente une forte confirmation du rôle de celle - ci. Par contre, il ne suffit pas qu'entre plusieurs buts poursuivis par les parties à l'accord, seulement quelques-unes relevant d'une intention concurrentielle, dans la mesure où un autre but également poursuivi reste anticoncurrentiel – dans cette hypothèse, la sanction prévue pour l'infraction de **l'article 101 du TFUE** reste applicable, en dépit d'une intention partiellement licite.

---

[582] CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637, p. 21.
[583] CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637, p. 19.
[584] ODUDU Okeogene, *Restriction of competition by objet – what's the beef?*, Competition Law Review, 2008, p. 11 - 17.
[585] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637, p. 94.
[586] CJUE, 20 novembre 2008, Competition AuthoritycontreBeef Industry Development Society LtdetBarry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, Affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637, p. 31.
[587] Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées dans l'affaire CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contreBeef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637, p. 75.

À la lumière de l'analyse jurisprudentielle déjà effectuée, même si la BIDS pouvait prouver que la restriction était nécessaire pour l'atteinte de l'objectif envisagé, l'interdiction de **l'article 101 du TFUE** serait, de toute manière, applicable, en raison de l'intention de restreindre la concurrence, ce qui implique une présomption de restriction de la concurrence, ayant en vue le but anticoncurrentiel recherché par les parties à l'accord.

318. Une autre affaire qui comprend des renseignements en matière d'intention fautive, par rapport à la doctrine des restrictions accessoires est **l'arrêt Metro**[588], qui a comme objet une plainte déposée par Metro contre Saba, qui a refusé de lui livrer des appareils électroniques en vue de la revente, parce que Metro ne remplissait pas certains critères que Saba imposait à ses grossistes.

Dans le contexte où Saba invoque, comme ***intention licite, la modalité de fonctionnement d'un système de distribution sélective***, la Cour de Justice reconnaît le caractère légitime de l'obligation imposée aux distributeurs agrées de ne pas revendre aux grossistes non-agrées, néanmoins, elle considère qu'encore faut – il :

« *que les obligations acceptées en matière de contrôle, tant qu'elles ne dépassent pas le but recherché,* [ce que] *ne sauraient constituer par elles-mêmes une restriction de concurrence, mais forment l'accessoire de l'obligation principale, dont elles contribuent à assurer l'application ;*

Qu'ainsi, ne dépassant pas ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif, ces obligations de contrôle, dans la mesure où elles visent à assurer le respect des conditions d'agréation en ce qui concerne les critères de qualification professionnelle, échappent au champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, tandis que, dans la mesure où elles garantissent le respect d'obligations plus contraignantes, elles tomberont sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, sauf à bénéficier, le cas échéant, ensemble avec l'obligation principale qu'elles accompagnent, de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3 »[589].

Par conséquent, c'était l'intention licite de Saba – celle de mettre en place un système de distribution sélective fonctionnel, qui a conduit à la conclusion que l'obligation de ne pas revendre aux distributeurs non – agrées ne représente pas une restriction de concurrence, mais seulement un moyen légitime pour l'accomplissement du but déclaré.

319. Une approche similaire a été conduite par la Cour de justice dans **l'arrêt Pronuptia de Paris**[590] pour le système de distribution par le biais d'une franchise – en effet, l'arrêt a été prononcé suite à une question préjudicielle, soulevée dans le cadre d'un litige entre la société Pronuptia de Paris, agissant en qualité de franchiseur et Mme Schillgalis, agissant en qualité de

[588] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977, page 01875.
[589] CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977, page 01875, p. 27.
[590] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84, recueil de jurisprudence 1986, page 00353.

franchisé, litige qui porte sur l'obligation du franchisé de payer au franchiseur des redevances sur son chiffre d'affaires.

En vue de répondre à la question de savoir dans quelle mesure l'interdiction de l'ancien **article 85 CEE**, l'actuel **article 101 du TFUE** est applicable aux contrats de franchise, la Cour de justice précise, à titre préalable, que :

« *Dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès* »[591].

La Cour de justice continue par montrer comment, en vue de fonctionner, un système de franchise a besoin de l'accomplissement des deux critères cumulatifs, soit :

(i). le franchiseur doit pouvoir communiquer aux franchisés son savoir-faire et leur apporter l'assistance pour être en mesure d'appliquer ses méthodes, sans risquer que ceux – ci profitent à des concurrents ;

(ii). le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne du franchiseur Pronuptia.

Ainsi, la Cour de Justice postule que :

« *Il en résulte que les clauses qui sont indispensables pour prévenir ce risque ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de **l'article 85, paragraphe 1**. Il en va ainsi de l'interdiction faite au franchisé d'ouvrir, pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l'expiration de celui-ci, un magasin ayant un objet identique ou similaire, dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau. Il en va de même de l'obligation imposée au franchisé de ne pas céder son magasin sans l'accord préalable du franchiseur: cette clause tend à éviter que le bénéfice du savoir-faire transmis et de l'assistance apportée n'aille indirectement à un concurrent* »[592].

« *Il en résulte que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de **l'article 85, paragraphe 1**. Il en va ainsi d'abord de l'obligation pour le franchisé d'appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et d'utiliser le savoir-faire transmis* »[593].

[591] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84, recueil de jurisprudence 1986, page 00353, p. 15.
[592] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84, recueil de jurisprudence 1986, page 00353, p. 16.
[593] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84, recueil de jurisprudence 1986, page 00353, p. 17.

Par la suite, sans faire aucune référence expresse à l'intention des parties, la Cour de justice est, toutefois, loin de nier son rôle. En partant de l'organisation d'un système de franchise, la Cour en déduit deux conditions nécessaires pour le fonctionnement de celui – ci: il faut, d'une part, que le franchiseur puisse communiquer le savoir-faire au franchisé, sans courir le risque que ces informations profitent aux concurrents et d'autre part, que le franchisé prenne les mesures appropriées en vue de préserver l'image du réseau.

Ces deux conditions ne représentent rien d'autre que ***deux intentions licites des parties à l'accord***, intentions ***subordonnées au but principal du fonctionnement du réseau de distribution*** – si les moyens pour l'atteinte de ces objectifs légitimes respectent le critère de proportionnalité, la Cour de justice va conclure à légitimité d'un tel système.

320. La Cour de justice aborde la question du rapport entre l'intention des parties et la doctrine des restrictions accessoires dans une autre affaire, **l'arrêt Erauw Jacquery**[594], qui porte sur un litige se rapportant à une clause incluse dans un contrat de licence, interdisant à un détenteur d'une licence d'exporter des semences de base, protégés par des droits d'obtention végétale.

Dans ce contexte, la Cour de justice statue que :

« *il y a donc lieu de répondre à la première partie de la question posée par la juridiction nationale en ce sens qu' une clause, insérée dans une convention relative à la multiplication et la vente de semences dont l' une des parties est le titulaire ou le mandataire du titulaire de certains droits d'obtention végétale, et qui interdit au licencie de vendre et d' exporter des semences de base, est compatible avec* ***l' article 85, paragraphe 1,*** *du traité dans la mesure où elle est nécessaire pour permettre à l'obtenteur de sélectionner les négociants–préparateurs licenciés* »[595].

Sans utiliser le terme « *intention* » ou bien « *faute* », la Cour de justice indique la ***volonté principale des parties – à savoir la mise en place d'un contrat de licence***, ce qui implique leur intention de sélectionner les négociants préparateurs. Or, dans la mesure où l'interdiction d'exportation est nécessaire pour satisfaire à cette intention subjective des parties, dans le respect du critère de proportionnalité, une interdiction d'exportation reste permise par le droit de la concurrence.

321. La même approche a été conduite par la Cour de justice à l'occasion de **l'affaire Coditel**[596], ayant pour objet une licence exclusive octroyée par le titulaire de licence à une société de distribution de Belgique, en vertu de laquelle la société belge avait le droit d'empêcher d'autres entreprises de cet État membre de présenter le film en Belgique sur la période déterminée par le contrat.

---

[594] CJCE, 19 avril 1988, SPRL Louis Erauw-Jacquery contre Société coopérative La Hesbignonne, affaire 27/87, recueil de jurisprudence 1988, page 01919.
[595] CJCE, 19 avril 1988, SPRL Louis Erauw-Jacquery contre Société coopérative La Hesbignonne, affaire 27/87, recueil de jurisprudence 1988, page 01919, p. 11.
[596] CJCE, 6 octobre 1982, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres contre Ciné-Vog Films SA et autres, affaire C-262/81, recueil de jurisprudence 1982, page 03381.

A cette occasion, la Cour de justice dit pour droit que :

« *en ce qui concerne plus particulièrement un contrat concédant un droit exclusif de représentation d'un film pour une période déterminée sur le territoire d'un état membre, par le titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre, il appartient aux juridictions nationales de procéder aux vérifications nécessaires, et en particulier de relever si l'exercice du droit exclusif de représentation ne crée pas de barrières artificielles et injustifiées au regard des nécessités de l'industrie cinématographique, ou la possibilité de redevances dépassant une juste rémunération des investissements réalisés, ou une exclusivité d'une durée excessive par rapport à ces exigences, et si, d'une manière générale, cet exercice dans une aire géographique déterminée n'est pas de nature à empêcher, à restreindre, ou à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* »[597].

Le but des parties, leur ***intention légitime, était la conclusion d'un contrat de licence*** pour une production cinématographique – dans ce contexte, la clause conformément à laquelle le concédant octroie un droit exclusif de représentation pour une période déterminée sur le territoire de la Belgique doit être appréciée par la juridiction nationale, après la prise en compte du critère de la proportionnalité, à la lumière de ce but. Il reste à vérifier, par conséquent, les clauses que la nature même du contrat de licence impose, qui seront considérées légales dès lors que les autres critères seront accomplis, notamment la proportionnalité.

En effet, c'est en raison de cette intention légitime – la conclusion d'un contrat de licence, que l'interdiction d'exportation, ainsi que celle de redistribution pourrait être envisagée comme une restriction accessoire.

322. Le rôle de l'intention fautive, dans le contexte de la doctrine des restrictions accessoires a été abordé par la Cour de justice dans une autre affaire – **Gøttrup-Klim**[598], portant sur une association de consommation, dont le but est d'offrir des biens moins chers à ses membres; les associations locales qui achetaient ou vendaient des biens pouvaient y accéder, par la signature d'un statut qui leur interdisait d'adhérer à toute autre association concurrente. Un litige est né dès lors que certains membres ont refusé de respecter la clause, en invoquant la contrariété de celle-ci à **l'article 81(1) du traité CE**, au présent, **l'article 101 du TFUE**.

En vue d'analyser la compatibilité de cette clause avec le droit de la concurrence, la Cour de justice reconnaît que, sur un marché où le prix des produits varie en fonction du volume des commandes, les opérations d'achat peuvent constituer un contrepoids important à la puissance contractuelle des gros producteurs et facilitent une concurrence plus efficace, sens dans lequel une double appartenance des membres :

[597] CJCE, 6 octobre 1982, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres contre Ciné-Vog Films SA et autres, affaire C-262/81, recueil de jurisprudence 1982, page 03381, p. 2.
[598] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641.

« *aurait pour effet d'affaiblir la capacité de chacune de ces associations de poursuivre ses objectifs pour le bénéfice de ses autres membres, notamment dans le cas où les membres concernés sont eux-mêmes, comme en l'espèce, des associations coopératives comptant un grand nombre de membres individuels* »[599].

De plus :

« *Il en résulte qu'une telle double appartenance mettrait en péril à la fois le bon fonctionnement de la coopérative et sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs. Une interdiction de double appartenance ne constitue donc pas nécessairement une restriction de la concurrence au sens de* ***l'article 85, paragraphe 1, du traité****, et peut même produire des effets positifs sur la concurrence. Toutefois, il y a lieu d'admettre qu'une disposition statutaire d'une association coopérative d'achat, qui limite la possibilité pour ses membres de faire partie d'autres formes de coopération concurrentes, et qui, de cette façon, les décourage de s'approvisionner ailleurs, peut produire certains effets négatifs sur la concurrence. Il s'ensuit que, pour échapper à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité, les restrictions imposées aux membres par les statuts des associations coopératives d'achat doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs* »[600].

Par conséquent, l'objectif légitime de l'association, donc ***l'intention concurrentielle*** de celle – ci, était de constituer une ***association qui puisse concurrencer d'autres associations*** par un prix le plus réduit que possible, à travers l'interdiction d'appartenance à toute autre association à objet similaire. Après avoir reconnu que l'appartenance des membres à plusieurs associations aurait pour effet d'affaiblir le but même de l'association, soit le bénéfice d'autres membres, la

Cour a procédé à une analyse sur le terrain du principe de la proportionnalité.

Par la suite, c'était l'intention concurrentielle légitime qui a conduit la Cour à analyser le cas d'espèce par le biais de la doctrine des restrictions accessoires, ce qui serait susceptible de légitimer la clause du statut, suite à l'examen, par l'instance nationale, du respect du critère de proportionnalité.

323. Un autre arrêt comprenant des renseignements sur l'intention fautive et son rapport à la doctrine des restrictions accessoires est l'arrêt **AEG Telefunken contre Commission**[601], où la Cour de justice a pris en considération un système de distribution sélective, ayant des critères objectifs de séléction, mais qui étaient appliqués en vue d'exclure les distributeurs qui, bien que remplissant les conditions d'admission, n'étaient pas d'accord à respecter les prix de vente fixés directement ou indirectement par AEG.

[599] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 33.
[600] CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641, p. 33.
[601] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151.

Dans ce contexte, la Cour de justice précise :

« *Si des systèmes de distribution sélective influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun, des exigences légitimes, tel le maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, justifient cependant une réduction de la concurrence par les prix au bénéfice d'une concurrence portant sur d'autres éléments que les prix. Les systèmes de distribution sélective constituent donc, du fait qu'ils visent à atteindre un résultat légitime qui est de nature à améliorer la concurrence, là où celle-ci ne s'exerce pas seulement sur les prix, un élément de concurrence conforme à* ***l'article 85, paragraphe 1 du traité****.*

Un fabricant pratiquant un système de distribution sélective n'est donc pas fondé à estimer que l'acceptation d'un engagement à pratiquer des prix permettant une marge bénéficiaire assez élevée constitue une condition licite pour l'admission à un système de distribution sélective. Du fait même qu'il est autorisé à ne pas admettre et à ne pas garder dans son réseau de distribution des commerçants qui n'étaient pas ou ne sont plus en mesure de fournir les prestations typiques du commerce spécialisé, il dispose de tous les instruments nécessaires pour s'assurer d'une application efficace du système. Dans ces circonstances, l'exigence d'un engagement en matière de prix constitue donc une condition manifestement étrangère aux besoins d'un système de distribution sélective et affectant ainsi également de libre jeu de la concurrence »[602].

L'intention licite consiste, dans l'espèce, dans l'établissement d'un système de distribution sélective, qui permette à AEG de ***distribuer d'une manière optimale des produits de haute technicité***. Toutefois, dans ce but, l'entreprise a recouru à certaines méthodes disproportionnées, telle que la fixation de prix de revente et l'application discriminatoire du système de distribution, sens dans lequel certains distributeurs remplissant les critères n'ont pas été admis.

Bien que cette intention licite de l'entreprise AEG ait été susceptible de légitimer certaines restrictions de concurrence, comme, par exemple, l'interdiction de revente aux distributeurs non - agrées, la fixation des prix de revente a été considérée par la Cour de justice comme disproportionnée, raison pour laquelle AEG a été condamnée. L'intention a priori licite, est, ainsi, devenue une intention fautive.

324. En vue de continuer l'analyse de l'intention et son rapport avec la doctrine des restrictions accessoires, on va se référer, en ce qui suit, à la jurisprudence **Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Cartier SA**[603], arrêt dans lequel la Cour de justice a analysé le système de distribution sélective de Cartier. Conformément à ce contrat de concession, Cartier s'engage à ne vendre qu'à des concessionnaires agrées à l'intérieur de la Communauté européenne et, en

[602] CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03151, p. 4.
[603] CJCE, 13 janvier 1994, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Cartier SA, affaire C-376/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-00015.

revanche, les concessionnaires eux – mêmes s'obligent à ne vendre qu'à des utilisateurs finals où bien à d'autres concessionnaires agrées à l'intérieur du marché commun.

Bien que Metro n'appartienne pas au réseau des concessionnaires Cartier, elle parvient à se procurer des montres Cartier sur le marché d'États tiers, montres que Metro vend, ensuite, à l'intérieur du marché commun. Les montres Cartier sont vendues avec une garantie du fabricant, ce qui suppose la délivrance d'un certificat au moment de l'achat, certificat sur lequel un concessionnaire agrée par Cartier doit apposer son cachet et sa signature.

Pendant une certaine période, Cartier a exécuté des prestations de garantie pour des montres vendues par Metro, malgré l'absence du cachet et signature d'un concessionnaire agréé, mais depuis 1984, elle a refusé absolument d'assurer gratuitement sa garantie pour ces montres.

Dans ce contexte, dans le cadre d'un litige opposant Metro à Cartier, une question préjudicielle a été soulevée devant la Cour de Justice, portant sur la légalité d'un tel refus de Cartier par rapport aux règles de concurrence.

A cette occasion, la Cour de justice dit pour droit que :

« *A cet égard, il convient d'observer qu'un engagement contractuel de limiter la garantie aux commerçants du réseau et de la refuser aux marchandises écoulées par les tiers aboutit au même résultat et produit le même effet que des clauses contractuelles réservant la vente aux membres du réseau. Comme ces clauses contractuelles, la limitation de la garantie est un moyen pour le fabricant d'empêcher que les tiers au réseau ne se livrent au commerce des produits couverts par le système.*

Dès lors que sont licites les clauses contractuelles par lesquelles le fabricant s'oblige à ne vendre que par l'intermédiaire de distributeurs agréés et par lesquelles ces commerçants agréés s'engagent eux-mêmes à ne revendre qu'à d'autres commerçants agréés ou à des consommateurs, il n'y a pas de raison de soumettre à un traitement plus sévère le régime de limitation contractuelle de la garantie aux produits vendus par l'intermédiaire des distributeurs agréés. Au regard de l'article 85 du traité, seuls comptent l'objet de cette limitation et l'effet qu'elle produit »[604].

Bien que la Cour de justice ne prononce pas le mot *faute* ou bien *intention*, la juridiction part de la prémisse de l'existence de ***l'intention légitime de Cartier***, celle d'établir un réseau de distribution sélective, avec ***l'interdiction, pour les concessionnaires, de vendre à des distributeurs non - agrées***.

Après avoir posé qu'une telle clause est conforme au droit de la concurrence, ayant en vue le degré élevé de technicité des montres, la Cour arrive à la conclusion que le refus de fournir garantie à des montres vendues par l'intermède des distributeurs non – agrées, comme Metro, n'arrive qu'au même effet que l'interdiction de vendre à des distributeurs non – agrées. Or, du

[604] CJCE, 13 janvier 1994, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Cartier SA, affaire C-376/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-00015, p. 33 et 34.

moment où cette interdiction est accessoire par rapport à l'établissement d'un système de distribution sélective, le refus de fournir la garantie aux distributeurs non – agrées est, lui aussi, couvert, par la même intention légitime.

325. Dans l'affaire **Société technique minière**[605], la Cour de justice se voit posée une question préjudicielle, ayant pour objet la compatibilité avec le correspondant de l'actuel **article 101 du TFUE** d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de distribution exclusive, à l'occasion de laquelle la Cour de justice rappelle que l'objet de l'accord doit être apprécié *compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué*. En plus, retient la Cour de Justice :

« *que notamment l'altération de la concurrence peut être mise en doute si ledit accord apparait précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas ; que, des lors, pour apprécier si un contrat assorti d'une clause "concédant un droit exclusif de vente" doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isole de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles* »[606].

Dès lors que ***l'intention licite*** des parties était ***la pénétration d'un nouveau marché***, une clause de non – concurrence insérée dans un contrat de distribution exclusive peut être considérée comme accessoire à l'opération de pénétration du marché, donc une opération légitime. C'était, par conséquent, l'intention légale des parties qui a permis à la juridiction européenne de conclure à la validation d'une telle clause par rapport aux règles européns en matière de concurrence.

326. Une autre affaire qui apporte des précisions dans le sens de l'importance de l'intention licite dans le cadre de la doctrine des restrictions accessoires est **l'arrêt Nungesser**[607], dans lequel la Cour de justice s'est prononcée sur la légalité d'une licence exclusive, renforcée par une protection territoriale absolue, comprenant une protection territoriale à la fois contre la vente active et contre la vente passive.

La société Nungesser a contesté la décision de la Commission, qui l'a sanctionnée pour une infraction au correspondent de l'actuel **article 101 du TFUE**, par la conclusion d'un contrat entre l'Institut national de la recherche agronomique et M. Eisele concernant la cession pour le

[605] CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), affaire 56-65, recueil de jurisprudence 1966, page 00337.
[606] CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), affaire 56-65, recueil de jurisprudence 1966, page 00337.
[607] CJCE, 8 juin 1982, Nungesser et K. Eisele contre Commission, affaire 258/78, recueil de jurisprudence 1986, p. 2015.

territoire de l'Allemagne, du droit d'obtention végétale sur certaines variétés de semences de maïs hybride développées par l'Institut, ainsi que l'exclusivité de multiplication et de vente de ces mêmes semences sur ce territoire.

Dans ce contexte, la Cour de justice dit pour droit que :

« *Par ce moyen, les requérants reprochent à la Commission d'avoir considéré à tort qu'une licence exclusive d'un droit d'obtention doit, par sa nature même, être assimilée à un accord interdit par* ***l'article 85, paragraphe 1****, du traité. Cette opinion de la Commission serait mal fondée, dans la mesure où, pour des semences qui ont été récemment développées dans un état membre, et qui n'ont pas encore pénétré sur le marché d'un autre Etat membre, la licence exclusive constituerait le seul moyen de promouvoir la concurrence entre le nouveau produit et les produits comparables dans cet autre Etat membre. En effet, aucun cultivateur ou commerçant ne prendrait le risque de lancer le nouveau produit sur un nouveau marche s'il n'était pas protégé contre la concurrence directe du titulaire du droit d'obtention et de ses autres licenciés* »[608].

Dans cette espèce aussi, c'est l'intention licite des parties à l'accord qui a fait en sorte que la protection territoriale soit considérée comme une restriction accessoire – en effet, ***l'intention licite*** est représentée par la ***compensation des risques élevés pris par le cultivateur qui souhaite se lancer dans une nouvelle concurrence***.

327. L'arrêt **Remia BV**[609] confirme cette approche de la Cour de Justice**,** qui s'est prononcée sur une clause de non – concurrence par le cédant même sur le même marché, clause insérée dans un contrat de cession des parts sociales. En effet, les parties à l'accord ont notifié la Commission européenne concernant cette cession, mais ont été sanctionnées pour infraction au correspondent de l'actuel **article 101 du TFUE**. Ainsi, la Cour admet une telle clause, dans la mesure où elle est nécessaire pour le transfert même de l'entreprise, sens dans lequel elle précise :

« *Dans une telle hypothèse, et lorsque le vendeur et l'acheteur demeureraient en situation de concurrence après la cession, il apparait que l'accord de cession d'entreprise ne pourrait être réalisé. En effet, le vendeur, qui connait particulièrement bien les particularités de l'entreprise cédée, conserverait la possibilité d'attirer à nouveau vers lui son ancienne clientèle immédiatement après la cession et de rendre ainsi non viable cette entreprise. Dans ces conditions, les clauses de non-concurrence insérées dans des contrats de cession d'entreprise ont, en principe, le mérite de garantir la possibilité et l'effectivité de cette cession. Par la même, elles contribuent à renforcer la concurrence par l'accroissement du nombre des entreprises présentes sur le marché en cause.*

[608] CJCE, 8 juin 1982, Nungesser et K. Eisele contre Commission, affaire 258/78, recueil de jurisprudence 1986, page 2015, p. 44.
[609] CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02545, note nº 111, p. 19 et 20.

Encore faut-il que, pour avoir cet effet bénéfique sur la concurrence, de telles clauses soient nécessaires au transfert de l'entreprise cédée et que leur durée et leur champ d'application soient strictement limites à cet objectif. La Commission a donc estimé à bon droit que lorsqu'il est satisfait à ces conditions, de telles clauses échappent à l'interdiction édictée par ***l'article 85, paragraphe 1*** »[610].

Dans ce cas d'espèce aussi, l'approche de la Cour de justice est similaire – après avoir identifié ***l'intention légitime*** des parties, soit ***l'efficacité de l'opération de transfert de l'entreprise***, la Cour procède à une analyse en deux temps :

(i). est–ce que la restriction visée est nécessaire pour l'implémentation du but déclaré ?
(ii). est–ce que cette restriction n'en va au-delà de ce qui est nécessaire pour l'implémentation de ce but ?

La conclusion de la Cour de justice a été dans le sens de la validation de la clause de non – concurrence, puisqu'elle a été considérée comme strictement nécessaire à la réalisation de la cession de l'entreprise.

Là encore, ce qu'il reste important d'observer est que cette analyse a été développée par la Cour de justice justement en raison de l'existence d'une intention légitime des parties, soit l'efficacité de l'opération de transfert de l'entreprise.

328. Une dernière affaire pertinente en matière de restrictions accessoires de nature commerciale est l'arrêt **Métropole**[611].

Il a été prononcé par la Cour de justice dans le contexte de la création de la société Télévision par satellite par l'intermède d'une concentration économique, ayant pour objet de concevoir, développer et diffuser, en mode numérique et par satellite, une offre de programmes et de services télévisuels payants à destination des téléspectateurs européens francophones. Sous l'angle du correspondent de l'actuel **article 101 du TFUE**, les entreprises ont été sanctionnées pour trois types de clauses, soit la clause de non – concurrence, la clause relative aux chaînes thématiques et la clause d'exclusivité.

En ce qui concerne la possible qualification de la clause d'exclusivité de restriction accessoire, la Cour de justice précise que :

« *Il convient toutefois de relever, à titre liminaire, que le fait que la clause d'exclusivité serait nécessaire afin de permettre à TPS de s'installer durablement sur ce marché est sans pertinence pour la qualification de ladite clause de restriction accessoire.*

[610] CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02545, note n° 111, p. 19 et 20.
[611] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001, page II-02459.

En effet, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus au point 106, de telles considérations, qui ont trait au caractère indispensable de la restriction au vu de la situation concurrentielle sur le marché en cause, ne relèvent pas de l'analyse du caractère accessoire de la restriction. Elles ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité.

Ensuite, il y a lieu de relever que, si, en l'espèce, les requérantes ont pu établir à suffisance de droit que la clause d'exclusivité était directement liée à la constitution de TPS, en revanche, elles n'ont pas démontré que la diffusion exclusive des chaînes généralistes était objectivement nécessaire à cette opération. À cet égard, il convient de relever, ainsi que le souligne à juste titre la défenderesse, qu'une société active dans le secteur de la télévision à péage peut être lancée en France sans disposer de la diffusion exclusive des chaînes généralistes »[612].

En effet, ***l'intention légitime dans cette espèce a été la constitution d'une nouvelle société ayant pour objet la diffusion des programmes télévisuels payants*** – toutefois, bien que le but des parties ait été considéré comme licite, les clauses n'ont pas été jugées comme absolument nécessaires à l'implémentation de l'opération. En effet, comme le précise la Cour, une société active dans le secteur de la télévision à péage peut être lancée sans disposer de la diffusion exclusive des chaînes généralistes.

La conclusion de la Cour de justice dans le sens de constatation de l'illégalité de ces clauses par rapport au droit de la concurrence n'équivaut pas, toutefois, à une négation du rôle de l'intention dans le cadre de la doctrine des restrictions accessoires, mais au contraire, à son renforcement.

329. C'est, en effet, l'intention légitime qui a permis à la Cour de justice de procéder avec cette analyse en deux pas, pour laquelle une intention légale est le point de départ. Par contre, si les clauses insérées dans l'accord avaient dépassé ce qui était strictement nécessaire pour l'atteinte du but légitime établi, l'approche aurait été différente.

330. Ces arrêts de la Cour de justice montrent qu'au moment de la prise en compte des effets restrictifs de concurrence, on peut invoquer avec succès que ces restrictions, qui sont nécessaires à l'implémentation d'une opération à intention concurrentielle, d'un but légitime, sont accessoires à ce but même et donc, qu'elles tombent en dehors de l'interdiction de **l'article 101 du TFUE**. Ces intentions légitimes peuvent prendre plusieurs formes, comme la pénétration d'un nouveau marché, l'établissement avec succès d'une association de vente ou bien la cession des parts sociales.

331. D'une part, l'idée qui unifie tous ces arrêts est l'intention commerciale légitime, qui fait en sorte que les restrictions nécessaires pour l'atteinte de ce but légal soient considérées, elles – mêmes, comme légitimes. Dans ce sens, l'expression "*restriction accessoire*" semble illustrative.

---

[612] TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001, page II-02459, p. 120, 121 et 122.

332. D'autre part, ces arrêts se distinguent par rapport à la jurisprudence à discuter en ce qui suit, qui porte sur les restrictions accessoires qui tiennent à l'intérêt public.

b. La répercussion de l'intention légitime ou fautive sur les restrictions accessoires qui tiennent à l'intérêt public

333. Si, à la lumière de la jurisprudence antérieure, on pourrait conclure que la Cour de justice a établi que les restrictions de concurrence qui sont absolument nécessaires à l'implémentation d'une opération juridique légale d'intérêt privé tombent en dehors de l'interdiction de **l'article 101 du TFUE**, **l'arrêt Wouters**[613] porte sur un autre type de restriction accessoire, qui tient à l'intérêt public.

Dans le cas d'espèce, M. Wouters, avocat ayant l'intention de pratiquer dans le cadre d'une entreprise de comptables, a contesté la règle établie par le Barreau des Avocats des Pays Bas qui interdisait aux avocats d'entrer dans un partenariat avec toute autre personne qu'un avocat. Plusieurs questions préjudicielles ont été adressées à la Cour de justice, portant sur la compatibilité de cette restriction établie par le Barreau néerlandais avec les règles de concurrence. Dans ce contexte, la Cour de justice a dit pour droit que :

« *il convient toutefois de relever que tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à* ***l'article 85, paragraphe 1, du traité****. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice* […]. *Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs.*

Ainsi, elles imposent que l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers, dont il convient qu'il ne subisse jamais l'influence. Il doit offrir, à cet égard, la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client »[614].

Par conséquent, bien qu'il s'agisse d'une règle édictée par le Barreau des avocats de Pays Bas, entité de droit public, en vue de vérifier si la restriction de concurrence représente une clause accessoire à une quelconque opération légale, la Cour de justice a examiné les règles selon lesquels la profession d'avocat est organisée.

[613] CJCE, 19 février 2002, Wouters contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002, page I-01577.
[614] CJCE, 19 février 2002, Wouters contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002, page I-01577, p. 97 et 102.

De ce point de vue, la Cour a trouvé que l'interdiction, pour les avocats de collaborer avec toute autre profession qu'un avocat doit être regardée dans le contexte dans lequel elle a été rédigée : dans ce sens, le Barreau a eu comme ***intention licite de garantir l'impératif d'indépendance qui doit être satisfait par la profession d'avocat***.

334. Outre les vifs débats que cet arrêt a suscité[615], il convient de rappeler que c'était l'intention licite du Barreau qui a conduit la Cour de justice à la validation d'une telle prévision, par rapport à l'interdiction des ententes.

Par conséquent, la notion de restriction accessoire est applicable à la fois aux intentions légitimes commerciales des entreprises, et aux intentions légitimes qui tiennent à l'intérêt public des organismes de droit public, des lors qu'elles s'avèrent nécessaires pour l'accomplissement de l'opération envisagée, elle-même légitime.

Conclusion partielle – l'intention licite, point de départ pour l'autorisation des restrictions accessoires

335. En droit européen de la concurrence, la notion de restriction accessoire couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale[616]. Il mérite d'être mentionné que, par restriction directement liée à la réalisation d'une opération principale, il convient d'entendre toute restriction qui est subordonnée en importance par rapport à la réalisation de cette opération à intention légitime et qui comporte un lien évident avec celle-ci.

336. Une fois établi le but légitime envisagé, la condition relative au caractère nécessaire d'une restriction implique une analyse en deux temps : d'une part, il convient de rechercher si la restriction est objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale et, d'autre part, si elle est proportionnée par rapport à celle-ci.

337. Dès lors qu'on a établi qu'une restriction est objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale à objectif légitime, il convient encore de vérifier si sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération – c'est le test de proportionnalité.

338. Quant aux conséquences de la qualification de restriction accessoire, il convient de préciser que, s'il est établi qu'une restriction est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération à intention concurrentielle ou bien neutre par rapport au droit de la concurrence, la compatibilité de cette restriction avec les règles de concurrence doit être examinée par rapport à l'opération principale.

---

[615] Pour le développement de ces débats, voir WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, pp. 130 - 133.

[616] Commission européenne, Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, 2005/C 56/03, 5 mars 2005.

339. Dans ce sens, lorsque l'opération principale ne tombe pas sous l'interdiction édictée à **l'article 101 du TFUE**, les restrictions directement liées et nécessaires à cette opération seront, elles – mêmes, exclues de son champ d'application.

340. Pour la présente thèse, ce qui comporte un intérêt tout particulier est la première condition, portant sur la nécessité objective de la restriction envisagée pour l'implémentation d'une opération principale.

341. Dès lors que, pour la faire sortir du champ d'application de **l'article 101 du TFUE**, il faut que le but de l'opération principale soit concurrentiel ou bien neutre par rapport au droit de la concurrence, cette neutralité équivaut à une intention légitime des parties, qui est le contraire d'une intention fautive.

342. Ce que mérite d'être remarqué est que la Cour de justice suit la même analyse en deux pas, qu'il s'agisse des restrictions afférentes à une opération commerciale, ou bien d'une intention légitime qui tient à l'intérêt public.

D'une part, en ce qui concerne les restrictions accessoires à une opération commerciale, on a analysé plusieurs arrêts, dont les uns font une référence expresse à la volonté des parties[617], où bien au but ou objectif des parties à l'accord[618], d'autres se contentent d'indiquer l'opération légitime poursuivie[619], en vue d'en déduire l'intention licite.

D'autre part, pour les restrictions accessoires à une intention légitime qui tient à l'intérêt public, **l'arrêt Wouters** ne mentionne pas la notion d'intention ou bien de volonté, mais indique seulement l'impératif de garantir l'indépendance de la profession d'avocat par rapport aux autres professions – une vraie intention licite[620].

343. Toutefois, ce qui unifie toute la jurisprudence est la ligne de pensée suivie par la Cour de justice – dès lors qu'elle a identifié une opération juridique comme principale par rapport à la restriction de concurrence analysée, elle en déduit l'intention qui se trouve derrière cette opération. A partir de ce moment, si la restriction est à la fois nécessaire et proportionnée par rapport au but poursuivi, on peut conclure à une restriction accessoire, valide par rapport à **l'article 101 du TFUE**.

344. Si on a déjà établi que l'intention, concurrentielle ou bien fautive, joue un rôle dans le cadre de la doctrine des restrictions accessoires, car elle est la raison de fond qui permet à la Cour de justice la poursuite de l'analyse en deux pas identifiée en haut, il reste encore à étudier

---

[617] Voir, par exemple, l'arrêt CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637.

[618] Pour un exemple dans ce sens, voir l'arrêt CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, recueil de jurisprudence 1977, page 01875.

[619] Comme, par exemple, dans le cas CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985, page 02545.

[620] Dans ce sens, v. CJCE, 19 février 2002, Wouters contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002, page I-01577, p. 97 et 102.

un récent développement jurisprudentiel portant sur le rôle de l'intention légitime dans le cadre des relations horizontales.

§ 4. – Le fleurissement de l'absence de l'intention fautive, comme défense dans le cadre des relations horizontales – l'arrêt ETURAS

345. Une avancée intéressante à propos du rôle de l'acquiescement pour l'établissement de l'existence d'une infraction est fournie par **l'arrêt ETURAS**[621], qui a pour objet l'application d'une notion traditionnelle à des nouveaux faits dans le contexte de l'environnement multimédia. La décision de la Cour de justice a été prononcée suite à une question préjudicielle posée par la Cour administrative suprême de Lituanie, qui a été appelée à se prononcer sur l'application d'un système commun de rabais par des agences de voyage, par l'intermède de la plateforme électronique E-TURAS.

346. En effet, l'entreprise ETURAS est titulaire des droits exclusifs et en même temps administrateur de la plateforme E-TURAS, un système de réservation de voyages en ligne, qui permet aux agences de voyages ayant conclu une licence avec Eturas de proposer la vente des voyages en ligne, par leur propres sites internet. Chaque agence dispose, dans le logiciel E-TURAS, d'un compte électronique personnel, par lequel elle a accès à une messagerie spécifique E-TURAS.

347. Par l'intermède du système E-TURAS, l'administrateur d'ETURAS a premièrement envoyé un message aux utilisateurs, en leur demandant de voter sur l'opportunité de la réduction des rabais octroyés de 4% à 1-3%. Ensuite, l'application de la nouvelle remise uniforme a été communiquée aux agences de voyage par l'administrateur de la plateforme ETURAS, sous la forme d'un message interne, qui modifie les termes et conditions d'utilisation et qui était accessible seulement à travers la messagerie interne de la plateforme, date après laquelle les sites Internet de huit agences comprenaient des messages publicitaires sur une remise de 3 % sur les voyages. Le niveau maximal de rabais a été implémenté par des moyens techniques, qui permettaient, toutefois, d'octroyer des rabais supérieurs, avec quelques modifications techniques. Personne n'a répondu à ce message de l'entreprise E-TURAS, mais personne ne s'est distancié publiquement non plus par rapport à cette pratique.

Dans le contexte d'une amende imposée par le Conseil de la concurrence, contestée ensuite devant les tribunaux, la juridiction de renvoi a posé deux questions à la Cour de justice, en vue de clarifier les limites de la notion d'entente, dans le contexte où certains agents ont prétendu de ne pas avoir lu, ni eu connaissance de ce message.

D'une part, la première question porte sur la question de savoir dans quelle mesure le seul envoi d'un courriel est suffisant en vue d'établir que le destinataire a ou devrait être conscient de son contenu, de sorte que l'absence de distanciation publique conduise à la possibilité d'engager leur responsabilité. D'autre part, la juridiction demande, en cas de réponse négative à

[621] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publié au recueil numérique.

la première question, quels éléments devraient être pris en compte en vue de déterminer si une entreprise a participé à un système de rabais établi en commun.

Après avoir repris les principes en la matière - le fait que tout opérateur économique doit déterminer son comportement sur le marché d'une manière autonome et que la participation passive n'est pas une cause d'exonération, la Cour de justice réitère une jurisprudence constante, dans le sens où une entreprise ayant eu connaissance de la position de ses concurrents et restant active sur le marché tient compte des informations reçues dans son activité, à l'exception de la distanciation publique.

La Cour de justice reprend les trois éléments d'une pratique concertée, en vue de les particulariser, ensuite, par rapport aux circonstances de l'espèce.

Premièrement, pour la concertation, le standard de preuve requiert des éléments supplémentaires par rapport à l'existence d'une simple restriction technique, soit la transmission du message, ainsi que des indices concordants. De plus, l'entreprise en cause peut apporter la preuve contraire soit par le fait qu'elle n'a pas reçu le courriel électronique, soit par le fait qu'elle ne l'a pas consulté, soit par le fait qu'elle l'a consulté longtemps après l'entente.

Deuxièmement, pour que la Cour de justice accepte le comportement sur le marché comme prouvé, il est important, pour l'autorité en cause, d'apporter la preuve que l'entreprise en cause a connu l'existence de la restriction technique.

Troisièmement, pour le lien de causalité (traditionnellement présumé), la Cour de justice précise que l'entreprise en cause peut apporter la preuve contraire par le fait d'avoir appliqué, d'une manière systématique, un rabais supérieur à 5%. L'approche de la Cour de justice a donné naissance, en pratique, à une série des questions d'interprétation, à savoir :

(i). quels sont les indices nécessaires pour atteindre le standard de la preuve ?
(ii). comment la Commission peut-elle prouver le fait que l'entreprise ait ou non connu la restriction technique ? et
(iii). dans quelles circonstances la présomption de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché peut-elle être renversée par la preuve d'un comportement contraire, dans le contexte où la jurisprudence traditionnelle[622] postule que la simple tricherie n'est ni même une circonstance atténuante, d'autant plus un élément exonérateur et que la seule modalité de renverser la présomption en cause est la distanciation publique ?

[622] TPI, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, publiée au recueil de jurisprudence 2004, page II-02395, p. 291, conformément auquel: « *Quant à la prétendue autonomie d'action de la requérante au sein du club Europe-Japon, il convient de rappeler que le fait qu'une entreprise, dont la participation à une concertation avec ses concurrents pour partager les marchés est établie, ne se soit pas comportée sur le marché d'une manière conforme à celle convenue avec ses concurrents ne constitue pas nécessairement un élément devant être pris en compte, en tant que circonstance atténuante, lors de la détermination du montant de l'amende à infliger* ».

En effet, si la signature des termes et conditions générales d'utilisation d'une plateforme peut, en principe, donner naissance à une entente anticoncurrentielle entre l'administrateur de la plateforme et les utilisateurs, ceci est soumis à la condition de l'acquiescement à ceux-ci, ce qui suppose la prise de connaissance de son contenu, par conséquent, l'existence d'une intention collusoire, illicite.

A. Considérations portant sur la présomption d'acquiescement - une intention déguisée

348. Dans le contexte où certains opérateurs n'ont pas même reçu ou lu le message envoyé par l'administrateur de la plateforme en ligne, du moment où les ventes à travers le système ne représentaient qu'une très petite partie de leur chiffre d'affaires, la Cour de justice a été appelée à se prononcer sur la mesure dans laquelle la simple réception du message présume la prise de connaissance de son contenu et, par conséquent, de leur acquiescement.

349. La position de la Cour de justice a été de traiter l'affaire non pas d'un point de vue de la notion de pratique concertée, mais sur le terrain des règles gouvernant la charge de la preuve et le standard requis pour la preuve, qui tombe sous les règles de l'autonomie procédurale des Etats membres. La Cour de justice confirme qu'une entente peut être prouvée non seulement par des preuves directes, mais aussi par des indices, à condition qu'ils soient objectifs et concluants.

En citant **l'arrêt Total Marketing Services contre Commission**[623], la Cour de justice réitère le fait que, si l'existence d'une pratique concertée peut être inférée par le recours à des preuves non seulement directes, mais aussi indirectes, les indices et les coïncidences peuvent suffire à prouver une infraction, en absence d'une autre explication cohérente.

350. La Cour de justice donne priorité à la présomption d'innocence, dans le sens où, en cas de doutes de la juridiction quant à l'existence de la prise de connaissance des messages, aucune infraction ne peut être inférée par la simple réception du message, en l'absence de la preuve d'acquiescement à son contenu. Dans ce sens, elle retient que :

« *Dans la mesure où la juridiction de renvoi nourrit des doutes quant à la possibilité de constater que* <u>*les agences de voyages avaient ou devaient nécessairement avoir connaissance du message en cause au principal*</u>*, au regard de la présomption d'innocence, il convient de rappeler que celle-ci constitue un principe général du droit de l'Union, énoncé désormais à l'article 48, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »[624].

Par conséquent, constate la Cour :

[623] CJUE, 17 septembre 2015, Total Marketing Services SA contre Commission européenne, affaire C-634/13, publié au recueil numérique de 2015, page 614, p. 26.
[624] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique, p. 38.

« *la présomption d'innocence s'oppose à ce que la juridiction de renvoi déduise du seul envoi du message en cause au principal que les agences de voyages concernées devaient avoir nécessairement connaissance de son contenu* »[625].

B. Considérations portant sur la présomption de participation

351. En vue d'établir la corrélation entre l'acquiescement à l'entente et la présomption de participation tirée de la réception des informations communiquées par une entreprise étant restée active sur le marché, la Cour de justice commence par rappeler deux des éléments constitutifs d'une pratique concertée, soit la concertation et le comportement sur le marché.

352. Si le renvoi du message incriminant ne peut pas présumer sa réception, néanmoins, le simple renvoi du message peut représenter un des indices, qui au regard d'autres indices objectifs et concordants, peuvent fonder la présomption de la prise de connaissance par les agences de voyage du contenu du message, une présomption qui doit pouvoir être renversée par les entreprises en cause[626].

353. Par contre, dans la situation de l'existence des indices dans le sens où la simple réception des messages anticoncurrentiels conduit à la prise de connaissance par les utilisateurs de leur contenu, une présomption d'acquiescement ne doit pas être exclue.

Même dans cette situation, la présomption établie par les faisceaux d'indices doit rester réfragable, dans le sens où la juridiction de renvoi ne peut pas demander aux entreprises une « *probatio diabolica* », en vue de prouver de ne pas avoir pris connaissance des messages incriminés.

Dans ce sens, la Cour de justice précise que la juridiction ne pourrait exiger des démarches excessives ou irréalistes - un tel renversement de la présomption devrait pouvoir être fait, à titre d'exemple, par l'absence de réception du message, l'absence de consultation de la rubrique en question ou la consultation après qu'un certain temps s'est écoulé.

A partir de ce point, un vrai débat entre le Conseil de la concurrence, d'une part, et la requérante, d'autre part, a eu pour objet d'établir dans quelle mesure le comportement des agences de voyages peut être considéré comme un acquiescement tacite, soit une intention, débat qui n'a pas été repris, en tant que tel, par l'arrêt, mais par les conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar :

« *Le Conseil de la concurrence a considéré que les agences de voyages qui utilisaient le système E-TURAS durant la période en cause et qui n'avaient pas exprimé d'objection étaient responsables de l'infraction. Ces agences pouvaient raisonnablement penser que tous les autres utilisateurs du système limiteraient eux aussi leurs remises à 3 % au plus. Partant, elles*

[625] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique, p. 39.
[626] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, p. 40, publiée au recueil numérique.

s'étaient informées les unes les autres du taux de remise qu'elles avaient l'intention d'appliquer à l'avenir et exprimé ainsi indirectement – par un acquiescement implicite ou tacite – une volonté commune quant à leur comportement sur le marché en cause. Le Conseil de la concurrence a par ailleurs observé que ce comportement des agences de voyages sur le marché en cause était à analyser comme constituant une pratique concertée. Il a estimé que, bien qu'Eturas n'opérât pas sur le marché en cause, elle avait joué un rôle en facilitant l'infraction »[627].

A son tour, ETURAS soutient que son comportement n'est pas susceptible d'être qualifié de pratique concertée au sens de **l'article 101 du TFUE**, en invoquant son intention licite, en tant qu'élément conduisant à sa disculpation :

« *Les agences de voyages font valoir que leur intention de réduire les remises n'a pas été établie et que la restriction technique résultait d'un acte unilatéral d'Eturas. Quelques parties requérantes au principal affirment ne pas avoir lu le message système* »[628].

354. Par rapport à la situation de fait, la Cour de justice reconnait que si la restriction technique posée par ETURAS n'empêchait pas les agences de voyages d'accorder des remises supérieures à 3%, qui pouvaient être octroyées par l'accomplissement des formalités techniques supplémentaires.

« *De telles circonstances sont susceptibles de fonder une concertation entre les agences de voyages qui avaient connaissance du contenu du message en cause au principal, celles-ci pouvant être considérées comme ayant tacitement acquiescé à une pratique anticoncurrentielle commune, dès lors que les deux autres éléments constitutifs d'une pratique concertée, rappelés au point 42 du présent arrêt, sont également réunis. En fonction de l'appréciation des preuves par la juridiction de renvoi, une agence de voyages peut être présumée avoir participé à cette concertation à partir du moment où elle avait connaissance de ce contenu* »[629].

En revanche, continue la Cour de justice :

« *si la connaissance par une agence de voyages dudit message ne peut pas être établie, sa participation à une concertation ne saurait être inférée de la seule existence de la restriction technique mise en place dans le système en cause au principal, sans qu'il soit établi sur le*

[627] Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 16 juillet 2015, dans l'affaire 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14M, publiée au recueil numérique, p. 15.
[628] Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 16 juillet 2015, dans l'affaire 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14M, publiée au recueil numérique, p. 19.
[629] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique, p. 44.

fondement d'autres indices objectifs et concordants qu'elle ait tacitement acquiescé à une action anticoncurrentielle »[630].

355. Par conséquent, en l'absence des indices d'un acquiescement, même tacite, au système de concertation mis en place par ETURAS, la présomption d'innocence va trouver pleine application.

Conclusion partielle - sur la possibilité des plateformes électroniques d'acquiescer à une entente

356. Si une pratique concertée implique une coordination, ainsi qu'un comportement subséquent sur le marché, la simple réception d'un courriel électronique dans une boîte électronique ne peut pas présumer l'acquiescement à son contenu comprenant une entente, ni même dans la situation de l'existence d'une restriction technique. En absence de la preuve de la lecture du message par les entreprises en cause, et donc, de leur intention anticoncurrentielle, la simple existence des informations incriminées dans leur boîte électronique ne saurait, en soi, être considérée comme une infraction.

357. Néanmoins, la présomption d'innocence ne s'oppose pas à l'existence d'une présomption de la prise en compte des informations anticoncurrentielles par les agences de voyages en absence de la preuve de la lecture du courriel, dès lors qu'il y a d'autres indices objectifs et cohérents qui suggèrent la prise à la connaissance et l'acquiescement de ceux-ci au contenu du message incriminant.

358. Par conséquent, en absence d'autres indices accomplissant les critères établis par la Cour de justice, c'est l'absence de l'acquiescement des agences de voyage et donc, de leur intention fautive, qui a conduit la Cour à donner priorité à la présomption d'innocence.

359. Si cet arrêt met en exergue quelques critères pour l'appréciation d'une pratique concertée sur les marchés en ligne, les contours d'une telle infraction sont encore imprécis, d'une telle manière qu'il revient à la Commission et aux instances d'en délimiter le contenu exacte – en effet, la notion de pratique concertée pourrait se voir étendue, mais les autorités vont devoir s'interroger sur la qualité des indices concordants qu'elles recherchent, ainsi qu'établir des modalités pour prouver la prise de connaissance (l'élément intellectif de l'intention) ou bien de restreindre la même notion, avec le risque d'impunité pour certains comportements.

[630] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique, p. 45.

360. Néanmoins, cet arrêt a le mérite d'être le premier à permettre l'exonération de responsabilité en raison de l'absence de l'acquiescement – de l'intention, dans le cadre des relations horizontales, une évolution sans laquelle la notion d'entente ne serait pas complète, mais qui est susceptible d'ouvrir une vraie boite de Pandore.

§ 5. – La qualification de « facilitateur » - conditionnée par l'intention

Largement débattue par la doctrine[631], la notion de « *facilitateur* » a entraîné une série de discussions portant d'une part, sur l'étendue de **l'article 101 du TFUE**, et, d'autre part, sur la légalité d'une telle sanction adoptée en droit de la concurrence.

Appliquée pour la première fois dans une décision[632] de la Commission européenne de 1980, en ce qui concerne l'entreprise FIDES-Unione Fiduciaria SpA, société de gestion administrative et comptable, spécialisée également dans les activités de contrôle et de recherche statistiques, la notion de facilitateur a dû attendre une nouvelle décision de la Commission, en vue de recevoir les clarifications nécessaires, vu le fait que l'amende appliquée à l'occasion de la première décision a été symbolique. De plus, l'affaire devant le Tribunal à laquelle cette décision[633] a donné naissance n'a pas abordé la question de la qualification de FIDES de facilitateur, probablement en raison du même niveau symbolique de l'amende appliquée par la Commission.

Si la notion de facilitateur est, au présent, avancée, suite à l'adoption des deux décisions de la Commission[634], ainsi que dans un arrêt de la Cour de justice rendu dans le cadre d'une question préjudicielle[635], le présent paragraphe va se concentrer sur les deux arrêts de la Cour de justice rendus suite aux décisions de la Commission, ayant en vue le fait que **l'arrêt Eturas**[636] a déjà été abordé dans un paragraphe antérieur et qu'elle n'apporte pas des clarifications supplémentaires en ce qui concerne la notion de facilitateur.

---

[631] Voir, en ce sens, à titre illustratif, HARDING, Cristopher, *Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise*, European Law Review, 2009, EZRACHI, Ariel, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2018, p. 161-164, VALLERY, Anne et SCHELL, Caroline, *AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels*, Journal of European Competition Law & Practice, volume 7, 4ème édition, avril 2016, p. 254–257.

[632] Commission européenne, 17 décembre 1980, Décision de la Commission du 17 décembre 1980, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.869, Verre coulé en Italie, publiée au Journal officiel n° L 383 du 31/12/1980, p. 0019 - 0026.

[633] TPI, 8 juillet 2008, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire T‑99/04, publiée au recueil de jurisprudence 2008, page II-1501.

[634] Il s'agit, en l'espèce, de la Décision de la Commission du 11 novembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/38589 - Stabilisants Thermiques, publiée au Journal officiel n° JO L 1, 4.1.2003, p.1 et de la Décision de la Commission du 04 février 2015, relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE, publiée le 12 septembre 2017.

[635] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique.

[636] CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique.

A titre supplémentaire, l'ordre de l'analyse de la jurisprudence sera celui chronologique, en considérant la date de l'arrêt de la Cour de justice et de pouvoir saisir les eventuels évolutions jurisprudentiels de la notion de « *facilitateur* ».

A. L'arrêt Treuhand – un début controversé de la notion de « facilitateur »

Par sa décision du 11 novembre 2009, la Commission a sanctionné un certain nombre d'entreprises pour participation à deux ensembles d'accords et de pratiques concertées anticoncurrentiels, couvrant le territoire de l'EEE et concernant, d'une part, le secteur des stabilisants étain et, d'autre part, le secteur de l'huile de soja époxydée et des esters.

Parmi ces entreprises se trouvait la requérante, AC-Treuhand AG, société de conseil offrant des services concernant, entre autres, la gestion et administration d'associations professionnelles, collecte, traitement et exploitation des données du marché, présentation des statistiques du marché, ainsi que contrôle des chiffres communiqués chez les participants, à l'exclusion de toute activité dans le secteur des stabilisants étain et celui de l'huile de soja époxydée et des esters.

La décision de la Commission retient que Treuhand a joué un rôle essentiel et similaire dans les infractions en cause (fixation des prix, répartition des marchés par le biais de quotas de vente, répartition des clients et échange d'informations commerciales sensibles), par l'organisation :

« *des réunions pour les participants à l'entente auxquelles elle a assisté et participé activement, en collectant et en fournissant aux participants des données sur les ventes des marchés en cause, en proposant d'agir en tant que modérateur en cas de tension entre les entreprises concernées et en encourageant les parties à dégager des compromis, et ce contre rémunération* »[637].

Pour rejeter le recours de Treuhand et, par conséquent, maintenir la décision de la Commission, le Tribunal a statué que le principe de légalité des délits et des peines n'est pas susceptible d'être enfreint dans la cause, dans la mesure où la Commission avait déjà sanctionné[638] une entreprise n'étant pas active sur le même marché ou bien celle en amont/aval/voisine que les parties à l'entente, décision déjà été maintenue par le Tribunal[639].

En vue de prononcer son opinion, l'ancien avocat général M. Niels Wahl[640], se propose une analyse en deux étapes, soit :

---

[637] TPIUE, 6 février 2014, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire T‑27/10, publiée au recueil numérique, p. 10.

[638] Commission européenne, 17 décembre 1980, Décision de la Commission du 17 décembre 1980, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.869, Verre coulé en Italie, publiée au Journal officiel n° L 383 du 31/12/1980, p. 0019 - 0026.

[639] TPI, 8 juillet 2008, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire T‑99/04, publiée au recueil de jurisprudence 2008, p. II-1501.

[640] Conclusions de l'avocat général M. Neils Wahl, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 32 et 33.

(i). dans quelle mesure **l'article 101 du TFUE** est susceptible de s'appliquer à une entreprise qui, comme la requérante, n'est pas active sur le marché en cause ou sur les marchés liés et
(ii). en cas de réponse affirmative à la première question, dans quelle mesure une telle application de **l'article 101 du TFUE** respecte l'exigence de prévisibilité.

L''ancien avocat général M. Wahl propose à la Cour de justice une réponse négative quant à la première question, d'une telle manière qu'il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième.

Dans son argumentation, M. Wahl part des conclusions retenues par le Tribunal dans l'affaire[641] occasionnée par la seule décision[642] antérieure de la Commission figurant un facilitateur et retient quatre idées principales, soit:

- la notion d'accord a une portée étendue et inclut toute « *volonté commune* »[643] (ou intention) de se comporter sur le marché d'une manière déterminée;
- il est possible qu'une entreprise participe à la mise en œuvre d'une restriction de concurrence sans restreindre sa propre liberté d'action sur le marché sur lequel elle est principalement active;
- en vue d'engager la responsabilité d'une entreprise, la Commission peut se contenter de prouver que « *l'entreprise entendait contribuer par son propre comportement – même de façon subordonnée, accessoire ou passive – aux objectifs communs poursuivis et que ladite entreprise avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque* »[644] - il s'agit, en fond, d'une intention de restreindre la concurrence;
- une pratique décisionnelle de la Commission, appliquée pour une période de plus de vingt ans, qui n'a pas condamné, ni sanctionné les entreprises de conseil en tant que facilitateurs n'est pas susceptible de créer l'espérance fondée des tels entreprises, qu'il est permis, pour elles, d'encourager et soutenir la création et le fonctionnement d'une entente.

De ce point de vue, continue M. Wahl, pour qu'une entreprise puisse être tenue responsable, « *il importe de déterminer dans quelle mesure elle s'est concertée avec d'autres entreprises en vue de renoncer à constituer une contrainte concurrentielle pour celles-ci* »[645], une pression économique de nature à restreindre la concurrence. En vue de constater que l'entreprise Treuhand n'est pas en mesure d'exercer une telle contrainte, M. l'avocat général constate que

[641] TPI, 8 juillet 2008, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire T-99/04, publiée au recueil de jurisprudence 2008, p. II-1501.
[642] Commission européenne, 17 décembre 1980, Décision de la Commission du 17 décembre 1980, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.869, Verre coulé en Italie, publiée au Journal officiel n° L 383 du 31/12/1980, p. 0019 - 0026.
[643] Conclusions de l'avocat général M. Neils Wahl, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C-194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 38.
[644] Conclusions de l'avocat général M. Neils Wahl, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C-194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 40.
[645] Conclusions de l'avocat général M. Neils Wahl, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015, AC-Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C-194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 47.

l'objet des seuls accords dans lesquels Treuhand est partie ont pour objet une prestation des services, objet qui est distinct par rapport à ceux dont les autres entreprises sont partie.

Partant, conclut M. l'avocat général, « *la simple intention d'une entreprise de restreindre la concurrence ne saurait suffire en l'absence de capacité effective à opérer une telle restriction*»[646], d'une telle manière qu'en vue de sanctionner la participation d'un facilitateur à une entente, une intervention du législateur européen s'avère nécessaire.

Contrairement à son habitude, la Cour de justice ne suit pas l'approche proposée par son avocat général et valide l'approche de la Commission, ainsi que celui du Tribunal, en ce qui concerne la notion de facilitateur. Pour arriver à une telle conclusion, la Cour de justice aborde, en premier temps, la portée de la notion d'entente, pour se pencher ensuite sur la question de la prévisibilité d'une interprétation extensive.

Ainsi, la Cour de justice part du libellé général de l'interdiction de **l'article 101 du TFUE**, pour revenir à la définition de la notion d'accord en tant que « *volonté concordante* »[647] des parties, par conséquent, une intention commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché.

En ce qui concerne une entente ayant un objet anticoncurrentiel, « *l'entreprise concernée* [doit avoir] *entendu contribuer par son propre comportement* <u>*aux objectifs communs*</u> *poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle* [avoir eu] *connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque* »[648].

Néanmoins, continue la Cour de justice, rien dans jurisprudence ne requiert que les entreprises en cause doivent avoir limité réciproquement leur liberté d'action, ni que celles-ci agissent sur un marché en amont, en aval ou bien voisin dudit marché.

La Cour de justice continue par une analyse du rôle effectif de Treuhand dans le fonctionnement de l'entente, en reprenant, ainsi, les conditions pour la qualification d'une entreprise de « *facilitateur* », sens dans lequel elle précise que :

« *AC-Treuhand* <u>*a joué un rôle essentiel et similaire*</u> *dans les deux infractions en cause en organisant plusieurs réunions auxquelles elle a assisté et participé activement, en collectant et en fournissant aux producteurs de stabilisants thermiques des données sur les ventes dans les marchés en cause, en proposant d'agir en tant que modérateur en cas de tension entre ces*

[646] Conclusions de l'avocat général M. Neils Wahl, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 70.
[647] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publié au Journal officiel n° L 383, p. 28.
[648] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publié au Journal officiel n° L 383, p. 30.

producteurs et en encourageant ceux-ci à dégager des compromis, et ce contre rémunération»[649].

Par conséquent, la Cour de justice continue par souligner l'intention de Treuhand :

« *Il en résulte que le comportement adopté par AC-Treuhand s'inscrit directement dans les efforts des producteurs de stabilisants thermiques relatifs tant à la négociation qu'au contrôle de l'application des obligations souscrites par ces derniers dans le cadre des ententes, le but même des services fournis par AC-Treuhand sur la base des contrats de prestation de services conclus avec lesdits producteurs étant la réalisation, en toute connaissance de cause, des objectifs anticoncurrentiels en question, à savoir, ainsi qu'il ressort du point 4 de l'arrêt attaqué, la fixation des prix, la répartition des marchés et des clients ainsi que l'échange d'informations commerciales sensibles* »[650].

Pour la deuxième question, qui tient à la prévisibilité d'une interprétation extensive de la notion d'entente, d'une telle manière qu'elle inclut la participation en tant que facilitateur, la Cour de justice reprend, au début, les principes en la matière, soit le principe de la prévisibilité, ainsi que son applicabilité à contours indéfinis, selon la qualité des destinataires de la norme juridique.

De ce point de vue, à la lumière de la qualité de professionnel des entreprises, ainsi qu'en prenant en compte la pratique décisionnelle de la Commission, la Cour de justice arrive à la conclusion que **l'article 101 du TFUE** peut légalement être appliqué au comportement des facilitateurs.

B. L'arrêt Icap – le développement de la notion de facilitateur

La notion de facilitateur a connu un nouveau développement jurisprudentiel avec **l'affaire Icap**[651], prononcé suite à l'introduction, par Icap, de la demande en annulation de la décision[652] de la Commission européenne la sanctionnant, en qualité de facilitateur, pour le cartel des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens.

A titre liminaire, il faut préciser que les faits qui ont été à la base de cette affaire ont été aussi

[649] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 37.
[650] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 38.
[651] TUE, 10 novembre 2017, Icap PLC contre Commission européenne, affaire T-180/15, publiée au Recueil numérique et CJUE, 10 juillet 2019, Commission européenne contre Icap, affaire C‑39/18 P, publiée au recueil numérique.
[652] Commission européenne, 4 février 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire C(2015) 432, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens.

sanctionnés par une autre décision de la Commission[653], ayant comme destinataires des entreprises qui ont été des bénéficiaires de la procédure de clémence[654]. Pour des raisons de procédure, la Commission a choisi d'adopter une nouvelle décision contre Icap[655], ensuite attaquée en annulation par l'entreprise concernée.

Les produits dérivés de taux d'intérêt, représentent des produits financiers, tels que les accords de taux futurs, des swaps sur taux d'intérêt ou des options sur taux d'intérêt. L'objet de l'affaire a été représenté par des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens japonais indexés sur le JPY LIBOR ou sur l'Euroyen TIBOR, soit un ensemble de taux d'intérêt de référence pratiqué à Londres, respectivement à Tokyo. Etabli et publié, au moment de la décision, par la British Bankers Association (à Londres) et par Japanese Banker Association (à Tokyo), ce taux est calculé à partir des offres de prix présentées quotidiennement par un panel de banques membres des associations en cause, ce qui permet d'établir le taux « *moyen* » à partir duquel chaque banque membre pourrait emprunter des fonds en demandant et en acceptant des offres interbancaires pour un volume raisonnable.

Bien que censé correspondre au coût des prêts interbancaires en euro et fixé sur la base de cotations individuelles soumises quotidiennement par un panel de banques à un agent de calcul, ce taux a été manipulé entre 2005 et 2008, par les personnes impliquées au sein des banques membres du panel, qui avaient des contacts réguliers à travers des forums de discussion ou services de messagerie instantanée, en vue de communiquer les soumissions EURIBOR à proposer et échanger des informations sensibles concernant leurs stratégies de fixation des cours.

Cette pratique a impliqué une société qui a agi en tant que facilitateur, à savoir Icap, entreprise qui était également un courtier sur le marché des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens japonais, rôle exercé à travers un guichet particulier. Outre des transactions légitimes, la Commission a constaté que Icap a « *tenté d'affecter les cours du JPY LIBOR soit par une modification du bulletin en cause, soit en utilisant les contacts d'Icap avec certaines banques du panel JPY LIBOR* »[656]. Sa contribution a été constitué par l'utilisation des services d'Icap par des traders d'UBS/Citi/RBS, aux fins d'influencer les offres de certaines banques membres du panel JPY LIBOR ne participant pas à ces trois ententes, sens dans lequel Icap a disséminé des informations erronées portant sur les futurs taux du JPY LIBOR.

La requérante invoque, devant le Tribunal, la méconnaissance, par la Commission, des critères jurisprudentiels de la facilitation, sens dans lequel elle essaie de prouver, tour à tour, le non-

[653] Commission européenne, 4 décembre 2013, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39861, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens, résumé publié au Journal officiel n° C(2013) 8602/7.

[654] Cette décision, ainsi que la procédure de clémence qui lui a donné lieu seront analysées dans le deuxième chapitre de la deuxième partie de la présente thèse, chapitre dédié entièrement à la procédure de clémence.

[655] Commission européenne, 4 février 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire C(2015) 432, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens.

[656] TUE, 10 novembre 2017, Icap PLC contre Commission européenne, affaire T-180/15, publiée au recueil numérique, p. 16.

respect de chaque critère énoncé dans l'affaire Treuhand. Après avoir repris les principes dégagés en matière de facilitation dans l'affaire Treuhand, la Cour de justice procède à une analyse détaillée de chaque critère permettant à la Commission une telle qualification.

Dans un premier temps, Icap invoque l'absence de preuve de la connaissance par Icap de l'existence d'une collusion entre les banques concernées dans le cadre de certaines des six infractions en cause – ainsi, selon la requérante, si la Commission a démontré que l'entreprise Icap avait connaissance de la position d'un trader de l'une des banques, cela ne prouve la volonté commune de toutes les autres banques. Après avoir repris les principes en matière de preuve, le Tribunal vérifie ce critère à la lumière de ceux-ci, pour chaque relation commerciale, d'une manière distincte, pour arriver à la conclusion du respect dudit critère.

Dans un deuxième temps, l'entreprise Icap invoque le fait qu'elle n'a pas contribué aux objectifs communs des banques concernées, par le fait que son comportement est essentiellement différent par rapport à celui des banques. En vue de rejeter cet argument, le Tribunal fonde son argumentation sur le rôle complémentaire de la contribution d'Icap par rapport au comportement des banques.

Troisièmement, Icap conteste avoir eu l'intention de contribuer à la réalisation des objectifs communs aux banques concernées. En opérant une distinction entre le mobile de l'entreprise Icap, le souhait de satisfaire les demandes d'un trader et la conscience que son comportement a pour objectif de faciliter une collusion, le Tribunal précise que :

« *Dès lors que, d'une part, pour les quatre infractions demeurant en cause, c'est à bon droit que la Commission a retenu qu'Icap avait connaissance de l'existence d'une collusion entre les banques concernées et, d'autre part, il a été retenu qu'existait une très grande complémentarité entre le comportement des banques concernées et celui d'Icap, il s'en déduit nécessairement l'existence d'une intention de sa part de contribuer à la réalisation des objectifs communs auxdites banques* »[657].

Ce faisant, le Tribunal a établi une présomption d'existence de l'intention du facilitateur de contribuer à la réalisation des objectifs communs aux banques concernées, dès lors que la Commission a établi la connaissance de l'existence d'une collusion, d'une part et la contribution, par le facilitateur, aux objectifs communs des autres parties à l'entente, de l'autre part. Par conséquent, le rôle de facilitateur de Icap a été établi et cette question n'a pas été remise en cause dans le recours devant la Cour de justice de l'Union européenne[658].

[657] TUE, 10 novembre 2017, Icap PLC contre Commission européenne, affaire T-180/15, publiée au recueil numérique, p. 182.
[658] CJUE, 10 juillet 2019, Commission européenne contre Icap, affaire C‑39/18 P, publiée au recueil numérique.

Conclusion partielle – l'intention, nécessaire pour la qualification de « facilitateur »

Entre les trois affaires arrivées devant la Cour de justice concernant un facilitateur[659], le présent paragraphe a eu pour objectif d'en analyser deux, vu le fait que l'affaire Eturas n'apporte pas de précision supplémentaire portant sur la notion de facilitateur, mais, en revanche, clarifie la notion d'accord de volontés dans le cadre des relations horizontales.

Par l'arrêt prononcé dans **l'affaire Treuhand**[660], la Cour de justice a établi les critères pour la qualification d'un comportement de facilitation, soit :

(i). la connaissance, par le facilitateur, de l'existence d'une collusion entre les parties à l'entente - il s'agit, dans l'espèce, de l'élément intellectif de l'intention, soit le fait, pour le facilitateur, de s'avoir rendu compte de l'existence de la collusion,
(ii). la contribution du facilitateur aux objectifs communs des parties à l'entente et
(iii). l'intention du facilitateur de contribuer aux objectifs communs mentionnés- il s'agit, dans l'espèce, de l'élément volitif de l'intention, soit le fait, pour le facilitateur, d'avoir souhaité contribuer aux dites objectifs.

Si, pour l'ancien avocat général M. Wahl, dans **l'affaire Treuhand**[661], la Cour de justice aurait dû annuler la décision de la Commission en ce qu'elle sanctionne une entreprise active sur un marché tout à fait distinct par rapport à celui sur lequel les autres parties à l'entente agissent, cela est dû au fait que « *la simple intention d'une entreprise de restreindre la concurrence ne saurait suffire en l'absence de capacité effective à opérer une telle restriction* »[662].

Par contre, en adoptant la solution contraire, la Cour de justice, confirme, implicitement, la solution selon laquelle la simple intention d'une entreprise qui agit en vue restreindre la concurrence suffit en vue de la qualifier de facilitateur, qu'elle soit ou non active sur le même marché ou bien sur un marché en amont, en aval ou voisin.

En ce qui concerne **l'affaire Icap**[663], elle apporte des précisions importantes en ce qui concerne la notion de facilitateur, en principal en ce qui concerne le troisième critère jurisprudentiel permettant une telle qualification. Le principal apport de cet arrêt est la présomption d'existence de l'intention du facilitateur de contribuer à la réalisation des objectifs communs aux banques concernées, dès lors que la Commission a établi la connaissance de l'existence

---

[659] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, TUE, 10 novembre 2017, Icap PLC contre Commission européenne, affaire T-180/15, publiée au Recueil numérique et CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publiée au recueil numérique.
[660] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383.
[661] CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383.
[662] Conclusions de l'avocat général M. Neils Wahl, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire CJUE, 22 octobre 2015, AC‑Treuhand AG contre Commission européenne, affaire C‑194/14 P, publiée au Journal officiel n° L 383, p. 70.
[663] TUE, 10 novembre 2017, Icap PLC contre Commission européenne, affaire T-180/15, publiée au recueil numérique.

d'une collusion et la contribution, par le facilitateur, aux objectifs communs des autres parties à l'entente.

Si, au stade actuel de l'architecture jurisprudentielle européenne, l'entente offre plusieurs possibilités de l'intention des parties de se manifester et de jouer un rôle dans la qualification d'infraction, elle n'est pas, de loin, la seule infraction en droit européen de la concurrence pour laquelle l'intention acquiert de plus en plus d'importance. De ce point de vue, le prochain chapitre est dédié à l'abus de position dominante, en vue de déterminer dans quelle mesure, lui-aussi, supporte une possible coloration fautive.

SECTION 2 – NECESSITÉ DE L'INTENTION DIRECTE DANS LES INFRACTIONS D'ABUS DE POSITION DOMINANTE PAR VOIE D'EXCLUSION

361. L'interdiction de l'abus de position dominante représente un des plus importants principes posés par le droit européen de la concurrence et il peut revêtir la forme d'abus d'exploitation ou bien d'exclusion[664]. Si l'abus d'exploitation est perçu comme un abus contre les consommateurs, l'abus d'exclusion est considéré un abus contre les concurrents.

362. ***D'un point de vue général***, si on a vu que, dans certains cas, l'intention fautive a trouvé sa place dans le cadre des ententes anticoncurrentielles, dans la jurisprudence imbriquée de la Cour de justice, la notion d'exploitation abusive d'une position dominante a été assez vite définie comme une infraction objective, dans des arrêts de la CJUE. A titre illustratif, une telle définition objective de la notion d'exploitation abusive a été retenue dans **l'affaire Hoffman-La Roche**[665].

Le litige a pour objet une pratique commerciale de Hoffman-La Roche, en position dominante sur le marché de plusieurs vitamines, consistant à conclure des contrats avec ses acheteurs, par lesquels ceux-ci s'obligeaient à s'approvisionner chez Roche pour la totalité de leurs besoins ou encore pour une partie essentielle de ceux-ci, étant récompensés par des rabais de fidélité. Il s'agit, en termes de concurrence, de l'imposition de la marque unique.

La Commission européenne a infligé une amende pour l'infraction d'abus d'exploitation et la décision a été contestée par Roche. La Cour de justice a dit pour droit que :

« *La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des*

[664] WHISH, Richard et BAILEY David, *Competition Law*, 7ème édition, Oxford University Press 2012, p. 201.
[665] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission européenne, affaire C-85/76, publiée au recueil de jurisprudence 1979, p. 00461.

prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence »[666].

363. Outre la définition évidente de l'exploitation abusive comme *notion objective*, on remarque, toutefois, que la notion objective tient au comportement des entreprises, comportement de nature à influencer la structure du marché. Or, le comportement même peut être soit intentionnel, soit non-intentionnel, mais fautif – dans les deux cas, on y retrouve, dans un sens ou l'autre, une implication de la faute, qu'elle soit intentionnelle ou par négligence.

La continuation de l'argumentation par les juges européens dans le même arrêt prouve qu'en effet, l'intention a été un des facteurs pris en compte lors de l'adoption de la décision. Dans ce sens, la définition objective retenue par la jurisprudence Hoffman-La Roche n'a pas empêché les mêmes juges de prendre en compte d'intention des parties en vue de constater un abus de position dominante, puisque la sanction a été adoptée :

« *Attendu qu'il ressort des particularités décrites ci-dessus que les obligations d'approvisionnement exclusif assumées par Merck ont eu pour objectif, en ce qui concerne les vitamines B6 et E, d'assurer par avance à Roche un débouché ferme pour une production dont l'augmentation était projetée et de soustraire, à tout le moins, une partie non négligeable de cette production additionnelle, aux aléas de la concurrence* »[667].

Si la définition objective citée implique que les autorités européennes ne vont pas constater un abus de position dominante sur la base de la simple intention, la Commission européenne recherche l'intention dans les documents internes ou les plans d'affaires de l'entreprise en position dominante, comme par exemple un plan détaillé de se sacrifier en vue d'exclure un concurrent, de prévenir l'entrée d'un concurrent sur le marché ou bien des preuves des menaces d'une action prédatrice[668].

364. ***D'un point de vue spécifique***, une des formes de manifestation de l'abus de position dominante sont les prix prédateurs. En vue de constater qu'une entreprise en position dominante a pratiqué des prix de prédation, les autorités doivent analyser plusieurs éléments, dont un est l'intention d'exclusion, de prédation[669].

365. La qualification d'intention de prédation dépend de la relation entre le coût total et le coût marginal, sens dans lequel :

---

[666] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, publiée au recueil de jurisprudence 1979, p. 00461, p. nº 90.
[667] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, p. 00461, p. 115.
[668] The Unilateral Conduct Work Group, *Report on predatory pricing*, International Competition Network, presented at the 7th Annual Conference of the ICN, Kyoto, April 2008, found on http://www.internationalcompetitionnetwork.org/ uploads/library/doc354.pdf, visualisé pour la dernière fois le 15 août 2016.
[669] MOISEJEVAS Raimundas, *The Importance of Intent in predatory pricing*, Revue Jurisprudencia, 2010, 4(122), p. 319-334.

- si les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts variables, cela permet de présumer le caractère d'exclusion d'un prix ; l'entreprise en position dominante va pouvoir combattre cette présomption par une justification objective de son comportement. Par contre, en absence d'une telle justification, l'intention fautive d'éviction de l'entreprise en position dominante est réputée prouvée ;
- si les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, cela ne constitue qu'un indice du caractère prédateur du prix ; dans cette situation, l'abus de position dominante par la pratique d'un prix de prédation sera réputé établi dès que l'intention d'éviction est prouvée. Une telle preuve peut ressortir d'éléments matériels tels que des documents, ou être apportée par un faisceau d'indices tirés de l'absence d'une justification objective, économique de la pratique, par rapport à sa durée et à la possibilité de l'entreprise de récupérer les pertes.

366. Dans ce contexte, il nous semble pertinent de s'interroger sur la mesure dans laquelle l'intention fautive pourrait trouver sa place dans le cadre de l'infraction d'abus de position dominante, telle qu'elle est interprétée par les autorités européennes.

367. De ce point de vue, il nous semble que l'intention fautive est susceptible de porter un double châpeau en ce qui concerne l'abus de position dominante par voie d'exclusion :

- **d'une part**, l'intention a un rôle *ex ante*, dans le sens où des documents qui prouvent l'intention peuvent offrir la vision d'ensemble, le contexte; dans ce sens, l'intention est recherchée par les autorités de concurrence en vue de soutenir la conclusion de l'existence d'un abus de position dominante, de sorte qu'en absence de la preuve d'une telle intention, l'abus est exclu; une telle approche est évidente dans la situation de refus d'approvisionnement, de l'approvisionnement exclusif, mais aussi le cas des prix prédateurs où la vente est effectuée à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux ;
- **d'autre part**, l'intention a un rôle *ex post*, sens dans lequel l'existence de l'intention est inférée par l'existence d'un abus de position dominante – cela, **(i).** soit en raison du fait que le comportement de l'entreprise a eu des effets anticoncurrentiels, **(ii).** soit puisqu'il n'y a aucune autre explication du comportement de l'entreprise que l'intention fautive, d'éviction – cette situation pourrait être retrouvée, par exemple, dans le cas des prix prédateurs par la vente au-dessous des coûts moyennes variables. Dans cette situation, les autorités ne recherchent pas l'intention, qui reste, toutefois, partie de la structure de l'infraction ; par contre, l'intention est réputée comme acquise, par une présomption réfragable, pouvant être renversée par la preuve d'une justification objective.

368. Dans ce sens, la présente thèse va se concentrer, du point de vue de l'abus de position dominante, sur la présentation du rôle *ex ante* de l'intention fautive, où l'identification d'une intention fautive conduit à la qualification d'infraction (**Paragraphe 1**) et aussi de son rôle *ex post*, cas dans lequel l'intention fautive n'est pas recherchée, mais présumée comme acquise dès lors que l'entreprise vend au-dessous des coûts moyennes variables (**Paragraphe 2**).

§ 1. L'intention fautive – intervention ex ante ou intention fautive à prouver

369. Le rôle *ex ante* de l'intention signifie une recherche de celle – ci par les autorités européennes, en vue de prouver l'existence de l'abus de position dominante même, pour offrir une vision d'ensemble, le contexte de l'infraction. Dans certaines situations, l'intention est un élément de l'infraction obligatoire en vue de la constatation de l'abus de position dominante.

370. Une telle approche est évidente dans la situation de refus d'approvisionnement, de l'approvisionnement exclusif, ainsi que dans le cas des prix prédateurs sous la forme de la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux.

C'est à la lumière de cette délimitation que le présent point A sera subdivisé en intention fautive à prouver dans le cas du refus d'approvisionnement et de l'approvisionnement exclusif (**point A**) et intention fautive à prouver dans le cas des prix prédateurs, par la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux (**point B**).

A. Intention fautive à prouver dans le cas du refus d'approvisionnement et de l'approvisionnement exclusif

371. Dans le cas du refus d'approvisionnement, ainsi que dans la situation de l'obligation d'approvisionnement exclusif, en vue de constater l'existence de l'infraction, les autorités de concurrence vont devoir prouver l'existence d'une intention d'exclusion, soit d'une manière directe, soit indirecte.

372. Pour la situation du ***refus d'approvisionnement***, **l'affaire United Brands**[670] comprend quelques renseignements illustratifs. Le litige a à la base le comportement d'United Brands, en situation de position dominante sur le marché des bananes qui, entre autres, a refusé la livraison des bananes à la société Th. Olesen A/S A Valby. Dans ce contexte, la Cour de justice précise que c'est l'objet même du comportement de l'entreprise qui est regardé comme abusif :

« *que s'il est exact, comme le fait remarquer la requérante, que l'existence d'une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaques, et qu'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropries en vue de protéger ses dits intérêts, <u>on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante</u> et d'en abuser* »[671].

[670] CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207.
[671] CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207, p. 189.

Toutefois, la version en anglais de ce paragraphe de l'arrêt[672], toujours officielle, précise qu'un « *tel comportement ne peut pas être admis dès lors qu'il a pour but le renforcement de cette position dominante, ainsi que l'abus de celle – ci* »[673].

Outre l'équivalence faite par les autorités de l'Union européenne entre l'objet d'un comportement et son but, notons que c'est le but du comportement qui fait que celui – ci soit interdit.

373. Pour la situation de ***l'obligation d'approvisionnement exclusif***, on va analyser, en ce qui suit, **l'affaire Hoffman-La Roche**[674], ayant pour objet une clause d'imposition de la marque unique inclue dans un contrat de distribution conclu avec les distributeurs de Roche, entreprise en position dominante.

La Commission a infligé une amende à Roche pour exploitation abusive de sa position dominante. La décision a été contestée par Roche, et la Cour de justice a eu l'opportunité de se prononcer sur le rôle de l'intention en ce qui concerne l'abus de position dominante par voie de l'imposition de la marque unique.

Dans ce contexte, dans la situation de l'obligation d'approvisionnement exclusif, la Cour de justice recherche l'intention de Roche et conclut que l'existence d'une telle stratégie commerciale est en mesure de détecter et de prévenir toute tentative d'entrée sur le marché :

« *l'ensemble des documents produits révèle, en outre, l'existence d'une organisation commerciale et de marketing de premier ordre, en mesure non seulement de prospecter systématiquement les marches, mais encore de détecter toute velléité de concurrents éventuels d'entrer dans le marché de l'un ou l'autre produit, et capable non seulement de réagir instantanément, mais également de prévenir ces tentatives par des initiatives appropriées* »[675].

Après avoir établi que l'organisation commerciale de Roche lui permettait de surveiller le marché, la Cour de justice procède à une analyse de l'intention des acheteurs :

« *un certain nombre de contrats comportaient de la part de l'acheteur l'engagement de 'give preference to Roche' (Wyeth), ou exprimaient l'intention de s'approvisionner exclusivement auprès de roche (Capsugel/Parke Davis) ou de recommander à ses filiales d'en faire autant (Sandoz), soit pour l'ensemble des besoins en vitamines, soit pour certaines vitamines*

[672] « *Although it is true, as the applicant points out, that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it* », CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, Recueil de jurisprudence 1978, page 00207, p. 189.

[673] La traduction nous appartient.

[674] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461.

[675] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 78.

désignées (Capsugel/Parke Davis: A, B1, B2, B6, C, E, H), soit encore pour un pourcentage déterminé de l'ensemble des besoins (Protector: 80 %)»[676].

La Cour de justice continue par une analyse de l'intention de Roche, en vue de déterminer si son organisation particulière a été établie dans le cadre d'une stratégie d'éviction. Dans ce sens, la Cour précise, dans la motivation de son arrêt, qu'elle a maintenu la décision de sanction :

« *attendu qu'il ressort des particularités décrites ci-dessus que les obligations d'approvisionnement exclusif assumées par Merck ont eu pour objectif, en ce qui concerne les vitamines B6 et E, d'assurer par avance à Roche un débouché ferme pour une production dont l'augmentation était projetée et de soustraire, à tout le moins, une partie non négligeable de cette production additionnelle, aux aléas de la concurrence* » et

« *que l'obligation d'approvisionnement exclusif, jointe à l'octroi de rabais particulièrement considérables, selon les cas 12,5 % à 20 % (vitamine A), de 15 à 20 % (vitamine E) et 20 % (vitamine B6), et à l'interdiction de revente a des producteurs de vitamines, démontre la volonté de limiter la concurrence* »[677].

Cette stratégie d'éviction, dont l'existence a été prouvée à travers de l'intention d'éviction de Roche, n'est rien d'autre que la transposition, dans le cadre de l'abus de position dominante, de l'intention fautive.

Par ailleurs, c'était sur le terrain de l'existence ou non de l'intention fautive que le litige devant la Cour de justice a été jugé. Dans ce sens, en reconnaissant le rôle déterminant de l'existence ou non de l'intention d'éviction, Roche fait valoir qu'il n'y a eu, de sa part, aucune intention d'éviction :

« *attendu que la requérante fait encore valoir qu'il apparaitrait de l'ensemble des éléments du dossier et de son comportement qu'elle ne pourrait être considérée comme ayant agi de propos délibéré ou par négligence* »[678].

Néanmoins, une telle intention a été déduite par l'étude des documents internes de l'entreprise, ainsi que par la multiplication des contrats incluant la clause d'exclusivité. C'est seulement à la lumière de l'existence de l'intention d'éviction de Roche que la Cour de justice a pu maintenir la décision imposant la sanction à Roche pour abus de position dominante :

« *attendu que les suggestions et instructions contenues dans les management information et les autres documents internes, en ce qui concerne l'importance et les effets attendus de la conclusion d'accords d'exclusivité et d'un système de rabais de fidélité pour le maintien des*

[676] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 84.
[677] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 115.
[678] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 138.

parts de marche de roche, démontrent que la requérante poursuivait de propos délibéré une politique commerciale visant à barrer l'accès des marches à de nouveaux concurrents ; que la multiplication, à partir de 1970, des contrats d'approvisionnement exclusif on incitant à l'exclusivité, confirme l'existence de ce propos délibéré »[679].

Par conséquent, en présence d'une intention d'éviction de la part de Roche, prouvée par la Commission, celle – ci a pu légalement constater un abus de position dominante.

B. Intention fautive à prouver dans le cas des prix prédateurs, par la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux

374. L'intention fautive de l'entreprise en position dominante doit être prouvée par les autorités de concurrence lorsque cette entreprise a recouru à des prix prédateurs, sous la forme de la vente est effectuée à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux.

375. Un premier exemple dans ce sens est offert par l'arrêt de la Cour de justice dans **l'affaire AKZO Chemie**[680], prononcé à l'occasion de la contestation, par l'entreprise AKZO, de la décision de la Commission ayant pour objet une sanction pour abus de position dominante par l'adoption d'une conduite destinée à provoquer le retrait du concurrent ECS du marché des produits chimiques et des fibres artificielles, par :

- la profération des menaces directes à l'encontre du concurrent ECS ;
- l'offre et le fournissement systématiquement des produits à prix anormalement bas, des prix d'appel, aux clients du concurrent ECS, tout en maintenant les prix sensiblement supérieurs pour sa clientèle régulière ;
- l'existence d'un plan ayant pour but de nuire à ECS, y compris par l'obtention de ses clients des détails sur les offres faites par des concurrents (y compris ECS) et en faisant une offre à un prix inférieur, accompagnée par l'obligation imposée d'acheter auprès d' AKZO tout son approvisionnement.

Concernant le critère posé par l'actuel **article 101 du TFUE** pour le constat d'un abus de position dominante, la Commission européenne implique que celui – ci est représenté par l'intention même de l'entreprise :

« *Selon la Commission, **l'article 86** ne fait pas des coûts le critère décisif en vue de déterminer le caractère abusif des réductions de prix opérées par une entreprise dominante* […]. *Une réduction de prix pourrait être inspirée par une intention anticoncurrentielle, indépendamment*

[679] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 139.
[680] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359.

du point de savoir si l'agresseur fixe ses prix au-dessus ou au-dessous de ses coûts, quelle que soit la manière dont ceux-ci sont entendus »[681].

Néanmoins, continue la Commission :

« *l'analyse détaillée des coûts de l'entreprise dominante pourrait jouer un rôle considérable dans l'évaluation du caractère normal ou anormal qu'il convient d'attribuer à son comportement en matière de prix. Les effets d'éviction d'une campagne de réduction de prix menée par un producteur dominant pourraient être si évidents en soi qu'il ne serait nul besoin d'établir l'intention d'éliminer le concurrent. En revanche, lorsque le faible niveau des prix est susceptible d'interprétations diverses, il pourrait s'avérer nécessaire, pour démontrer l'existence de l'infraction, d'établir également l'intention d'éliminer un concurrent ou de restreindre la concurrence* »[682].

En effet, la Commission distingue, en fonction des coûts, entre deux cas de figure distincts, selon que les effets du comportement de l'entreprise en position dominante sont ou non évidents :

- **d'une part**, lorsque les effets d'éviction du comportement de l'entreprise en position dominante sont évidents, il n'est pas besoin de prouver l'intention d'éviction; à notre avis, cela n'implique pas l'absence de nécessité d'une intention, mais seulement une dispense de preuve, qui sera faite à travers une présomption ;
- **de l'part**, dès lors que les effets d'éviction du comportement de l'entreprise en position dominante ne sont pas évidents et c'est le cas « *lorsque le faible niveau des prix est susceptible d'interprétations diverses* »[683], encore faut – il apporter la preuve de l'intention fautive, d'éviction.

La Cour de justice vient expliquer le rapport entre les coûts et l'intention, sens dans lequel :

- « *des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables* […] *par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite*»[684]; le rôle de l'intention existe encore dans ce cas, mais il s'agit d'une intention

[681] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.64.
[682] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.65.
[683] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.65.
[684] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.71.

présumée, par le fait qu'il n'y a aucun autre objectif qui pourrait être poursuivi par l'entreprise en position dominante que celui d'évincer un concurrent;

- « *par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux* […] *mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu' ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite* »[685] ; dans cette situation, l'existence de l'intention fautive, d'éviction, doit être prouvée et matérialisée dans l'existence d'un plan d'éviction d'un concurrent.

A partir de cette distinction, la Commission a appliqué cette théorie à la situation de fait de l'affaire, pour arriver à la conclusion de l'existence d'un abus de position dominante sous la forme de la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux. L'intention a été recherchée à l'occasion de chaque comportement de l'entreprise AKZO, motif pour lequel la décision et ensuite, l'arrêt de la Cour de justice abondent des exemples qui mettent dans la lumière l'intention d'éviction, l'avatar de l'intention fautive :

- « *la Commission a constaté qu'AKZO avait proféré des menaces directes à l'encontre d'ECS, lors de réunions tenues à la fin de l'année 1979 avec les dirigeants de cette entreprise, dans l'intention de la contraindre à se retirer du marché des peroxydes organiques dans leur application aux plastiques (article 1er, sous i), de la décision)* »[686] ;
- « *la teneur de ces rencontres est encore confirmée par une note du 7 décembre 1979 établie par un cadre d'AKZO* […]. *Celle-ci précise qu'AKZO prendrait des mesures agressives dans le secteur des produits pour minoteries si ECS ne renonçait pas à fournir ses produits à l'industrie des plastiques. En outre, cette note contenait un plan détaillé et chiffré des mesures qui seraient mises à exécution dans le cas où ECS ne renoncerait pas. Il ressort notamment de ce plan qu'AKZO tenterait de gagner l'ensemble des clients d'ECS en leur offrant, à des prix entraînant des pertes, la gamme complète des additifs pour la farine* »[687];
- « *la Commission a constaté que, à partir grosso modo de décembre 1980, AKZO a systématiquement offert et fourni des additifs pour la farine à Provincial Merchants, Allied Mills et aux clients d' ECS dans le secteur des "gros indépendants", à des prix anormalement bas, dans l'intention de nuire à la viabilité d'ECS (article 1er, sous ii), de la décision)* »[688] .

[685] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.72.
[686] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.76.
[687] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.81.
[688]CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.98.

Dans le contexte où l'entreprise AKZO conteste avoir offert aux clients de ECS des produits à des prix anormalement bas « *dans l'intention de nuire à ECS* »[689], en précisant que son but était, en revanche celui de « *gagner de nouveaux clients dans le but d'accroître son chiffre d'affaires et de réduire ainsi la chute sensible de ses marges bénéficiaires provoquée par les offres faites par ECS à Ranks et à Spillers en 1980* »[690], la Cour de justice lui rétorque que :

« *Il y a lieu de relever, par ailleurs, que les prix offerts par AKZO, en décembre 1980, à cette partie de la clientèle d'ECS démontrent que l'intention d'AKZO était de nuire à cette dernière et non de reconstituer ses propres marges. Ces prix sont, en effet, nettement inférieurs à ce qui était nécessaire pour concurrencer ECS* »[691].

De plus, continue la Cour de justice, « *en maintenant des prix inférieurs à la moyenne de ses coûts totaux durant une période prolongée sans justification objective, AKZO a ainsi pu nuire à ECS en la dissuadant de s'attaquer à sa clientèle* »[692], dans le contexte où cela « *ne s'explique pas par la nécessité de contrer des offres concurrentes* »[693].

Pour le comportement de l'entreprise AKZO d'avoir obtenu de ces clients des détails précis sur les offres faites par les autres fournisseurs, en faisant ensuite une offre à un prix tout juste inférieur à l'offre la plus basse de la concurrence, ajouté à une clause comprenant l'imposition de marque unique, la Cour de justice apprécie que « *lorsque pareille pratique s'inscrit, comme en l'espèce, dans le cadre d'un plan visant à éliminer un concurrent, elle ne saurait être considérée comme un moyen normal de concurrence* »[694].

Par conséquent, les prix offerts par AKZO à ses clients étaient supérieurs à la moyenne des coûts totaux, tandis que ceux offerts aux clients du concurrent ECS étaient inférieurs à la moyenne des coûts totaux, ce qui signifie que l'intention d'AKZO n'était pas d'offrir une politique générale des prix bas, mais d'adopter une stratégie susceptible de nuire à ECS[695]. Après avoir constaté l'existence d'une telle intention, la Commission a pu légalement décider l'infliction d'une sanction.

Dans l'arrêt en haut, l'intention a un rôle *ex ante* - elle est recherchée par les autorités de concurrence, en vue de prouver son existence, ce qui permet arriver à la conclusion d'un abus de position dominante.

---

[689] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.99.
[690] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.99.
[691] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.108.
[692] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.146.
[693] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.142.
[694] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991, page I-03359, p.148.
[695] MOISEJEVAS, Raimundas, *The Importance of Intent in predatory pricing*, Revue Jurisprudencia, 2010, 4(122), p. 332.

376. Un autre exemple d'abus de position dominante constaté après la recherche d'une intention anticoncurrentielle est la décision de la Commission européenne dans l'**affaire Napier Brown – British Sugar**[696]. Ainsi, British Sugar, le plus grand producteur et transformateur de sucre a adopté une stratégie en vue d'emêcher Napier Brown de se lancer dans une opération pour compte propre sur le sucre empaqueté pour la vente au détail, par :

(i). le refus implicite de livrer du sucre industriel cristallisé à Napier Brown ;
(ii). l'octroi, pour le sucre destiné à la vente au détail, de rabais ne laissant plus qu'une marge insuffisante entre le prix du sucre au détail et le prix du sucre industriel ;
(iii). la présentation d'offres de sucre livrable uniquement sur la base du prix rendu ;
(iv). le comportement discriminatoire au détriment de Napier Brown se traduisant par le refus de livrer du sucre d'origine exclusivement betteravière à Napier Brown, alors que du sucre d'origine exclusivement betteravière a été livré sur demande à d'autres clients ;
(v). l'offre de rabais de fidélité de groupe.

Concernant *le refus de British Sugar de la vente* du sucre industriel à Napier Brown, l'entreprise investiguée ne nie pas cette politique, mais cherche à la justifier par une supposée pénurie de sucre, raison pour laquelle elle prétend avoir appliqué un système de quota à tous ses partenaires commerciaux.

A remarquer que British Sugar ne cherche pas à nier le refus d'approvisionnement, mais construit une plaidoirie qui vise à le justifier par l'existence d'une intention légitime qui exclut toute intention fautive, soit l'application d'un systhème de quota dû à la pénurie.

Toutefois, à la suite de l'inspection effectuée dans les locaux de British Sugar, des notes commerciales internes ont prouvé le contraire :

- British Sugar a fourni des quantités beaucoup plus grandes de sucre à certains clients pendant la campagne actuelle que pendant la campagne précédente et a encore proposé des lots de sucre à des nouveaux clients ;
- entre les objectifs de l'entreprise était celui d': « *optimiser la base "consommateurs" et porter la part de marché au-delà des restrictions contingentaires par des achats de sucre; défendre le compartiment "détail" contre l'incursion de* [Napier Brown]*; porter la marge sur le sucre industriel au-delà du prix de soutien* »[697];
- British Sugar n'a même pas proposé à Napier Brown la quantité de sucre à laquelle celle-ci avait droit au titre de son quota, donc celle de la campagne précédente.

Par conséquent, le refus de British Sugar d'exécuter la commande de sucre de Napier Brown n'a pas eu comme justificatif une pénurie de sucre et le système de quota n'a été appliqué qu'à Napier Brown. Dès lors, l'intention de British Sugar d'évincer Napier Brown a été recherchée :

[696] Commission européenne, 18 juillet 1988, Décision Napier Brown – British Sugar, affaire IV/30.178, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19 octobre 1988, p. 0041 - 0059.
[697] Commission européenne, 18 juillet 1988, Décision Napier Brown – British Sugar, affaire IV/30.178, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19 octobre 1988, p. 0041 - 0059, p. 23.

« *Le système des quotas introduit par* [British Sugar] *était effectivement inutile; il a été appliqué de manière discriminatoire à l'égard de* [Napier Brown] *et adopté dans le seul but de justifier le refus de livraison de* [British Sugar] »[698].

Par la suite, la Commission a procédé à une analyse des documents internes de British Sugar, pour conclure que :

« [British Sugar] *a refusé de livrer à Napier Brown dans le but d'évincer* [Napier Brown] *comme producteur de sucre au détail. Il est évident que la conséquence logique et prévisible du refus de livrer à* [Napier Brown] *aurait pour effet de précipiter le retrait de* [Napier Brown] *de ce marché. Au demeurant, le document rédigé de la main du directeur du marketing de* [British Sugar], *qui propose de refuser d'approvisionner* [Napier Brown], *ainsi que les documents trouvés dans les locaux de* [British Sugar] *et se rapportant à la politique de* [British Sugar] *de « radiation des catalogues », montrent que le refus de* [British Sugar] *est précisément dicté par ce mobile* »[699].

Ainsi, la Commission conclut que l'entreprise British Sugar a abusé de sa position dominante, après avoir analysé le comportement de cette entreprise à travers une grille de lecture visant à rechercher premièrement l'intention des parties et le refus d'approvisionnement, ensuite :

« *La Commission considère que* [British Sugar] *a abusé de sa position dominante en refusant expressément d'approvisionner* [Napier Brown] *en sucre industriel, sans justification objective, l'intention ou le résultat prévisible de ce refus ayant été de précipiter l'élimination de* [Napier Brown] *du marché britannique du sucre au détail, réduisant ainsi la concurrence sur le marché* »[700].

De plus, considère la Commission, British Sugar a abusé de sa position dominante par le fait d'avoir établi un prix pour la vente du sucre au détail qui ne reflète pas ses propres coûts de transformation, d'une telle manière que le coût du sucre qui n'a pas subi cette transformation est très proche par rapport à celui transformé. Cela exclut la possibilité pour des entreprises tierces d'entrer sur le marché de transformation du sucre, en raison de la marge faible de profit qu'elle en pourrait tirer.

« *Les faits exposés plus haut montrent que, si* [British Sugar] *avait maintenu cette marge à long terme,* [Napier Brown], *ou toute autre entreprise également efficace dans le remballage que* [British Sugar] *et ne produisant pas elle-même le sucre industriel, aurait été obligée de se retirer du marché britannique du sucre destiné au détail. Par conséquent, dans le contexte des autres abus susmentionnés et eu égard au fait que l'intention ou la conséquence logique et prévisible du maintien de cette politique de prix par* [British Sugar] *aurait été l'éviction de*

[698] Commission européenne, 18 juillet 1988, Décision Napier Brown – British Sugar, affaire IV/30.178, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19 octobre 1988, p. 0041 – 0059, p. 23.
[699] Commission européenne, 18 juillet 1988, Décision Napier Brown – British Sugar, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19 octobre 1988, p. 0041 - 0059, affaire IV/30.178, p. 62.
[700] Commission européenne, 18 juillet 1988, Napier Brown – British Sugar, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19 octobre 1988, p. 0041 - 0059, affaire IV/30.178, p. 64.

[Napier Brown] *du marché britannique du sucre destiné à la vente au détail, la Commission considère que la politique de prix de* [British Sugar] *constitue un abus de position dominante au sens de* ***l'article 86*** »[701].

Ainsi, les autorités recherchent l'intention d'éviction, l'avatar de l'intention fautive sur le terrain de l'abus de position dominante, comme condition préalable à l'engagement de la responsabilité – il s'agit d'une l'intention *ex ante* par rapport au constat de l'infraction.

377. Une autre affaire dans laquelle l'intervention *ex ante* de l'intention d'éviction semble évidente, par rapport au constat du caractère anticoncurrentiel des prix pratiqués, est celle qui a donné lieu à **l'arrêt Wanadoo**[702], ayant pour objet la sanction pour l'abus de position dominante, sous la forme de prix de prédation, dans le but d'éliminer ses concurrents.

Après avoir distingué, au niveau théorique, entre la non couverture des coûts variables unitaires moyens - situation dans laquelle l'établissement d'une intention fautive est superflue d'une part et la non couverture des coûts complets moyens - cas dans lequel il y a abus de position lorsqu'on établit l'existence d'un plan d'éviction d'autre part, la Commission a constaté que :

- de janvier à juillet 2001, Wanadoo a été très éloignée d'une couverture des coûts variables des services en cause ;
- du mois d'août 2001 au mois d'octobre 2002, Wanadoo s'est située dans le voisinage immédiat du test retenu par la Commission, sans jamais l'atteindre – Wanadoo n'a pas complèment couvert ses coûts.

Dans ce contexte, la Commission commence par l'identification de l'objectif de Wanadoo, en soulignant que « *plusieurs documents écrits recueillis au sein de Wanadoo Interactive attestent l'existence d'une* <u>*stratégie de préemption du marché*</u> *du haut débit ou du marché de l'ADSL* »[703], stratégie qui s'est traduite dans le fait que « *Wanadoo Interactive ne* <u>*cherchait pas simplement à être leader sur le marché, mais à acquérir*</u> *puis conserver des parts de marché extrêmement importantes* »[704].

Cet objectif de préemption du marché a été regardé par Wanadoo, premièrement, comme un moyen de récupération des pertes initiales grâce à la reconstitution progressive des parts de

[701] Commission européenne, 18 juillet 1988, Napier Brown – British Sugar, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19 octobre 1988, p. 0041 - 0059, affaire IV/30.178, p. 66.
[702] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf.
[703] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf., p. 110.
[704] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 112.

marché et, deuxièmement, comme un élément important dans la consolidation de l'image de Wanadoo[705].

Dans ce sens, la Commission a procédé à une analyse plus attentive de l'intention d'éviction de l'entreprise Wanadoo, qu'elle a étudié dans plusieurs paragraphes :

- « *l'intention d'endiguement de la concurrence se révèle aussi au travers de l'appréciation ex ante par Wanadoo Interactive des conditions de rentabilité des services en cause au moment où l'entreprise a établi ses objectifs de pénétration du marché* »[706] ;
- « *dans l'analyse des intentions de Wanadoo Interactive par rapport à ses concurrents, la perception ex ante par l'entreprise elle-même des perspectives de rentabilité lors de la définition de ses objectifs quantitatifs importe plus que le réalisé, connu de manière définitive plusieurs semaines après la fin de l'exercice 2001* »[707] ;
- « *Wanadoo Interactive a clairement et sciemment exercé un arbitrage entre un objectif de rentabilité minimale qui aurait permis de récupérer dans un délai raisonnable les coûts d'acquisition de la clientèle, et un objectif de pénétration ambitieuse du marché au détriment de ses concurrents* »[708] ;
- « *ainsi, il est considéré que pendant toute l'année 2001 la stratégie de Wanadoo Interactive avait pour objectif de recruter le plus grand nombre d'abonnés possibles alors même que les conditions économiques n'étaient pas réunies.* […]. *De la sorte, la stratégie de Wanadoo Interactive a eu pour effet d'écarter ou de marginaliser les concurrents incapables de s'aligner sur cette stratégie* »[709] ;
- « *dans ce contexte, l'affichage par Wanadoo Interactive en 2001 comme au début de 2002 d'objectifs commerciaux particulièrement ambitieux, inatteignables pour une entreprise non dominante dans les conditions de rentabilité défavorables du moment, avait pour effet*

[705] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 297.

[706] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 274.

[707] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 277.

[708] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 278.

[709] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 282.

de décourager les entreprises rivales et <u>*participait de l'objectif d'éviction ou d'endiguement de la concurrence poursuivi*</u> *par l'entreprise* »[710] ;

- « *enfin, la Commission a exposé* […] *différents éléments complémentaires reflétés dans des documents de l'entreprise, qui* <u>*constituent des indices révélateurs d'une intention de rétrécir l'espace concurrentiel*</u> *laissé aux rivaux de sa filiale Wanadoo Interactive : politique de « verrouillage » du marché des modems pendant les premiers mois de l'année 2001, régime d'information des fournisseurs d'accès à Internet sur l'éligibilité des lignes ADSL discriminatoire pendant deux ans et demi, proposition d'entente sur les rémunérations des réseaux de grande distribution et sur les prix de détail pour la commercialisation des packs ADSL* »[711].

De ce point de vue, la Commission a conclu que Wanadoo avait mis en place une « *stratégie intentionnelle de préemption du marché de l'accès à Internet à haut débit* »[712], dans le cadre d'un « <u>*plan délibéré pour détourner la demande*</u> *de services haut débit au profit du groupe France Télécom dans son ensemble, à différents échelons de la chaîne de valeur, et pour en quelque sorte lui réserver les premières années de croissance du marché* »[713].

Notons que c'est l'intention de Wanadoo qui a joué un rôle crucial dans la sanction de l'entreprise, de sorte que la Commission lui a dédié une attention accrue dans l'analyse juridique sur l'existence d'un abus.

378. Il s'agit d'un exemple du rôle *ex ante* de l'intention subjective d'éviction, par rapport au moment de l'analyse du caractère anticoncurrentiel du comportement de l'entreprise, c'est une intention à prouver par les autorités. Par contre, la jurisprudence connaît la situation où les autorités déduisent l'existence de l'intention de l'acte matériel lui-même - c'est ce qu'on appelle ci-aprés l'intention *ex post*.

§ 2. L'intention fautive – intervention ex post ou intention fautive présumée

379. Le rôle *ex post* de l'intention fautive intervient au moment où celle – ci est inférée de l'existence du comportement abusif même, à travers une présomption, soit en raison du fait que

[710] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 284.

[711] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf; p. 293 et 290.

[712] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 291.

[713] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 291.

le comportement de l'entreprise a eu des effets anticoncurrentiels, soit puisqu'il n'y a aucune autre explication pour le comportement de l'entreprise.

380. Une telle situation pourrait être envisagée, à titre illustratif, dans le cas des prix prédateurs par la vente au-dessous des coûts moyens variables. Dans cette situation, l'intention est réputée comme acquise par une présomption réfragable, qui peut être renversée par la preuve d'une justification objective. Il faut toutefois préciser que l'intention d'éviction, soit l'intention fautive, reste toujours partie de la structure de l'infraction.

381. Un exemple dans ce sens est l'arrêt prononcé par la Cour de justice dans **l'affaire Tetra Pak**[714], qui qualifie d'anticoncurrentielle la pratique de la société Tetra Pak, spécialisée dans les équipements utilisés pour le conditionnement dans des emballages en carton, d'insérer dans les contrats les clauses suivantes :

- l'interdiction pour l'acheteur d'ajouter des appareils accessoires à la machine ;
- l'exclusivité pour Tetra Pak pour l'entretien et les réparations ;
- l'obligation d'utiliser uniquement des cartons Tetra Pak sur les machines, ainsi que une clause d'approvisionnement exclusif en cartons;
- l'obligation de contrôle et le droit d'inspection sans préavis réservé à Tetra Pak ;
- l'obligation interdisant la revente ou bien la cession ;
- l'observation de toutes les clauses contractuelles comme condition pour la garantie ;
- la réserve, pour Tetra Pak, de la propriété sur les perfectionnements qui seraient réalisés par l'utilisateur ou au moins obligation de concession, à celui – ci, d'une licence d'exploitation ;
- l'obligation de permettre à Tetra Pak à tout moment l'examen de ses factures ;
- la réservation, par Tetra Pak, d'un droit d'imposer une pénalité au locataire, dont le montant est fixé discrétionnairement par Tetra Pak ;
- la durée du contrat pour une première période de neuf ans ;
- la pratique des prix prédateurs sur le marché des cartons non aseptiques.

La Commission a infligé une amende à l'entreprise Tetra Pak en raison de l'abus de sa position dominante, ayant en vue « *le caractère prédatoire de prix qui seraient délibérément fixés (dans un but éliminatoire) au-dessous du coût marginal, a fortiori au-dessous du coût variable marginal, n'est guère contesté* »[715] par l'entreprise.

En effet, l'existence de l'intention fautive est inférée de l'existence des comportements qui ont la signification d'un abus de position dominante, en absence de toute autre justification objective plausible, sens dans lequel la Commission précise :

« *La vente des cartons Rex largement au-dessous de leur prix de revient et même au-dessous de leur simple coût variable direct, l'ampleur des pertes supportées sur ce produit qui contraste*

[714] CJCE, 14 novembre 1996, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire C-333/94 P, recueil de jurisprudence 1996, page I-05951.
[715] Commission européenne, 24 juillet 1991, Décision de la Commission du 24 juillet 1991 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/31.043, 92/163/CEE - Tetra Pak II, publiée au Journal officiel n° L 072 du 18 mars 1992, p. 0001 - 0068, p. 98.

d'ailleurs singulièrement avec celle des bénéfices réalisés sur le Brik aseptique […] *où Tetra Pak détient un quasi-monopole, la longueur de la période concernée, les différences de prix entre le Rex italien et le Rex vendu dans les autres pays d'Europe, les différences de prix citées ci-dessus entre le Rex et le Pure-Pak* […] *sur le marché italien, la nécessité dans laquelle se trouvait Tetra Pak de lancer sur ce marché un carton de type Gable Top pour faire face à la percées du Pure-Pak d'Elopak, mieux adapté* […] *aux besoins de la - ou d'une certaine - clientèle que le Brik non aseptique, les documents recueillis lors de la visite de vérification dans les locaux de Tetra Pak en Italie et les rapports du conseil d'administration, tout montre que les ventes à perte pratiquées par Tetra Pak le furent de manière délibérée* […] *et qu'elles faisaient partie d'une stratégie de conquête ou de reconquête du marché italien de l'emballage non aseptique,où le Pure-Pak avait réussi à prendre une place qui pouvait s'avérer dangereuse*»[716].

En vue de chercher une justification objective pour son comportement et donc, arriver à renverser la présomption d'intention d'éviction découlant de ses pratiques établies, Tetra Pak a essayé d'attribuer les différences de prix à la concurrence acerbe existant sur le marché, mais elle n'a pas réussi, en raison du fait que:

- le quasi-monopole de Tetra Pak sur les marchés aseptiques lui permet de mener sur les marchés voisins et connexes non aseptiques une guerre de prix qui ne peut pas être suivie par ses concurrents et de vendre à perte pendant de longues périodes sans mettre en péril la rentabilité globale de ses activités[717];
- les résultats globaux de la filiale britannique de Tetra Pak restent largement bénéficiaires, alors que presque tous ses produits enregistrent des pertes, et font même largement plus que compenser ces pertes[718].

Après une affirmation classique selon laquelle une entreprise en position dominante ne peut chercher à augmenter sa part de marché que par la concurrence par les mérites[719], le Tribunal postule que :

« *L'existence de marges brutes ou de marges semi-brutes obtenues en soustrayant du prix de vente les coûts variables directs ou les coûts variables moyens, entendus comme les coûts afférents à l'unité produite ° négatives permet de présumer le caractère éliminatoire d'une pratique des prix. En effet, une entreprise en position dominante n'a aucun intérêt à pratiquer des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en*

[716] Commission européenne, 24 juillet 1991, Décision de la Commission du 24 juillet 1991 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/31.043, 92/163/CEE - Tetra Pak II, publiée au Journal officiel n° L 072 du 18 mars 1992 p. 0001 - 0068, p.150.
[717] Commission européenne, 24 juillet 1991, Décision de la Commission du 24 juillet 1991 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/31.043, 92/163/CEE - Tetra Pak II, publiée au Journal officiel n° L 072 du 18 mars1992, p. 0001 - 0068, p. 157.
[718] Commission européenne, 24 juillet 1991, Décision de la Commission du 24 juillet 1991 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/31.043, 92/163/CEE - Tetra Pak II, publiée au Journal officiel n° L 072 du 18.03.1992, p. 0001 - 0068, p. 157.
[719] TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-83/91, recueil de jurisprudence 1994, page II-00755, p. 8.

fonction de quantités produites), si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique »[720].

La Cour de justice adopte la même approche consistant à faire peser la présomption d'intention fautive, éliminatoire, par la vente à des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, en reprenant, sans critique, la position du Tribunal :

« *Pour les ventes de cartons non aseptiques en Italie entre 1976 et 1981, il [le Tribunal] a constaté que les prix étaient largement inférieurs à la moyenne des coûts variables. La preuve de l'intention d'éliminer les concurrents n'était donc pas nécessaire. En 1982, les prix de ces cartons se situaient entre la moyenne des coûts variables et la moyenne des coûts totaux. C'est la raison pour laquelle, au point 151 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est efforcé, sans d'ailleurs être critiqué à cet égard par la requérante, d'établir que Tetra Pak avait l'intention d'éliminer un concurrent* »[721].

Par conséquent, l'existence de l'intention fautive a été déduite par la recherche d'un intérêt de l'entreprise pour la vente à perte et, par la suite, de l'inexistence d'aucune autre explication raisonnable pour ce comportement de Tetra Pak.

382. Il s'agit d'un rôle *ex post* de l'intention puisque la grille de lecture n'a pas consisté dans la recherche de l'intention, pour ensuite en déduire l'abus comme une conséquence ; par contre, les autorités ont identifié d'abord le comportement anticoncurrentiel, pour ensuite en déduire l'existence d'une intention d'éviction, qui n'est rien d'autre que la transposition, sur le terrain de l'abus de position dominante, de l'intention fautive.

Conclusion partielle - l'intention fautive, nécessaire dans le cadre de l'abus de position dominante par voie d'exclusion, ainsi que dans le cas des prix prédateurs

383. Dans le cadre de l'infraction d'abus de position dominante, telle qu'elle est réglementée en droit européen de la concurrence, l'intention fautive joue un double rôle, soit dans le cadre plus général de l'abus d'exclusion, soit par la grille de lecture plus spécifique des prix prédateurs.

384. D'un point de vue général et en dépit d'une définition objective de l'abus de position dominante[722], la distinction entre l'abus d'exploitation et celui d'exclusion devient pertinente, dans le sens où seulement dans le cas de l'abus d'exclusion les autorités de concurrence

[720] TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-83/91, recueil de jurisprudence 1994, page II-00755.
[721] CJCE, 14 novembre 1996, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire C-333/94 P, recueil de jurisprudence 1996, page I-05951, p. 42.
[722] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 90.

recherchent l'intention de l'entreprise en position dominante, en vue de prouver une violation des règles européennes. De telles exemples d'intention se matérialisent en l'existence d'un plan de se sacrifier en vue d'éliminer un concurrent, de prévenir l'entrée d'un concurrent sur le marché ou bien de preuves de menaces d'une action prédatrice. Dans ce cas, l'intention devra être prouvée auparavant par rapport à l'établissement du comportement abusif.

385. D'un point de vue spécifique, l'intention fautive a trouvé sa place dans le cadre de la jurisprudence portant sur les prix prédateurs, sens dans lequel on distingue entre :

(i) la situation où les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables – cas dans lequel l'intention fautive est présumée ; par conséquent, sa preuve ne devra pas être apportée en vue du constat d'une infraction, mais son existence sera déduite à partir de l'absence d'une autre explication raisonnable du point de vue économique que la mise en œuvre d'un plan d'éviction;

(ii) le cas où les prix sont supérieurs à la moyenne des coûts variables, mais inférieures aux coûts totaux – cas dans lequel ce niveau des prix constitue un simple indice de l'intention, mais ne permet pas la présumer, en absence de la preuve d'un plan d'éviction. Dans cette situation, les autorités seront obligées d'en apporter la preuve en vue sanctioner l'infraction.

386. Par rapport au moment de l'intervention de la nécessité de la preuve de l'intention d'éviction, on pourrait considérer que celle-ci a soit un rôle *ex ante* – matérialisé dans la nécessité de trouver la preuve de la faute avant du constat du comportement abusif, soit un rôle *ex post* – la présomption de l'existence de la faute en raison d'un comportement commercial qui n'est pas autrement explicable.

387. Ainsi, si l'intention fautive est recherchée dans le cas de l'abus de position dominante par voie d'exclusion et dans la situation des prix prédateurs par la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieurs aux coûts totaux, elle est présumée par une présomption réfragable dans le cas des prix prédateurs par la vente à des prix inférieurs aux coûts moyens variables.

Par conséquent, qu'elle soit présumée ou recherchée par les autorités de concurrence en vue de constater une infraction, l'intention fautive a trouvé sa place dans le cadre de la structure de l'abus de position dominante par voie d'exclusion, ainsi que dans le cas des prix prédateurs.

388. D'une part, dans le cas de **l'abus d'exclusion**, la preuve de l'intention fautive est nécessaire pour la situation du refus d'approvisionnement, ainsi que dans le cas de l'approvisionnement exclusif.

Premièrement, pour la situation du refus d'approvisionnement, **l'affaire United Brands**[723] comprend des renseignements portant sur le rôle de l'intention dans la situation du refus de livraison, la version officielle anglaise de l'arrêt précisant qu'un « *tel comportement ne peut*

[723] CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207.

pas être admis dès lors qu'il a pour but le renforcement de cette position dominante, ainsi que l'abus de celle – ci »[724]. Par conséquent, le but ou l'intention fautive de renforcement de la position dominante était un élément central dans le constat de l'infraction.

Deuxièmement, pour la situation de l'approvisionnement exclusif, **l'affaire Hoffman-La Roche**[725] arrive à la conclusion de l'existence d'une stratégie commerciale en mesure de détecter et de prévenir toute tentative d'entrée sur le marché, sur la base de l'existence de cette intention fautive, qui ressort de la corroboration d'en ensemble de données comme une organisation commerciale en mesure de détecter toute entrée sur le marché[726], assortie des clauses d'approvisionnement exclusif[727], ainsi que des rabais de fidélité.

C'est seulement après le constat de l'existence de l'intention d'éviction de Roche que la Cour de justice a maintenu la sanction contre Roche pour abus de position dominante, conclusion pour laquelle la Cour a pris en compte plusieurs facteurs, comme : « *les suggestions et instructions contenues dans les management information et les autres documents internes* […], *les effets attendus de la conclusion d'accords d'exclusivité et d'un système de rabais de fidélité pour le maintien des parts de marche de Roche* » [728].

389. D'autre part, **dans le cas des prix prédateurs**, plusieurs arrêts ont été analysés, selon la distinction entre la situation des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieurs aux coûts totaux – cas dans lequel la preuve de l'intention d'éviction est recherchée par les autorités de concurrence et la situation des prix inférieurs aux coûts moyens variables – cas dans lequel l'intention fautive est présumée, par une présomption réfragable.

390. La première situation – celle des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieurs aux coûts totaux, cas dans lequel la preuve de l'intention d'éviction est recherchée par les autorités de concurrence, est illustrée par plusieurs arrêts, parmi lesquels :

---

[724] La version en anglais est la suivante: « *Although it is true, as the applicant points out, that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it* », CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continental BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207, p. 189. La traduction nous appartient.

[725] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461.

[726] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 78.

[727] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 84.

[728] CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979, page 00461, p. 139.

- **l'affaire AKZO Chemie**, dans laquelle la Cour de justice postule: « *les prix offerts par AKZO, en décembre 1980, à cette partie de la clientèle d'ECS démontrent que l'intention d' AKZO était de nuire à cette dernière et non de reconstituer ses propres marges* »[729];
- **l'affaire Napier Brown – British Sugar**, dans laquelle la Cour de justice conclut à la qualification d'abus de position dominante après avoir établi : « *l'intention ou la conséquence logique et prévisible du maintien de cette politique de prix par* [British Sugar] *aurait été l'éviction de* [Napier Brown] *du marché britannique du sucre destiné à la vente au détail* »[730] ;
- **l'affaire Wanadoo**, dans laquelle la Commission a analyse la « *stratégie intentionnelle de préemption du marché de l'accès à Internet à haut débit* »[731], dans le cadre d'un « *plan délibéré pour détourner la demande de services haut débit au profit du groupe France Télécom dans son ensemble, à différents échelons de la chaîne de valeur, et pour en quelque sorte lui réserver les premières années de croissance du marché* »[732].

Dans ce cas-là, l'intention fautive est recherchée et prouvée à travers des déductions faites par les autorités européennes, des déductions qui ont comme point de départ plusieurs facteurs, par exemple : le niveau des prix, diverses clauses contractuelles ou bien la stratégie générale d'éviction adoptée par l'entreprise, matérialisée dans la surveillance du marché et la détection de toute entrée.

391. La deuxième situation ayant pour objet les prix inférieurs aux coûts moyens variables, cas dans lequel l'intention fautive est présumée en absence de toute autre explication plausible, est illustrée par **l'affaire Tetra Pak**[733], les juges postulant que la vente au-dessous du coût variable « *permet de présumer le caractère éliminatoire d'une pratique des prix* »[734], en raison du fait qu'il n'existe aucune autre explication raisonnable d'un point de vue économique pour un tel comportement, autre que l'existence d'une intention d'éviction.

392. Tous ces arrêts montrent que, qu'elle soit recherchée ou bien présumée, l'intention fautive – matérialisée dans l'intention d'éviction, a trouvé sa place dans le cadre de l'infraction d'abus de position dominante, tout comme dans le cas de l'entente.

---

[729] CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, recueil de jurisprudence 1991 page I-03359, p.108.
[730] Commission européenne, 18 juillet 1988, Décision de la Commission du 18 juillet 1988 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/30.178, 88/518/CEE, Napier Brown - British Sugar, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19.10.1988 p. 0041 - 0059, p. 66.
[731] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 291.
[732] Commission européenne, 16 juillet 2003, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive, consulteée en ligne pour la dernière fois le 20 août 2020, à l'adresse, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf, p. 293 et 291.
[733] CJCE, 14 novembre 1996, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire C-333/94 P, recueil de jurisprudence 1996, page I-05951.
[734] TPI, 6 octobre 1994, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-83/91, recueil de jurisprudence 1994, page II-00755.

393. Si pour la qualification d'infraction d'entente ou d'abus de position dominante l'intention fautive a une place qui peut être délimitée, il reste à s'interroger en ce qui concerne son rôle dans le cadre des conséquences de la qualification d'infraction, plus particulièrement sur les procédures négociées (clémence, transaction et engagements), ainsi que sur les sanctions – cette démarche sera abordée dans un deuxième titre de la présente thèse.

DEUXIÈME PARTIE

LA PORTÉE DE L'INTENTION FAUTIVE PORTANT SUR LES CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION D'INFRACTION EN DROIT DE LA CONCURRENCE

394. Les conséquences de la qualification d'infraction sont susceptibles de recevoir une double signification – il s'agit, d'une part, de l'appel aux procédures négociées, en vue d'éviter l'infliction d'une amende et d'autre part, du recours à la sanction spécifique au droit de la concurrence, l'amende administrative.

395. Chaque procédure négociée – transactions, engagements et clémence est le résultat d'une intention de collaboration avec les autorités et, de ce point de vue, chaque équivaut à un degré de la faute progressif, en fonction des obligations imposées aux entreprises en vue d'en bénéficier (**Titre I**).

De ce point de vue, la procédure de clémence suppose un maximum de collaboration de l'entreprise avec la Commission, au sens où, outre l'apport des informations ou preuves, celle-ci est soumise à la reconnaissance de la responsabilité, ainsi qu'à une série d'obligations spécifiques.

Bien qu'ayant une contribution plus réduite que dans le cas de la procédure de clémence, dans le cadre de la procédure de transaction, l'intention de collaboration est loin d'être absente – de ce point de vue, si la procédure est initiée et continuée sous le contrôle strict de la Commission, celle-ci ne va pas pouvoir aboutir sans la contribution de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle la procédure de transaction correspond à une diminution de la faute.

Contrairement à la procédure de clémence et de transaction, dans le cas des engagements, la Commission ne va pas établir la violation des règles de concurrence et aucune reconnaissance de la faute ne va intervenir, sens dans lequel la procédure d'engagements ne va donc pas faire l'objet de la présente thèse.

396. Une deuxième possibilité de conséquence de la qualification d'infraction est l'infliction d'une sanction (**Titre II**). De ce point de vue, l'importance de la faute – qu'elle soit sous la forme de l'intention ou bien de la négligence, peut être regardée des deux points de vue : d'une part, comme condition pour l'infliction de toute sanction et d'autre, en tant que circonstance conduisant à l'individualisation de la sanction.

TITRE I

LES EFFETS DE L'INTENTION SUR LES PROCÉDURES NÉGOCIÉES

397. Les procédures négociées – soit les transactions, les engagements et la procédure de clémence, qui accompagnent la reconnaissance de la participation à une entente, ne sont pas nées avec le **Règlement (CE) n° 1/2003**, **relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité** (**Règlement n° 1/2003**).

398. Toutefois, il faut souligner que la notion de procédure négociée est renforcée avec le Règlement n° 1/2003, sens dans lequel professeur **Denis Waelbroeck** remarquait que :

« *dès son cinquième rapport sur la politique de concurrence, la Commission indiquait son intérêt pour cette pratique qui, bien que moins connue, lui permettait de clôturer ses procédures avec un minimum d'interventions administratives* »[735].

399. En ce qui concerne **la base législative actuelle**, la procédure d'engagement est décrite à **l'article 9 du Règlement n° 1/2003**, selon lequel le principe est que :

« *Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse* »[736].

Pour la procédure de clémence, la base législative actuelle est **l'art. 4 bis du Règlement (CE) n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE**, avec le titre marginal « *Le programme de clémence de la Commission* », qui lit comme suit :

« *La Commission peut fixer les exigences et les conditions de coopération sur la base desquelles elle peut récompenser les entreprises qui participent ou ont participé à des ententes secrètes, pour leur contribution à la dénonciation de l'entente et à la constatation d'une infraction, en leur accordant une immunité d'amendes ou une réduction de l'amende qui, à défaut, leur aurait été infligée en vertu de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) no 1/2003 (le programme de clémence de la Commission)* »[737].

En ce qui concerne la procédure de transaction, c'est le **Règlement (CE) nº 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le Règlement (CE) nº 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente** qui prévoit, dans son article premier, le fait que :

---

[735] WAELBROECK, Denis, *Le développement, en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester au juge ?*, GCLC Working Paper 01/08, in The Global Competition Law Center, Working Papers Series, janvier 2008.

[736] Règlement CE n° 1/2003 du Conseil, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, considèrent 13, art. 9 § 1.

[737] Règlement CE n° 773/2004du Conseil, du 3 août 2015, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE.

« *La Commission peut décider d'ouvrir la procédure en vue d'adopter une décision en application du chapitre III du règlement (CE) nº 1/2003 à tout moment, mais au plus tard à la date à laquelle elle rend une évaluation préliminaire au sens de l'article 9, paragraphe 1, dudit règlement, émet une communication des griefs ou adresse aux parties une demande de manifestation d'intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, ou bien à la date de publication d'une communication en application de* ***l'article 27, paragraphe 4****, dudit règlement, selon celle de ces dates qui vient en premier* »[738].

400. Pour le domaine des ententes, les documents élaborés par la Commission européenne jouent un rôle important. Une communication de la Commission de 2006 précise les possibilités d'immunité[739] et une autre de 2008 se réfère aux procédures de transaction[740].

401. En ce qui concerne les **avantages des procédures négociées** par rapport aux méthodes traditionnelles de traitement des infractions en droit de la concurrence, on précise :

- elles sont jugées par les parties comme s'approchant plus de la réalité des rapports économiques, surtout en ce qui concerne l'impératif de rapidité, qui ne peut pas être égalé par les procédures classiques (décision de sanction, ensuite décision de justice) ;
- les acteurs de ces procédures sont les entreprises mêmes, ce qui suit les lignes du respect de la volonté d'autorégulation, qui est présente dans plusieurs documents législatifs européens ;
- en ce qui concerne les autorités de concurrence, l'utilisation des procédures négociées implique une économie de procédure et économie de coûts de l'investigation ;
- le rôle du juge est diminué, du moment où celui-ci n'intervient qu'en cas de refus des parties de participer à ces négociations ou en cas de pourvoi ;
- du point de vue de l'environnement concurrentiel, les procédures négociées assurent le temps le plus réduit du moment de la découverte de l'infraction jusqu'à la cessation.

402. Ces procédures négociées consacrent le primat de l'économique sur la stricte procédure juridique, le choix dominant d'ancrer la lutte contre les pratiques menaçant la concurrence dans la temporalité des parties prenantes, c'est-à-dire des acteurs économiques[741].

403. Bien que les trois procédures négociées – clémence, engagements, transactions, arrivent à une exonération ou diminution de l'amende, le dégrée de coopération diffère, de sorte que la clémence implique le niveau maximal de coopération, les engagements sont les suivants, pour arriver aux transactions, dans le cadre desquelles la Commission a la maîtrise de l'entière

---

[738] Règlement (CE) no 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le Règlement (CE) nº 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, publié au Journal officiel de l'Union européenne, L 171/3 de 01 juillet 2008.

[739] Commission européenne, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, 2006/C 298/11, 8 décembre 2006.

[740] Commission européenne, Communication relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, 2008/C 167/01, 2 juillet 2008.

[741] COSKUN, Alexis, *Confirmation de l'approche économique en droit de la concurrence : la poursuite de la « modernisation »*, Rapport sur la concurrence de 2013, Revue de l'Union européenne 2015, p. 618.

procédure. Par contre, la reconnaissance de la faute par l'entreprise en cause intervient seulement dans le cas de la procédure de clémence et celle de transaction.

La procédure de clémence diffère par rapport à celle de transaction, bien que la coopération puisse être récompensée à ce double titre. Ainsi, si la condition principale de la procédure de clémence est la fourniture volontaire des preuves par les entreprises[742], la procédure de transaction récompense la coopération dans les procédures engagées en vue de l'application de **l'actuel article 101 du TFUE**[743]. Si, en principe, ces deux procédures peuvent se succéder logiquement, il est encore possible pour une entreprise de bénéficier de la procédure de clémence lorsque celle de transaction est en cours[744].

404. A la différence des deux procédures en haut, dans le cas des engagements, le standard de la preuve est plus réduit, du moment où la Commission ne va pas nécessairement établir la violation des règles de concurrence[745]. Par conséquent, aucune reconnaissance de la faute ne va pas intervenir en ce cas, raison pour laquelle la procédure d'engagements ne va pas faire l'objet de la présente thèse.

405. En ce qui concerne la structure de la présente thèse, ce titre va délimiter, entre les procédures négociées, entre d'une part la clémence (**Chapitre 1**) et de l'autre, la procédure de transaction (**Chapitre 2**), pour en dégager la place de l'intention légitime d'identification et preuve d'une infraction dans le cadre de ces procédures.

Chapitre 1 – La procédure de clémence – faute avouée, (à demi) pardonnée

406. En vue d'inciter les parties à une entente à dénoncer leur comportement anticoncurrentiel, sur le modèle américain[746], l'Union européenne a adopté la procédure de clémence, qui permet aux parties, en échange de leur coopération, soit une immunité à l'amende, soit une réduction considérable de celle – ci, avec l'accomplissement de quelques conditions.

407. Dans ce sens, la littérature de spécialité[747] précise qu'il s'agit du développement d'un droit négocié se substituant à un droit répressif, puisque ce sont les entreprises qui apportent à l'autorité de la concurrence les éléments de preuve, afin d'établir la réalité de l'entente et

[742] Commission européenne, Communication sur la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant : JOCE n° C 207, 18 juillet 1996.
[743] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 1.
[744] JAZOTTES, Gérard, professeur à l'Université de Toulouse, *La Commission se dote d'une procédure simplifiée de l'interdiction des ententes : la procédure de transaction*, RTD com., nº 1, p. 230-233.
[745] Competition policy brief, European Commission, Issue March 2014.
[746] Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, nº 1731.
[747] DAVID, Eric, *L'incidence des procédures alternatives sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne*, Concurrences, 1-2011, p. 67.

identifier les participants.

408. Pendant les premières décennies d'application du droit de la concurrence, la Commission s'est basée exclusivement sur ses pouvoirs d'investigation[748], concrètement par des plaintes, observation du comportement anormal sur le marché ou des informations octroyées par des dénonciateurs, comme les anciens employés.

409. Ce n'est que plus tard que les arguments pour l'adoption d'un système de détection et récompense pour les dénonciateurs sont arrivés dans l'attention des autorités européennes. Premièrement, un système de clémence accroît les chances de la découverte et de la sanction de l'infraction et joue, par conséquent, un rôle préventif. Deuxièmement, il a l'avantage de créer de l'incertitude entre les membres d'une entente, une angoisse et suspicion permanente entre les membres, qu'un des membres va dénoncer la pratique en vue de s'échapper des conséquences de celle-ci et donc, de la décourager d'y participer. Troisièmement, ce système a la fonction d'être un moyen efficace du point de vue des coûts de procédure.

410. Même avant l'adoption d'un système formel de clémence, c'était déjà la pratique de la Commission de récompenser les entreprises qui avaient une attitude de coopération envers les enquêtes, au moment de l'établissement de la sanction.

C'était l'expérience de la Commission dans l'enquête pour la **décision Carton**[749] qui l'a fait réaliser combien l'aide d'une entreprise participante à l'entente – consistant en informations et preuves, pourrait l'aider dans ses démarches. Pour la première fois[750], l'entreprise suédoise Stora a décidé de coopérer avec la Commission jusqu'à un niveau sans précédent, ce qui a facilité la tâche de la Commission de prouver et sanctioner l'entente, raison pour laquelle elle a octroyé une réduction significative d'amende à l'entreprise.

411. Du point de vue de l'évolution de la **base législative**, par la voie d'une simple communication, la Commission a été la première autorité de concurrence dans l'Union européenne à se doter d'un instrument de clémence, en juillet 1996[751].

412. Du point de vue de la structure, tout comme la communication en vigueur, la Communication de 1996 comprenait plusieurs sections. La première section avait comme résultat l'exonération de 75% à 100% pour l'entreprise qui était la première à :

(i). apporter à la connaissance de la Commission l'existence de l'infraction avant des inspections chez les membres de l'entente ;

---

[748] Conférés, à ce moment-là, par le Règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 et, au présent, par le Règlement n° 1 du Conseil du 16 décembre 2002.
[749] Commission européenne, 13 juillet 1994, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/CONTRE33.833 - Carton, 94/601/CE, publiée au Journal officiel n° L 243 du 19 septembre 1994 ; p. 0001 - 0078.
[750] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, p. 800, point 8108.
[751] Commission européenne, Communication de la commission sur la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant, publiée au Journal Officiel CE n° C 207, 18 juillet 1996, p. 4.

(ii). apporter des preuves sur l'existence de l'entente ;
(iii). avoir terminé son implication dans l'entente ;
(iv). apporter toutes les informations et les preuves qu'elle détient et maintenir une coopération continue et complète pendant l'investigation et
(v). ne pas avoir joué le rôle d'instigateur.

Le bénéfice de la deuxième section pourrait arriver jusqu'à une exonération de 50% à 75% de l'amende et pouvait être octroyé à l'entreprise qui satisfaisait les conditions d'en haut, mais qui apportait à la connaissance de la Commission l'existence de l'entente après les inspections, à condition que ceux – ci n'ont pas conduit à la procuration des preuves suffisantes pour l'initiation d'une procédure aboutissant à la prononciation d'une décision de condamnation.

Pour la troisième section, qui peut aboutir à une exonération de 15% à 50% de l'amende, celle-ci pouvait bénéficier aux entreprises qui coopéraient avec la Commission, sans accomplir les conditions de la première ou deuxième section. Deux situations spécifiques étaient distinguées par la Commission. D'une part, il y a la situation où l'entreprise apporte des informations et des moyens de preuve à la connaissance de la Commission avant la notification de la Communication des griefs et d'autre part, le cas où cette coopération est intervenue après la notification de celle-ci à l'entreprise. Néanmoins, la Communication n'opère pas une correspondance entre le moment de la coopération et le niveau de la réduction de l'amende sous cette section.

413. Du point de vue de son application, la Commission a appliqué la procédure de clémence pour 37 décisions, du total de 47 décisions adoptées jusqu'à la fin de l'année 1998. La réduction de l'amende typique a été d'environ 40% par entente, ce qui signifie que les entreprises ont compris et bien profité de la possibilité de coopérer avec les autorités.

414. De son côté, la Commission a répondu à l'ouverture des entreprises, du moment où la tendance a été l'exonération totale de l'amende, bénéfice octroyé par la Commission dans presqu'une moitié des décisions où la clémence a été appliqué. D'autre part, la troisième section de la Communication n'a été presque jamais utilisée dans la pratique décisionnelle de la Commission, ce qui témoigne du succès des inspections de la Commission, ce qui déprave les entreprises de la chance d'obtenir l'application de la procédure de clémence.

415. Toutefois, des améliorations pouvaient être apportées à la procédure de clémence, améliorations qui portaient principalement sur l'incertitude qui entourait l'octroi de celle - ci, puisque :

- la Commission disposait d'une marge discrétionnaire entre l'octroi de l'immunité et d'une simple réduction ;
- les conditions de l'immunité pouvaient prêter à discussion ;
- jusqu'à la décision finale de condamnation du cartel, le bénéfice de la clémence restait incertain, puisque la compétence de l'octroi de celle-ci restait une possibilité de l'équipe du cas.

Suite à l'expérience acquise par la Commission, ces inconvénients ont conduit à des difficultés qui empêchaient la procédure de clémence d'atteindre son niveau maximal d'efficacité. Ainsi, ce n'est que rarement que les entreprises apportaient des informations et des preuves à la connaissance de la Commission qu'après le début de l'investigation. Par conséquent, les entreprises ne déposaient une demande de clémence qu'après n'avoir plus de choix, puisqu'une investigation avait déjà été ouverte contre elles.

Après avoir pris conscience de ces éléments qui empêchaient les entreprises de recourir à la clémence et donc, la Commission d'apprendre l'existence des infractions, la Commission a procédé en 2002 à une révision de cette communication[752] dans le sens d'une transparence et d'une certitude accrue.

416. Afin de faciliter la dénonciation, la version de 2002 de la communication a introduit:

- le principe de l'immunité totale et automatique pour la première entreprise qui dénonce les faits ;
- la possibilité d'octroyer l'immunité conditionnelle après qu'une enquête ait débuté, immédiatement et par écrit ;
- la corrélation entre le dégrée de coopération et la réduction de l'amende obtenue ;
- la possibilité pour les entreprises de divulguer des preuves sous forme hypothétique.

417. En 2004, la modernisation du droit communautaire de la concurrence avait déjà mis les programmes européens en pleine lumière[753] et la préoccupation pour leur succès est restée un constant depuis, du moment où elles ont subi plusieurs modifications jusqu'au présent.

En effet, par rapport à la communication de 2002, les autorités se sont rendues compte que la coopération au cadre du Réseau International de Concurrence leur est utile – bien que la procédure de clémence offrait aux entreprises la possibilité d'échapper à la sanction du « *public enforcement* », la collaboration avec les autorités de concurrence pourrait leur aggraver la situation financière à cause du versements des dommages et intérêts exigés par les victimes de la pratique, au titre du « *private enforcement* ». Une nouvelle révision de la communication s'avérait nécessaire.

418. Ainsi, la procédure de clémence est de nouveau revenue dans l'actualité en fin d'année 2006, quand le Réseau des autorités européennes de concurrence a adopté, le 29 septembre 2006, un programme modèle de clémence, portant sur une tentative d'une convergence approfondie des différents programmes en Europe, ainsi que sur la résolution du problème des

[752] Commission européenne, Communication, 19 février 2002 sur l'immunité d'amende et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel CE n° C 45, 19 février 2002, p. 3.
[753] PRIETO, Catherine. et RODA, Jean-Christophe, *Les programmes de clémence in Les entreprise face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n° 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* sous la direction de IDOT, Laurence et PRIETO, Catherine, Bruylant 2006, p. 259.

demandes multiples[754].

419. Le 8 décembre 2006, dans le même souci d'alignement, la Commission a publié une nouvelle communication sur la clémence[755], ayant comme but la création d'un système qui mette les entreprises en confiance, afin de les inciter à l'information[756] ("**la Communication**").

La *Communication* apporte des améliorations significatives, notamment par l'instauration d'un mécanisme de « *marqueur* » et l'adoption d'un système de protection des déclarations des entreprises. Ainsi, la *Communication* a introduit des modifications sur cinq aspects:

- les deux seuils de clémence ont été clarifiés, en vue de savoir quel type d'information et preuves faut-il apporter pour être éligible pour la clémence ;
- la Commission a clarifié le fait que, pour la réduction de l'amende, seulement les preuves qui ne nécessitent pas de corroboration ont une valeur ajoutée significative, qui peut être récompensée ;
- les conditions générales en vue de bénéficier de la clémence ont été explicitement détaillées;
- un système de marqueur a été introduit ;
- la Commission a adopté une procédure en vue de protéger les déclarations de l'entreprise contre la découverte dans des litiges en dédommagement, à caractère civil.

420. Toutefois, dès qu'elle a été annoncée, l'instauration de telles mesures de réduction ou de non-imposition des amendes a suscité de **vives critiques**.

D'une part, certains ont douté qu'un tel système de clémence, d'inspiration américaine, puisse être transposé dans le cadre légal de l'Union européenne ou se sont interrogés sur la base légale de tels appels à la délation.

D'autre part, d'autres se sont élevés contre une procédure qui, selon eux, ferait échec à la protection des droits de la défense[757]. Dernièrement, d'autres ont condamné la procédure de clémence en raison du fait que cela pourrait conduire à encourager la collusion, en raison du calcul fait par l'entreprise, qui prend en compte le profit de collusion, mais aussi du coût de la punition. Si celle-ci diminue du fait du programme de clémence, plus nombreux cartels sont susceptibles de s'être formés.

[754] MOMEGE, Clémence, *Adoption du programme modèle du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrices communautaires*, Concurrences 4/2006, p. 127.
[755] Commission européenne, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel UE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 17.
[756] RODA, Jean-Christophe, *La politique de clémence communautaire – Les apports de la nouvelle communication du 8 décembre 2006*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, mars 2007, étude 4.
[757] Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, nº 1731.

421. Malgré cette critique, la procédure de clémence a prouvé son utilité – jusqu'en 2006, 80 cartels avaient déjà été défaits, la Commission avait reçu 167 demandes de clémence et avait déjà accordé 51 réductions totales d'amende[758].

422. En ce qui concerne la corrélation entre la procédure de clémence et l'intention fautive de l'entreprise, ce rapport pourrait être effectivement résumé par un vieil adage : *faute avouée, à demi pardonnée*.

423. Toutefois, à l'occasion de la traduction en pratique de ce simple adage, l'aménagement de la procédure est devenu plus compliqué, puisqu'encore faut-il que certaines conditions soient accomplies pour que la réduction soit octroyée (**Section 1**), réduction qui peut aller d'une exonération totale d'amende jusqu'à une simple réduction de celle-ci (**Section 2**).

424. Notons, néanmoins, que les conditions pour le recours à la procédure de clémence ne sont que la manifestation d'une réduction de l'intention fautive – il s'agit, en effet, de la fin de l'intention anticoncurrentielle, qui est remplacée par une intention légitime de faire découvrir l'existence de l'infraction et les acteurs, ainsi que l'engagement de collaboration totale et inconditionnelle avec la Commission.

425. Egalement, les conséquences du recours à la procédure de clémence témoignent d'une réduction de la faute – dès lors que l'intention fautive a été diminuée, conformément aux conditions de l'application de la procédure, une diminution de la sanction ou bien une exonération totale en est la conséquence attendue.

SECTION 1 : LES CONDITIONS DE LA PROCÉDURE DE CLÉMENCE, COMME MANIFESTATION D'UNE INTENTION FAUTIVE DIMINUÉE

426. La politique de clémence récompense les entreprises qui dénoncent des ententes auxquelles elles ont participé, par l'octroi d'une immunité ou une réduction des amendes qui leur auraient autrement été infligées. L'efficacité d'un tel instrument est particulièrement prouvée dans le cadre des ententes secrètes, qui, par leur nature, sont plus difficile à détecter et à instruire.

427. En dépit du calcul susceptible d'être effectué par les entreprises concernant les bénéfices tirés de l'infraction et les conséquences de la sanction, le système de clémence permet la création d'un environnement d'incertitude pour les entreprises participantes à l'entente.

De plus, le bénéfice pour le marché pertinent, ainsi que pour les consommateurs, tiré du dévoilement des ententes se révèle incontestablement supérieur à l'intérêt de sanctionner financièrement les entreprises, dont la faute est diminuée par la coopération avec les autorités

[758] L'ÉVÊQUE, François, *L'efficacité multiforme des programmes de clémence*, Concurrences 4/2006, p. 31.

de concurrence[759], à travers le choix délibéré de dénoncer l'entente et de contribuer, par des preuves, à la sanction de celle-ci.

428. Précisions que, par rapport au rôle de l'intention fautive dans le cadre de la qualification d'infraction, le dégrée d'intention est différent en ce qui concerne la procédure de clémence. Si, pour la qualification d'infraction, l'absence d'intention anticoncurrentielle est intervenue *ex ante* par rapport à la commission du fait susceptible d'être qualifié d'anticoncurrentiel, dans le cadre de la procédure de clémence l'intention légitime est intervenue *ex post* par rapport à l'infraction et seulement ayant comme élément d'incitation l'immunité ou bien la réduction de l'amende offerte par les autorités.

429. Néanmoins, bien que dans une mesure plus réduite, dans le cadre de la procédure de clémence on pourrait identifier une diminution de l'intention fautive, *ex post* et limitée comme valeur, par l'intérêt de l'entreprise d'obtenir le bénéfice de la procédure de clémence.

Le bénéfice de l'immunité ou de la réduction de l'amende dépend de l'accomplissement de certains critères, dont un tient au type de clémence qui peut être octroyée à chaque entreprise (**Paragraphe 1**) et autre aux conditions générales qui doivent être accomplies par toutes les entreprises afin de bénéficier de toute clémence, qu'elle soit immunité ou bien réduction de l'amende (**Paragraphe 2**).

§ 1. Critères théoriques distincts selon le type de clémence pouvant être octroyé aux entreprises

430. Notons, au début, que le champ d'application de la *Communication* revient sur la notion de « *cartels secrets* » en tant que critère d'éligibilité, notion qui reste floue et controversée.

431. Si, en principe, la notion de cartel renvoit à une entente conclue entre des concurrents[760], cette notion est largement interprétée en France pour inclure toute entente[761], alors que la doctrine britannique se contente d'exclure de son champ d'application tout abus de position dominante, ainsi que les restrictions verticales[762].

Les entreprises ayant contraint d'autres entreprises à participer à une entente seront, elles aussi, exclues du bénéfice de la procédure, que ne couvre que les sanctions administratives et non civiles de l'infraction.

432. Par ailleurs, outre ces critères généraux, l'octroi du bénéfice de la procédure de clémence est dépendant de l'accomplissement de certains critères, qui différent selon qu'il s'agisse de l'immunité totale (**Point A**) ou bien de la réduction de l'amende (**Point B**), raison pour laquelle

---

[759] Commission européenne, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel CE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 3.
[760] A l'exclusions des relations verticales.
[761] Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, nº 1731.
[762] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, p. 800, points 8105 - 8248.

la Commission a établi des tests différents à suivre selon ces deux hypothèses.

A. *Critères spécifiques à l'immunité totale de l'amende au cadre de la procédure de clémence*

433. En ce qui concerne l'immunité totale à l'amende, la *Communication* codifie deux hypothèses portant sur la nature des informations offertes à la Commission, correspondant à deux standards différents auxquels l'entreprise doit satisfaire d'une manière alternative en vue d'être éligible pour l'immunité (**Point a**).

434. Par ailleurs, la *Communication* établit certains critères communs aux deux types d'immunité, comme par exemple : **(i).** le devoir de coopération réelle, complète et continue, **(ii).** de ne pas dévoiler son intention de bénéficier de clémence, **(iii).** d'avoir fini l'implication dans le cadre du cartel, **(iv).** de s'abstenir de détruire, falsifier ou dissimuler des informations ou preuves utiles de l'entente présumée et **(v).** de s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que la Commission n'ait adressé de communication des griefs dans l'affaire, sauf accord contraire de la Commission et **(vi).** de ne pas avoir contraint d'autres entreprises de participer à l'entente en cause (**Point b**).

a. Conditions spécifiques pour l'immunité de Type 1A et de Type 1B

435. La première hypothèse est connue dans la littérature française comme de **Type 1A**[763] et dans la doctrine britannique comme le **Test 8(a)**[764] et vise le cas où l'entreprise apporte la première ***des informations permettant à l'autorité de concurrence de conduire des « inspections ciblées »*** au sens de **l'article 20(4) du Règlement nº 1 du Conseil du 16 décembre 2002**. Ce type d'immunité peut seulement être octroyé à condition que la Commission n'ait pas déjà les éléments pour prendre une décision d'inspection ou obtenir une ordonnance de perquisition.

Cette condition reflète la préoccupation de la Commission de pouvoir s'assurer que l'information reçue à l'occasion de l'octroi de l'immunité lui permette d'effectuer des inspections avec une plus grande probabilité de succès, en termes de preuves obtenues.

De ce point de vue, précisions que, en tant que partie impliquée dans la création des mécanismes de l'entente, l'entreprise qui a l'intention de bénéficier de l'immunité doit, en principe, avoir les informations nécessaires pour cibler l'inspection de la Commission, de lui communiquer quoi chercher et où trouver les preuves.

436. Au point 9 de la *Communication*, la Commission a détaillé les documents que l'entreprise doit lui fournir en vue d'être éligible pour bénéficier de l'immunité à l'amende, concrètement une déclaration de l'entreprise, ainsi que des preuves de l'entente, y compris des preuves

[763] RODA, Jean-Christophe, *La politique de clémence communautaire – Les apports de la nouvelle communication du 8 décembre 2006*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, mars 2007, étude 4.
[764] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, page 800, p. 8139.

contemporaines[765].

La déclaration de l'entreprise, qui peut être rédigée par l'entreprise même ou bien par un avocat, doit comprendre plusieurs points, respectivement :

- une description détaillée de l'entente, y compris, par exemple, les buts, les activités, ses modalités de fonctionnement, le produit et le marché concerné, l'étendue géographique, la durée et le volume du marché affecté, la date, le lieu et le contenu de la prise de contact des membres du cartel et toutes les explications nécessaires portant sur les moyens de preuve mis à la disposition de la Commission ;
- le nom et l'adresse de l'entreprise qui demande l'immunité, ainsi que le nom et l'adresse de tout autre participant à l'entente ;
- les noms, les fonctions, localisation du bureau et adresse de domicile des personnes qui, à la connaissance de l'entreprise qui demande la clémence, ont été impliquées dans l'entente, y compris de son part;
- des informations concernant quelle autre autorité de concurrence, dans l'Union européenne ou en dehors de celle-ci, a été abordée ou sera abordée avec une demande de clémence.

Outre l'intention de dévoiler l'entente, la Commission cherche, par cette condition, l'utilité des informations reçues aux buts de l'enquête.

437. La deuxième hypothèse, connue dans la doctrine française comme l'immunité de **Type 1B**[766] et dans la littérature britannique comme le **Test 8(b)**[767], vise les cas où l'entreprise apporte la première des informations permettant à l'autorité ***d'établir directement une violation de l'article 81 CE, au présent l'article 101 du TFUE***. Il s'agit d'une variante alternative par rapport au premier type d'immunité, mais dont les conséquences sont identiques.

438. La motivation d'une telle disposition est l'une incitation des entreprises à intervenir très en amont - soit avant ou après le début de l'investigation, à apporter les informations permettant ensuite de poursuivre les entreprises participantes à l'entente.

Le fait que la Commission ait déjà commencé une investigation ou bien qu'il n'y ait aucune entreprise bénéficiaire de l'immunité de Type 1A ne disqualifie pas nécessairement une autre entreprise de bénéficier de l'immunité de Type 1B. Par contre, il faut que l'information et les preuves apportées permettent à la Commission d'établir la violation de **l'article 101 du TFUE**, violation *que les autorités n'auraient pas pu prouver sans l'apport de l'entreprise qui demande le bénéfice de clémence*.

[765] Commission européenne, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel CE n° C 298, 8 déc. 2006, p. 3.
[766] Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, nº 1731.
[767] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, p. 800, p. 8139.

439. Par conséquent, le critère de l'immunité de Type 1B est plus exigeant que celui de l'immunité de Type 1A, puisque, dès lors que 1A requiert de fournir des informations et preuves qui permettent d'effectuer des inspections à une possibilité de succès élevée (et que ces preuves obtenues, donc, à l'occasion de l'inspection permettent établir la violation des normes en matière des ententes), pour l'immunité de Type 1B il faut fournir à la Commission directement les documents suffisants en vue d'établir la violation.

Ce durcissement des conditions applicables pour le deuxième type d'immunité – qui implique toujours l'intention de l'entreprise de dévoiler l'entente, mais qui requiert, de plus, une certaine valeur de la preuve, est justifié par le fait que l'aide de l'entreprise peut intervenir plus en aval de la procédure, par conséquent, après que la Commission ait pris connaissance de l'existence du cartel et même après l'ouverture de l'investigation.

440. Pour conclure, pour qu'une entreprise puisse se qualifier pour bénéficier de l'immunité de type 1B, la Commission a clarifié dans le cadre de la *Communication* que les preuves mises à la disposition des autorités doivent être contemporaines et discriminantes et que ceux-ci, accompagnées par la déclaration de l'entreprise comprenant tous les éléments d'en haut, doivent permettre à la Commission d'établir la violation de **l'article 101 du TFUE**.

En plus de ces conditions spécifiques à chaque type d'immunité, la *Communication* établit une série de conditions communes pour les deux types d'immunité.

b. Conditions communes à l'immunité de Type 1A et de Type 1B

441. Il faut préciser que, outre les conditions spécifiques à chaque type d'immunité, la *Communication* pose certaines conditions communes pour l'immunité, qui ne sont que partiellement communes avec celles établiss pour la réduction de l'amende. Notons, à titre liminaire, que ces conditions doivent être remplies d'une manière cumulative pour que l'immunité puisse être octroyée.

✓ **Une seule immunité pour une entente**

442. En contrepartie de l'intention de l'entreprise en cause de dévoiler l'entente, la Commission offre une immunité totale à l'amende ou bien une réduction du niveau de celle-ci. Néanmoins, il peut y avoir une seule application pour immunité pour chaque entente – une fois que l'immunité a déjà été octroyé à une entreprise, aucune autre entreprise n'est éligible que pour une éventuelle réduction et non pour l'immunité. La même solution reste applicable bien que la Commission n'ait pas encore obtenu toutes les preuves nécessaires pour être en mesure de sanctionner la pratique anticoncurrentielle en cause.

Néanmoins, si une entreprise a encore l'intention de faire découvrir à la Commission des preuves, elle pourra le faire et bénéficier de la réduction de l'amende, avec la conséquence que l'information qu'elle a fait découvrir ne sera pas utilisée contre elle.

Comme garantie de cette disposition, au point 21 de la *Communication*, la Commission précise qu'elle ne va prendre en considération toute autre demande d'immunité qu'après avoir pris une position sur la demande d'immunité en analyse, à condition que les deux demandes se réfèrent à la même infraction.

✓ **Obligation de coopération réelle, continue et complète pendant l'investigation**

443. L'obligation de coopération continue, complète et réelle pendant l'investigation est une obligation attestant d'une intention de coopération de l'entreprise en cause, qui inclut, en effet, plusieurs obligations et elle est plus large que celle imposée par les conditions spécifiques.

Ainsi, pour satisfaire à cette condition plus rigide, l'entreprise doit non seulement fournir à la Commission les informations nécessaires pour le déroulement des inspections ciblées (pour l'immunité de type 1A) ou pour prouver une violation des normes en matière d'ententes (pour l'immunité de type 1B), mais encore faut-il lui fournir toutes les informations et les preuves dont l'entreprise dispose.

444. Par conséquent, l'obligation de coopération comprend:

- l'obligation de remettre à la Commission toute information pertinente et toutes les preuves dont l'entreprise dispose ;
- l'obligation de rester à la disposition de la Commission en vue de répondre avec promptitude à toute question qui pourrait contribuer à l'établissement des faits en cause ;
- l'obligation de tenir ses employés (si possible, y compris les anciens employés) et les directeurs à la disposition de la Commission, en vue d'entretiens ;
- l'obligation de ne pas détruire, falsifier ou dissimuler les informations ou les preuves en connexion avec l'entente supposée ;
- l'obligation de ne pas dévoiler la teneur ou le contenu de la demande d'immunité avant que la Commission ait notifié la Communication des griefs.

L'obligation de ne pas révéler la teneur et le contenu de la demande d'immunité sans l'accord préalable de la Commission est, par conséquent, partie intégrante de l'obligation de coopération, dont le non-respect implique une disqualification de l'entreprise de la possibilité de bénéficier de l'immunité.

La Commission est consciente que certaines entreprises, en particulier, celles listées à la bourse, ont une obligation légale de communiquer certaines informations, mais s'oppose de toute manière à cela sans son accord, du moment où cette pratique est susceptible d'avoir des répercussions sur l'enquête[768].

[768] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, page 813, p. 8148.

Néanmoins, en vue de ne pas péricliter cette obligation légale des entreprises et sans le coût de l'investigation, si possible, la Commission effectue les inspections sur place quelques semaines après la demande d'immunité[769].

La Commission est beaucoup plus ouverte à la révélation de la demande d'immunité une fois que les inspections ont été effectuées.

✓ **Obligation d'avoir cessé l'implication dans la pratique supposée anticoncurrentielle**

Une entreprise ne peut pas avoir l'intention de coopération avec la Commission en vue de dévoiler l'existence d'une entente, d'une part, et d'y participer, de l'autre, les deux en même temps – c'est la raison de l'existence de la règle d'en haut.

445. L'obligation d'avoir terminé l'implication dans l'entente est plus nuancée dans le cadre de la *Communication* de 2006 par rapport à la version de 2002 – si dans le cadre de la première version de la communication, cette obligation était absolue, la version actuelle ajoute :

« *sauf pour ce qui est, de l'avis de la Commission, raisonnablement nécessaire à la préservation de l'intégrité des inspections* »[770].

446. La Commission a dû assurer une balance équilibrée entre la condition logique de cessation de l'infraction et l'intérêt public de ne pas péricliter les inspections, raison pour laquelle il est très important que les autres membres de l'entente ne réalisent pas trop tôt qu'un des membres a dénoncé l'entente à la Commission. Par ailleurs, les autorités ne pourraient pas admettre une participation active de l'entreprise aux activités illégales, non pas tant pour des raisons qui tiennent à la morale, que par crainte d'être accusées de porter atteinte à la concurrence.

447. Par conséquent, la Commission pourrait ne pas s'opposer à une continuation de participation aux réunions des membres de l'entente supposée, à condition qu'il s'agisse d'une présence passive, ayant comme but de garder l'apparence pour les autres membres.

Cette continuation des relations avec la permission de la Commission sera regardée par les autorités non pas comme une forme continue de l'infraction, mais seulement comme un moyen de s'assurer de l'efficacité de l'enquête.

Par contre, après le début de l'investigation, même la participation passive doit avoir cessé d'une manière complète.

---

[769] VAN BARLINGEN, Bertus et BARENNES, Marc, European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice, Competition Policy Newsletter, 3ème sortie, automne 2002.

[770] Commission européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, , publiée au Journal Officiel CE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 12(b).

✓ **Obligation de ne pas détruire, falsifier ou dissimuler des informations ou preuves utiles de l'entente présumée**

448. La doctrine a précisé que le but de cette disposition est de clarifier que, dans le cas où un candidat à la procédure de clémence se livre à la destruction, falsification ou dissimulation des informations ou preuves, la conséquence inévitable est la perte de la clémence des autorités, qu'elle arrive après ou avant le dépôt de la demande[771] - en effet, la cause d'une telle sanction est bien l'inexistence d'une réelle intention de coopération de la part de l'entreprise.

La brèche de cette obligation va conduire d'une manière automatique à la perte de la bonne foi dans les négociations, une transgression de l'intention licite que l'entreprise s'est engagée à démontrer en vue de bénéficier d'une attitude coopérante de la part des autorités.

De ce point de vue, le **point 12 alinéa (2) de la Communication** prévoit qu'en vue de bénéficier de l'effet d'immunité établie par Commission, l'entreprise est requise de ne pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé les informations ou les preuves utiles de l'entente présumée. Ainsi, la Communication précise :

« (...) *lorsqu'elle envisage d'adresser une demande à la Commission, l'entreprise ne doit pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé des preuves de l'entente présumée* (...) ».

D'une part, cette condition vise la nécessité pour l'entreprise d'être en possession des preuves invoquées pour être en mesure de démontrer soit les indices suffisants pour la conduite d'une inspection, soit l'existence de l'entente. Or, si l'entreprise a détruit les preuves, elle ne pas plus les avoir en vue de les mettre à la disposition des autorités.

D'autre part, cette obligation dénote la préoccupation de la Commission de s'assurer que l'entreprise qui va bénéficier de l'immunité ne détruit les preuves avant de déposer la notification ou qu'elle ne les falsifie, en vue de se disculper ou de tenir les autres parties responsables[772].

✓ **Condition préalable – ne pas avoir contraint d'autres entreprises**

449. La Commission a précisé qu'il n'est pas acceptable pour une entreprise d'avoir contraint des autres parties à participer à une entente – donc, une intention aggravée, et ensuite de demander elle-même de la clémence sur la forme de l'immunité.

450. C'est la raison d'existence de **l'art. 13 de la Communication**, conformément auquel :

« *Toute entreprise qui a pris des mesures pour contraindre d'autres entreprises à se joindre à l'entente ou à y rester ne peut prétendre au bénéfice de l'immunité d'amende. Elle peut*

[771] SIRAGUSA, Mario et RIZZA, Cesare, *Cartels and Collusive Behaviour. Restrictive Agreements and Practices Between Competitors*, volume II, deuzième édition, Claeys & Casteels, 2012, p. 450, point 3.163.
[772] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, page 813, p. 8151.

toujours prétendre à une réduction d'amende si elle satisfait aux critères fixés et remplit toutes les conditions requises ».

Conclusion partielle – les conditions pour l'octroi de l'immunité, manifestation d'une intention fautive diminuée

451. Toutes les conditions traitées en haut pour l'octroi d'une immunité à l'amende par les autorités au niveau européen représentent des manifestations de la diminution de l'intention anticoncurrentielle de l'entreprise qui en demande le bénéfice.

D'une part, puisque la simple dénonciation, avant ou bien après la réception de la Communication des griefs, à laquelle s'ajoute la remise des preuves et des explications en vue de la découverte de l'infraction, est la matérialisation de la fin de l'intention de contourner les règles de concurrence, pour devenir un concurrent qui respecte les règles du marché.

D'autre part, en raison du fait que toutes les conditions supplémentaires imposées par la réglementation[773] représentent des pas qui assurent l'engagement de la responsabilité par l'entreprise d'une manière consciente et en même temps, l'obtention des toutes les preuves détenues par l'entreprise.

B. *Critères spécifiques à la réduction de l'amende au cadre de la procédure de clémence*

452. Les entreprises qui ne remplissent pas les conditions en vue de bénéficier de l'immunité sous l'empire de la *Communication* peuvent néanmoins bénéficier d'une réduction de l'amende qui pourrait leur être imposée, sous la réserve de satisfaire aux critères posés par la Section 2 de la *Communication*.

453. Le montant de la réduction dépend de la date de production, de l'ordre des demandeurs, ainsi que du niveau de valeur ajoutée apportée par les nouvelles preuves à l'ensemble probatoire à la disposition de la Commission, aspects à traiter dans une section suivante.

454. A titre liminaire, précisions que la réduction ne peut en tout cas dépasser 50 % du montant de l'amende et que l'entreprise doit encore respecter les obligations détaillées en haut, respectivement la coopération véritable, totale, permanente et rapide, le fait d'avoir mis fin à sa participation à l'entente présumée, ainsi que de ne pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé les preuves de l'infraction.

[773] L'obligation de coopération réelle, continue et complète pendant l'investigation, l'obligation d'avoir cessé l'implication dans la pratique supposée anticoncurrentielle, l'obligation de ne pas détruire, falsifier ou dissimuler des informations ou preuves utiles de l'entente présumée, ainsi que la condition qui tient à l'interdiction d'avoir joué le rôle de meneur:

455. Les deux standards alternatifs règlementés par la deuxième Section de la *Communication* sont, d'une part, **(i).** la valeur ajoutée significative des preuves apportées par l'entreprise qui demande le bénéfice de réduction et, de l'autre, **(ii).** que les nouvelles preuves, sans satisfaire à la condition de valeur ajoutée, renforcent la gravité ou bien la durée de l'infraction.

456. De plus, la modalité d'application de ces critères est une subséquente, du moment où, seulement en cas d'impossibilité d'apporter des preuves à valeur ajoutée significative, la Commission va prendre en compte la possibilité des preuves renforçant la gravité ou bien la durée de l'infraction.

a. Première condition alternative – le critère de la « *valeur ajoutée significative* »

457. La réduction d'amende, soit l'hypothèse Type 2 vise les situations où l'entreprise apporte des éléments ayant une valeur ajoutée significative par rapport aux preuves détenues auparavant par l'autorité, situation réglementée au point 24 de la *Communication*. Ainsi :

« *Afin de pouvoir prétendre à une telle réduction, une entreprise doit fournir à la Commission des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission, et doit remplir les conditions cumulatives fixées aux points (12) a) à c) ci-dessus* »[774].

Sans avoir une corrélation directe avec l'intention, cette condition posée par la Commission témoigne de l'intérêt des autorités pour la mise en place d'une procédure efficace du point de vue de la découverte de l'infraction.

458. C'est la Commission qui explique ce qu'elle comprend par « *valeur ajoutée significative*», en précisant que cette notion vise : « *la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée* »[775].

459. Pour les règles d'appréciation du niveau de la valeur ajoutée, en vue qu'elle soit qualifiée de significative ou non, la Communication établit quelques règles générales.

Ainsi, lors de cette appréciation, la Commission apprécie que les preuves écrites concomitantes par rapport au moment de l'infraction (*comme, par exemple, un ordre de jour*) ont une valeur ajoutée plus significative que les preuves constituées après ce moment (*une déclaration ultérieure*).

[774] Commission européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel de l'UE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 24.
[775] Commission européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel de l'UE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 24.

De la même manière, une valeur plus significative sera attribuée aux preuves directes (*qui sont en connexion directe avec l'infraction – une liste des prix agrées*) qu'aux preuves indirectes (*qui ne prouvent directement l'infraction, mais donnent seulement des indices – recettes de l'hôtel ou les membres de l'entente se sont rencontrés*).

De plus, un élément de preuve qui n'a pas besoin d'être corroboré avec d'autres preuves pour établire l'infraction va avoir une valeur ajoutée plus significative qu'une preuve qui a besoin d'être corroborée, en raison du fait que la dernière catégorie peut être plus facilement contestée.

Précisions, à titre supplémentaire, qu'une seule preuve peut s'avérer suffisante en vue de prouver l'existence de l'infraction, tant que sa teneur et son contenu ne comprennent pas des doutes et donc, elle ne peut pas être contestée. Des moyens de preuve oraux suffisent en vue de prouver l'existence d'une entente.

Dernièrement, il n'est pas nécessaire que toutes les preuves soient suffisamment précises pour constituer, par elles-mêmes, la preuve de l'entente – chaque preuve sera interprétée d'une manière corroborée avec toutes les autres pièces fournies. Par conséquent, si l'ensemble probatoire réussit à prouver l'existence et le contenu de l'infraction, la condition de *valeur ajoutée significative* sera réputée comme accomplie.

b. Deuxième condition alternative – le critère du renforcement de la gravité ou de la durée de l'infraction

460. Par la *Communication*, la Commission a établi que si l'apport de preuve conduit à aggraver la responsabilité de l'entreprise bénéficiaires de clémence, l'autorité doit éviter cet effet d'aggravation au moment de la fixation de l'amende du demandeur en clémence – c'est l'avantage offert par la Commission, pour l'intention licite, de coopération, de l'entreprise.

Ainsi, conformément au **point 26 de la *Communication*** :

« *Si une entreprise qui sollicite une réduction d'amende est la première à fournir des preuves déterminantes, au sens du point (25), que la Commission utilise pour établir des éléments de fait supplémentaires qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction, la Commission ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis* »[776].

461. Concrètement, la Commission ne va pas tenir compte des preuves qui démontrent une gravité plus élevée ou une durée plus longue de l'infraction pour l'établissement de l'amende de l'entreprise qui lui fournit volontairement ces preuves.

[776] Commission européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiée au Journal Officiel de l'UE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 26.

462. Pour les deux hypothèses, les mêmes marges de réduction restent applicables, d'une telle manière que l'entreprise pourra bénéficier de la réduction conforme à la situation où elle se trouve.

Conclusion partielle – les conditions de la réduction de l'amende comme une manifestation d'une réduction de l'intention anticoncurrentielle

463. Les conditions posées en vue de l'octroi du bénéfice de la procédure de clémence représentent une modalité pour la Commission de s'assurer que l'entreprise en cause a l'intention licite de mettre fin à l'infraction et de dénoncer celle – ci aux autorités.

464. De ce point de vue, précisons que les deux critères alternatifs, celui de la valeur ajoutée significative ainsi que celui tenant à l'apport des preuves de la gravité ou durée de l'infraction, ne conduisent pas à la réduction de l'amende que s'ils sont accompagnés par le respect les obligations détaillées en haut, respectivement : **(i).** la coopération loyale (véritable, totale, permanente et rapide) ; **(ii).** le fait d'avoir mis fin à son participation à l'entente présumée et **(iii).** le fait de ne pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé les preuves de l'infraction.

465. L'obligation de respecter les conditions générales pour la procédure de clémence témoigne de l'intérêt de la Commission non pas seulement de découvrir les infractions – les autres conditions auraient être suffisantes dans ce but, mais aussi de s'assurer de la coopération totale d'une entreprise ayant avoué et repenti sa participation à l'entente.

De ce point de vue, bien en présence d'une demande d'immunité ou bien de réduction de l'amende ayant rempli les critères temporaires et matériels en vue d'être retenue, le respect des obligations énumérées en haut va entraîner une disqualification de l'entreprise comme bénéficiaire de la clémence.

Toutefois, une approche pratique va prouver, en ce qui suit, l'application en pratique par la Commission et ensuite, par la Cour de justice, des principes posés par la *Communication*, en vue de relever le rôle d'une intention fautive diminuée et donc, une application de l'adage « *la faute avouée est [à demi] pardonnée* » en droit européen de la concurrence.

§ 2. Critères des deux types de clémence, dans une perspective pratique

466. Même avant l'adoption de la *Communication* de la Commission portant sur la clémence de 1996, la pratique de la Commission récompensait les entreprises ayant collaboré pendant la procédure administrative avec une réduction de l'amende.

A. *La logique de la procédure de clémence – la découverte et la sanction des infractions*

467. Par sa pratique, la Commission reconnaît la *raison d'être de la clémence*, ce qui correspond à la *découverte de l'infraction*, facilitée par la coopération de l'entreprise – en effet, une vraie intention licite. Par contre, bien que la réduction soit justifiée par des considérations d'une enquête plus efficace, la coopération en soi suppose une diminution de l'intention

fautive, dans le sens de la facilitation de la découverte de l'infraction.

468. C'était le cas dans **l'affaire du Polypropylène**[777], où la Commission a imposé une amende aux quatre principaux producteurs, Imperial Chemical Industries (ICI), Hoechst, Montepolimeri et Shell, « *les quatre grands* », qui, à travers des réunions régulières, dirigeaient et d'encourageaient les petits producteurs dans la mise en œuvre des divers mécanismes de régulation annuelle des volumes de production et la fixation périodique des prix cibles[778].

A cette occasion, ICI allègue que la Commission n'a pas tenu compte de son dégré de coopération, ce qui devrait lui apporter une réduction de l'amende. Après avoir pris acte de la non-contestation de la coopération d'ICI par la Commission, le Tribunal procède à une analyse du niveau d'individualisation de l'amende par rapport à cette coopération, pour arriver à la conclusion que l'entreprise ICI a déjà bénéficié d'une réduction d'un million écus au titre de la coopération.

De ce point de vue, le Tribunal retient que :

« *L'amende infligée à la requérante ayant été réduite de moins de 10 % au titre de sa coopération à l'enquête, le Tribunal considère que, eu égard au caractère très détaillé de la réponse de la requérante à la demande de renseignements, qui concernait non seulement les agissements de la requérante, mais aussi ceux de l'ensemble des entreprises concernées, réponse sans laquelle il aurait été beaucoup plus difficile pour la Commission de constater et de mettre fin à l'infraction qui est l'objet de la décision, il convient de tenir compte de la coopération de la requérante dans une mesure plus large que ne l'a fait la Commission en vue de déterminer le montant de l'amende qui doit lui être infligée* »[779].

Concrètement, continue le Tribunal, bien que cette coopération ne serait intervenue qu'après la découverte des documents compromettants dans les locaux d'ICI, en absence de celle-ci, il aurait été plus difficile pour la Commission de comprendre la portée des documents saisis et d'en tirer les conséquences, en vue de constater et mettre fin à l'infraction.

Par conséquent, au titre de la coopération de l'entreprise ICI, après les inspections conduites dans les locaux des participants à l'entente, le Tribunal a décidé de lui diminuer l'amende, sens dans lequel *la faute avouée est à demi pardonnée*.

[777] Commission européenne, 23 avril 1986, Polypropylène, affaire 86/398/CEE, Journal officiel n° L 230 du 18/08/1986, p. 0001 – 0066.
[778] Commission européenne, 23 avril 1986, Polypropylène, affaire 86/398/CEE, Journal officiel n° L 230 du 18/08/1986, p. 0001 – 0066, p. 1.
[779] TPICE, 10 mars 1992, Imperial Chemical Industries PLC contre Commission des Communautés européennes, affaire T-13/89, recueil de jurisprudence 1992, page II-01021, p. 393.

B. *Le rapport entre l'obligation légale de coopération et la coopération en vertu de la Communication*

469. Par contre, *seulement la coopération qui va au-delà de l'obligation légale peut justifier une réduction* de l'amende – toute intention licite, ne suffit pas, mais, par contre, elle doit être caractérisée.

470. Un exemple dans ce sens-là est **l'arrêt Cascades**[780], qui a eu pour objet la sanction des fabricants de carton approvisionnant le Royaume-Uni, qui avaient introduit une série de hausses de prix simultanées et uniformes et, pour cela :

- se sont rencontrés régulièrement dans le cadre de réunions secrètes et institutionnalisées, en vue de négocier et d'adopter un plan sectoriel commun de restriction de la concurrence ;
- ont décidé d'un commun accord des augmentations régulières des prix pour chaque qualité de produit dans chaque monnaie nationale ;
- ont planifié et mis en œuvre des augmentations de prix simultanées et uniformes dans l'ensemble de la Communauté européenne ;
- se sont entendus pour maintenir les parts de marché des principaux fabricants à des niveaux constants, avec des modifications occasionnelles ;
- ont pris, de plus en plus fréquemment à partir de début 1990, des mesures concertées de contrôle de l'approvisionnement du marché communautaire, afin d'assurer la mise en œuvre desdites augmentations de prix concertées ;
- ont échangé des informations commerciales sur les livraisons, les prix, les arrêts de production, les commandes en carnet et les taux d'utilisation des machines, afin de soutenir les mesures mentionnées ci-dessus[781].

Dans ce contexte, la requérante invoque la coopération pendant l'enquête, par la non-contestation des griefs, en vue d'obtenir une réduction à l'amende infligée, réduction qui avait déjà été appliquée à un autre participant à l'entente, à titre de coopération.

Après avoir repris l'argument de la Commission, selon lequel une réduction à titre de coopération n'est justifiée que si le comportement a permis à la Commission de constater une infraction avec moins de difficulté et, le cas échéant, d'y mettre fin[782], le Tribunal statue que:

[780] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925.
[781] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925, p. 8.
[782] Ce principe a été réitéré dans la jurisprudence, comme, par exemple dans l'affaire TPI, 14 mai 1998, Finnish Board Mills Association — Finnboardcontre Commission des Communautés européennes, affaire T-338/94, recueil de jurisprudence 1994 page II-01617, p. 363, maintenue par l'affaire C-298/98 P, Recueil de jurisprudence page 2000 I-10157; Krupp Thyssen Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-45/98 et T-47/98, Recueil de jurisprudence 2001, page II-03757, p. 270.

« *il est de jurisprudence constante qu'une coopération à l'enquête qui ne dépasse pas ce qui résulte des obligations qui incombent aux entreprises en vertu de l'article 11, paragraphes 4 et 5, du règlement n° 17 ne justifie pas une réduction de l'amende* »[783].

Or, la coopération de la requérante n'est pas allée au-delà de ce qui était nécessaire à titre d'obligation légale de coopération, raison pour laquelle la Commission a pu lui légalement refuser la réduction de l'amende.

Il en va autrement dans le cas de l'entreprise Stora, qui a bénéficié d'une telle réduction :

« *En effet, Stora a fourni à la Commission des déclarations comportant une description très détaillée de la nature et de l'objet de l'infraction, du fonctionnement des divers organes du GEP Carton et de la participation à l'infraction des différents producteurs. Par ces déclarations, Stora a fourni des renseignements allant bien au-delà de ceux dont la production peut être exigée par la Commission en vertu de l'article 11 du règlement n° 17* »[784].

471. Par conséquent, l'intention légitime de coopération avec la Commission en vue de l'application de la procédure de clémence ne doit pas se limiter à l'obligation, qui, elle, n'est que le moyen de ne pas se voir infliger une autre amende.

C. *L'utilité des informations fournies dans le cadre de la coopération – condition nécessaire à l'octroi du bénéfice de la Communication*

472. Précisons, de plus, que seulement une coopération qui s'avère utile pour la Commission va donner naissance à une réduction de l'amende au sens de la *Communication* – loin d'être une condition qui tient à la culpabilité de l'entreprise, celle-ci reflète la préoccupation de la Commission pour l'efficacité de l'enquête.

473. Dans ce sens, par rapport à la mention de **l'arrêt Cascades**[785] conformément à laquelle la réduction a été appliquée pour une collaboration allant « *bien au-delà* »[786] de celle que peut être exigée d'une entreprise[787], la doctrine[788] a spéculé sur la question de savoir dans quelle mesure une coopération au-delà de ce qui peut être exigé de l'entreprise serait suffisante en vue d'obtenir la clémence ou encore s'il faut y avoir une coopération bien au-delà de ce qui pourrait être exigé d'elle.

---

[783] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925, p. 260.
[784] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925, p. 262.
[785] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925.
[786] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925, p. 262.
[787] En vertu de l'obligation de coopération par rapport aux demandes de renseignements des entreprises.
[788] FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press 2007, p. 8.226.

474. La réponse est venue par voie jurisprudentielle, par les jugements rendus dans **l'affaire Daesang**[789], **l'affaire Group Danone**[790], **l'affaire Brouwerij Haacht NV**[791].

475. L'affaire Daesang Corp. et Sewon Europe GmbH contre Commission des Communauté européennes[792], tendant à l'annulation de la décision de la Commission sanctionnant une infraction à **l'article 81 Traité CE, actuel article 101 du TFUE**, sur le marché de la lysine, produit utilisé à des fins d'alimentation animale. A cette occasion, le Tribunal statue que :

« *À cet égard, la Commission invoque la jurisprudence constante selon laquelle une coopération à l'enquête qui ne dépasse pas ce qui résulte des obligations qui incombent aux entreprises en vertu de l'article 11, paragraphes 4 et 5, du règlement n° 17 ne justifie pas une réduction de l'amende* […]. *Toutefois, il résulte également de cette même jurisprudence qu'une réduction d'amende est justifiée lorsque l'entreprise a fourni des renseignements allant bien au-delà de ceux dont la production peut être exigée par la Commission en vertu de l'article 11 du règlement n° 17* »[793] .

476. A son tour, par **l'affaire Group Danone** contre Commission des Communautés européennes[794], la Cour de justice met à l'épreuve le standard jurisprudentiel posé auparavant, dans un pourvoi ayant pour objet l'annulation de la décision de sanction de la Commission des entreprises actives sur le marché brassier, pour la conclusion d'un pacte général de non-agression, l'établissement des prix et promotions dans le commerce de détail, le partage de la clientèle dans le secteur « *hôtels, restaurants, cafés* », la limitation des investissements et de la publicité et l'échange d'informations sur les ventes.

Dans ce cadre de ces discussions, le Tribunal a abordé la question de savoir si seule une coopération qui va bien au-delà de l'obligation légale pourra donner naissance à une réduction de l'amende à titre de clémence ou bien si une coopération qui va simplement au-delà est suffisante :

« *En revanche, la lecture combinée des considérants 326 et 327 permet de conclure que la Commission n'a octroyé à la requérante une réduction de 10 % que dans la mesure où sa coopération à l'établissement des faits est allée au-delà de ses obligations résultant de l'article 11 du règlement nº 17* […]. *La Commission a, en effet, estimé que la requérante a contesté la matérialité des faits sur lesquels elle a fondé ses accusations et qu'elle n'était donc éligible à*

[789] TPICE, 9 juillet 2003, Daesang Corp. et Sewon Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-230/00, Recueil de jurisprudence 2003, page II-02733, p.137.
[790] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407, p.451.
[791] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259, p.106.
[792] TPICE, 9 juillet 2003, Daesang Corp. et Sewon Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-230/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02733.
[793] TPICE, 9 juillet 2003, Daesang Corp. et Sewon Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-230/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02733, p.136 et 137.
[794] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407.

aucune réduction au titre du point D 2, second tiret, de la communication sur la coopération»[795].

Après avoir confirmé qu'une simple coopération au-delà de ce qui est nécessaire suffit en vue d'obtenir une réduction, le Tribunal confirme, toutefois, que le degré de collaboration est déterminant en vue d'individualiser la réduction concrète de l'amende :

« *il convient de relever que la Commission a implicitement fait état, dans la décision attaquée, d'une différence de qualité entre la coopération d'Interbrew et celle de la requérante. En effet, si la Commission a reconnu que chacune des deux entreprises a fourni, en réponse à la demande de renseignements du 11 novembre 1999, des informations allant au-delà d'une simple réponse à celle-ci, la Commission a toutefois relevé qu'Interbrew a grandement contribué à établir les éléments de fait », alors qu'elle a mentionné que la requérante a seulement « fourni sur l'existence et le contenu de l'infraction des informations qui allaient au-delà de la réponse à la demande de renseignements au titre de l'article 11 du règlement nº 17 »*»[796].

Par conséquent, si une collaboration dans le sens de l'octroi de l'information simplement au-delà de ce qui est nécessaire peut aboutir à une réduction, cette réduction sera plus significative dès lors qu'il s'agit d'une fourniture de l'information allant bien au-delà de ce qui est nécessaire.

477. La même question a été entamée dans le cadre de **l'affaire Brouwerij Haacht NV** contre Commission des Communautés européennes[797], tendant à l'annulation de la décision de la Commission ayant pour objet les mêmes infractions que dans **l'affaire Danone** en haut.

« *Ainsi, la collaboration d'une entreprise à l'enquête ne donne droit à aucune réduction d'amende lorsque cette collaboration n'a pas dépassé ce qui résultait des obligations qui lui incombaient en vertu de l'article 11, paragraphes 4 et 5, du règlement nº 17* […]. *En revanche, dans le cas où une entreprise fournit, en réponse à une demande de renseignements au titre de l'article 11, <u>des informations allant bien au-delà de celles dont la production peut être exigée par la Commission en vertu du même article</u>, l'entreprise en question peut bénéficier d'une réduction d'amende* »[798].

En citant **l'arrêt Cascades** ci-dessus, le Tribunal reprend le standard initial, dans le sens où une collaboration bien au-delà de l'obligation légale va offrir la possibilité d'une réduction de l'amende.

---

[795] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407, p. 461.
[796] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407, p. 463.
[797] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259.
[798] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259, p.106.

478. Si l'arrêt dans **l'affaire Danone** en haut statue expressément qu'une simple collaboration au-delà de ce qui est nécessaire peut avoir comme conséquence une réduction de l'amende, différente selon degré de coopération, tous les autres arrêts analysés en haut font référence strictement à une coopération allant bien au-delà de ce qui est nécessaire. Néanmoins, ceux-ci n'excluent pas la possibilité de la réduction de la sanction en vertu d'une simple collaboration.

D. *La modulation de la sanction selon la preuve d'un réel esprit de coopération*

479. À titre supplémentaire, il nous semble important de préciser qu'en vue d'obtenir la réduction de l'amende, l'entreprise a l'obligation de prouver un réel esprit de coopération, sens dans lequel même l'absence de spontanéité va être prise en considération au moment de l'individualisation de la sanction.

480. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal dans **l'affaire ABB Asea Brown Boveri**[799], ayant pour objet une infraction aux règles **de l'article 85 du traité CE, l'actuel article 101 du TFUE** dans le cadre du secteur de la fourniture de conduites de chauffage urbain. À cette occasion, par voie de décision[800], la Commission a infligé une amende à dix entreprises, pour avoir enfreint les règles en matière de concurrence, par la conclusion d'un accord portant sur la répartition du marché européen.

À cette fin, selon la décision, les entreprises se sont coordonnées lors des augmentations des prix, ont fixé puis appliqué des quotas de vente, contrôlé ensuite par un « *groupe de contact* » réunissant les responsables des ventes des entreprises concernées. Chaque projet commercial était attribué à une des entreprises, qui informait les autres participants du prix qu'elle avait l'intention de proposer, de sorte que ces derniers fassent une offre plus élevée, en vue de protéger le fournisseur désigné par l'entente.

Dans ce contexte, l'entreprise ABB prétend que la Commission aurait dû lui accorder la réduction de 50% en vertu de la *Communication*, étant donné qu'elle remplissait les deux conditions prévues au point D, au sens où, « *avant l'envoi d'une communication des griefs,* [elle a] *fournit à la Commission des informations, des documents ou d'autres éléments de preuve qui contribuent à confirmer l'existence de l'infraction commise* » et, de plus, elle n'a pas contesté les griefs.

De ce point de vue, la Commission soutient qu'une réduction de 30% tient objectivement et dûment compte de la collaboration d'ABB, sens dans lequel l'entreprise n'a commencé à coopérer que neuf mois après les inspections. Or, du moment où l'importance de la réduction dépend de la mesure dans laquelle la coopération d'une entreprise a contribué à l'enquête et que la contribution de la requérante dans l'établissement des faits ne concernait pas tous les aspects

[799] TPICE, 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-31/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01881.
[800] Commission européenne, 21 octobre 1998, Décision de la Commission du 21 octobre 1998 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/35.691/E-4, 1999/60/CE - conduites précalorifigées, publiée au Journal officiel n° L 24 du 1999, p. 1.

de l'entente, la Commission considère qu'une réduction de 30% est proportionnée au dégrée de coopération d'ABB.

Dans ce contexte, le Tribunal apprécie que :

« *étant donné que, même en dehors des situations relevant du point C de la communication, la coopération d'une entreprise avant que la Commission n'ait notifié une demande de renseignements est de nature à faciliter l'enquête de la Commission, il a été tout à fait loisible à la Commission de ne pas accorder la réduction maximale envisagée par le point D de la communication à la requérante, qui n'a déclaré sa volonté de coopérer qu'après la réception d'une première demande de renseignements datant du 13 mars 1996, alors que la vérification chez ABB IC Møller avait déjà eu lieu le 29 juin 1995* »[801].

Par conséquent, c'est la volonté de coopérer, suivie par la coopération effective – donc, l'intention licite de l'entreprise ABB, qui a conduit à l'application de la Communication au sens de la réduction de l'amende. Néanmoins, des lors que cette coopération n'est intervenue qu'après le début de l'enquête et la demande des renseignements par la Commission, elle ne s'est pas avérée suffisante en vue d'apporter une réduction maximale, soit de 50% de l'amende, mais seulement pour une réduction de 30%.

481. La même solution a été confirmée par la Tribunal, dans **l'affaire KE KELIT Kunststoffwerk GmbH contre Commission des Communautés européennes**[802] :

« *la Commission a noté, en ce qui concerne la coopération offerte par ABB, qu'il a fallu attendre, pour que cette dernière coopère, l'envoi des demandes de renseignements détaillées, et que, par conséquent, cette entreprise ne saurait bénéficier d'un taux de réduction de 50 %, admissible en vertu du point D* »[803].

482. Par conséquent, le seul fait que l'intention de coopérer ne soit que la suite à la demande des renseignements par la Commission n'exclut pas toute possibilité de réduction de l'amende au sens de la *Communication* ; toutefois, ce degré de coopération ne sera pas suffisant en vue de donner droit à l'entreprise à une réduction à un niveau maximal, celui de 50%.

E. *Déclarations délibérément incomplètes, inexactes et sciemment trompeuses –manifestation de la subsistance de l'intention fautive*

483. Une précision supplémentaire importante est apportée par l'arrêt du Tribunal **HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres**

[801] TPICE, 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-31/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01881, p. 238.
[802] TPICE, 20 mars 2002, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-17/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01647.
[803] TPICE, 20 mars 2002, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-17/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01647, p. 181.

contre Commission des Communautés européennes[804], dans une affaire ayant à l'origine les mêmes faits que dans **l'arrêt ABB Asea Brown Boveri Ltd contre Commission** des **Communautés européennes**[805].

Sur l'aspect portant sur l'application de la *Communication*, l'entreprise fait valoir qu'elle a coopéré avec la Commission dans le sens d'avoir reconnu l'entièreté des faits concernant son propre comportement anticoncurrentiel et aussi d'avoir fourni à la Commission divers documents relatifs à l'entente. A son tour, la Commission soutient que cette coopération de l'entreprise n'est intervenue que très tard dans l'enquête, lorsqu'elle a su que l'existence de l'entente ne pouvait plus être contestée.

Malgré la défense de la requérante, au sens où, auparavant, elle avait craint des lourdes conséquences, tant pénales que civiles, que les réponses aux questions posées aux entreprises entraîneraient en droit national, le Tribunal apprécie que la Commission a correctement considéré qu'aucune réduction ne devait être accordée :

« *Néanmoins, force est de constater que, lors de la même procédure administrative, les requérantes ont, en ce qui concerne les relations de propriété entre les sociétés Henss et les sociétés Isoplus, fourni des renseignements incomplets et, partiellement, inexacts et, ce faisant, délibérément caché des informations dont elles savaient qu'elles étaient nécessaires à la Commission afin d'apprécier la réalité des relations existant entre les sociétés réunies par celle-ci dans le groupe Henss/Isoplus. Il convient de souligner, à cet égard, que les liens réels existant entre les sociétés appartenant audit groupe n'ont pu être établis qu'après la découverte, par les autorités de la concurrence allemandes, de l'existence du contrat d'apport du 15 janvier 1997, enregistré en Allemagne sur un registre public* »[806].

484. Par conséquent, la Commission est en droit de refuser le bénéfice de la *Communication* à une entreprise qui fait des déclarations délibérément incomplètes, inexactes et donne des informations sciemment trompeuses – une manifestation de la subsistance de l'intention fautive.

F. *Coopération en dehors du champ d'application de la Communication – simple circonstance atténuante*

485. Enfin, précisons qu'en dépit d'une intention de collaboration de la part de l'entreprise, la coopération sur le terrain de la Communication doit être distinguée par rapport à la coopération en tant que circonstance atténuante. Un exemple éloquent dans ce sens pourrait être trouvé dans

[804] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487.
[805] TPICE, 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-31/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01881.
[806] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487, p. 618.

la même affaire, **HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH &**

Co. KG[807], où la requérante contestait la décision de la Commission pour ne pas avoir tenu compte de son dégrée de coopération en dehors du champ d'application de la *Communication*.

Dans ce contexte, le Tribunal lui rétorque que ses allégations ne sont pas fondées ; bien qu'en principe la prise en compte de la coopération des entreprises investiguées, en dehors du champ de la *Communication*, doit être récompensée en tant que circonstance atténuante, en raison des attentes légitimes sur lesquelles se fondent les entreprises souhaitant informer la Commission de l'existence d'une entente[808]:

« *il ne saurait être contesté que la présente affaire entre dans le champ d'application de la communication sur la coopération qui prévoit, dans son point A 1, premier alinéa, le cas des ententes secrètes pour fixer des prix, des quotas de production ou de vente, se partager les marchés ou interdire les importations ou les exportations* »[809].

Par conséquent, une coopération qui entre dans le champ d'application de la *Communication* ne saurait être récompensée que dans la mesure où les conditions posées par la *Communication* même sont remplies ; par contre, elle ne pourrait pas être prise en compte en tant que circonstance atténuante, que si la coopération n'entre pas dans le champ de la *Communication*.

C'est le degré de coopération de l'entreprise qui détermine le degré de réduction de l'intention fautive de l'entreprise, ce qui, à son tour, est le justificatif des différentes marges de réduction qui seront applicables, selon la qualité des informations et preuves offertes par l'entreprise qui en bénéficie.

486. À titre supplémentaire, précisons que le but de la *Communication* est seulement atteint dans la mesure où l'entreprise offre des informations ou des preuves relatives à une infraction dont elle pourrait être tenue responsable ; par contre, si l'entreprise coopère seulement en vue d'établir la participation à une infraction dont elle n'est pas partie, cette coopération pourrait être prise en compte à titre de circonstance atténuante, mais non à titre de clémence.

487. C'était le cas de l'arrêt prononcé dans **l'affaire Archer Daniels**[810], tendant à l'annulation de la décision de la Commission ayant pour objet la sanction des entreprises fabricant de la lysine, produit utilisé dans l'industrie de la transformation des graines oléagineuses aux fins de

[807] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487.
[808] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487, p. 608.
[809] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487, p. 609.
[810] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltdcontre Commission des Communautés européennes, affaire T- 224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597.

l'alimentation animale, pour des accords sur les prix, les volumes de ventes et l'échange d'informations individuelles sur les volumes de ventes.

Dans le cadre de l'enquête déroulée par la Commission, il ressort du dossier que l'entreprise Archer Daniels (ADM) a effectivement informé la Commission portant sur la destruction de documents par Ajinomoto lors des vérifications préalables, effectuées par les autorités américaines.

La Commission n'a pas retenu la coopération de l'entreprise au sens de la *Communication*, dès lors que cette information ne lui a pas permis constater l'existence d'une infraction avec plus de facilité. Toutefois, cette information a mis la Commission en mesure d'évaluer le degré de coopération de l'entreprise dénoncée à l'enquête, en vue de la détermination de son amende :

« *Au regard de ces éléments, il apparaît qu'ADM a fourni à la Commission des informations utiles sur deux points, à savoir la durée de l'entente et la coopération d'Ajinomoto. La mise à disposition de telles informations ne saurait être considérée comme constitutive d'une coopération relevant du champ d'application de la communication sur la coopération, mais elle est, en revanche, constitutive d'une « collaboration effective en dehors du champ d'application de [ladite] communication » au sens du point 3, sixième tiret, des lignes directrices. Dès lors, sauf à méconnaître cette disposition, une réduction supplémentaire du montant de l'amende aurait dû être accordée au titre des circonstances atténuantes* »[811].

Par conséquent, la collaboration de l'entreprise Archer Daniels a été établie pour une infraction dont elle est le coupable – la destruction des documents, mais pour laquelle la faute appartient à une autre entreprise. Loin de prouver une coopération au sens de la *Communication*, le comportement de l'entreprise Archer Daniels pour sa propre infraction a été réputé d'une gravité plus réduite et, par conséquent, une réduction de l'amende a été appliquée, en raison de cette circonstance atténuante.

488. Dans la mesure où les conditions de la procédure de clémence sont réunies et que l'entreprise accomplit ses obligations en vertu de la *Communication*, celle-ci est récompensée par l'octroi du bénéfice de clémence, soit dans le sens de l'immunité totale à l'amende, soit dans le sens d'une réduction de celle-ci, qui peut aller de 20 à 50%.

489. Précisons, enfin, que l'octroi de la clémence est strictement encadré par la *Communication*, de sorte que le dégrée d'intention licite pour en bénéficier varie, selon qu'il s'agisse de l'immunité où de chaque marge de réduction possible.

[811] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltdcontre Commission des Communautés européennes, affaire T- 224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597, p. 306 et 307.

Conclusion partielle – les critères pour l'octroi de la clémence, modulées par l'intention fautive

490. Les critères établis par la *Communication* font en sorte que le bénéfice de la procédure de clémence soit modulé par l'existence de l'intention licite, contraire à l'intention fautive.

491. La jurisprudence reconnaît la raison d'être de la procédure de clémence, soit la découverte et la sanction des infractions, pour laquelle la coopération est nécessaire – toutefois, que cette coopération suppose la préexistence d'une intention licite.

492. Dans ce sens, dans **l'affaire du Polypropylène**[812], le Tribunal a consenti à ICI une réduction de l'amende en raison de du fait que, faute de réponse de celle-ci, il aurait été beaucoup plus difficile pour la Commission de constater et de mettre fin à l'infraction qui fait l'objet de la décision. Par conséquent, c'était la coopération, ainsi que l'intention de mettre fin à l'infraction de l'entreprise ICI, qua a permis une diminution de l'amende.

493. Par contre, la simple intention de coopérer n'est pas récompensée en soi, encore faut-il que l'entreprise fournisse informations / preuves qui soient en mesure d'aider la Commission dans la découverte ou sanction des participants à l'entente, conformément à **l'affaire Daesang**[813].

494. La collaboration de l'entreprise avec la Commission doit être conduite dans un réel esprit de coopération, manifestation extérieure de l'absence de l'intention fautive, comme le témoigne **l'affaire ABB Asea Brown Boveri**[814].

Dans le même esprit de coopération, les déclarations délibérément incomplètes, inexactes et sciemment trompeuses excluent le bénéfice de la procédure de clémence, suite à la subsistance de l'intention fautive, comme le confirme **l'affaire HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG**[815].

495. Précisons que, dans l'hypothèse où la Commission a transmis à l'entreprise une demande de renseignements, le *Règlement 1/2003* impose à celle-ci une obligation de coopération.

Toutefois, que l'obligation légale de coopération suite à une demande de renseignement diffère par rapport à la coopération au sens de la *Communication*, du point de vue du but, du dégré de collaboration, de l'initiative de la coopération, ainsi que du point de vue de la sanction :

---

[812] Commission européenne, 23 avril 1986, Polypropylène, affaire 86/398/CEE, Journal officiel n° L 230 du 18 août 1986, p. 0001 – 0066.
[813] TPICE, 9 juillet 2003, Daesang Corp. et Sewon Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-230/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02733, p.137.
[814] TPICE, 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-31/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01881.
[815] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487.

- si le but de l'entreprise dans la coopération au sens de la *Communication* est l'obtention du bénéfice de la clémence, le but de la coopération dans le cadre d'une demande de renseignements est d'éviter une sanction ;
- si les deux situations supposent une coopération, la réduction de l'amende dans le cadre de la procédure de clémence est conditionnée par des critères plus rigides: un dégré d'information utile à la découverte ou sanction de l'infraction, un réel esprit de coopération;
- si pour la demande de clémence, l'initiative de l'offre de l'information appartient, en principe, à l'entreprise, dans le cadre d'une coopération suite à une demande de renseignements, l'initiative appartient à la Commission ;
- du point de vue de la sanction, la coopération au sens de la *Communication* apporte le bénéfice d'une réduction de l'amende en temps que l'absence de coopération dans ce but n'entraine aucune sanction ; d'autre part, la coopération dans le cadre d'une demande des renseignements est obligatoire et n'entraine, en principe, aucun bénéfice, alors que l'absence de coopération est sanctionnée par une amende.

Néanmoins, une coopération de l'entreprise dans le cadre d'une demande des renseignements peut être recompensée par la réduction de l'amende, dans l'hypothèse où la coopération de l'entreprise dépasse ce qui est nécessaire dans le cadre de l'obligation légale, fait confirmé par **l'arrêt Cascades**[816].

496. Enfin, la coopération en dehors du champ d'application de la *Communication* est différente par rapport à la coopération en vue de l'application de la procédure de clémence, selon **l'affaire HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG**[817]. La conséquence est, toutefois, similaire, à savoir la réduction du montant de l'amende, du moment où l'intention légitime de collaboration est identique, solution prévisible conformément au principe « *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* ».

Néanmoins, une coopération qui entre dans le champ d'application de la *Communication* ne sera récompensée que si les conditions de la *Communication* sont remplies, ne pouvant être traitée comme une circonstance atténuante que si la coopération ne relève pas du champ d'application de la *Communication*.

Par exemple, si l'entreprise coopère seulement en vue d'établir la participation à une infraction à laquelle elle n'est pas partie, cette coopération pourrait être prise en compte à titre de circonstance atténuante, mais non à titre de clémence, comme le confirme **l'affaire Archer Daniels**[818].

---

[816] TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925.
[817] TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487.
[818] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltdcontre Commission des Communautés européennes, affaire T- 224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597.

497. À la lumière de tous ces considérants en haut, on peut conclure que l'intention licite – contraire à l'intention fautive donnant naissance à l'infraction, peut conduire à une exonération de la sanction, par la modulation des conditions pour l'octroi de la clémence.

SECTION 2 – LES CONSÉQUENCES DU RECOURS À LA PROCÉDURE DE CLÉMENCE: IMMUNITÉ OU RÉDUCTION DE L'AMENDE, SUITE À UNE INTENTION FAUTIVE DIMINUÉE

498. L'organisation du programme de clémence a, au présent, comme base législative, la *Communication*, qui date de 8 décembre 2006 et a été adoptée sur la base du programme modèle du Réseau européen de concurrence[819].

Sans reprendre les trois hypothèses codifiées par la *Communication*, avec les trois différents types de conditions en vue d'en bénéficier, précisons que celle-ci envisage deux cas, soit l'immunité totale d'amendes ou la réduction du montant de l'amende, variantes alternatives.

499. Premièrement, ***l'immunité*** est octroyée à une entreprise qui apporte les preuves permettant à la Commission de démontrer l'existence d'une entente ou encore de conduire des inspections ciblées, soit avant toute investigation de la Commission ou encore après une enquête partiellement infructueuse (**Paragraphe 1**). Précisons que la réserve posée par la *Communication*, soit que l'entreprise coopère ensuite avec la Commission, est en soi une manifestation d'une intention illicite diminuée ou encore de la fin de l'intention anticoncurrentielle.

500. Deuxièmement, ***la réduction d'amendes*** est octroyée aux entreprises apportant volontairement des preuves ayant une valeur ajoutée significative (**Paragraphe 2**), entreprises qui, eux-mêmes, sont également soumises à l'obligation de coopération, manifestation de la fin de leur intention anticoncurrentielle de participer à l'entente.

501. Enfin, comme l'obligation de coopération est commune aux deux situations identifiées par la *Communication* et comme, en absence de celle-ci, aucun bénéfice ne pourra pas être retenu, dans les deux situations, le bénéfice de la procédure de clémence est dépendent d'une intention licite de coopération avec les autorités, qui met fin à l'intention anticoncurrentielle existant auparavant.

[819] Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, nº 1731.

§ 1. L'immunité à l'amende, conséquence de la fin de l'intention anticoncurrentielle

502. L'immunité totale à amende bénéficie à la première entreprise qui fournit à la Commission les preuves permettant à cette dernière soit de conduire des inspections ciblées, soit de constater une infraction.

503. Néanmoins, en vue de bénéficier de l'immunité, l'entreprise doit respecter certains conditions, dont une tient à l'efficacité de la procédure – l'entreprise doit être la première à fournir des preuves dont la Commission ne disposait pas et d'autres représentent la preuve de la fin de l'intention anticoncurrentielle – l'entreprise doit apporter sa coopération tout au long de la procédure, elle doit mettre fin à sa participation à l'entente et elle ne doit pas avoir contraint les autres entreprises à participer à l'entente.

504. Le principe de l'égalité de traitement a été invoqué dans **l'affaire Kuwait Petroleum**[820], occasion à laquelle le Tribunal a limité le bénéfice de la clémence à l'entreprise qui fournit une information nouvelle à la Commission, relative à la gravité ou à la durée de l'infraction, et en exclusion des cas où l'entreprise n'a fait que fournir des éléments permettant seulement de renforcer les preuves relatives à l'existence de l'infraction.

Ainsi, après avoir posé que le principe d'égalité de traitement n'est méconnu que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, le Tribunal pose que :

« *en l'espèce, BP ayant été la première entreprise à fournir des éléments de preuve permettant à la Commission d'adopter une décision ordonnant des vérifications surprises, conformément aux dispositions du paragraphe 8 de la communication sur la coopération de 2002, elle ne se trouve pas, en tout état de cause, dans la même situation que KPN. La communication sur la coopération de 2002 prévoit en effet que cette première entreprise bénéficiera d'une exemption totale d'amendes et n'envisage pas de possibilité de moduler cette immunité d'amendes. Il n'est dès lors pas nécessaire de déterminer si BP a, comme les requérantes, effectivement reformulé ses déclarations relatives à ExxonMobil* »[821].

Par conséquent, n'est pas en droit de demander l'application de l'immunité totale à une entreprise qui a seulement renforcé les preuves existant au dossier – comme la reformulation des déclarations relatives à ExxonMobil, preuves obtenues auparavant auprès d'une autre entreprise, qui, elle, sera la bénéficiaire de l'exonération de l'amende.

---

[820] TPI, 27 septembre 2012, Kuwait Petroleum Corp., Kuwait Petroleum International Ltd, Kuwait Petroleum (Nederland) BV contre Commission européenne, recueil numérique (recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées").

[821] TPI, 27 septembre 2012, Kuwait Petroleum Corp., Kuwait Petroleum International Ltd, Kuwait Petroleum (Nederland) BV contre Commission européenne, recueil numérique (recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées"), p. 73.

505. Dans **l'affaire Deltafina**[822], le Tribunal a été ténu de se prononcer sur l'amende infligée par la Commission à plusieurs entreprises pour leur participation à une entente horizontale mise en œuvre sur le marché italien du tabac brut, qui avait pour objet, notamment, la collusion sur les prix à payer aux producteurs de tabac et aux intermédiaires, ainsi que la répartition des fournisseurs.

Du moment où l'entreprise Deltafina a été la première à avoir révélé à la Commission l'existence de l'entente, celle-ci a été octroyée, au début de la procédure administrative, une l'immunité conditionnelle, dans le cadre du programme de clémence.

Après avoir repris le fait que la logique de l'octroi de l'immunité totale, exception au principe de la responsabilité personnelle, est de faciliter la tâche de la Commission de constatation et répression des infractions, le Tribunal a établi que :

« *Ce n'est donc qu'en contrepartie d'une coopération véritable, totale et rapide que la Commission octroie l'immunité totale d'amendes. C'est ainsi que l'octroi de l'immunité totale à la fin de la procédure administrative est conditionné au respect de l'obligation de coopération prévue par le point 11, sous a), de la communication sur la coopération de 2002. […] Dans ce contexte, il n'est aucunement disproportionné de prévoir, ainsi que le fait le point 30 de la communication sur la coopération de 2002, que, si, à un stade quelconque de la procédure administrative, l'une des conditions énumérées dans cette communication n'est pas remplie, l'entreprise concernée est susceptible de ne plus bénéficier du traitement favorable qui y est prévu. En effet, si l'entreprise qui demande l'octroi du traitement favorable était en mesure de ne pas respecter les conditions prévues, et en particulier l'obligation de coopération, sans risquer de perdre le bénéfice de ce traitement, le fondement et les objectifs du programme de clémence seraient remis en cause* »[823].

Précisément, si une entreprise, ayant apporté des informations à la Commission pour obtenir l'immunité, prévient les autres membres de l'entente de cette divulgation sans informer la Commission qu'elle a procédé à cette divulgation, l'obligation de coopération de l'entreprise – en l'espèce, Deltafina, n'est pas vérifiée, d'une telle manière que la Commission est fondée à lui refuser l'immunité.

Outre l'immunité totale à l'amende, une autre conséquence possible de la procédure de clémence est la réduction de l'amende, elle-aussi motivée par l'intention de mettre fin à l'infraction, ainsi que de collaborer avec la Commission.

[822] TPI, 9 septembre 2011, Deltafina contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2011, page II-05639.
[823] TPI, 9 septembre 2011, Deltafina contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2011, page II-05639, p. 205 et 206.

§ 2. Les marges de réduction possibles et les critères déterminants

506. La réduction d'amendes devrait inciter les autres entreprises[824] à collaborer avec la Commission en lui apportant des informations présentant une valeur ajoutée et en mettant fin à leur participation à l'entente – collaboration qui, témoignant de leur intention licite, est susceptible de leur apporter la diminution de l'amende.

507. Par la décision finale, la Commission établit dans quelle mesure les preuves apportées par chaque entreprise accomplissent la condition de valeur ajoutée significative, par rapport aux preuves qui étaient déjà à la disposition de la Commission au moment de la demande de clémence.

508. Dans la mesure où la Commission arrive à la conclusion que les preuves apportent une valeur ajoutée significative par rapport au probatoire existant, elle va informer l'entreprise en cause de son intention d'appliquer une réduction de l'amende, jusqu'à plus tard le moment de la Communication des griefs.

509. Toutefois, cette réduction sera octroyée au moment de la décision de condamnation et serq conditionnée par le respect des obligations en haut mentionnées, respectivement :

- l'obligation de coopération réelle, continue et complète pendant l'investigation,
- l'obligation d'avoir cessé l'implication dans la pratique supposée anticoncurrentielle,
- l'obligation de ne pas détruire, falsifier ou dissimuler des informations ou preuves utiles de l'entente présumée,
- la condition qui tient à l'inapplicabilité pour l'entreprise ayant contraint les autres à participer à une entente.

510. Enfin, précisions le fait que la Commission ne va pas appliquer une telle réduction de l'amende que si, au moment de la remise des preuves à valeur ajoutée significative, l'entreprise lui a communiqué que la remise est faite dans le but de l'application de la *Communication*.

511. La *Communication* organise une course de vitesse entre les entreprises participant à l'entente, puisque la réduction de l'amende est plus importante pour la première entreprise à apporter des preuves et elle est diminuée au fur et a à mesure de l'existence des plusieurs candidats à l'application de la procédure.

512. Pour chaque entreprise bénéficiaire du programme de clémence, à la condition de l'accomplissement des obligations prescrites, la Commission va appliquer une réduction de l'amende envisagée, selon un critère chronologique. Ainsi, la première entreprise ayant fourni des preuves va pouvoir bénéficier d'une réduction de 30 à 50 %, la deuxième d'une réduction

[824] Celles qui ne sont pas les premières à dénoncer l'entente ou qui ne vérifiaient pas les conditions d'immunité.

de 20 à 30 % et toutes les autres, d'une réduction de maximum 20 %[825].

513. Entre les marges mentionnées en haut, le niveau exact de la réduction de chaque entreprise va être déterminé en fonction des deux critères, respectivement le moment de la remise des preuves par rapport au stade de l'investigation et leur valeur ajoutée par rapport au probatoire à la disposition de la Commission. Ainsi, plus tôt la réduction est demandée et plus que la valeur ajoutée est élevée, plus la réduction de l'amende sera significative.

514. Entre les conditions pour l'octroi de l'immunité d'amende qui prouvent la coopération, plusieurs ont fait objet d'une interprétation jurisprudentielle, occasion à laquelle quelques questions ont été clarifiées.

515. À titre illustratif, la date de la demande de clémence a fait objet d'un litige, occasion à laquelle le Tribunal a été appelé à se prononcer sur la question de savoir si ce qui prévaut est la prise de contact avec la Commission en vue de la transmission des informations ou bien la communication en soi des informations à valeur ajoutée.

516. À titre d'exemple, dans **l'affaire Solvay**[826], le Tribunal a apporté quelques précisions sur la date de prise en compte de la demande de clémence formulée par une entreprise.

En effet, l'entreprise Solvay, active sur le marché des produits chimiques - peroxyde d'hydrogène et perborate de sodium, avait sollicité un entretien avec la Commission, en vue de faire une déclaration orale et informer l'autorité des éléments en sa possession, ayant comme objectif l'application des dispositions de la *Communication*. Néanmoins, entre le moment de la prise de contact et la date du rendez-vous, l'entreprise Arkema a transmis par fax les éléments de preuve pertinents dont elle disposait, et, par ceci, est devenue la bénéficiaire des dispositions de la *Communication*, en vue d'une réduction de l'amende.

De ce point de vue, le Tribunal précise que ce qui compte pour prendre rang et date n'est pas le moment de la prise de contact avec la Commission, mais la fourniture effective des éléments de preuve représentant une valeur ajoutée significative.

Ainsi, après avoir établi que, lors de l'application des fourchettes de la réduction de l'amende telle qu'elle est établie par la *Communication*, la Commission est ténue de définir le moment auquel l'entreprise lui a fourni effectivement des éléments de preuve représentant une valeur ajoutée significative[827], le Tribunal statue que :

« *les entreprises formant une demande de clémence en vertu de la communication sur la coopération doivent être considérées comme étant dans des situations comparables,*

[825] Commission européenne, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, JOUE n° C 298, 8 décembre 2006, p. 26.
[826] TPI, 16 juin 2011, Solvay SA contre Commission européenne, affaire T-186/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-02839.
[827] TPI, 16 juin 2011, Solvay SA contre Commission européenne, affaire T-186/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-02839, p. 365.

indépendamment des modalités de soumission des éléments de preuve, lesquelles relèvent du choix de l'auteur de la demande. […]. *Ainsi, lorsqu'une entreprise prend contact avec la Commission en vue de faire une déclaration orale, mais ne soumet des éléments de preuve portant sur l'infraction concernée que le lendemain, la Commission peut constater, à bon droit, que c'est à cette dernière date que l'entreprise a rempli la condition visée au point 21 de la communication sur la coopération* »[828].

De plus, continue le Tribunal, les entreprises doivent être conscients du fait que la communication orale est un moyen plus rapide que la transmission des informations par écrit et qu'au moment de la décision de transmettre les informations par écrit, les entreprises s'assument le risque qu'une autre entreprise fasse parvenir à la Commission des éléments de preuve à valeur ajoutée et, par conséquent, bénéficier à priorité des dispositions de la *Communication*[829] - la décision du Tribunal a été maintenue sur ce point par la Cour de justice[830].

517. À l'occasion de l'arrêt dans **l'affaire Krupp-Thyssen**[831], le Tribunal a apporté des précisions supplémentaires concernant la procédure de clémence, ainsi que son rapport avec les pouvoirs d'investigation de la Commission portant sur la demande d'informations.

En fait, à la suite des informations parues dans la presse spécialisée et des plaintes des consommateurs, la Commission a demandé à plusieurs producteurs d'acier inoxydable – parmi lesquelles Krupp Thyssen Stainless GmbH, de lui communiquer des informations sur l'application, par lesdits producteurs, d'une majoration commune des prix connue sous le nom d'« *extra d'alliage* ».

Suite à des vérifications sur place et ensuite, à des déclarations adressées à la Commission par les entreprises investiguées ayant manifesté le désir de coopérer, la Commission a adressé à ces entreprises une Communication des griefs, suivie par l'adoption d'une décision disposant la cessation des pratiques, ainsi que l'infliction des amendes aux entreprises participantes à l'entente.

Du point de vue de la solution, le Tribunal a annulé une décision de la Commission qui avait accordé des réductions d'amendes différentes à des différents entreprises, en raison du fait que les informations avaient été données à la demande de la Commission, selon les ordres de passage et non spontanément par les entreprises, fait qui conduirait à une atteinte au principe

[828] TPI, 16 juin 2011, Solvay SA contre Commission européenne, affaire T-186/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-02839, p. 15.
[829] TPI, 16 juin 2011, Solvay SA contre Commission européenne, affaire T-186/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-02839, p. 374.
[830] CJUE, 5 décembre 2013, Solvay SA contre Commission européenne, affaire C-455/11 P, publiée au recueil numérique (Recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées").
[831] TPICE, 13 décembre 2001, Krupp Thyssen Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-45/98 et T-47/98, recueil de jurisprudence 2001, page II-03757.

d'égalité de traitement[832].

518. Dans **l'affaire Michelin** de 2003[833], le Tribunal a été ténu se prononcer sur les pratiques commerciales de Michelin concernant les pneumatiques pour véhicules divers, concrètement sur les conditions générales, qui comprenaient, d'une part, un prix tarif intitulé barème de facturation et, d'autre part, un ensemble de remises ou de rappels.

Dans ce contexte, la requérante a soutenu que c'etait la première fois que la Commission a condamné la pratique d'un rabais quantitatif, seulement en raison de sa durée, et donc, du fait qu'elle dépasserait un délai de trois mois, raison pour laquelle elle considère que la Commission aurait dû ne pas imposer une amende ou, de toute manière, imposer une amende symbolique.

À cet argument, le Tribunal lui rétorque que :

« *le fait que la requérante aurait contacté la Commission de sa propre initiative en juillet 1996 ne peut constituer une circonstance atténuante, dès lors que la Commission elle-même avait déjà entamé une enquête dès mai 1996* »[834].

519. Le principe de l'égalité de traitement a été débattu à l'occasion de **l'affaire Brouwerij Haacht**[835], ayant pour objet la sanction des plusieurs entreprises pour participation à une pratique concertée portant sur les prix, la répartition des clients et l'échange d'informations, dans le segment de la bière vendue en Belgique sous marque de distributeur.

Dans le contexte de l'ouverture d'une enquête portant sur le domaine de la bière, l'entreprise Interbrew a transmis à la Commission des informations et documents relatives à l'entente, avant de la Communication des griefs, d'une telle manière que la Commission lui a octroyé une réduction de 50 % du montant de l'amende.

Par ailleurs, sans connaître la coopération d'Interbrew, en réponse à la demande de renseignements de la Commission, l'entreprise Brouwerij Haacht NV a confirmé l'existence de la concertation et de l'échange d'informations relatives aux ventes sous marque de distributeur en Belgique, par des déclarations reconnaissant des discussions ayant pour objet le niveau des prix des ventes sous marque de distributeur en Belgique, ainsi que l'échange des informations relatives aux clients et aux volumes de vente[836].

---

[832] TPICE, 13 déc. 2001, Krupp-Thyssen contre Commission européenne, affaires jointes T-45/98 et 47/98, Rec. CJCE, II, p. 167, Europe 2002, comm. 62, observations Idot Laurence.
[833] TPICE, 30 septembre 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2003, page II- 04071.
[834] TPICE, 30 septembre 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2003, page II- 04071, p. 302.
[835] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission européenne, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259.
[836] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission européenne, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259, p. 87.

À l'argument de l'entreprise Brouwerij Haacht NV selon lequel le principe de l'égalité de traitement a été violé, le Tribunal rappelle qu'Interbrew a fourni des informations d'une manière spontanée, volontairement, alors que la requérante n'a fourni qu'une réponse à une demande des renseignements renvoyée par la Commission, sans pour autant aller bien au-delà de celles qu'elle était obligée de produire.

Dans ce sens, le Tribunal conclut :

« *Il y a donc lieu de conclure que, dans sa réponse du 5 avril 2000 à la demande de renseignements du 22 mars 2000, la requérante n'a pas fourni à la Commission d'informations allant bien au-delà de celles qu'elle avait l'obligation de fournir au titre de l'article 11 du règlement nº 17 et qu'elle n'était donc pas susceptible de bénéficier à ce titre d'une réduction du montant de l'amende qui lui a été infligée, conformément à la jurisprudence citée au point 106 ci-dessus* »[837].

Par conséquent, la situation de l'entreprise Brouwerij Haacht NV, qui a simplement répondu aux questions posées par la Commission, n'a pas été jugée comme comparable à celle de l'entreprise Interbrew, qui a volontairement remis des informations à la Commission.

520. Le critère de l'utilité de l'information offerte dans le but de l'application de la procédure de clémence est traité dans **l'affaire Nynäs Petroleum et Nynas Belgium**[838], dans le contexte d'une amende infligée pour fixation régulière du prix brut, d'une remise uniforme et maximale sur le prix brut sur le marché du bitume routier aux Pays-Bas.

À la lumière de l'adoption d'une décision de sanction sans retenir aucune circonstance atténuante, dans le contexte de la prétendue collaboration avec la Commission, l'entreprise Nynäs Petroleum a attaqué la décision devant le Tribunal, notamment, en raison de l'omission de la prise en compte de sa collaboration, ainsi que de la valeur ajoutée des informations offertes par elle.

Après avoir reconnu que les informations fournies spontanément par l'entreprise Nynäs Petroleum étaient très détaillées, le Tribunal revient apporter des précisions portant sur la valeur probatoire de ces informations :

« *En effet, si, comme l'a reconnu la Commission, les informations fournies spontanément par les requérantes le 2 octobre 2003 étaient très détaillées, elles n'ont cependant pas renforcé la capacité de la Commission à établir l'infraction, celle-ci disposant déjà, à cette date, des informations transmises par BP et des documents saisis lors des inspections effectuées en octobre 2002, de la demande de clémence de BP et des autres informations fournies par elle lors de la suite de la procédure, de la demande de clémence de Kuwait Petroleum du*

[837] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission européenne, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259, p. 115.
[838] TPI, 27 septembre 2012, Nynäs Petroleum et Nynas Belgium contre Commission européenne, affaire T-347/06, recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées".

12 septembre 2003 ainsi que des réponses de la plupart des sociétés à la série de demandes de renseignements adressée le 30 juin 2003 »[839].

521. Par conséquent, il ne suffit pas que des informations détaillées soient offertes à la Commission, encore faut-il que celle-ci ne soit pas déjà en leur possession, de sorte que ceux-ci soient utiles à l'investigation.

Conclusion partielle – les conséquences de la clémence, modulées par l'intention fautive

522. À titre liminaire, il faut mentionner que le dégrée d'intention légitime nécessaire varie, selon qu'il s'agisse de l'immunité total à l'amende ou la réduction de celle-ci.

523. Ainsi, pour l'immunité, il faut que l'entreprise soit la première à apporter les preuves permettant à la Commission d'avoir les éléments qui permettent de démontrer l'existence d'une entente ou de conduire des inspections ciblées, de sorte que l'intention licite doit précéder toute inspection ou être la suite d'une inspection infructueuse.

524. Par contre, pour la réduction de l'amende, il suffit une intention licite suffisante pour conduire les entreprises à apporter volontairement des preuves ayant une valeur ajoutée significative pour une enquête en cours, qu'elle précède ou non l'inspection. Par conséquent, le dégrée de l'intention licite conduisant à l'immunité totale à l'amende est plus exigent que celui requis pour une simple réduction de celle-ci.

525. D'un point de vue, concernant ***l'immunité à l'amende***, précisons que, en vue de déterminer le bénéficiaire de l'immunité, le principe de l'égalité de traitement ne saura pas trouver application pour la situation des plusieurs entreprises fournissant les mêmes informations à la Commission, dès lors que la *Communication* fait la distinction entre la première entreprise et tous les autres.

Par conséquent, bien que les informations offertes par une deuxième entreprise à la Commission permettrait aussi de démontrer l'existence d'une entente ou de conduire des inspections ciblées, le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à l'octroi d'une seule réduction à celle-ci, et non pas à l'immunité. En effet, l'égalité de traitement suppose une identité des situations, or la première entreprise qui fournit ces informations ne se trouve pas dans une situation comparable par rapport à l'entreprise qui seulement renforce ces éléments de preuve, conformément à **l'affaire Kuwait Petroleum**[840].

---

[839] TPI, 27 septembre 2012, Nynäs Petroleum et Nynas Belgium contre Commission européenne, T-347/06, recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées", p. 84.

[840] TPI, 27 septembre 2012, Kuwait Petroleum Corp., Kuwait Petroleum International Ltd, Kuwait Petroleum (Nederland) BV contre Commission européenne, affaire T-370/06, recueil numérique général - partie "informations sur les décisions non publiées").

L'immunité, en soi, est conditionnée par le respect de l'obligation de coopération, qui doit être véritable, totale et rapide. Le non-respect de cette obligation peut conduire au retrait du bénéfice de la *Communication*, comme, par exemple, dans la situation d'une entreprise qui prévient les autres participants à l'infraction de la divulgation, comme cand le cas de **l'affaire Deltafina**[841].

Par contre, le respect de l'obligation de coopération représente, en soi, la manifestation d'une intention licite, contraire à l'intention fautive existence au moment de l'infraction, intention matérialisée dans la coopération qui conduit à l'immunité à l'amende.

Du point de vue du moment de l'intervention de la demande de clémence, toute demande de clémence par l'octroi de l'immunité est exclue si, au moment de la remise des informations à la Commission, celle-ci avait déjà entamé une enquête, aspect confirmé par **l'affaire Michelin**[842].

526. D'autre point de vue, en ce qui concerne ***la réduction de l'amende***, la *Communication* distingue entre la première entreprise qui va bénéficier d'une réduction de 30 à 50%, la deuxième, qui va bénéficier d'une réduction de 20 à 30% et toutes les autres, qui vont recevoir une réduction de maximum 20%.

Le bénéfice de la procédure de clémence est toujours conditionné par le respect de l'obligation de coopération, comme manifestation d'une intention licite.

Pour le moment de la prise en compte de la demande de clémence, la jurisprudence a décis que le bénéfice de clémence est octroyé non pas au moment de la demande de la rencontre avec la Commission, mais seulement au moment de la communication des informations donnant droit à une telle réduction – c'était le cas dans **l'affaire Solvay**[843].

À titre supplémentaire, précisons qu'un dernier critère important dans l'octroi de la réduction de l'amende est la valeur ajoutée significative qui doit caractériser les preuves mises à la disposition de la Commission. Dans la mesure où, par exemple, les preuves communiquées aux autorités, même étant très détaillées, n'accomplissent pas le critère de représenter une valeur ajoutée significative par rapport à ce que la Commission aurait pu démontrer auparavant, la réduction de l'amende ne sera pas justifiée, comme c'était le cas dans **l'affaire Nynäs Petroleum et Nynas Belgium**[844].

---

[841] TPI, 9 septembre 2011, Deltafina contre Commission européenne, affaire T-12/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-05639.
[842] TPICE, 30 septembre 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin contre Commission européenne, affaire T-203/01, recueil de jurisprudence 2003, page II- 04071.
[843] TPI, 16 juin 2011, Solvay SA contre Commission européenne, affaire T-186/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-02839.
[844] TPI, 27 septembre 2012, Nynäs Petroleum et Nynas Belgium contre Commission européenne, affaire T-347/06, recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées".

Pour le rapport entre les pouvoirs d'investigation de la Commission et la procédure de clémence – des lors que toutes les entreprises bénéficiaires de la réduction de l'amende ont apporté leur coopération seulement après une demande d'information de la Commission, il n'est pas pertinent de savoir laquelle a été la première, ayant en vue la date différente de la transmission de la demande par la Commission, selon **l'affaire Krupp-Thyssen**[845]. De ce point de vue, toute prise en compte de cet ordre serait artificielle et contraire au principe d'égalité de traitement, du moment où l'intention des entreprises est comparable.

Le même principe de l'égalité impose le traitement différencié de la situation de l'entreprise qui a fourni volontairement des informations à la Commission, par rapport à une entreprise qui a seulement répondu à une demande des renseignements, comme c'était le cas dans l'affaire **Brouwerij Haacht**[846].

En effet, l'intention des deux entreprises a été différente, elle-même : si l'entreprise ayant fourni les informations spontanément a eu l'intention de collaborer en vue de l'application de la procédure de clémence, celle ayant répondu à la demande des renseignements n'a fait qu'éviter une nouvelle amende, appliquée en raison de non-coopération.

Par conséquent, l'intention licite de coopérer – le contraire de l'intention fautive de commettre l'infraction, module la sanction qui est appliquée aux entreprises ayant postulé pour le programme de clémence.

527. Néanmoins, la clémence ne représente pas la seule procédure dans le cadre de laquelle l'absence de l'intention fautive et la manifestation de son contraire – celle de collaboration, peut aboutir à une réduction de l'amende, pour laquelle la procédure de transaction va suffire.

Chapitre 2 – La procédure de transaction : manifestation de la diminution de l'intention fautive

528. Depuis 2008, la Commission s'est dotée d'une procédure de transaction dans le domaine des ententes, ce que lui permet, au présent, de faire des économies de procédure, par la solution des affaires d'une manière simplifiée. Comme lors de la décennie précédente, les recours contre les décisions d'interdiction en matière d'ententes ont donné lieu à de nombreux débats sur le déroulement de la procédure – les éléments nouveaux résident surtout dans l'introduction de plus en plus fréquente de la thématique des droits fondamentaux et dans le déplacement des débats du *public enforcement* vers le *private enforcement*[847].

[845] TPICE, 13 décembre 2001, Krupp Thyssen Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-45/98 et T-47/98, recueil de jurisprudence 2001, page II-03757.
[846] TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission européenne, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259.
[847] IDOT, Laurence, *Procédures quasi-répressives en droit de la concurrence*, RSC, 2013, p. 167.

529. La procédure de transaction permet aux parties qui ont pris connaissance d'éléments de preuve de reconnaître leur responsabilité – leur faute, ce que pourrait entraîner une réduction de l'amende infligée de 10%.

530. Par conséquent, la Commission a analysé 51 contributions reçues dans le cadre de la consultation publique lancée le 26 octobre 2007 et a revu l'ensemble des textes législatifs en concertation avec les autorités des Etats membres[848], d'une manière que l'actuel paquet législatif comprend le **Règlement (CE) nº 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008**, modifiant le Règlement (CE) nº 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, détaillée ensuite par la **Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003** du Conseil dans les affaires d'entente, nommée, pour les buts du présent chapitre, la communication ("**la Communication**").

531. Ayant pour but la récompense de la coopération des entreprises coopérantes, ainsi que la favorisation de l'intérêt public par l'imposition des sanctions efficaces, prononcées à temps et, en général, la dissuasion[849], la procédure de transaction est soumise à plusieurs conditions, entre lesquelles la reconnaissance de la responsabilité et la non contestation des griefs. La non contestation des griefs, qui suppose d'abord que des griefs ont été notifiés, implique le fait que l'entreprise ne doit contester ni la réalité des griefs formulées contre elle, ni la qualification retenue, ni l'imputabilité des griefs.

532. Dans le contexte d'une question formulée par la pratique portant sur la situation des plusieurs griefs, cas dans lequel une possible question serait si une non contestation partielle était concevable – la réponse de la doctrine[850] a été affirmative, du moment où il n'existe aucune condition d'indivisibilité dans la réglementation de la procédure. À son tour, l'engagement de modifier le comportement pour l'avenir pris par l'entreprise en cause peut être de ne plus faire (*ne plus se concerter, ne plus échanger de l'information*), de faire (*modifier les conditions générales de vente*) ou bien de communiquer (*des bonnes pratiques, aux employées et collaborateurs, ainsi qu'aux clients et fournisseurs*).

533. Néanmoins, il faut préciser que la procédure de transaction permet à la Commission de garder la maîtrise de l'entière procédure, d'une sorte que l'entreprise, par sa coopération, n'a pas un rôle de meneur, mais seulement d'acceptation de la responsabilité. Ainsi, ce rôle accentué des compétences de la Commission, justifié par le but de la procédure de transaction, débute par la possibilité de décider l'initialisation de la procédure, d'établir l'opportunité et le

---

[848] SCHREPEL, Thibault, *La procédure de règlement par transaction devant la Commission européenne*, Revue Concurrentialiste, avril 2014.

[849] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 1.

[850] CLAUDEL, Emmanuelle, professeur à l'Université Paris Nanterre (Paris X), co-directrice de CEDACE (Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique), *Conditions de la transaction en matière d'infraction au droit de la concurrence*, RTD Com. 2005, p. 67.

rythme des discussions, d'établir dans quelle mesure le gain d'efficacité obtenu justifie la formulation des propositions de transaction et, enfin, d'accepter ou non ces propositions.

Par conséquent, le contrôle sur l'entière procédure de transaction reste entre les mains de la Commission, qui va l'utiliser dans le but des gains d'efficacité et de procédure, efficacité retirée de la reconnaissance de la faute par l'entreprise visée par l'enquête. L'élément central reste la disponibilité de la Commission en vue d'engager la procédure et, bien que l'entreprise ait le choix entre la formulation ou non des propositions de transaction, la Commission garde toute compétence en vue de l'accepter ou non.

Dans le cadre du chapitre portant sur l'implication de l'intention licite dans le cadre de la procédure de transaction, l'approche va se fonder, d'une part, sur une analyse des aspects procéduraux de la transaction, en vue de mettre en évidence le rôle accentué de le Commission, ainsi que celui de l'intention licite de la reconnaissance de la responsabilité – de la faute, beaucoup plus réduit, mais existant (**Section 1**). D'autre part, une deuxième section va avoir comme objet l'analyse au cas par cas de la procédure de transaction, par l'observation de la modalité de traitement par la Commission des affaires où la procédure a été finalisée par le règlement transactionnel, en vue d'en tirer des enseignements (**Section 2**).

SECTION 1 – ASPECTS PROCÉDURAUX DE LA TRANSACTION – LA PORTÉE RÉDUITE DE L'INTENTION LICITE DE L'ENTREPRISE PAR RAPPORT AUX COMPÉTENCES DISCRÉTIONNAIRES DE LA COMMISSION

534. La procédure de transaction implique, parmi les aspects qui tiennent à la procédure, le respect de certaines conditions par l'entreprise en cause. Toutefois, les aspects principaux de la procédure restent entre les mains de la Commission, qui décide sur toutes les questions importantes, de l'initialisation, la continuation de la procédure, l'opportunité des discussions, l'acceptation ou non de la proposition de transaction de l'entreprise (**Paragraphe 1**). Du point de vue de l'intention licite de l'entreprise, cette contribution significative de la Commission exclut un rôle majeur pour l'entreprise.

535. Néanmoins, malgré ce rôle primordial offert à la Commission, en raison des objectifs déclarés de la procédure, l'entreprise garde son autonomie et, par conséquent, la possibilité de choisir si elle est d'accord ou non au règlement transactionnel en l'espèce (**Paragraphe 2**). Cette possibilité est offerte à l'entreprise dès le début, par le fait que la Commission envoie aux entreprises des lettres dans le cadre de la phase exploratoire. L'entreprise garde cette possibilité jusqu'au moment de la formulation de la position de transaction, qui ne peut pas être retirée que dans le cas où la communication des griefs ne reflète pas la proposition de transaction de l'entreprise. Par conséquent, bien que la contribution de l'entreprise soit d'une manière significative plus réduite que celle de la Commission, la volonté de l'entreprise garde un rôle de blocage, sens dans lequel aucune transaction ne peut pas être conclue en absence de

l'intention de celle-ci. C'est de ce point de vue que la procédure de transaction garde son intérêt pour la présente thèse, portant sur l'intention.

§ 1. La contribution significative de la Commission dans le cadre de la procédure de transaction

536. La structure de la procédure de transaction comprend plusieurs phases, qui sont, toutes, sous la maîtrise de la Commission, soit les suivantes[851] :

- l'enquête habituelle – dans le cadre de laquelle l'entreprise peut exprimer son intention en vue d'un règlement transactionnel de l'espèce ;
- la phase exploratoire – celle-ci comprend l'envoi des lettres, par la Commission, aux entreprises et aux Etats membres, en vue de les informer sur l'ouverture de la procédure de transaction, lettres qui ont pour but de demander l'intérêt des parties pour une telle procédure. L'initiative appartient à la Commission, mais un éventuel refus de l'entreprise a pour conséquence la continuation de l'enquête selon la procédure habituelle ;
- les discussions bilatérales – cette étape implique la communication entre la Commission et les entreprises, ayant pour objet les arguments portant sur les éventuels griefs, la responsabilité des entreprises, ainsi que les fourchettes d'amendes possibles. Les éléments de preuve découverts par la Commission seront dévoilés à l'entreprise, ainsi que des versions non-confidentiels des documents au dossier ;
- la transaction – implique la formulation des propositions de transaction par l'entreprise, ce qui intervient en principe par écrit et, comme exception, à l'oral. Comme réponse, la Commission va émettre un accusé de réception ;
- la Communication des griefs – se réfère à la notification, par la Commission, d'un document intitulé Communication des griefs, qui peut refléter ou non la proposition de transaction de l'entreprise. Dans le cas où la Communication des griefs respecte la proposition de transaction, l'entreprise va être appelée à confirmer clairement cet aspect, ce qui aboutira à la décision de transaction. Au cas contraire, l'affaire va connaître un retour à la procédure habituelle ;
- la décision de transaction – représente la formalisation de toutes les discussions antérieures et débute par l'examen du projet de décision simplifié par le comité consultatif, qui a la décision finale en vue d'établir dans quelle mesure l'affaire sera réglée par transaction ou bien s'il y a lieu de retourner à la procédure habituelle.

537. Bien qu'en absence de coopération de la part de l'entreprise concernée, la procédure de transaction ne pourrait pas aboutir au règlement transactionnel, le but exprimé de celle-ci est subordonné au rôle primordial octroyé à la Commission.

[851] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente.

538. Ainsi, l'initiative de l'initialisation de la procédure appartient à la Commission, qui dispose d'une large marge d'appréciation ayant en vue les gains d'efficacité poursuivis ; quant aux entreprises, elles n'ont aucun droit au règlement transactionnel et peuvent, en revanche, seulement exprimer leur disponibilité à l'occasion de l'inspection, ce qui n'entraîne aucune obligation pour les autorités. De ce point de vue, la *Communication* précise que :

« *La Commission dispose d'une large marge d'appréciation pour identifier les affaires qui pourraient se prêter à rechercher l'intérêt que les parties auraient à prendre part à des discussions de transaction, pour décider d'entamer ces discussions ou d'y mettre fin ou de parvenir à un règlement transactionnel définitif de l'affaire. À cet égard, il convient de tenir compte de la probabilité de parvenir, dans un délai raisonnable, à une appréciation commune sur l'étendue des griefs éventuels avec les parties en cause, en tenant compte notamment de facteurs tels que : le nombre de parties en cause, les divergences de vues prévisibles quant à l'attribution des responsabilités et l'étendue de la contestation des faits.*

La Commission examinera en outre s'il est probable, à la lumière des progrès accomplis globalement au cours de la phase de discussion, que cette procédure sera plus efficace, notamment en ce qui concerne la charge de travail occasionnée par l'accès aux versions non confidentielles des documents du dossier. D'autres considérations, telles que la possibilité de créer un précédent, peuvent également entrer en ligne de compte »[852].

539. À toute étape de la procédure, la Commission est en droit de décider de mettre fin aux discussions menées en vue d'une transaction, sens dans lequel la *Communication* précise que :

« *La Commission peut également décider de mettre fin aux discussions de transaction si les parties à la procédure se coordonnent afin de supprimer ou de falsifier tout élément de preuve servant à établir l'infraction ou une partie de celle-ci ou au calcul de l'amende applicable* »[853].

540. Si la Commission considère opportun, elle peut octroyer à l'entreprise un délai de deux semaines au moins (qui peut être prorogé sur justification), pour qu'elle indique si elle est disposée à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction – la phase exploratoire qui suit en cas de réponse affirmatif de l'entreprise n'implique aucune reconnaissance d'une faute par la participation à une infraction. Dans ce sens, le point 11 de la *Communication* lit comme il suit :

« *Si la Commission considère qu'il convient de chercher à connaître si les parties souhaitent entamer des discussions en vue de parvenir à une transaction, elle leur impartit un délai de deux semaines au moins, conformément à l'article 10 bis, paragraphe 1, et à l'article 17, paragraphe 3, du règlement (CE) no 773/2004, pour déclarer par écrit si elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction afin de présenter*

[852] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 5.
[853] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 5.

ultérieurement des propositions de transaction le cas échéant. Cette déclaration écrite ne signifie nullement que les parties reconnaissent avoir participé à une quelconque infraction, ni qu'elles en assument la responsabilité »[854].

541. Dans cette phase des discussions, la Commission dispose aussi d'une large marge d'appréciation, en vue de déterminer l'opportunité des ceux-ci, ainsi que leur rythme ; l'autorité va informer l'entreprise sur les griefs envisagés, les preuves et les fourchettes des amendes, mais seulement en temps voulu et au fur et à mesure de l'avancement des discussions. Dans ce sens, la *Communication* précise :

« *La Commission dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer l'opportunité de mener des discussions bilatérales avec chaque entreprise en vue de parvenir à une transaction et leur rythme. Conformément à l'article 10 bis, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 773/2004, il s'agit notamment de définir, à la lumière des progrès accomplis globalement au cours de la procédure de transaction, l'ordre et le rythme des discussions bilatérales menées en vue de la transaction ainsi que les moments de la communication aux parties d'informations comprenant les preuves figurant dans le dossier de la Commission utilisées à l'appui des griefs envisagés, ainsi que le montant potentiel de l'amende. Ces informations seront communiquées en temps voulu, au fur et à mesure de l'avancement des discussions en vue de parvenir à une transaction*»[855].

542. Si la Commission estime pouvoir retirer un gain d'efficacité de la conclusion d'une transaction, elle va accorder aux parties un délai d'au moins quinze jours pour présenter des propositions de transaction, indiquant, notamment, la reconnaissance de la responsabilité – par conséquent, à la lumière de la faute retenue, le montant maximum des amendes attendu et acceptable, le caractère suffisant des informations données par la Commission, ainsi que la renonciation pour l'avenir au droit de l'accès au dossier et à l'audition orale. Ainsi, la *Communication* prévoit que :

« *Lorsque les progrès des discussions menées en vue de parvenir à une transaction débouchent sur une appréciation commune de l'étendue des griefs éventuels et de l'estimation de la fourchette probable des amendes infligées par la Commission et que celle-ci estime a priori, à la lumière des progrès accomplis globalement, que cette procédure sera plus efficace, elle peut accorder un délai d'au moins quinze jours ouvrables, de manière à permettre à l'entreprise en cause de présenter une proposition de transaction définitive conformément à l'article 10 bis, paragraphe 2, et à l'article 17, paragraphe 3, du règlement (CE) no 773/2004. Ce délai peut être prorogé sur demande motivée. Avant l'octroi d'un tel délai, les parties auront dû être mises en mesure de prendre connaissance des informations mentionnées au point 16 sur simple*

[854] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 11.
[855] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 15.

demande de leur part »[856].

543. De plus, seulement dans la mesure où la Commission décide d'accepter la proposition de transaction, le montant de l'amende sera réduit de 10%, selon les lignes directrices pour le calcul des amendes. Dans ce sens, la *Communication* précise que :

« *Si la Commission décide de récompenser une partie pour une transaction conclue conformément à la présente communication, elle réduira de 10 % le montant de l'amende à infliger après application du plafond de 10 % visé dans les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) nº 1/2003. Toute augmentation appliquée à des fins dissuasives ne pourra excéder un coefficient multiplicateur de deux* »[857].

544. Néanmoins, la Communication des griefs peut ne pas tenir compte des propositions de transaction, ce qui implique un retour à la procédure normale (et la notification d'une nouvelle Communication des griefs), cas dans lequel tout élément reconnu sera réputé retiré. De ce point de vue :

« *La Commission conserve le droit d'adopter une communication des griefs qui ne reflète pas la proposition de transaction des parties. Dans ce cas, les dispositions générales de l'article 10, paragraphe 2, de l'article 12, paragraphe 1, et de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) no 773/2004 s'appliquent. Les éléments reconnus par les parties dans la proposition de transaction seraient réputés avoir été retirés et ne sauraient être retenus contre aucune des parties à la procédure. Par conséquent, les parties en cause ne seraient plus liées par leurs propositions de transaction et se verraient accorder, sur demande, un délai pour présenter leur défense à nouveau, et notamment la possibilité d'avoir accès au dossier et de demander une audition* »[858].

545. Si la Commission retient les principales compétences dans le cadre de la procédure de transaction, dans chaque étape de la procédure, l'intervention de l'entreprise reste réduite, mais indispensable pour le règlement transactionnel.

§ 2. La contribution résiduelle, mais indispensable, de l'entreprise concernée, dans le cadre de la procédure de transaction

546. Bien qu'ayant une visibilité réduite, à cause des compétences discrétionnaires de la Commission en la matière, la contribution de l'entreprise concernée reste significative, dans le sens où, en son absence, aucun règlement transactionnel de l'affaire n'est pas possible. Le présent paragraphe va se concentrer sur la mise en lumière du rôle de l'entreprise et de son

[856] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 17.
[857] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 32.
[858] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 27.

intention licite – le contraire de l'intention fautive, dans le cadre de la procédure de transaction.

547. Une première manifestation de l'intention licite de l'entreprise est représentée par l'acceptation de prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, et ensuite, par la participation effective à ceux-ci ; en vue de ne pas décourager les entreprises de recourir à cette procédure, l'intention d'entrer dans des négociations ne doive pas être interprétée comme une reconnaissance de la faute.

Si, une fois formulée la proposition de transaction, celle-ci doit comprendre la reconnaissance de la faute en termes claires et non équivoques, l'entrée en négociations en vue d'une telle reconnaissance, bien que ne vaut pas reconnaissance, équivaut néanmoins à l'acceptation, par l'entreprise, de la possibilité d'une future reconnaissance.

En ce qui concerne la possibilité octroyée par la Commission à l'entreprise de déclarer dans quelle mesure est disposée à discuter une éventuelle transaction, la *Communication* précise que:

« *Si la Commission considère qu'il convient de chercher à connaître si les parties souhaitent entamer des discussions en vue de parvenir à une transaction, elle leur impartit un délai de deux semaines au moins* […] *pour déclarer par écrit si elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction* […]. *Cette déclaration écrite ne signifie nullement que les parties reconnaissent avoir participé à une quelconque infraction, ni qu'elles en assument la responsabilité* »[859].

548. Dans la situation d'un refus de l'entreprise, l'enquête va suivre son cours habituel, sens dans lequel aucun règlement transactionnel ne sera pas possible.

549. Par contre, dans la situation où l'entreprise décide de donner suite à la demande de la Commission, à l'occasion des contacts bilatéraux, elle va recevoir des informations lui permettant de faire une décision en connaissance de cause sur la formulation d'une éventuelle proposition de transaction. De ce point de vue, la Commission fait référence aux informations suivantes :

« *La communication anticipée de ces informations* [dans le cadre des discussions bilatéraux] *dans le cadre des discussions menées en vue de parvenir à une transaction* […] *permettra aux parties d'être informées des éléments essentiels pris en considération à ce stade, tels que les faits allégués, leur qualification, la gravité et la durée de l'entente alléguée, l'attribution des responsabilités, une estimation des fourchettes d'amendes probables, ainsi que les éléments de preuve utilisés à l'appui des griefs éventuels. Ce dispositif permettra aux parties de faire valoir leur point de vue sur les griefs qui pourraient leur être faits et de décider, en connaissance de cause, de conclure une transaction ou non* »[860].

---

[859] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 11.
[860] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 16.

550. Une fois les informations reçues et après l'effectuation d'un calcul entre d'une part, le risque de l'amende entière, le coût du litige et de l'autre, le gain espéré, à l'invitation de la Commission, l'entreprise va se voir octroyée un délai en vue de la présentation de la proposition de transaction. De ce point de vue :

« *Lorsque les progrès des discussions menées en vue de parvenir à une transaction débouchent sur une appréciation commune de l'étendue des griefs éventuels et de l'estimation de la fourchette probable des amendes infligées par la Commission et que celle-ci estime a priori, à la lumière des progrès accomplis globalement, que cette procédure sera plus efficace, elle peut accorder un délai d'au moins quinze jours ouvrables, de manière à permettre à l'entreprise en cause de présenter une proposition de transaction définitive* »[861].

551. Cette proposition de transaction est, en soi, une manifestation de la réduction de l'intention fautive, du moment où elle suppose, parmi d'autres conditions, la reconnaissance en termes claires et non équivoques, de la responsabilité dans l'infraction. Elle ne peut pas être unilatéralement révoquée, que dans la mesure où la communication des griefs ne reflète pas la proposition de l'entreprise concernée.

552. En dehors de la reconnaissance de la faute et, par conséquent, de la responsabilité, la proposition de transaction doit comprendre :

- une indication du montant maximum des amendes que les parties s'attendent à se voir infligées par la Commission et qu'elles accepteraient dans le cadre d'une procédure de transaction ;
- la confirmation, par les parties, qu'elles ont été suffisamment informées sur les griefs et qu'elles ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue ;
- la conformation des parties, dans le sens où elles n'envisagent pas de demander l'accès au dossier ou d'être entendues de nouveau, lors d'une audition orale ;
- l'accord de recevoir la Communication des griefs et la décision finale dans une langue officielle convenue de l'Union européenne.

553. La reconnaissance de la faute – ou, dans la terminologie de la Commission, de la responsabilité, est l'élément central de la contribution de l'entreprise dans le cadre de la procédure de transaction et, en même temps, la preuve d'une intention licite, qui a substitué l'ancienne intention fautive, infractionnelle. Dans ce sens, la *Communication* précise :

« *La reconnaissance de responsabilité et les confirmations fournies par les parties en vue de parvenir à une transaction constituent l'expression de leur engagement de coopérer au règlement rapide de l'affaire en appliquant la procédure de transaction* »[862].

[861] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 17.
[862] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 21.

554. D'un point de vue chronologique, après la proposition de transaction de l'entreprise, la Commission lui notifie la Communication des griefs, qui peut ou non refléter la proposition.

555. De ce point de vue, si la Communication des griefs reflète la proposition de transaction, y compris sur le montant de l'amende infligé, l'entreprise va devoir répondre à la Commission, dans un délai de deux semaines, en vue de confirmer la correspondance de la communication avec la proposition initiale. Dans cette situation, l'entreprise ne pourra pas être entendue oralement, ni demander l'accès au dossier.

Par contre, dans la situation ou la Communication des griefs ne reflète pas la proposition de transaction, cela signifie le retour à la procédure habituelle, ce que va faire en sorte que l'entreprise en cause ne soit plus liée de sa proposition. Du point de vue de la responsabilité :

« *Les éléments reconnus par les parties dans la proposition de transaction seraient réputés avoir été retirés et ne sauraient être retenus contre aucune des parties à la procédure* »[863].

556. Dans le cas de l'adoption de la décision de transaction, l'entreprise va pouvoir bénéficier d'une réduction du niveau de l'amende de 10% ; de plus, toute augmentation ne pourra pas dépasser un coefficient multiplicateur de deux. Finalement, la réduction appliquée en vertu du règlement transactionnel de l'affaire sera ajoutée, si le cas, à toute récompense octroyée à titre de la procédure de clémence.

557. Bien que réduite, la contribution de l'entreprise dans le cadre de la procédure de transaction est essentielle pour le règlement transactionnel ; dans la même mesure, la reconnaissance, par l'entreprise, de son responsabilité – en d'autres mots, de sa faute, représente un élément essentiel pour la réalisation du but de la procédure de transaction.

558. Par conséquent, suite à une analyse théorique, le fait pour l'entreprise d'avouer sa faute, dans les conditions détaillées par la *Communication* a la vocation d'arriver à une diminution de l'amende infligée à titre d'entente. Néanmoins, il semble essentiel d'analyser la modalité de fonctionnement de cette disposition législative en pratique, raison pour laquelle la section suivante va se concentrer sur les décisions dans lesquelles la Commission a été d'accord au règlement transactionnel, pour en tirer des enseignements.

[863] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, p. 27.

SECTION 2 – LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITÉ, COMME FONDAMENT D'UNE RÉDUCTION DE L'AMENDE : ANALYSE JURISPRUDENTIELLE

559. La première décision dans laquelle la Commission européenne a appliqué la procédure de transaction a été **la décision DRAM**[864], par laquelle dix producteurs de puces à mémoire se sont vus condamnés, à titre d'infraction en droit de la concurrence. En effet, les entreprises ont participé à un réseau de partage d'informations secrètes portant sur les niveaux généraux de prix et les tarifs pratiqués envers les grands équipementiers spécialisés dans les PC et serveurs, ce qui signifie une coordination des prix vis-à-vis des clients.

Si l'entreprise Micron a bénéficié d'immunité à l'amende en raison du fait d'avoir dénoncé le cartel à la Commission, cinq autres entreprises ont reçu une réduction d'amende en raison de leur coopération. Finalement, toutes les entreprises ont bénéficié d'une réduction de l'amende de 10%, pour avoir reconnu leur responsabilité[865] – leur faute et avoir accepté de régler l'affaire par voie de transaction.

Les discussions en vue d'arriver à une transaction ont eu lieu en 2009, après que les entreprises ont indiqué être d'accord de s'engager dans de telles discussions ; ensuite, tous les destinataires de la décision ont déposé une proposition de transaction auprès la Commission, tout en reconnaissant leur responsabilité pour cette entente. La Communication des griefs a été ensuite notifiée aux parties et elle reflétait la proposition de transaction, de sorte que les parties ont confirmé être encore intéressées par la procédure de transaction.

560. Une deuxième décision conclue par le règlement transactionnel a été prononcée dans **l'affaire Phosphates destinés à l'alimentation animale**[866], ayant pour objet une pratique qui consistait dans le partage du marché couvrant la plus grande partie de l'UE et la fixation des tarifs des phosphates, ce qui signifie aussi répartition des parts de marché, de la clientèle et des ventes de phosphate, sens dans lequel la coordination des prix et des conditions de vente a été parfois effectuée sur le marché pertinent. Les phosphates destinés à l'alimentation animale représentent des composés chimiques qui entrent dans la composition des aliments pour animaux, tels que bovins, porcins, volailles, poissons et animaux de compagnie.

---

[864] Commission européenne, 19 mai 2010, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE (1) et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/38.511 - DRAM, résumé publié au Journal officiel n° C180/09, de 21 juillet 2011.

[865] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 2 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire DRAM.

[866] Commission européenne, 20 juillet 2010, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/38.866 - Phosphates pour l'alimentation animale, résumé publié au Journal officiel n° C 111/09 de 09 avril 2011.

Pour la Commission, c'était la première expérience avec une transaction hybride, dans le sens où certaines entreprises ont accepté le règlement transactionnel, en temps qu'une autre a refusé, d'une manière que la procédure habituelle lui a été appliquée, sens dans lequel deux décisions ont été adoptées.

Ainsi, si la procédure de transaction a été engagée avec toutes les entreprises en cause, une entreprise a décidé de l'abandonner, d'une telle manière qu'elle est restée la seule à faire l'objet de la procédure ordinaire. Pour toutes les autres entreprises, le montant de l'amende infligé par la Commission à toutes les autres entreprises, destinataires de la décision de transaction a été réduit de 10 %[867].

561. La décision prononcée dans **l'affaire Poudre à lessiver**[868] a eu comme conséquence l'infliction des amendes aux entreprises productrices des détergents en poudre, pour une entente qui a débuté à l'initiative commune des entreprises, afin d'améliorer les performances écologiques des détergents, ce qui a conduit à un alignement des prix pour une période d'environ 3 ans.

L'amende infligée aux deux entreprises inclut une réduction de 10 %, en raison de la reconnaissance de la faute, ayant ainsi contribué à une clôture rapide de l'enquête, alors que Henkel a bénéficié de l'immunité d'amendes pour avoir révélé l'existence de l'entente à la Commission, à titre de la procédure de clémence[869].

562. Le même dénouement a été connu par une autre affaire, **Verre pour les tures cathodiques**[870], ayant pour objet la sanction des entreprises pour la coordination des prix du verre pour tubes cathodiques dans l'Espace économique européen, par des réunions bilatérales ou trilatérales organisées à la demande de ses membres, occasion auxquelles les entreprises échangeaient ponctuellement des informations commerciales sensibles et confidentielles.

Alors que Samsung a bénéficié d'une immunité à l'amende en raison de la dénonciation de la pratique à la Commission, aux buts de la procédure de clémence, les autres trois entreprises destinataires de la décision ont coopéré, quelques-unes obtenant une réduction à titre de clémence et tous, pour avoir conclu une transaction avec les autorités[871].

---

[867] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 3 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Phosphates destinés à l'alimentation animale.

[868] Commission européenne, 13 avril 2011, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39.579 - Consumer détergents, résume publié au Journal officiel n° C 193/14 de 02 juillet 2011.

[869] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 4 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Poudre à lessiver.

[870] Commission européenne, 19 octobre 2011, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39605 - Verre pour tubes cathodiques, résume publié au Journal officiel n° C(2011)7436 de 2011.

[871] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 5 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Verre pour les tures cathodiques.

La volonté des entreprises, et, par conséquent, leur intention licite, contraire à l'ancienne intention fautive a été celle qui a permis aux autorités de leur octroyer une réduction à l'amende, au titre de transaction.

563. L'affaire **Compresseurs frigorifiques**[872] a eu pour objet la sanction infligée par la Commission pour la conclusion une entente entre les producteurs - des petits compresseurs utilisés principalement des appareils domestiques tels que les réfrigérateurs et les congélateurs et, dans une moindre mesure, dans les équipements commerciaux tels que les distributeurs automatiques, les conservateurs à crème glacée. Plus concrètement, l'entente a consisté dans la coordination des politiques de prix au niveau européen et de la stabilisation les parts de marchés en vue de couvrir les augmentations de coûts par les producteurs de compresseurs frigorifiques.

Si l'entreprise Tecumseh Products Company a bénéficié d'une immunité à l'amende en raison d'avoir dévoilée l'existence de l'entente à la Commission, toutes les autres ont reçu une diminution de celle-ci, à titre de l'application de la procédure de transaction[873].

Dans cette situation aussi, la volonté des entreprises de coopérer et leur intention licite, prouvée par la reconnaissance de leur faute, a conduit à une récompense pour une bonne collaboration avec les autorités. Bien qu'à l'initiative et aux termes de la Commission, la volonté de coopérer des entreprises a été essentielle pour le règlement transactionnel de l'affaire.

564. Une autre décision, prononcée par la Commission dans **l'affaire Produits de gestion de l'eau**[874], a eu pour objet la sanction des fabricants de produits de gestion de l'eau utilisés dans les installations sanitaires, de chauffage et de réfrigération, pour avoir coordonné leurs prix, sens dans lequel ils se sont informés mutuellement, par des contacts bilatéraux, du montant et de la date des augmentations de prix prévues et ont échangé des informations commerciales sensibles.

Si l'entreprise Pneumatex a été celle qui a dénoncé l'infraction à la Commission et a reçu, à ce titre, une immunité totale à l'amende, les autres ont bénéficié d'une réduction de 10%, en raison de la coopération, dans le cadre de la procédure de transaction[875].

565. Une autre affaire qui a donné naissance au règlement transactionnel a été l'affaire des **Faisceaux de fils électriques**[876], qui a été prononcée pour la sanction des producteurs de

---

[872] Commission européenne, 07 décembre 2011, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39.600 - Compresseurs frigorifiques, résume publié au Journal officiel n° C(2011)8923 de 27 avril 2012.

[873] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 6 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Compresseurs frigorifiques.

[874] Commission européenne, 27 juin 2012, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39.611 - Produits de gestion de l'eau, résume publié au Journal officiel n° C 335/04 de 01 novembre 2012.

[875] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 7 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Produits de gestion de l'eau.

faisceaux de fils électriques de Toyota, Honda, Nissan et Renault, qui se sont entendus sur la fourniture de ces produits, souvent appelles le « *système nerveux central* » de la voiture.

Pour les pratiques sanctionnées, celles-ci ont impliqué la coordination des prix et la répartition des livraisons de faisceaux de fils électriques aux constructeurs automobiles concernés, leurs contacts ayant lieu tant au Japon, que dans l'Union Européenne :

- pour Toyota et Honda, les participants ont truqué une série d'appels d'offres pour la fourniture de faisceaux de fils électriques, concernant la fourniture aux usines européennes publiés;
- pour Nissan et Renault, les participants ont manipulé ou tenté de manipuler des procédures d'appel d'offres uniques relatives à certains modèles particuliers.

L'entreprise Sumitomo a bénéficié d'une immunité totale, en raison d'avoir dénoncé l'entente auprès de la Commission européenne, alors que toutes les autres entreprises ont vu leurs amendes réduites, à titre de collaboration dans le cadre de la procédure de clémence. Certaines d'entre eux ont aussi accepté de régler le litige par voie transactionnelle, ce que leur a apporté une réduction supplémentaire de 10 %.

566. La Commission européenne a infligé une autre amende, suite à un règlement transactionnel de l'affaire à des entreprises présentes sur le marché des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens, dans **la décision Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens**[877], portant sur des produits financiers, dont la valeur est établie par rapport au niveau d'un taux d'intérêt de référenc, fixé sur la base de cotations individuelles soumises quotidiennement par un panel de banques à un agent de calcul.

Entre 2005 et 2008, les personnes impliquées au sein des banques concernées avaient des contacts réguliers par des forums de discussion ou services de messagerie instantanée, en vue de fausser le cours normal des éléments constitutifs des prix des produits dérivés, sens dans lequel ils se communiquaient les soumissions EURIBOR à proposer et échangeaient des informations sensibles concernant leurs stratégies de fixation des cours.

Quatre participants ont été intéressés dans la procédure de transaction, UBS a bénéficié d'une immunité totale pour avoir révélé l'existence des ententes à la Commission et Citigroup a bénéficié d'une immunité totale pour une des infractions auxquelles elle a participé[878]. Les autres participants ont refusé de prendre part au règlement transactionnel, d'une sorte que la

---

[876] Commission européenne, 10 juillet 2013, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39748, Faisceaux de fils électriques automobiles, résume publié au Journal officiel n° C 283/05 de 28 septembre 2013.

[877] Commission européenne, 4 décembre 2013, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39861, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens, résumé publié au Journal officiel n° C(2013) 8602/7.

[878] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n° 8 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en euro et en yens.

procédure habituelle leur a été appliquée et la décision de la Commission a été prononcée en 2015[879].

567. La même infraction a été commise par trois entreprises bancaires et non-bancaires en ce qui concerne les taux d'intérêt de gré à gré à court terme libellés en francs suisses et dont la maturité était inférieure ou égale à 24 mois – **affaire Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en francs suisses**[880]. La Commission ayant découvert l'infraction suite à une demande de clémence, les parties ont accepté régler l'affaire par voie de transaction – en raison d'avoir reconnu leur responsabilité pour l'infraction et, par conséquent, leur faute, les entreprises ont bénéficié d'une réduction de 10 % du niveau de l'amende.

568. La Commission a appliqué le règlement transactionnel dans la décision prononcée dans **l'affaire Mousse de polyuréthane**[881], un produit utilisé dans le mobilier d'habitation, portant sur la coordinnation des prix de vente pour divers types de mousses par les quatre grands producteurs, dans dix États membres de l'UE, pour une période de presque cinq ans.

Après qu'une des entreprises est devenu le bénéficiaire de l'immunité totale, en raison d'avoir relevée l'existence du cartel à la Commission, l'entreprise Vita a reconnu, comme objectif de l'entente, les répercutassions des hausses de prix des matières premières des produits chimiques sur les consommateurs, ainsi que l'évitement d'une concurrence agressive de prix, sens dans lequel des réunions de coordination des prix ont été organisées entre les participants, qui ont aussi pris contactes par téléphone et d'autres moyens.

Si une des entreprises a reçu une immunité à l'amende, toutes les autres ont été d'accord avec la procédure de transaction, ont reconnu leur responsabilité – leur faute et, par conséquent, ont bénéficié d'une réduction de l'amende de 10%, qui s'ajoute à la réduction appliquée à titre de clémence[882].

569. La prochaine décision adoptée par la Commission sur la base de la procédure de clémence a été la **décision bourses d'électricité**[883], ayant pour objet la sanction des entreprises EPEX Spot et Nord Pool Spot pour s'avoir entendu de ne pas se faire concurrence pour leurs services

[879] Commission européenne, 4 février 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39861, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens, résumé publié au Journal officiel de 2017, sous le numéro C 305/08.

[880] Commission européenne, 21 octobre 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire C (2014)7602, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en francs suisses, résumé publié au Journal officiel n° C 72/10, de 28 février 2015.

[881] Commission européenne, 29 janvier 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39801 - Mousse de polyuréthane, résumé publié au Journal officiel n° C 354/07, de 08 octobre 2014.

[882] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n° 9 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Mousse de polyuréthane.

[883] Commission européenne, 5 mars 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39952 - Bourses d'électricité, résumé publié au Journal officiel n° C 334/06 de 25 septembre 2014.

de négociation au comptant de l'électricité dans l'EEE, ainsi que de se répartir les territoires européens.

L'infraction s'est déroulée dans le cadre des discussions portant sur la création du marché intérieur de l'énergie, ayant comme but l'intégration des marchés nationaux de l'électricité, par une intégration des systèmes techniques à utiliser pour les échanges transfrontalières; néanmoins, les questions débattues sont allées au-delà de l'objectif légitime de la coopération établi, jusqu'à la conclusion d'une entente, pour une durée d'au moins sept mois, période dans laquelle les contacts anticoncurrentiels ont pris la forme de rencontres, d'appels téléphoniques ou vidéo et de courriels.

La décision a eu pour conséquence l'infliction d'une sanction, mais, les entreprises NPS et EPEX, ayant accepté de régler le litige par voie de transaction et de reconnaître leur responsabilité pour l'infraction – leur fautes, ont bénéficié d'une réduction de 10 % de l'amende[884].

570. La Commission a également conclu une transaction avec certaines entreprises actives sur le marché des roulements automobiles, pour avoir conclu une entente ayant pour objet la coordination secreète de leur stratégie tarifaire pendant plus de sept ans, dans le cadre de **l'affaire Roulements automobiles**[885].

L'entente portant sur la stratégie tarifaire a compris la coordination entre les entreprises, afin de répercuter les hausses du prix de l'acier sur les clients, des discussions sur les demandes de devis, ainsi que sur les demandes de réduction annuelles de prix introduites par les clients. De plus, les entreprises parties à l'entente ont échangé des renseignements commercialement sensibles.

Dans le cadre du règlement transactionnel de l'affaire, toutes les parties ont confirmé sans équivoque que la teneur de la communication des griefs correspondait à leur proposition, d'une sorte que la Commission a adopté la décision de sanction. Si l'entreprise JTEKT a bénéficié d'une immunité totale pour avoir révélé l'existence de l'entente, les autres entreprises ont bénéficié de réductions d'amende à titre de clémence, pour récompenser leur coopération pendant l'enquête, ainsi que d'une réduction de 10 %p our le règlement transactionnel de l'affaire[886]. En effet, c'était l'intention de reconnaître leur faute qui a apporté aux entreprises la possibilité de bénéficier de la réduction de l'amende.

[884] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 10 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire bourses d'électricité.
[885] Commission européenne, 19 mars 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39922 - Roulements automobiles, résumé publié au Journal officiel n° C 238/09, de 23 juillet 2014.
[886] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 11 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Roulements automobiles.

571. Une autre décision dans laquelle la Commission a appliqué la procédure de transaction est **l'affaire Grenaille abrasive métallique**[887], ayant pour objet la sanction des entreprises productrices de gendre de grenaille, utilisée pour le nettoyage des surfaces métalliques et pour la découpe de pierres dures (granit ou marbre), pour avoir conclu une entente portant sur les éléments clés constitutifs du prix de leurs ventes, dans un contexte économique caractérisé par de fortes fluctuations de prix pour la ferraille, la principale matière première de la grenaille abrasive métallique.

En raison d'avoir reconnu leur responsabilité pour la conclusion de cette entente – leur intention fautive, quatre entreprises ont bénéficié d'une réduction de 10 % à titre de transaction (dont une a bénéficié d'une immunité totale, par l'application de la procédure de clémence)[888].

Une entreprise – Pometon, n'a pas manifesté son accord en vue d'application de la procédure de transaction, raison pour laquelle la procédure habituelle a continué et a abouti à l'adoption d'une décision de sanction.

572. La prochaine affaire dans laquelle la Commission a appliqué la procédure de transaction porte sur une entente conclue dans le secteur alimentaire des champignons – **l'affaire Champignons**[889]. Ainsi, l'entente a été conclue sur le marché des champignons en conserve et a consisté en un pacte de non-agression, accompagné par la compensation en cas de transfert des clients – en effet, une stabilisation des parts de marché, assortie de l'application des prix minimaux négociés au préalable.

Certaines entreprises ont reconnu d'avoir participé à l'entente et donc, de partager la responsabilité pour cette infraction, raison pour laquelle elles se sont vues appliquées une réduction de 10 % de leur amende, à titre de transaction. Par contre, deux entreprises n'ont pas bénéficié, à leur tour, que de la réduction octroyée sur la base de la Communication portant sur la clémence[890].

573. Une autre affaire finalisée par l'application de la procédure de transaction est **l'affaire Enveloppes**[891], ayant pour objet la coordination des prix, la répartition de la clientèle, la fixation des quotas de vente, la fixation des hausses de prix différentiées, la participation aux

---

[887] Commission européenne, 2 avril 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39792 - Grenaille abrasive métallique, résumé publié au Journal officiel n° C 362/07, de 14 octobre 2014.

[888] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 12 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Grenaille abrasive métallique.

[889] Commission européenne, 25 juin 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39965 - Champignons, résumé publié au Journal officiel n° C 453/11, de 17 décembre 2014.

[890] Commission européenne, 25 juin 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39965 - Champignons, résumé publié au Journal officiel n° C 453/11, de 17 déceùbre 2014.

[891] Commission européenne, 10 décembre 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39780 - Enveloppes, résumé publié au Journal officiel n° C 74/05, de 03 mars 2015.

marchés publics truquées sur le marché des enveloppes sur stock et catalogue, ainsi que les enveloppes spéciales imprimées de toutes formes, couleurs et tailles. Suite à des inspections, plusieurs entreprises ont demandé à la Commission une réduction d'amende à titre de clémence – une procédure de transaction a été entamée et tous les destinataires de la décision ont reconnu leur participation à l'infraction, ainsi que leur responsabilité. En raison de la reconnaissance de la faute, une réduction de 10 % a été appliquée sur l'amende.

574. Une autre décision de la Commission a été adoptée, suite au règlement transactionnel, en vue de la sanction de certaines entreprises actives sur le marché des systèmes de chauffage de stationnement au carburant, pour s'avoir coordonné les prix, réparti les clients, ainsi que pour l'échange d'informations commerciales sensibles, en particulier concernant les prix proposés aux clients – il s'agit de **l'affaire Systèmes de chauffage de stationnement**[892].

D'un point de vue procédural, si Webasto a bénéficié d'une immunité à l'amende pour avoir découvert l'infraction à la Commission, l'entreprise Eberspächer a collaboré avec la Commission, tant pour obtenir la clémence – par la fourniture des preuves, qu'en ce qui concerne la reconnaissance de sa responsabilité, en vue de la conclusion d'une transaction.

Le fait d'avoir reconnu sa faute – et, par conséquent, le fait que son intention licite a pris la place de son intention *à priori* anticoncurrentielle, ont conduit à une réduction de 10 % de leur amende, à titre de transaction.

575. Une autre décision de sanction, cette fois sur le marché de la prestation des services de transport ferroviaire, a été adoptée par la Commission, ayant pour sujets les entreprises Kühne and Nagel International AG, ÖBB-Holding AG, Rail Cargo Austria AG, Rail Cargo Logistics, Express Interfracht Hellas A.E., Deutsche Bahn AG et Schenker AG, sanctionées pour la répartition du marché, des clients et de volumes de marchandise, ainsi que la coordination des prix – **affaire Trains-blocs**[893].

La reconnaissance de la responsabilité – donc, de la faute, dans le cadre de la procédure de transaction a permis aux entreprises de bénéficier de la réduction de 10% de leur amende. Dans cette situation aussi, l'intention fautive préalable a été remplacée par une nouvelle intention, licite, de coopération.

576. Dans une affaire de 2016, les pratiques anticoncurrentielles découvertes par la Commission sur le marché des alternateurs et démarreurs des voitures personnelles, ont été sanctionées suite à la procédure de transaction impliquant les entreprises Denso, Mitsubishi et

[892] Commission européenne, 17 juin 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40055 - systèmes de chauffage de stationnement, résumé publié au Journal officiel n° C 425/09, de 18 décembre 2015.
[893] Commission européenne, 15 juillet 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40098 - Trains-blocs, résumé publié au Journal officiel n° C 351/06, de 23 octobre 2015.

Hitachi Ltd – **l'affaire Alternateurs et démarreurs**[894].

L'entente, qui avait pour but d'éviter une réduction des prix et de permettre une répartition de marché entre les parties a consisté en des contacts qui ont eu lieu principalement au Japon, qui avaient pour objet l'attribution des demandes de prix, ainsi que l'échange des éléments de prix ou des informations sensibles sur le plan commercial. De ce point de vue, un autre élément important de l'entente a consisté en le respect des droits acquis en matière de livraisons, par la coordination des réponses aux demandes des clients.

Si l'entreprise Denso, ayant déposé une demande d'immunité, a rempli les conditions d'en bénéficier sous l'empire de la règlementation en matière de clémence, toutes les autres ont manifesté leur intention de collaborer avec la Commission, en vue de parvenir à une transaction et bénéficier de la réduction ainsi établie. Par conséquent, leur intention, auparavant fautive, collusoire, s'est vue transformée dans une intention licite, de collaboration avec la Commission, en vue de rétablir un environnement concurrentiel – c'est la raison pour laquelle la réduction leur a été octroyée.

577. En juillet 2016, la Commission a prononcé une décision portant sur le marché des camions (porteurs et tracteurs), ayant comme destinataires les entreprises MAN SE, Daimler AG, Fiat Chrysler Automobiles N.V., Iveco SpA, AB Volvo, Renault Trucks SAS, PACCAR Inc. et DAF Trucks – il s'agit de **l'affaire Camions**[895].

Ainsi, suite la demande d'immunité de l'entreprise MAN, la Commission a découvert l'existence d'une entente entre les entreprises, ayant pour objet la fixation de prix, ainsi que l'augmentation de ceux-ci, l'établissement d'un calendrier portant sur la répercussion des coûts établis pour l'introduction des technologies en matière d'émissions. Ainsi, elle a proposé de régler l'affaire par règlement transactionnel, d'une telle manière que les entreprises MAN, DAF, Daimler, Volvo, Renault et Iveco ont déposé une demande formelle de transaction, acceptée ensuite par la Commission[896].

Par conséquent, c'était l'intention des entreprises bénéficiaires de conclure l'affaire par règlement transactionnel qui a fait possible la réduction de l'amende. Bien que l'initiative appartienne à la Commission, en absence de l'acceptation de la proposition par les entreprises et, par conséquent, de la soumission de la demande formelle de transaction, aucune transaction n'aurait pas pu être conclue.

---

[894] Commission européenne, 27 janvier 2016, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40028 - Alternateurs et démarreurs, résumé publié au Journal officiel n° C 137/06, de 19 avril 2016.

[895] Commission européenne, 19 juillet 2016, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39824 - Camions, résumé publié au Journal officiel n° C 108/05, de 06 avril 2017.

[896] Pour le niveau des amendes appliquées à chaque entreprise, suite aux réductions successives, voir le tableau dans le Schéma n◦ 13 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Camions.

578. Suite à une demande d'immunité de la part de l'entreprise Samsung, la Commission a adopté une nouvelle décision par règlement transactionnel, dans le domaine des batteries rechargeables lithium-ion, décision adressée à Samsung, Sony, Panasonic et Sanyo, dans le cadre de **l'affaire Batteries rechargeables**[897].

L'enquête a fait découvrir qu'entre 2004 et 2007, les entreprises ont pris occasionnellement du contact, sur des questions sensibles du point de vue commercial – sur les prix, ainsi que sur la réponse à certains d'appels d'offres mis en concurrence et lancés par des clients spécifiques.

Si la fréquence des contacts était variable, la pierre angulaire de ceux-ci a été représentée par les discussions en vue de la hausse des prix du cobalt, ce qui a fait en sorte que les parties s'entendent sur des augmentations temporaires de prix des batteries.

Grâce au fait d'être la première à dénoncer l'entente à la Commission, l'entreprise Samsung a été la bénéficiaire d'une immunité totale. À titre supplémentaire, les entreprises Sony, à Panasonic et à Sanyo ont accepté de régler l'affaire par vois transactionnelle - leur intention licite, de reconnaitre leur responsabilité pour cette entente, a conduit les entreprises mentionnées de bénéficier d'une réduction du montant des amendes infligées de 10 %[898].

579. En 2017, la Commission a adopté une décision pour la sanction des entreprises Behr, Calsonic, Denso, Panasonic, Sanden et Valeo, pour avoir enfreint les règles de concurrence, par des discussions sur le prix, ainsi que la répartition géographique du marché sur le marché des produits de climatisation et de refroidissement pour moteurs de voitures – c'est la décision dans **l'affaire Systèmes thermiques**[899].

Si une des entreprises a été la bénéficiaire d'une immunité totale, pour avoir été la première à fournir des informations à la Commission, toutes les autres ont bénéficié de la réduction de 10%, à titre du règlement transactionnel de l'affaire. Bien que l'initiative et la conduite de toute la procédure a appartenu à la Commission, en absence d'une reconnaissance totale de la responsabilité – de leur faute, par les entreprises visées, une telle réduction aurait été impossible.

580. Les destinataires de la décision de la Commission dans **l'affaire Systèmes d'éclairage**[900], soit Valeo SA, Automotive Lighting et Hella KGaA Hueck & Co. ont été trouvés coupables

---

[897] Commission européenne, 12 décembre 2016, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39904 - Batteries rechargeables, résumé publié au Journal officiel n° C 117/10, de 14 avril 2017.

[898] Pour le montant final des amendes, ainsi que pour la réduction appliquée en raison de la coopération au cadre de la procédure de transaction, voir le schéma n° 14 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Batteries rechargeables.

[899] Commission européenne, 8 mars 2017, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39960 - Systèmes thermiques, résumé publié au Journal officiel n° C 169/15, de 30 mai 2017.

[900] Commission européenne, 21 juin 2017, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40013 - Systèmes d'éclairage, résumé publié au Journal officiel n° C 333/04, de 05 octobre 2017.

d'une infraction sur le marché des systèmes d'éclairage des automobiles, ayant pour but d'augmenter les prix après la cessation de la production en série.

Ainsi, pour une durée de trois, les entreprises ont eu une série des contacts bilatéraux ou multilatéraux, ayant pour objet le prix et d'autres conditions commerciales, en particulier :

- les stratégies en matière de fixation des prix et de négociations ;
- l'état des négociations avec les clients au sujet des augmentations de prix ;
- la position des parties vis-à-vis des clients individuels en ce qui concerne les modèles de tarification des pièces détachées d'origine ;
- les demandes de prix émanant des clients, ainsi qu'aux échanges d'informations sur les perspectives d'avenir et les tendances dans le secteur des pièces détachées d'origine.

Du point de vue procédural, la découverte de l'infraction a été le résultat d'une demande d'immunité par l'entreprise Valeo et, suite à des inspections inopinées, les autres deux entreprises ont déposé une demande de clémence. De plus, une procédure de transaction a été initiée, au cadre de laquelle les entreprises ont reconnu avoir enfreint les règles de concurrence et ont reconnu leur responsabilité, étant récompensées par une réduction de 10 % du niveau de leur amende, supplémentaire par rapport à la réduction octroyée à titre de clémence.

Conclusion partielle – la procédure de transaction, comme récompense pour une intention légitime, de reconnaissance de la responsabilité

581. Telle qu'elle a été conçue par l'architecture européenne, la procédure de transaction a été établie dans les buts de la récompense de la coopération des entreprises, de l'imposition des sanctions efficaces, prononcées à temps, ce que devrait conduire à la dissuasion, à titre général.

582. Correspondant à son but exprimé, il semble logique que la maîtrise de l'entière procédure revienne à la Commission et non pas aux entreprises, qui, pour en bénéficier, doivent néanmoins accomplir certains critères, entre lesquelles la reconnaissance de la responsabilité et la non contestation des griefs.

583. C'est la raison pour laquelle entre la procédure de clémence et celle de transaction, il est possible d'établir une hiérarchie du point de vue du rôle de l'intention licite. Ainsi, si, pour la Commission, la procédure de transaction trouve son intérêt dans l'économie des moyens – enquête simplifiée et non contestation devant les tribunaux de la décision prise, ce que permet de se concentrer sur l'investigation dans d'autres affaires, elle peut aussi être regardée du point de vue de l'entreprise, pour laquelle la reconnaissance de la faute, de la responsabilité, représente la diminution de l'intention fautive.

584. ***Premièrement***, le volet procédural analysé a montré le rôle accentué de la Commission, par rapport au rôle complémentaire l'entreprise, pour le règlement transactionnel d'une affaire.

Dans ce sens, en vue de souligner le rôle de la Commission dans le cadre de la procédure de transaction, la Commission a la possibilité de décider l'initialisation de la procédure, l'opportunité et le rythme des discussions, ainsi que d'effectuer un rapport entre le gain d'efficacité le caractère dissuasif de l'amende et, enfin, d'accepter ou non les propositions de transaction.

Si la Commission décide sur toutes les questions cruciales de la procédure, cela a pour conséquence d'exclure un rôle majeur pour l'intention licite l'entreprise. Néanmoins, en absence de l'intention licite, de coopération, de la part de l'entreprise, qui garde son autonomie, aucune procédure ne peut être finalisée par règlement transactionnel, sens dans lequel l'entreprise peut intervenir en plusieurs moments de l'enquête :

- la possibilité pour l'entreprise d'exprimer son intention en vue de conclure une transaction ;
- la possibilité pour l'entreprise d'accepter ou refuser le recours à la procédure de transaction;
- la formulation des propositions de transaction par l'entreprise, ce qui implique la reconnaissance de la responsabilité ;
- la confirmation, par l'entreprise, de l'application de la procédure de transaction, dans le cas où la Communication des griefs reflète la proposition de transaction.

585. La reconnaissance de la responsabilité par l'entreprise est la pierre angulaire de la procédure de transaction et, en même temps, la preuve de l'existence d'une intention licite, qui a remplacé l'ancienne intention fautive, infractionnelle.

586. ***Deuxièmement***, une analyse au cas par cas du traitement de la procédure de transaction par la Commission a été conduite, en vue d'en tirer des éventuels enseignements.

On observe, premièrement, que la procédure de transaction s'est avéré un outil efficace en vue de l'investigation de l'infraction et que, depuis 2008, 23 enquêtes se sont finalisées par règlement transactionnel, sur 56 ouvertes en total, ce qui équivaut à une économie significative, tant de procédure que de temps. Il mérite mentionner le fait que, dans la majorité des cas finalisés par règlement transactionnel, la procédure de transaction s'est superposée à une procédure de clémence dans le cadre de la même affaire.

Pour conclure, l'analyse de la procédure de transaction nous permet de tirer la conclusion que c'est l'intention licite, manifestée par la coopération avec la Commission, ainsi que la reconnaissance de la responsabilité – de la faute, par les entreprises investiguées, qui permet la réduction du niveau de l'amende, à titre de règlement transactionnel de l'affaire.

TITRE II

LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE, MODULÉE PAR L'EXISTENCE ET LE DEGRÉE DE L'INTENTION FAUTIVE – MARGE DE MANŒUVRE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE LIMITÉE PAR L'INTENTION

587. La sanction des ententes inclut d'une part, la sanction administrative – l'amende, la sanction civile – les dommages et intérêts pour la victime, ainsi que la nullité partielle de l'accord – en effet, de ses clauses anticoncurrentielles.

À titre préalable, précisons que la réparation du dommage de la victime est octroyée conformément à la législation nationale de l'Etat en cause en matière de procédure[901], raison pour laquelle elle ne fait pas objet de la présente thèse. De la même manière, la sanction de la nullité, considérée par la doctrine[902] comme malvenue en matière de concurrence, du moment où elle marque un vice dans la formation du contrat, n'a aucune pertinence pour le domaine de l'intention fautive. Par contre, la présente thèse va se centrer, en ce qui suit, sur les effets de la faute sur la sanction sous la forme d'une amende administrative, qui représente la sanction spécifique au droit de la concurrence.

588. En vue d'appliquer une amende, la Commission doit pouvoir établir le fait que l'entreprise a commis une infraction, soit d'une manière délibérée, soit par négligence, au sens de **l'article 23 paragraphe (2) du Règlement nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité** ("**le Règlement**"), selon lequel :

« *La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence:*
a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou
b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou
c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9».

589. Dans le même sens, les **Lignes directrices pour le calcul des amendes**[903] indiquent que la Commission peut infliger des amendes aux entreprises lorsqu'elles commettent une infraction par rapport aux **articles 101 ou 102 du TFUE**, que l'infraction soit commise d'une manière intentionnelle ou bien par négligence.

590. Si pour établir l'existence même de l'infraction, il est nécessaire que la condition alternative d'intention ou négligence soit établie, la commission de celle-ci seulement par négligence représente une circonstance atténuante, limitative de responsabilité, liée à la culpabilité de l'entreprise.

---

[901] Parlement européen et Conseil européen, 26 novembre 2014, directive 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, publiée au Journal officiel L 349/1/05 décembre 2014, art 4.
[902] Lamy Droit économique, 2016, édition Lamy, nº 1570.
[903] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02.

591. En effet, la Commission pourra prendre en compte l'intention de l'entreprise ou, plus clairement, son absence d'intention, en vue de diminuer le montant final de l'amende, dans plusieurs cas liés à l'existence de l'intention, soit :

- « *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que l'infraction a été commise par négligence ;*
- *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que sa participation à l'infraction est substantiellement réduite et démontre par conséquent que, pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré aux accords infractionnels, elle s'est effectivement soustraite à leur application en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché; le seul fait qu'une entreprise a participé à une infraction pour une durée plus courte que les autres ne sera pas considéré comme une circonstance atténuante, puisque cette circonstance est déjà reflétée dans le montant de base;*
- *lorsque le comportement anti-concurrentiel a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation* »[904].

592. D'une manière similaire, elle va prendre en compte des circonstances aggravantes, entre lesquels certains sont liées à la culpabilité, soit le :

« *Rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction. La Commission portera également une attention particulière à toute mesure prise en vue de contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction et/ou à toute mesure de rétorsion prises à l'encontre d'autres entreprises en vue de faire respecter les pratiques constitutives d'une infraction* »[905].

593. Selon la structure des lignes directrices, la Commission établit, premièrement, un montant de base de l'amende, pour ensuite l'individualiser, par rapport aux circonstances atténuantes ou aggravantes de l'espèce.

594. S'il n'est pas nécessaire pour la Commission d'effectuer une étude du marché en vue de calculer le montant de base de l'amende, celui-ci sera établi par rapport à la valeur des ventes de biens ou de services hors TVA, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné[906], pour l'année antérieure à la décision de sanction.

Par conséquent, le montant de base de l'amende sera une proportion de la valeur des ventes, en fonction de la gravité de l'infraction et multiplié par le nombre d'années d'infraction – en général, la proportion est établie à 30 %, mais elle est déterminée au cas par cas par la

[904] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02, p. 29.
[905] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02, p. 28.
[906] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02, p. 13.

Commission. De manière générale, pour les restrictions graves de concurrence, le montant de base sera en haut de l'échelle.

Il semble logique qu'on puisse arriver à un montant de base significatif, si on prend en compte la règle selon laquelle ce montant sera multiplié par le nombre d'années d'infraction, dans le contexte d'une très longue durée de certaines infractions – par exemple, dans **l'affaire Peroxyde organique**[907], l'infraction a duré 29 ans et dans **l'affaire Phosphates pour l'alimentation animale**[908], l'infraction a duré 35 ans.

595. Néanmoins, après l'individualisation du montant de base, le montant final de l'amende ne peut pas dépasser 10 % du chiffre d'affaire total de l'entreprise, tel qu'il a été réalisé au cours de l'exercice social précédent.

596. Du point de vue de l'intention, dans son rapport avec la sanction, ce que nous intéresse tout particulièrement est, d'une part, la condition alternative d'intention ou négligence pour la constatation de l'existence d'une infraction et d'autre part, les circonstances – qu'elles soient atténuantes ou aggravantes, dans la mesure où elles ont une connexion avec la culpabilité.

597. De ce point de vue, si les autorités doivent constater l'existence de l'intention, ou bien de la négligence en vue d'établir le caractère infractionnel d'un comportement d'une entreprise (**Chapitre 1**), le montant de l'amende infligée sera influencé par des circonstances atténuantes ou aggravantes. De ce point de vue, il est pertinent de mentionner le fait que certaines circonstances sont directement liées à la culpabilité de l'entreprise. C'est sur ces circonstances qu'on se propose de faire une analyse approfondie (**Chapitre 2**), en vue d'en tirer les renseignements sur le rôle de l'intention de l'entreprise dans la sanction infligée.

Chapitre 1 - L'existence de l'intention ou de la négligence - condition établie par le *Règlement* pour l'infliction d'une amende

598. Comme on l'a déjà indiqué, en vue d'appliquer une amende, la Commission doit pouvoir établir le fait que l'entreprise a commis l'infraction soit d'une manière délibérée, soit par négligence.

599. Précisons que, pour l'existence de l'infraction et, par conséquent, l'infliction d'une sanction, la Cour de justice n'opère aucune distinction selon le fait que l'infraction soit commise

[907] Commission européenne, 10 décembre 2003, décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/E-2/37.857 - Peroxydes organiques, résumé publiée au Journal officiel n° 349/CE de 30 avril 2005.

[908] Commission européenne, 20 juillet 2010, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/38.866 - Phosphates pour l'alimentation animale, résumé publié au Journal officiel n° C 111/09 de 09 avril 2011.

d'une manière intentionnelle ou bien par négligence, distinction qui pourrait d'avérer pertinente seulement pour la rétention d'une éventuelle circonstance – par ailleurs, pour l'infliction de la sanction, il suffit d'identifier l'existence d'une de ces formes de la faute.

600. Dans ce sens, dans **l'ordonnance SPO**[909], après avoir distingué entre l'intention ou la négligence comme conditions de l'existence d'une infraction et la gravité de l'amende comme modalités de détermination de la sanction, la Cour de justice postule que :

« *Au surplus, il convient d'observer que, comme le souligne la Commission, les infractions commises par négligence ne sont pas, du point de vue de la concurrence, moins graves que les infractions commises de manière délibérée* »[910].

Si les autorités législatives de l'Union ont posé les conditions alternatives de l'existence de l'intention ou de négligence pour l'infliction d'une sanction, elles n'ont pas offert une définition rigide des notions, de sorte que ce rôle est revenu au juge européen (**Section 1**). De la même manière, il est revenu au juge européen d'établir, au cas par cas, les preuves admises, ainsi que leur valeur juridique, en vue d'établir l'intention ou la négligence (**Section 2**).

SECTION 1 – REPÈRES JURISPRUDENTIELS EN CE QUI CONCERNE LES NOTIONS D'INTENTION ET DE NÉGLIGENCE

601. La Cour de justice a établi des repères jurisprudentiels du point de vue de l'interprétation de la notion d'intention et de négligence dans le cadre de **l'article 23 paragraphe (2) du *Règlement.***

602. En ce qui concerne la notion d'intention, il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait eu conscience d'enfreindre les règles de concurrence, mais il suffit qu'elle n'ait pu ignorer l'objet ou l'effet de sa conduite. La jurisprudence a établi une série de principes en ce qui concerne les éléments à prendre en compte en vue d'établir l'existence de l'intention ou bien de la négligence.

Une première affaire pertinente est **l'arrêt Belasco et autres contre Commission**[911], ayant pour objet la sanction de producteurs belges de revêtements bitumés pour avoir conclu une entente sur la fixation des prix.

---

[909] CJCE, 25 mars 1996, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaire C-137/95 P, publiée au Journal officiel de 1996, sous le numéro I-01611.

[910] CJCE, 25 mars 1996, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaire C-137/95 P, publiée au Journal officiel de 1996, sous le numéro I-01611, p. 55.

[911] CJCE, 11 juillet 1989, Belasco et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire246/86, publiée au recueil de jurisprudence 1989, page 02117, p 40 – 42.

Dans ce contexte, les destinataires de la décision de la Commission prétendent avoir agi d'une manière non-intentionnelle, lors du renouvèlement du contrat comprenant l'entente, arguant que la simple négligence ne pourrait pas justifier l'infliction d'une amende. La Cour de justice leur rétorque que :

« *pour qu'une infraction puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibéré, il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait eu conscience d'enfreindre l'interdiction de l'article 85; il suffit qu'elle n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet de restreindre la concurrence* »[912].

Tel est le cas, ajoute la Cour, dans la situation où la « *nature des clauses de la convention et des accords incriminés* », ainsi que les « *mesures prises en vue d'en assurer l'exécution* »[913], rendent impossible la prétendue absence d'intention ou au moins, de la négligence des entreprises en cause.

603. La même conclusion a été reprise par la Cour de justice dans **l'affaire Compagnie générale maritime**[914], dans le cadre d'un recours contre la décision de la Commission de sanctionner les membres de la Far Eastern Freight Conference – conférences maritimes associées regroupant des compagnies maritimes qui assurent des services de transport maritime de conteneurs entre l'Europe et l'Asie, pour la fixation d'un tarif commun dans le secteur du transport maritime.

Dans leur recours contre la décision de la Commission, les 15 destinataires de la décision ont prétendu ne pas avoir agi de propos délibéré ou par négligence. En effet, outre leur collaboration tout au long de l'enquête, les entreprises prétendent avoir encadré les mesures en cause dans la catégorie des exemptions par catégorie ; de plus, la Commission était au courant des pratiques en cause, qu'elle n'a pas contesté pendant deux décennies.

La Commission n'a pas accepté l'argumentation des parties invoquant l'absence tant de l'intention, que de la négligence et la Cour de justice lui a donné raison ; en invoquant la jurisprudence Belasco, le Tribunal rappelle qu'en vue de considérer qu'une entreprise a commis une infraction d'une manière délibérée, il suffit que l'entreprise n'ait pu ignorer que sa conduite a pour objet de restreindre la concurrence[915].

---

[912] CJCE, 11 juillet 1989, Belasco et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire246/86, publiée au recueil de jurisprudence 1989, page 02117, p 41.
[913] CJCE, 11 juillet 1989, Belasco et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 246/86, publiée au recueil de jurisprudence 1989, page 02117, p 42.
[914] TPICE, 28 février 2002, Compagnie générale maritime et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-86/95, publiée au recueil de jurisprudence 2002, page II-01011, p 474 et 479.
[915] TPICE, 28 février 2002, Compagnie générale maritime et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-86/95, publiée au recueil de jurisprudence 2002, page II-01011, p 479.

« *Or, il ne saurait être contesté que, à l'évidence, l'objectif de l'accord en cause, un accord horizontal de fixation des prix du transport terrestre, est de restreindre la concurrence* »[916].

604. La même argumentation a été suivie par la Cour de justice dans **l'affaire Miller International Schellplatten contre Commission**[917], ayant pour objet le recours de l'entreprise contre la décision de la Commission, la sanctionnant pour avoir inclus dans son accord de distribution et aussi dans ses conditions de ventes des interdictions d'exporter des disques, bandes et casettes.

Dans ce contexte, la Cour de justice prend en compte le fait que les clauses en cause ont été adoptées par l'entreprise sanctionnée, et, par conséquent, il est peu important si la requérante avait ou non été consciente du fait que son comportement était constitutif d'une infraction. Dans ce sens, la Cour a décidé de rejeter le recours de l'entreprise Miller, prenant en compte le fait que :

« *les clauses dont il est question ont, ainsi qu'il ressort de tout ce qui précède, été adoptées ou acceptées par la requérante, qui n'a pas pu ignorer qu'elles avaient pour objet de restreindre la concurrence entre ses clients* »[918].

605. Si, en vue de conclure qu'une entreprise a commis une infraction au moins par négligence, il suffit qu'elle n'ait pas pu ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement, il reste à analyser quelles sont les preuves que les autorités prennent en compte en vue d'établir l'intention ou la négligence.

606. En ce qui concerne la notion de négligence, la Cour de justice n'a pas formulé une définition de celle-ci[919]. Par contre, dans ses conclusions dans **l'affaire General Motors contre Commission**[920], l'avocat général M. Mayras a définit la négligence de la manière suivante :

« *la négligence doit être retenue lorsque l'auteur de l'infraction, agissant sans intention d'accomplir un acte illégal, n'a pas prévu les conséquences de son action, alors qu'une personne normalement avisée et suffisamment attentive n'aurait pas manqué de le prévoir* ».

607. Il n'y a que très peu des décisions où la Commission fondées sur le fait qu'une infraction a été commise par négligence. On peut évoquer à cet égard, **l'affaire Deutsche Philips GmbH** et **l'affaire Michelin**.

---

[916] TPICE, 28 février 2002, Compagnie générale maritime et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-86/95, publiée au recueil de jurisprudence 2002, page II-01011, p 479.
[917] CJCE, 1er février 1978, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, publiée au recueil de jurisprudence 1978, page 00131, p 18.
[918] CJCE, 1er février 1978, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, publiée au recueil de jurisprudence 1978, page 00131, p 18.
[919] SIRAGUSA Mario et RIZZA Cesare, *Cartel Law Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, Claerys and Casteels, April 2007, p. 492.
[920] Conclusions de M. l'avocat général Mayras dans l'affaire General Motors contre Commission des Communautés Européennes, 29 octobre 1975, affaire 26-75, recueil de jurisprudence 1975 -01367.

608. Ainsi, dans **l'affaire Deutsche Philips GmbH**[921], la Commission a dû se prononcer sur la compatibilité avec le droit de la concurrence de certaines conditions de livraison et de paiement des appareils techniques, ainsi que des clauses insérées dans des contrats de distribution, ayant pour objet notamment :

- l'interdiction de vente de rasoirs électriques, des gros appareils ménagers, des appareils ménagers et des boîtiers d'expérimentation aux utilisateurs finals qu'aux prix fixés par Philips, d'une manière uniforme;
- l'interdiction de l'achat qu'auprès de Philips ou auprès de fournisseurs nationaux ou étrangers;
- l'interdiction faite aux grossistes, de ne vendre qu'à des détaillants spécialisés;
- l'interdiction faite aux détaillants de vendre à d'autres que les utilisateurs finals, ainsi que celle de faire de la publicité dans des publications des revendeurs;
- l'interdiction faite aux détaillants de livrer à des grossistes.

La Commission est arrivée à la conclusion de l'existence d'une faute, suffisante en vue de sanctionner l'entreprise, justifiée par le fait que l'entreprise « *savait que l'interdiction d'exporter contenue dans son contrat relatif aux rasoirs électriques faisait infraction aux dispositions de l'article 85 paragraphe 1* » et, de plus, elle a été expressément invitée à supprimer ces clauses des conditions générales de vente.

Néanmoins, la Commission a accepté l'argument de l'entreprise, dans le sens où le maintien de l'interdiction d'exportation des conditions générales de vente est seulement le résultat d'une erreur, puisque :

(i). les mêmes conditions de vente comprennent une interdiction d'exportation vers des Etats tiers,
(ii). l'entreprise a communiqué aux grossistes que l'exportation vers d'autres Etats membres et permise et
(iii). l'entreprise a reçu des lettres de la part des grossistes, qui déclaraient avoir livré des produits Philips dans d'autres Etats membres.

La Commission a décidé que l'entreprise doit être sanctionnée en raison de ne pas avoir mise en oeuvre la diligence nécessaire – de ce point de vue, l'entreprise :

« *<u>devait s'attendre à ce que d'autres négociants tiennent pour obligatoire l'interdiction illimitée d'exporter</u> contenue dans le contrat et s'abstiennent par conséquent d'exporter dans d'autres États membres, considérant que ces circonstances laissent supposer que la DPG n'a pas commis d'infraction de propos délibéré* »[922].

[921] Commission européenne, 5 octobre 1973, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Deutsche Philips GmbH, affaire 73/322/EEC, publiée au Journal officiel no L 293/40, du 25 avril 1998.
[922] Commission européenne, 5 octobre 1973, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Deutsche Philips GmbH, affaire 73/322/EEC, publiée au Journal officiel no L 293/40 du 25 avril

En raison du fait qu'elle a induit en erreur ses partenaires commerciaux, par le fait qu'ils auraient pu s'abstenir d'exporter en raison d'une interdiction expresse prévue par les contrats d'une manière supposément délibérée, l'entreprise Philips « *a commis par négligence une infraction à l'article 85 paragraphe 1* »[923].

609. La même conclusion a été tirée par la Commission dans **l'affaire Michelin**[924], ayant pour objet la sanction de l'entreprise en position dominante sur le marché des pneus neufs de remplacement pour camion et autobus, pour la publication d'un prix de base dans des tarifs, l'octroi d'une ristourne immédiate et générale sur facture et d'autres ristournes qui sont en partie fixées individuellement pour chaque détaillant, ainsi que la fixation d'un objectif de vente qui sert de base à la fixation de ces ristournes, la Commission a accepté que l'infraction a été commise par l'entreprise « *pour le moins par négligence* »[925].

Pour arriver à cette conclusion, la Commission a pris en compte plusieurs facteurs qui devaient être connus par l'entreprise en position dominante, comme par exemple :

- qu'en tant qu'entreprise en position dominante, elle est en mesure d'entraver l'accès au marché néerlandais de pneus et que son système de ristournes rend cet accès plus difficile;
- que, à la lumière de la jurisprudence constante de la Cour de justice, elle enfreint **l'article 86 du traité CEE**, par un système qui est une variante d'un système de ristournes de fidélité qui a les mêmes effets restrictifs qu'une ristourne de fidélité liée à l'obligation pour l'acheteur de s'approvisionner exclusivement, ou pour une part importante de ses besoins, auprès de l'entreprise en position dominante;
- que sa politique de ristournes a des effets discriminatoires.

Après avoir analysé tous ces facteurs, la Commission est arrivée à la conclusion que :

« *NBIM a enfreint, pour le moins par négligence, l'article 86 du traité CEE. Elle a mené une politique commerciale ayant pour objet et pour effet, par des mesures illicites, de lier à elle le plus étroitement possible chacun de ses revendeurs* »[926].

1998, p. V - Applicabilité de l'article 15 paragraphe 2 sous a) du règlement nº 17 à la clause d'interdiction d'exporter.

[923] Commission européenne, 5 octobre 1973, décision no 73/322/EEC relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Deutsche Philips GmbH, publiée au Journal officel no L 293/40 du 25 avril 1998, p. V - Applicabilité de l'article 15 paragraphe 2 sous a) du règlement nº 17 à la clause d'interdiction d'exporter.

[924] Commission européenne, 7 octobre 1981, décision no 81/969/CEE relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, publiée au Journal officiel no L 353 du 09 décembre 1981.

[925] Commission européenne, 7 octobre 1981, décision no 81/969/CEE relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, publiée au Journal officiel no L 353 du 09 décembre 1981, p. 56.

[926] Commission européenne, 7 octobre 1981, décision no 81/969/CEE relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, publiée au Journal officiel no L 353 du 09 décembre 1981, p. 56.

SECTION 2 – REPÈRES JURISPRUDENTIELS PORTANT SUR LES PREUVES PRISES EN COMPTE PAR LES AUTORITÉS EN VUE DE PROUVER L'EXISTENCE DE L'INTENTION OU DE LA NÉGLIGENCE

610. Quelques précisions supplémentaires portant sur la nature des preuves de l'intention ou négligence sont apportées par **l'affaire British Sugar**[927], ayant pour objet la sanction des entreprises actives sur le marché européen du sucre, pour la participation à des réunions en vue de discuter le prix du sucre industriel. Ainsi, dans son recours devant le Tribunal, l'entreprise prétend ne pas avoir commis l'infraction ni d'une manière délibérée, ni par négligence.

Après avoir repris la distinction entre l'existence de la sanction - qui est conditionnée par l'existence de l'intention ou la négligence d'une part et le montant de l'amende - qui peut varier selon le dégrée de l'intention (soit l'intention ou la négligence), la Tribunal lui rétorque que :

« *eu égard au fait que British Sugar est une entreprise de grande dimension disposant des connaissances juridiques et économiques nécessaires pour connaître le caractère infractionnel de sa conduite et les conséquences qui en découlent du point de vue du droit de la concurrence, et qu'elle venait de faire l'objet d'une enquête de la Commission pour violation de l'article 86 du traité, il doit être considéré qu'elle ne saurait prétendre qu'elle n'a agi ni par négligence ni de propos délibéré* »[928].

Si le constat de l'intention ou de la négligence est une condition pour l'infliction même de la sanction, sans distinguer selon qu'il s'agisse de l'intention ou bien de la négligence, le montant de celle-ci peut varier selon ce critère.

Conclusion partielle - l'intention ou la négligence, conditions alternatives, mais nécessaires pour l'infliction d'une sanction

611. Si le Règlement requiert, en vue de l'infliction d'une sanction, soit l'existence de l'intention, soit la négligence de l'entreprise, comme deux critères alternatifs, l'interprétation de ces notions par la Cour de justice reste assez large, dans le sens où la faute la plus légère est suffisante en vue d'engager la responsabilité de l'entreprise.

Il apparait qu'une violation intentionnelle requiert au moins une commission délibérée d'un acte, en vue d'atteindre un but anticoncurrentiel ou avec la conscience du fait qu'il produit des conséquences anticoncurrentielles. Par la suite, intentionnel signifie l'intention de restreindre,

[927] TPICE, 12 juillet 2001, Tate & Lyle PLC, British Sugar PLC et Napier Brown & Co. Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, publiée au Journal officiel de 2001, page II-02035.

[928] TPICE, 12 juillet 2001, Tate & Lyle PLC, British Sugar PLC et Napier Brown & Co. Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, publiée au Journal officiel de 2001, page II-02035, p. 128.

empêcher ou fausser la concurrence et non pas l'intention d'enfreindre les normes juridiques en matière de concurrence[929]. Par ailleurs, la négligence implique que l'entreprise a seulement pu prévoir que son comportement a des conséquences anticoncurrentielles.

612. Précisons que la Commission n'opère pas toujours une distinction entre « *de propos délibéré ou par négligence* », d'une part et « *intentionnellement ou au moins par négligence* », d'autre part[930], du moment que **l'article 23 paragraphe 2 du Règlement** n'opère aucune distinction, dans le sens que les deux ou quelle que ce soit entre eux suffit en vue de pouvoir appliquer une sanction.

613. Dans le contexte où certaines décisions sont adoptées par la Commission en absence de toute argumentation portant sur le caractère intentionnel ou négligent de l'infraction[931], la doctrine[932] considère que la Commission est, en effet, obligée d'apporter la preuve de l'accomplissement d'au moins un de ces critères, par **l'article 23 paragraphe 2 du Règlement**, corroboré avec l'obligation de motivation.

Certes, on voit assez mal, intuitivement, quel motif pourrait conduire une entreprise à enfreindre le droit de la concurrence, si ce n'est ou bien la volonté, ou bien la négligence. Les alternatives auquelles on pourrait songer seraient d'une part qu'elle y fût forcée. On retrouve ici le cas dans lequel une entreprise qui enfreint le droit de la concurrence par le fait d'une loi à laquelle elle doit se soumettre et qui module son comportement. Une autre hypothèse serait celle d'une infraction '*accidentelle'*, mais il reste bien entendu à définir ce qui la distingue de l'infraction par négligence.

614. Ce qui reste, donc, important est qu'une sorte de faute est nécessaire pour l'infliction d'une amende, de sorte qu'en absence de l'intention ou bien de la négligence, tout comportement anticoncurrentiel commis d'une manière obligée ou accidentelle ne devrait pas, en principe, être sanctionné.

Chapitre 2 - L'intention, comme facteur modérateur du montant de l'amende

615. Après avoir établi un montant de base de l'amende, la Commission va individualiser la sanction finale à la lumière des circonstances – qu'elles soient atténuantes ou bien aggravantes.

---

[929] BLANCO, Luis Ortiz, *European Community Competition Law*, 2ème édition, Oxford University Press, mars 2006, p. 444-445.
[930] BLANCO, Luis Ortiz, *European Community Competition Law*, 2ème édition, Oxford University Press, mars 2006, p. 445.
[931] Commission européenne, 26 octobre 2004, Décision de la Commission du 26 octobre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 traité CE, affaire COMP/F-1/38.338 - PO/Aiguilles, publiée au Journal officiel n° C147/23 de 27 juin 2009, p. 313 et 314.
[932] SIRAGUSA Mario et RIZZA Cesare, *Cartel Law Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, Claerys and Casteels, avril 2007, p. 493.

616. Par contre, certaines circonstances, telles qu'elles ont été établies par la Communication sont directement liées à la culpabilité, de sorte qu'une culpabilité réduite dans la manière

prescrite par la Commission conduira à une sanction atténuée, alors qu'une culpabilité aggravée, caractérisée par le rôle du meneur est susceptible de conduire à une augmentation du niveau de l'amende.

De ce point de vue, les circonstances atténuantes que la Commission peut prendre en compte en vue d'une réduction de l'amende en raison des questions de culpabilité sont les suivantes :

- « *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que l'infraction a été commise par négligence ;*
- *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que sa participation à l'infraction est substantiellement réduite et démontre par conséquent que, pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré aux accords infractionnels, elle s'est effectivement soustraite à leur application en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché; le seul fait qu'une entreprise a participé à une infraction pour une durée plus courte que les autres ne sera pas considéré comme une circonstance atténuante, puisque cette circonstance est déjà reflétée dans le montant de base;*
- *lorsque le comportement anti-concurrentiel a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation* »[933].

La Commission va prendre en compte, à titre de circonstances aggravantes liées à la culpabilité, le rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction, sens dans lequel :

« *La Commission portera également une attention particulière à toute mesure prise en vue de contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction et/ou à toute mesure de rétorsion prises à l'encontre d'autres entreprises en vue de faire respecter les pratiques constitutives d'une infraction* »[934].

617. Le présent chapitre se propose de traiter chaque circonstance, atténuante ou bien aggravante, dans la mesure où elle est liée à la culpabilité, en vue de dégager le rôle de l'intention dans la modération du niveau de la sanction appliquée par la Commission, selon la méthodologie réglementée.

[933] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02, p. 29.
[934] Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02, p. 28.

SECTION 1 – CIRCONSTANCES AGGRAVANTES : FACTEURS LIÉS À L'AUGMENTATION DU NIVEAU DE L'AMENDE EN RAISON DE L'INTENTION ILLICITE

618. Parmi les facteurs pris en compte au titre de circonstance aggravante se trouvent certains qui sont liés à la culpabilité de l'entreprise, soit en raison du rôle de chef de file assumé, soit à cause de mesures coercitives prises à l'encontre des autres. Comme toute circonstance aggravante, chacune d'entre elle constitue les prémisses d'une augmentation du niveau de la sanction.

619. Si ces deux circonstances peuvent parfois être regardées comme formant une unité, dans le sens où la règle est que le meneur va utiliser des mesures coercitives, celles-ci peuvent aussi être exercées par des entreprises membres de l'entente, autres que le chef de fil. C'est la raison pour laquelle les deux circonstances seront traitées d'une manière distincte, dans ce qui suit.

§ 1. Rôle de meneur – circonstance aggravante liée à la culpabilité

620. Le rôle de meneur, en tant que circonstance aggravante, est profondément lié à la culpabilité de l'entreprise, à l'intention de celle-ci. En tant que chef de file, une entreprise peut jouer le rôle de guichet unique de l'entente et disséminer l'information reçue ; dans le cas des ententes horizontales, le rôle de meneur est souvent associé à l'établissement et l'application des mesures de rétorsion, ainsi que la pression contre les membres qui n'appliquent pas les politiques établies en commun[935]. Ce faisant, son intention n'est pas seulement de suivre le comportement établi par l'accord, mais aussi de faire fonctionner les mécanismes de l'entente, ainsi que de s'assurer de son respect par les autres.

621. Si rien n'empêche la Commission d'attribuer le rôle de meneur à plusieurs entreprises dans le cadre de la même entente[936], en vue d'établir qu'une entreprise a eu un rôle de *leader*, la Commission n'a pas l'obligation d'établir qu'en absence de ce rôle joué par l'entreprise, la violation de l'interdiction de l'entente aurait été moins grave.

622. Cette conclusion a été tirée par la Cour de justice dans **l'affaire Nintendo**[937], ayant pour objet une violation de l'interdiction de l'entente par des sociétés spécialisées dans la production et la distribution de jeux vidéo, ainsi que de cartouches de jeux utilisées sur ces consoles.

Suite à une plainte d'une entreprise concurrente, la Commission a conclu que Nintendo a imposé des restrictions au commerce parallèle à l'intérieur du marché commun. L'affaire a été solutionnée par la Commission avec la coopération de Nintendo, mais la décision a retenu son

---

[935] KERSE, Christopher et Khan, Nicolas, *EC Antitrust Procedure*, 5ème édition, Sweet and Maxwell, 2005, p. 7-041.

[936] Van BAEL et BELLIS, *Competition Law of the European Commission*, Wolter's Kluwer Law et Business, 2010, p. 1107.

[937] TPI, 30 avril 2009, Nintendo Co., Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑13/03, publiée au Journal officiel de 2009, page II-00975.

rôle de meneur comme circonstance aggravante. Selon la Commission, ce rôle de meneur consistait dans le contrôle du commerce parallèle, la mise en œuvre de l'entente, ainsi que le respect de l'infraction par les membres de l'entente.

Devant la Cour de justice, Nintendo a prétendu que la Commission a commis une erreur manifeste en établissant que le rôle joué par elle dans le cadre de l'entente constitue une circonstance aggravante, en tant que meneur. En effet, précise la requérante :

« *pour que le rôle joué par une entreprise constitue une circonstance aggravante, il est nécessaire qu'il rende l'infraction, ou la participation de l'entreprise à cette infraction, plus grave qu'elle ne l'aurait été sans son intervention en qualité de meneur* »[938].

Or, continue Nintendo, aucune des mesures prises par elle n'aggrave l'infraction en soi – s'il est déjà prouvé que Nintendo a été influencée par ses distributeurs indépendants, il n'est pas possible qu'il s'agisse d'un cas extrême d'organisation et de mise en œuvre d'une infraction, comme le prétend la Commission.

A cette argumentation, le Tribunal lui rétorque que :

« *Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il n'est pas exigé, pour qualifier une entreprise de « meneur » et pour majorer le montant de l'amende qui lui a été infligée, de prouver qu'en l'absence du rôle joué par ladite entreprise l'infraction commise aurait été moins grave. En effet, un tel argument procède d'une confusion entre l'appréciation de la gravité de l'infraction dans l'absolu et l'examen de la gravité relative de la participation de chacune des entreprises concernées au titre de l'examen des circonstances aggravantes et atténuantes* »[939].

De plus, n'est pas important, en vue d'établir l'existence de cette circonstance aggravante, le fait que l'entente en cause soit conclue dans une relation horizontale ou bien verticale. Les deux situations peuvent, d'une manière similaire, laisser lieu à la rétention d'une telle circonstance aggravante. Dans ce sens, dans la même décision, le Tribunal précise :

« *De même, les requérantes ne sauraient davantage prétendre qu'un tel rôle de meneur ou d'instigateur de l'infraction ne peut être constaté que dans le cadre d'ententes horizontales et non dans le cadre d'ententes verticales telles que celle visée en l'espèce. En effet, le fait que, s'agissant de telles restrictions, ce rôle se confond généralement avec celui du fabricant n'exclut pas que peut être prise en compte, aux fins du calcul du montant de l'amende, une telle*

[938] TPI, 30 avril 2009, Nintendo Co., Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑13/03, publiée au Journal officiel de 2009, page II-00975, p. 120.
[939] TPI, 30 avril 2009, Nintendo Co., Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑13/03, publiée au Journal officiel de 2009, page II-00975, p. 130.

circonstance aggravante »[940].

623. Il n'est pas nécessaire, pour la Commission, de prouver le fait que l'entreprise a exercé des pressions sur les autres, ni qu'elle ait dicté le comportement des autres membres – il suffit, en effet, que l'entreprise ait été une force motrice significative de l'entente, ce qui peut être inféré du fait qu'elle s'est assumée la responsabilité de développer et de suggérer les activités de celle-ci. Ce comportement, en soi, est la preuve d'une intention dont le degré de faute est plus élevé par rapport aux autres membres de l'entente.

624. C'est la conclusion de **l'affaire BASF**[941], relative à une procédure d'application de **l'article 81 CE** à des entreprises participantes à une série d'ententes distinctes sur douze marchés distincts des vitamines. En effet, en vue d'avoir exercé le rôle de meneur, il n'est pas nécessaire que la Commission prouve l'exercice des pressions sur les autres – il suffit que l'entreprise ait été la force motrice de l'entente.

Les pratiques reprochées aux entreprises sont la fixation des prix des différents produits, l'attribution des quotas de vente, la décision d'augmenter les prix en commun, la publication des annonces de prix concordants, la vente des produits aux prix convenus, la mise en place d'un système de surveillance et de contrôle du respect des accords, ainsi que la participation à des réunions régulières, en vue d'exécuter leurs plans.

Dans ce contexte, BASF prétend ne pas avoir joué le rôle de chef de file de l'entente, en raison de ne pas avoir exercé de pressions, ni d'avoir dicté le comportement des autres membres de l'entente. Le Tribunal lui rétorque que :

« *Il y a lieu d'observer que, contrairement à ce que prétend la requérante, le fait pour une entreprise d'exercer des pressions, voire de dicter le comportement des autres membres de l'entente, n'est pas une condition nécessaire pour que cette entreprise puisse être qualifiée de meneur de l'entente. Il suffit, en effet, que l'entreprise ait représenté une force motrice significative pour l'entente, ce qui peut être inféré notamment du fait qu'elle s'est chargée d'élaborer et de suggérer la conduite à tenir par les membres de l'entente, alors même qu'elle n'était pas nécessairement en mesure de la leur imposer* »[942].

625. Néanmoins, du point de vue procédural, il est nécessaire que dans sa Communication des griefs, la Commission indique le rôle de meneur qu'elle envisage de retenir contre l'entreprise en cause, en vue de lui donner la possibilité d'exercer son droit de défense. Au cas contraire, le niveau de l'amende sera réduit par les juridictions.

---

[940] TPI, 30 avril 2009, Nintendo Co., Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑13/03, publiée au Journal officiel de 2009, page II-00975, p. 131.
[941] TPICE, 15 mars 2006, BASF AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-15/02, publiée au Journal officiel de 2006, page II-00497.
[942] TPICE, 15 mars 2006, BASF AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-15/02, publiée au Journal officiel de 2006, page II-00497, p. 374.

626. C'était le cas de **l'affaire Hoechst**[943], dans laquelle la Commission a sanctionné une violation de **l'article 81 du traité CE**, par la conclusion d'une entente sur le marché des sorbates - des conservateurs chimiques utilisées dans les produits alimentaires en vue de retarder ou d'empêcher le développement de micro-organismes.

Les faits reprochés aux entreprises sont la fixation des objectifs de prix et l'allocation des quotas de volume, la définition d'un système d'information et de contrôle, ainsi que le fait de s'être entendues pour ne pas fournir de technologie aux candidats à l'entrée sur le marché.

Dans ce contexte, la Commission a retenu le rôle de meneur de Hoechst sans indiquer cela d'une manière expresse dans la Communication des griefs. Ce moyen a été soulevé devant le Tribunal, qui conclut que :

« *En l'espèce, premièrement, il convient de relever que, même si tous les éléments de fait qui ont été retenus par la Commission dans la Décision pour fonder le grief de meneur étaient déjà présents dans la communication des griefs, ces éléments étaient repris à divers points de cette communication des griefs, sans qu'aucun lien n'ait été établi entre eux, ni que la Commission leur ait donné une quelconque qualification. Ce n'est qu'au stade de la Décision que ces éléments ont été réunis en une partie unique et que le grief de meneur, à l'encontre de Hoechst, est clairement apparu* »[944].

Plus précisément, si dans sa Communication des griefs, la Commission emploie une fois le terme de meneur, la phrase, telle qu'elle a été formulée, soulève des doutes quant à ce rôle – il est, en effet, possible de comprendre que ce rôle de chef de file se réfère seulement aux réunions communes et non pas à l'entente, dans son intégralité.

De plus, précise le Tribunal, le simple fait d'être le premier à annoncer les prix ne conduit pas à la conclusion du rôle de meneur de l'entreprise en cause, lorsque le prix a été fixé au préalable par tous les membres, qui ont désigné un d'entre eux en vue de faire cette annonce :

« *une telle désignation révélant que le fait d'annoncer le prix ou l'augmentation en premier n'est qu'un acte de stricte observation d'un schéma prédéfini par volonté commune et non une initiative spontanée donnant une impulsion à l'entente* » [945].

La conclusion de Tribunal a été le caractère insuffisamment précis quant à la portée et la qualification des éléments précisés par la Commission dans la Communication des griefs, comme justifiant le rôle de meneur joué par Hoechst – cela a fait en sorte que Hoechst n'a pas été en mesure d'adopter une défense utile sur le point de savoir s'il a été ou non le chef de file de l'entente. Dans ce contexte, le Tribunal précise que :

---

[943] TPI, 18 juin 2008, Hoechst GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑410/03, publiée au Journal officiel de 2008, page II-00881.
[944] TPI, 18 juin 2008, Hoechst GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑410/03, publiée au Journal officiel de 2008, page II-00881, p. 424.
[945] TPI, 18 juin 2008, Hoechst GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑410/03, publiée au Journal officiel de 2008, page II-00881, p. 426.

« *Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, il convient de considérer que, même si les faits reprochés à Hoechst étaient abordés dans la communication des griefs, la Commission ne leur a pas donné une qualification suffisamment précise pour permettre à la requérante de se défendre utilement* »[946].

Pour cette raison, l'amende de Hoechst a été diminuée, comme effet de l'élimination de la circonstance aggravante de son rôle de meneur.

627. En vue de prouver le rôle de chef de fil d'une entreprise, il est requis de la Commission de prouver qu'elle a entrepris des activités associées avec le rôle de meneur, comme le fait d'être le président des réunions ou bien la centralisation et la dissémination des informations transmises par les membres de l'entente.

628. Ce standard a été pris en compte lors du recours de l'entreprise dans **l'affaire Bolloré**[947], ayant pour objet une décision de sanction de la Commission sur le marché du papier autocollant. L'infraction reprochée consistait dans un accord conclu en vue d'augmenter le prix du papier, d'une manière concertée et en suivant un certain calendrier.

Dans ce but, les membres de l'entente organisaient des réunions nationales et régionales, portant sur les augmentations des prix du papier autocollant, pendant un échange d'informations a eu lieu, portant sur les prix et le volume des ventes, en vue d'assurer le respect des quotas attribuées, d'une manière conventionnelle, à chaque membre.

Pour retenir le rôle de meneur de l'entreprise Arjo Wiggins Appleton (**AWA**), la Commission a argué qu'un grand nombre de réunions ont été convoquées et animées par AWA, qui a proposé les hausses de prix et a exigé que les autres les respectent. En effet, si a réservation des salles et la convocation des réunions ont été parfois effectuées par d'autres membres de l'entente :

« *aucune ne réunit en elle autant d'éléments concourant à établir un rôle de leader qu'AWA. À cet égard, par exemple, s'il est vrai que Koehler a également présidé l'AEMCP à partir de janvier 1995, le rôle de M. F. (Koehler) ne saurait être comparé à celui de M. B. (AWA) qui a modifié le fonctionnement de l'entente* »[948].

À partir de ces indices concordants, le Tribunal conclut que la Commission n'a commis aucune erreur dans l'appréciation du rôle du meneur d'AWA, dont le recours devant le Tribunal a été

[946] TPI, 18 juin 2008, Hoechst GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑410/03, publiée au Journal officiel de 2008, page II-00881, p. 433.
[947] TPI, 26 avril 2007, Bolloré SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, recueil de jurisprudence 2007, page II-00947.
[948] TPI, 26 avril 2007, Bolloré SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, recueil de jurisprudence 2007 page II-00947, p. 568.

rejeté[949].

629. Par ailleurs, des activités d'une importance réduite ne seront pas prises en compte pour conclure au rôle du meneur d'une entreprise – c'est le cas, par exemple, de la simple préservation, pour une courte période, des notes comprenant des détails d'un comportement anticoncurrentiel, qui ne va pas suffire en vue de prouver le rôle de chef de fil.

630. Une telle situation a été déduite au Tribunal dans **l'affaire Deltafina**[950], la décision de la Commission étant prononcée en vue de sanctionner une entente horizontale ayant pour objet la collusion sur les prix à payer aux producteurs du tabac et aux intermédiaires, ainsi que la répartition des fournisseurs.

L'entreprise Deltafina a contesté le fait pour la Commission de retenir à son encontre un rôle de meneur dans l'entente sanctionnée – en effet, soutient-elle, elle n'aurait eu qu'un comportement passif, externe et limité à une présence ou, tout au plus, de favorisante et non pas de chef de fil.

Dans ce contexte et analysant les pièces du dossier, la Tribunal conclut que :

« *Aucun élément du dossier ne permet non plus d'établir que Deltafina a assumé la charge d'activités habituellement liées à l'exercice du rôle de meneur d'une entente, comme la présidence de réunions ou la centralisation et la distribution de certaines données. Si Deltafina a certes conservé pendant une courte période une note reprenant le détail de certains accords illicites, il ne s'agit là que d'un cas isolé. De même, si les éléments du dossier démontrent que Deltafina a fait office de médiateur dans le cas de différends entre les transformateurs, ses interventions à ce titre apparaissent peu nombreuses et limitées aux deux premières années de l'entente des transformateurs. En outre, elles n'étaient assorties d'aucune menace concrète ou mesure disciplinaire* »[951].

631. Par contre, rien n'empêche qu'une partie à l'entente organise des réunions et une autre de jouer un rôle significatif, ce qui aura comme conséquence le fait que les deux seront traités et sanctionnées comme des meneurs.

632. Cette conclusion a été adoptée lors de **l'affaire Archer Daniels**[952] (**ADM**), qui a eu pour objet de sanctionner des entreprises actives sur le marché européen de la lysine, pour avoir échangé des informations sur leurs volumes de vente.

---

[949] TPI, 26 avril 2007, Bolloré SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, recueil de jurisprudence 2007, page II-00947.

[950] TPI, 9 septembre 2011, Deltafina contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2011, page II-05639.

[951] TPI, 9 septembre 2011, Deltafina contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2011, page II-05639, p. 335.

[952] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597.

Dans ce contexte, l'entreprise Archer Daniels a indiqué l'existence des contradictions dans les propres conclusions de la Commission, dans le sens où elle avait retenu que HLR est celle qui a organisé les réunions, mais le rôle de meneur, comme circonstance aggravante, est retenu à l'encontre d'ADM. Le Tribunal lui rétorque que :

« *rien ne s'oppose à ce que, comme en l'espèce, une partie dirige et organise une réunion et une autre partie y joue un rôle actif de premier plan, comme cela transparaît du considérant 265 de la Décision, et à ce que les deux parties soient considérées comme meneurs de l'entente en raison de leur rôle respectif* »[953].

Dans cette situation, les deux entreprises seront traitées et sanctionnées en tant que meneurs. En effet, sans commettre une erreur de droit, la Commission a pu établir le rôle de meneur tant de l'entreprise HLR, que d'ADM, premièrement à partir des réunions organisées par ADM, deuxièmement, par le rapport de FBI et troisièmement, par la déclaration de l'entreprise Cerestar – c'est la conclusion du Tribunal, à partir du fait que les trois indices invoqués par la Commission convergent vers la même direction.

633. Néanmoins, dans la mesure où la Commission conclut que le rôle de meneur a revenu a plusieurs entreprises, elle va être tenue de refléter dans le niveau des amendes infligées à chaque entreprise la période pendant laquelle elle a accompli ce rôle.

634. C'est une conclusion de **l'affaire Areva**[954], portant sur une entente conclue sur le marché des appareillages de commutation à isolation gazeuse, qui servent à contrôler le flux d'énergie dans un réseau électrique.

Conformément à la décision de la Commission, l'entente a consisté dans la coordination de l'attribution des projets des appareils, en vue de maintenir les parts de marché historiques des parties – dans ce sens, les parties ont conclu un accord qui établissait les règles d'attribution des projets, ainsi que des règles concernant l'échange des informations. À travers son secrétariat, l'entente a eu aussi pour objet la manipulation des appels d'offres, ainsi que la fixation de prix à des projets qui ne pouvaient pas être attribués.

Bien que les sociétés du groupe Areva ont reconnu avoir joué une fonction instrumentale qui a facilité le fonctionnement de l'entente – celle de secrétaire de l'entente, dans le sens où elles ont facilité l'échange d'informations, par la centralisation et la compilation des informations, elles n'ont pas été d'accord à la rétention, à leur encontre, de la qualité de meneur. Dans ce sens, elles ont fait valoir qu'ils n'ont pas ni convoqué, ni présidé les réunions, qu'elles n'ont pas transmis aux membres les informations échangées et que la charge matérielle des réunions était, en même temps, répartie entre les membres.

---

[953] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597, p. 276.

[954] TPI, 3 mars 2011, Areva et autres contre Commission européenne, affaire T-117/07, recueil de jurisprudence 2011, page II-00633.

La Commission a retenu le rôle de meneur tant de la société Alstom, que de la société Areva, en majorant de 50 % le montant de l'amende infligé à chaque entreprise. Dans ce contexte, Areva prétend ne pas avoir bénéficié d'une individualisation du montant de l'amende, du moment où le degré de majoration a été identique pour les deux sociétés.

Ainsi, la Tribunal précise que la Commission à l'obligation de moduler le montant de peine en fonction des circonstances aggravantes et atténuantes de chaque entreprise, sens dans lequel l'individualité des amendes exige une distinction entre la situation de chaque société. Dans ce sens, il statue que :

« *Lorsque la responsabilité de certaines sociétés est engagée en raison de la participation de plusieurs entreprises à une infraction à l'article 81 CE* [...], *il y a lieu pour la Commission, lorsqu'elle détermine le montant de base des amendes à infliger à chacune de ces sociétés [...], d'examiner la gravité relative de la participation à l'infraction de l'entreprise qu'elle dirigeait (...), sous la direction de l'une ou de l'autre des sociétés en cause. Cette conclusion constitue la conséquence logique du principe d'individualité des peines et des sanctions* »[955].

635. Si parfois c'est l'entreprise qui joue le rôle de meneur qui adopte et applique les mesures correctives, ce n'est pas toujours le cas – en effet, il est parfaitement envisageable que ces mesures soient appliquées par une autre entreprise que le chef de fil et c'est la raison du traitement distinct des deux circonstances – dans ce cas, l'amende sera majorée, pour refléter son intention particulière dans le cadre de l'entente.

§ 2. L'adoption des mesures coercitives – circonstance aggravante liée à la culpabilité

636. La Commission regarde les mesures coercitives, ainsi que les menaces de telles mesures, comme une circonstance ayant pour conséquence l'augmentation substantielle du niveau de l'amende – cette aggravation de l'intention, conduit, par conséquent, à l'application d'une amende plus épaisse.

637. L'affaire Volkswagen[956] est un exemple pour la situation de l'augmentation du niveau de l'amende en raison de la prolifération des menaces de terminaison des contrats - la décision a été annulée devant le TPI, mais pour d'autres moyens[957]. En fait, le litige est intervenu dans le contexte où les voitures de Volkswagen AG étaient distribuées par des concessionnaires, dans le cadre d'un système de distribution sélectif et exclusif, sur la base des contrats de concession.

[955] TPI, 3 mars 2011, Areva et autres contre Commission européenne, affaire T-117/07, recueil de jurisprudence 2011, page II-00633, p. 278.
[956] Commission européenne 29 juin 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/F-2/36.693, Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 262/ 02 novembre 2001, page 0014 – 0037.
[957] TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141.

Par ces contrats, Volkswagen a octroyé à chaque concessionnaire un territoire contractuel pour le service de livraison et le service après-vente. À son tour, le concessionnaire a pris l'engagement de promouvoir la vente et le service après-vente sur son territoire, qu'il allait exploiter de façon optimale. Il était interdit aux concessionnaires de faire intervenir un intermédiaire et d'entretenir des succursales ou des dépôts en dehors de son territoire, de faire de la publicité personnalisée en dehors de son territoire, ainsi que de fournir des véhicules neufs à des revendeurs indépendants.

En 1997, le directeur des ventes de Volkswagen Allemagne a envoyé une lettre aux concessionnaires, ainsi qu'aux réparateurs Volkswagen, par lequel il les a invités à ne pas vendre le VW Passat Varian au-dessous du prix conseillé et de s'en tenir à une discipline tarifaire rigoureuse.

Suite à une plainte reçue par la Commission portant sur la pratique de l'entreprise Volkswagen, celle-ci a adressé à Volkswagen une Communication des griefs, en lui reprochant d'avoir enfreint **l'article 81 CE, l'actuel article 101 du TFUE**, dans le sens d'avoir convenu avec ses concessionnaires une discipline tarifaire rigoureuse pour VW Passat Varian.

La décision adressée ultérieurement à l'entreprise justifie le niveau de l'amende en vertu du fait que l'invitation faite par Volkswagen, faite personnellement par le directeur des ventes a été enjointe par une invitation à lui transmettre des annonces sur les partenaires commerciaux qui ne respectent pas la discipline tarifaire; de plus, l'inapplication de la recommandation de Volkswagen a entraîné, dans le pratique, des mises en demeure et des menaces de mesures juridiques, jusqu'à la résiliation du contrat de concession:

« *Il faut considérer comme une circonstance aggravante le fait que deux des trois circulaires* […] *et une partie des mises en demeure adressées aux concessionnaires* […] *ont non seulement provoqué une restriction de la liberté des concessionnaires de déterminer leurs prix, mais aussi que des mises en demeure et des menaces de mesures juridiques, de réactions "énergiques", voire de résiliation du contrat ont été adressées aux concessionnaires, au cas où ceux-ci n'observeraient pas une meilleure discipline tarifaire. Il faut en outre tenir compte du fait que le directeur des ventes en Allemagne avait déjà "personnellement" invité les concessionnaires et réparateurs Volkswagen, dans la première circulaire du 26 septembre 1996, à lui "transmettre toutes les annonces de partenaires Volkswagen qui ne respectent pas la discipline tarifaire"* […]. *Volkswagen AG ne s'est donc pas contentée d'appliquer et de surveiller elle-même la "discipline tarifaire" chez ses cocontractants. Elle a aussi fait intervenir tous les cocontractants allemands - en quelque sorte comme "postes d'écoute" - et les a invités à dénoncer leurs collègues et concurrents "sans discipline tarifaire". Après cette invitation, chaque distributeur Volkswagen allemand devait s'attendre à ce que sa publicité fût surveillée, même par ses concurrents directs. Cette invitation a accru la pression exercée sur les distributeurs Volkswagen allemands pour qu'ils fassent preuve de la discipline tarifaire*

souhaitée »[958].

En effet, la prolifération des menaces, ainsi que les sanctions contractuelles adoptées en vue d'assurer le respect de la discipline financière imposée par Volkswagen sont les manifestations d'une intention anticoncurrentielle accrue, qui, ajoutée à la position privilégiée de l'entreprise, lui a permis d'imposer sa propre vision sur le marché, ce qui a conduit à une augmentation de 20 % du niveau de l'amende infligée.

638. Un autre exemple dans ce sens est **l'affaire JCB**[959], qui porte sur les accords et pratiques concertées dans le domaine d'engins de chantier et de terrassement – gamme des machines utilisée dans les phases préliminaires des chantiers de construction, ainsi que de pièces détachées fabriqués et vendus par JCB. Ces produits étaient commercialisés par JCB à travers des contrats de concession, qui comprenaient plusieurs restrictions de concurrence, soit :

- la limitation des ventes pouvant être réalisées en dehors des territoires attribués;
- des restrictions pour l'achat d'engins entre distributeurs agréés de différents États membres;
- un système de bonus et de commissions au détriment des ventes réalisées en dehors du territoire concédé;
- la fixation commune occasionnelle de prix de revente et de ristournes dans différents territoires.

Outre ces restrictions – notifiés à la Commission, JCB a appliqué contre Gunn JCB une sanction contractuelle en raison de ne pas avoir respecté l'obligation de ne pas vendre en dehors de son territoire, qualifiée par la Commission comme des représailles. Ainsi, en vue de s'assurer du respect des dispositions contractuelles en haut mentionnées :

« *JCB a exercé des représailles à l'encontre de Gunn JCB, un concessionnaire qui a participé à l'infraction mais ne s'est pas conformé au contrat, en lui infligeant des sanctions d'un montant de 288271 livres sterling* […]. *Or JCB avait notifié que les contrats ne prévoyaient aucune sanction de ce type* […]. *Toutefois, la Commission ne dispose d'aucune preuve attestant que JCB aurait exercé des représailles similaires dans d'autres cas* »[960].

Pour ce fait, la Commission a considéré cela comme une circonstance aggravante, au sens de la Communication, le montant de base de l'amende étant majoré de 864 000 euros[961].

---

[958] Commission européenne 29 juin 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/F-2/36.693, Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 262/02 octobre 2001, page 0014 – 0037, p. 121.
[959] Commission européenne, 21 décembre 2000, Décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP.F.1/35.918, JCB, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 - 0049.
[960] Commission européenne, 21 décembre 2000, Décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP.F.1/35.918, JCB, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 - 0049, p. 255.
[961] Commission européenne, 21 décembre 2000, Décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP.F.1/35.918, JCB, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 - 0049, p. 256.

Le Tribunal a annulé la décision de la Commission sur le point de la rétention de cette circonstance aggravante[962] – en effet, il a retenu que la sanction infligée par JCB à son partenaire commercial était prévue dans le contrat notifié à la Commission. Cela étant, le Tribunal décide que la Commission ne pourrait pas légalement retenir pour circonstance aggravante l'application d'une clause comprise dans un contrat notifié :

« *Il ressort des écrits de la Commission que celle-ci a qualifié de « mesures de représailles » par JCB le paiement demandé à la société mère de Gunn de 288 721 GBP correspondant à des pertes de bénéfice sur les ventes de pièces détachées ayant résulté, pour JCB, des ventes hors territoire alloué. Or, ces ventes avaient été réalisées par ce distributeur en méconnaissance des engagements contractuels qui le liaient à JCB, très précisément de la clause 4 de l'accord des distributeurs du Royaume-Uni tel qu'amendé en 1975. JCB a sanctionné la violation d'une stipulation contractuelle, dont la portée restrictive de la concurrence a été analysée lors de l'examen du premier élément de l'infraction au Royaume-Uni aux points 86 à 89 ci-dessus. Mais, qu'une clause soit légale ou illégale, dès lors qu'elle figure dans un accord notifié, elle doit bénéficier de l'immunité d'amende résultant de l'article 15, paragraphe 5, du règlement n° 17* »[963].

La Cour de justice a décidé, néanmoins, de renverser le jugement du Tribunal, sur le point de l'application de cette circonstance aggravante[964] - la Cour rappelle qu'au moment de la notification de l'accord, l'entreprise JCB a donné la réponse non dans la rubrique dédiée aux sanctions du non-respect de l'accord, ce qui conduit à la conclusion que JCB a, en effet, notifié son intention de ne pas prévoir des sanctions dans le contrat.

« *Dès lors, la réponse « non » dans la rubrique susmentionnée du formulaire A/B implique que les sanctions imposées au distributeur établi au Royaume-Uni sortaient des limites de l'activité décrite dans la notification et, partant, contrairement à ce qui a été indiqué au point 191 de l'arrêt attaqué, les sanctions en question ne peuvent pas bénéficier de l'immunité d'amende résultant de l'article 15, paragraphe 5, du règlement n° 17* »[965].

Par conséquent, la Cour de justice a annulé l'arrêt du Tribunal, d'une sorte que la décision de sanction de la Commission a été confirmée. Il en découle qu'un « *non* » coché dans un questionnaire aura coûté plus de 8 millions d'euros à JCB.

639. Une autre sanction aggravée en raison des représailles a été appliquée par la Commission

[962] TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-00049.
[963] TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-00049. p. 191.
[964] CJCE, 21 septembre 2006, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire C-167/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-08935.
[965] CJCE, 21 septembre 2006, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire C-167/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-08935, p. 241.

dans **l'affaire Interbrew**[966], ayant pour objet la sanction des brasseurs belges pour la conclusion des ententes complexes sur le marché de la bière. Les faits reprochés aux entreprises comprenant, parmi autres, la conclusion d'un pacte général de non-agression, des accords sur les prix et les actions de promotion dans le commerce de détail, le partage de la clientèle, la limitation des investissements et de la publicité, ainsi que l'échange des informations concernant les ventes.

Dans ce contexte, la Commission retient que :

« *Danone a en outre menacé de détruire Interbrew sur le marché français si celle-ci ne transférait pas 500000 hectolitres de bières à Alken-Maes. Cela a conduit à une extension de la coopération entre Interbrew et Alken-Maes* […]. *Il convient dès lors de conclure, en ce qui concerne le rôle de Danone, que celle-ci a forcé Interbrew à étendre leur coopération en la menaçant de représailles au cas où elle refuserait* »[967].

En raison de l'application de mesures de rétorsion, ainsi que de la récidive, la Commission décide d'augmenter le niveau du montant de base de l'amende de 50 % pour l'entreprise Danone.

Dans le recours devant le Tribunal[968], une réduction de l'amende est octroyée à la même entreprise, en raison du fait que la participation de l'entreprise Interbrew à l'entente n'a pas été le résultat des représailles de Danone : la Tribunal a conclu que « *l'attitude d'Interbrew ne correspond pas à celle d'une entreprise obligée d'accepter, sous l'effet d'une contrainte, l'extension de l'accord restrictif* »[969]. De ce point de vue, conclut le Tribunal, Interbrew a eu le choix entre élargir ou non la portée de l'entente :

« *Il apparaît donc, d'une part, qu'Interbrew n'a accordé qu'une attention modérée à la menace proférée et, de l'autre part, que le comportement d'Interbrew constitue le résultat de sa volonté de ne pas rentrer en conflit avec la requérante, ce qui suggère que l'extension de l'entente a pu être non pas le résultat d'une contrainte, mais plutôt la conséquence d'un choix opéré par Interbrew. En outre, la Commission indique au considérant 235 de la décision attaquée qu'aucune suite n'a été donnée à l'exigence du transfert de 500 000 hectolitres au profit d'Alken-Maes, même si elle tempère immédiatement cette constatation en affirmant qu'Interbrew s'est toutefois montrée disposée, à partir de ce moment, à élargir la portée des accords avec Alken-Maes et à ne plus se limiter à un échange d'informations et à des accords*

[966] Commission européenne, 5 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire IV/37.614/F3, PO/Interbrew et Alken-Maes, publiée au Journal officiel n° L 200 du 07 août 2003 page 0001 - 0058.
[967] Commission européenne, 5 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire IV/37.614/F3, PO/Interbrew et Alken-Maes, publiée au Journal officiel n° L 200 du 07 août 2003 page 0001 - 0058, p. 315.
[968] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407.
[969] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005 page II-04407, p. 302.

concernant les prix applicables au commerce de détail »[970].

Dans ce contexte, le Tribunal décide une majoration du niveau de l'amende de 40% pour l'entreprise Interbrew, au titre des circonstances aggravantes.

640. D'autres facteurs, comme l'utilisation de la violence physique, ainsi que les menaces de violence physique, ont été considérées comme ayant une valeur aggravante.

641. Dans ce sens, la **décision Viandes bovines françaises - French Beef**[971], prend en compte la violence physique exercée par les agriculteurs, membres des fédérations agricoles, en vue de contraindre l'adoption d'un accord anticoncurrentiel. En effet, la décision a pour objet une pratique anticoncurrentielle des fédérations des agriculteurs sur le secteur bovin français, d'avoir conclu une entente en vue de suspendre les importations en France de viande bovine et de fixer un prix minimal pour certaines catégories de bêtes, contexte dans lequel la Commission établit les circonstances aggravantes comme il suit :

« *Au titre des circonstances aggravantes, il y a lieu de tenir compte du fait que les agriculteurs, membres des fédérations agricoles en cause, ont fait usage de la violence pour contraindre les fédérations d'abatteurs d'adopter l'accord du 24 octobre 2001. C'est également par des moyens de contrainte physique qu'ils ont mis en place des instruments de vérification de l'application de l'accord, tels que des opérations illégales de "contrôle" de l'origine des viandes* […]. *Il y a lieu, à raison de cette circonstance aggravante, d'augmenter le montant des amendes infligées à chacune des trois fédérations agricoles en cause de 30%* »[972].

La décision de la Commission a été confirmée en appel devant le Tribunal[973] et ensuite en recours, devant la Cour de justice[974] sur le point des circonstances aggravantes.

642. Si le montant de l'amende peut être augmenté en raison d'une intention aggravée, par le recours à des circonstances aggravantes liées à la culpabilité, des éléments de fait qui dénotent une intention réduite sont susceptibles de conduire à une réduction du niveau de l'amende, par l'application des circonstances atténuantes.

---

[970] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, p. II-04407, p. 304.
[971] Commission européenne, 2 avril 2003, Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19 août 2003, p. 0012 - 0041.
[972] Commission européenne, 2 avril 2003, Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19 août 2003, p. 0012 - 0041, p. 173.
[973] TPICE, 13 décembre 2006, Coop de France bétail et viande et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-217/03 et T-245/03, recueil de jurisprudence 2006, page II-04987, p. 289.
[974] CJUE, 18 décembre 2008, Coop de France bétail et viande et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-101/07 P et C-110/07 P, recueil de jurisprudence 2008, page I-10193, p. 69.

SECTION 2 – CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES : FACTEURS LIÉS À LA RÉDUCTION DU NIVEAU DE L'AMENDE EN RAISON D'UNE INTENTION ILLICITE DIMINUÉE

643. Certains facteurs qui peuvent représenter une circonstance atténuante sont liés à la culpabilité de l'entreprise, ce qui conduit à la conclusion de la diminution du niveau de l'amende, en raison de son intention fautive diminuée.

644. Ces circonstances ont pour objet la commission de l'infraction par négligence, et non d'une manière intentionnelle, une implication significativement réduite de l'entreprise (à l'exclusion de la simple tricherie par le non implémentation de l'accord), la pression des autres, ainsi que l'encouragement par une autorité publique. Chacune de ces circonstances sera détaillées en ce qui suit, en vue de clarifier l'image sur le rôle de l'absence de l'intention, comme circonstance modératrice du montant de l'amende.

§ 1. La commission de l'infraction par négligence, et non d'une manière intentionnelle

645. La *Communication* prévoit qu'une amende peut être réduite dans la situation où l'entreprise apporte la preuve du fait que l'infraction a été commise par négligence et non d'une manière intentionnelle.

646. Néanmoins, la jurisprudence montre que la négligence n'est pas toujours un facteur aboutissant à la réduction de l'amende, sens dans lequel, à l'occasion de **l'ordonnance SPO**[975], la Cour de justice précise :

« *Au surplus, il convient d'observer que, comme le souligne la Commission, les infractions commises par négligence ne sont pas, du point de vue de la concurrence, moins graves que les infractions commises de manière délibérée* »[976].

647. Une des manifestations de la négligence est la commission de l'infraction en dépit de la mise en place antérieure d'un programme clémence, qui a été déjà mis en oeuvre par l'entreprise.

648. Dans ce sens, l'existence d'un programme de clémence en cause peut constituer une circonstance atténuante, mais seulement dans l'hypothèse où il a été implémenté par l'entreprise, comme c'était le cas dans **l'affaire Parker Pen**[977], portant sur une clause

[975] CJCE, 25 mars 1996, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaire C-137/95 P, publiée au Journal officiel de 1996, sous le numéro I-01611.
[976] CJCE, 25 mars 1996, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaire C-137/95 P, publiée au Journal officiel de 1996, sous le numéro I-01611, p. 55.
[977] TPICE, 14 juillet 1994, Parker Pen Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-77/92, recueil de jurisprudence 1994, page II-00549.

d'interdiction d'exportation imposée par Parker à Herliz AG, par l'intermède d'un contrat de distribution. Dans le recours contre la décision de sanction prononcée par la Commission, le Tribunal dit pour droit que :

« *En l'espèce, le Tribunal considère que la Commission a pris en compte, au point 24 de sa décision, des circonstances atténuantes militant en faveur de la requérante, notamment le fait, d'une part, qu'elle a coopéré dès le début de la procédure administrative et, d' autre part, qu'elle a mis en œuvre un programme d'alignement visant à assurer le respect par ses distributeurs et ses filiales des règles de concurrence* »[978].

Néanmoins, l'existence d'un tel programme de clémence peut rester sans conséquence ou bien représenter une forme aggravée dans le cas où il s'avère inefficient ou bien s'il est violé au niveau de la direction de l'entreprise[979]. Dans ce sens, le Tribunal retient que :

« *Force est donc de constater que le programme d'alignement invoqué s'est révélé inefficace et que, dans ces conditions, la Commission ne devait pas le prendre en considération en tant que circonstance atténuante* »[980].

649. Outre la commission de l'infraction par négligence, l'amende peut être réduite en raison d'une implication substantiellement limitée, par l'absence de l'implémentation de l'accord. Cette circonstance est liée à la culpabilité, du moment où le comportement adopté sur le marché par l'entreprise a été concurrentiel, en dépit de la participation à l'entente.

§ 2. Une implication substantiellement limitée - l'absence de l'implémentation de l'accord

650. La *Communication* prévoit, en tant que circonstance atténuante, le fait que l'entreprise a eu une implication substantiellement limitée, au sens où elle a, en effet, adopté un comportement concurrentiel sur le marché.

651. Par contre, en vue de s'assurer de la réduction de l'amende, en dépit d'être partie à un accord, il faut que l'entreprise ait effectivement adopté un comportement concurrentiel sur le marché, ce que pourrait impliquer montrer que ses prix sont différents d'une manière significative par rapport à ceux d'autres parties[981].

652. Cette nouvelle condition par rapport à l'ancienne communication sur le niveau des amendes est, en effet, la règlementation d'une exigence déjà imposée par la jurisprudence.

---

[978] TPICE, 14 juillet 1994, Parker Pen Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-77/92, recueil de jurisprudence 1994, page II-00549, p. 93.
[979] TPICE, 14 mai 1998, SCA Holding Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-327/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-01373.
[980] TPICE, 14 mai 1998, SCA Holding Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-327/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-01373, p. 118.
[981] BELLAMY AND CHILD, *European Union Law of Competition*, Seventh Edition edited by ROSE Vivien and BAYLEY David, Oxford University Press, may 2014, p. 1121.

653. Si la preuve de l'implication substantiellement limitée revient à l'entreprise qui l'invoque[982], certains éléments ont été jugés par la Cour de justice comme révélateurs du rôle passif, parmi lesquels :

« *le caractère sensiblement plus sporadique de ses participations aux réunions par rapport aux membres ordinaires de l'entente, de même que son entrée tardive sur le marché ayant fait l'objet de l'infraction, indépendamment de la durée de sa participation à celle-ci, ou encore l'existence de déclarations expresses en ce sens émanant de représentants d'entreprises tierces ayant participé à l'infraction* »[983].

654. Dans ce sens, l'arrêt de la Cour de justice, prononcé par le Tribunal dans **l'affaire Ciment**[984] prend en considération la critique apportée à la décision de la Commission sur le point de savoir dans quelle mesure cette circonstance atténuante pourrait ou non être retenue.

À titre liminaire, précisons que 42 entreprises et associations d'entreprises ont été sanctionnées par la Commission pour avoir enfreint **l'article 85, paragraphe (1) du traité CEE**, l'actuel **article 101 du TFUE**, en vue d'avoir plusieurs comportements anticoncurrentiels, soit :

- la conclusion d'un accord de partage des marchés, portant sur le respect des marchés domestiques, ainsi que sur la réglementation des transferts de ciment d'un État à l'autre ;
- la conclusion d'ententes entre une association et ses membres, ayant pour objet des échanges d'informations visant à faciliter l'exécution de l'accord en haut ;
- la conclusion d'ententes transfrontalières particulières ;
- la concertation entre plusieurs producteurs européens, en réaction aux importations de ciment dans des États membres de la Communauté ;
- la participation à des pratiques concertées anticoncurrentielles dans le cadre de deux comités institués par la profession, en vue de discuter des problèmes liés à l'exportation.

Dans le cadre du recours de Cimenteries CBR contre la décision de la Commission, l'entreprise reproche à la Commission de ne pas avoir pris en compte son comportement effectif sur le marché, sens dans lequel elle n'a pas démontré que celui-ci a été le résultat des ententes constantes, d'une telle manière que celles-ci n'ont eu aucune conséquence sur le marché.

Néanmoins, le Tribunal constate que l'entreprise ne présente aucune preuve au soutien de l'affirmation selon laquelle elle s'été soustrait à l'application de l'accord. De ce point de vue, constate le Tribunal :

---

[982] BELLAMY AND CHILD, *European Union Law of Competition*, Seventh Edition edited by ROSE Vivien and BAYLEY David, Oxford University Press, may 2014, p. 14063.

[983] TPICE, 9 juillet 2003, Cheil Jedang Corp. contre Commission des Communautés européennes, affaire T-220/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02473, p. 168.

[984] TPICE, 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, recueil de jurisprudence 2000, page II-00491.

« *La hausse sensible des importations en Italie de ciment en provenance de Grèce ne saurait, à cet égard, être jugée révélatrice de sa volonté de se démarquer de cet accord. Elle signifie tout au plus que les mesures d'application de celui-ci* (...) *n'ont pas produit les effets escomptés sur le marché italien* »[985].

655. De la même manière, cette interprétation de la notion d'implication substantiellement limitée a été confirmée par l'arrêt prononcé par le Tribunal dans **l'affaire Archer Daniels**[986], sanctionnant plusieurs entreprises, parmi lesquelles Archer Daniels ("**ADM**") pour avoir fixé les prix, ainsi que des quotas de vente pour le marché européen de la lysine et d'avoir échangé des informations sur leurs volumes de vente, faits qui n'ont pas été contestées par les requérantes.

À l'occasion du recours devant le Tribunal, l'entreprise ADM reproche à la Commission de ne pas avoir tenu compte, dans l'individualisation du niveau de l'amende, du fait qu'elle a eu un comportement concurrentiel sur le marché, dans le sens de ne pas avoir tenu compte des prix et de quotas de vente fixés avec les concurrents. À cet égard, en vue de vérifier dans quelle mesure l'entreprise est en droit de bénéficier de cette circonstance atténuante, le Tribunal considère que :

« *Il importe de vérifier si les circonstances avancées par les requérantes sont de nature à établir que, pendant la période au cours de laquelle elles ont adhéré aux accords infractionnels, elles se sont effectivement soustraites à leur application en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché* »[987].

En vue de parvenir à la réponse négative et constater l'application correcte de la circonstance atténuante par la Commission, le Tribunal retient que :

- les instructions communiquées par ADM à ses forces de ventes, qui étaient manifestement destinées à servir de base de négociation avec les clients, respectaient les prix et les quotas de vente établies, d'une sorte qu'il est dépourvu de pertinence le fait que les remises ponctuellement consenties, aboutissant à des prix de transactions individuelles différents ;
- une comparaison entre les prix de ADM et ceux convenus entre les entreprises membres de l'entente révèle qu'elle a, en effet, respecté les accords de prix ;
- de plus, du moment où les accords en cause portaient sur des objectifs de prix et non pas sur un prix exacte, leur mise en œuvre implique non pas une uniformité des prix, mais

[985] TPICE, 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, recueil de jurisprudence 2000 ; page II-00491, p. 4877.
[986] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003 ; page II-02597.
[987] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597, p. 268.

seulement un rapprochement de ceux-ci, ce que explique comment l'accord de prix peut être respecté, sans pour autant pratiquer les mêmes prix ;

- en ce qui concerne les prix, dans le contexte mentionné, l'analyse des prix pratiqués par ADM montre que l'évolution de ceux-ci a concordé avec l'évolution des objectifs de prix convenus avec les concurrents, ce que « *démontre l'absence de toute volonté d'ADM de se soustraire effectivement à l'application des accords sur les prix* »[988];
- en ce qui concerne les quotas de vente, bien que les quotas établies fussent les quotas maximales, la comparaison entre les parts de marché mondiales allouées à chaque membre de l'entente et les parts effectivement détenues conduit à la conclusion du respect des quotas imposées.

656. Dans une autre affaire, la Commission a sanctionné plusieurs entreprises actives sur le marché des DRAM, un système utilisé en tant que mémoire principale pour le chargement, l'affichage et la manipulation des donnés et des applications - **l'affaire DRAMs**[989].

En fait, par le biais des prises de contact régulières et répétées, les membres de l'entente ont échangé des informations concernant les intentions portant sur le prix, ainsi que la stratégie générale sur les prix et d'autres informations sensibles du point de vue commercial. Les contacts, qui avaient lieu tant au niveau local qu'au niveau de la direction, consistaient dans le partage, la vérification, la motorisation et la coordination des quotas individuels de prix, occasion à laquelle, dans la fixation de leur prix, les membres ont pris en compte les informations reçues, en vue de négocier avec les producteurs d'équipement technique.

Au moment de l'individualisation de la sanction, la Commission a observé que, pendant la période quand il a été membre de l'entente, un des membres - l'entreprise Hynix, a évité d'appliquer l'entente, au moins partiellement, par l'adoption d'un comportement concurrentiel sur le marché. Par conséquent, du moment où Hynix est allé plus loin d'un comportement opportuniste et a montré un vrai comportement concurrentiel sur le marché, la Commission lui a réduit l'amende de 5% [990].

657. Si l'absence de l'implémentation de l'accord peut conduire à un niveau inférieur du montant de l'amende, en raison de l'intention licite consistant à adopter un comportement concurrentiel sur le marché, ce n'est pas le cas de la simple tricherie, cas où l'entreprise fait croire qu'elle n'applique pas l'entente, alors qu'elle tient compte, en effet, des informations échangées à son profit.

[988] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597, p. 273.
[989] Décision de la Commission COMP/38511, du 19 mai 2010, relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE, affaire COMP/38511- DRAMs).
[990] Décision de la Commission COMP/38511, du 19 mai 2010, relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE, affaire COMP/38511- DRAMs, p. 109.

§ 3. L'absence d'effet atténuant de la simple tricherie

658. Précisons, toutefois, que la Commission n'est pas obligée de prendre en compte, en tant que circonstance atténuante, le fait qu'un des membres de l'entente ne l'a pas mis en application - c'est le cas de l'affaire ci-dessous, qui apporte des précisions importantes.

659. Dans ce sens, **l'affaire Dalmine**[991] porte sur la sanction des huit entreprises actives sur le marché de de tubes et tuyaux en acier sans soudure, pour avoir conclu un accord prévoyant, entre autres, le respect mutuel de leurs marchés nationaux. Conformément à l'accord en cause conclu dans le cadre de réunions entre producteurs européens et japonais, chaque entreprise s'interdisait de vendre des tubes standards et des tuyaux de transport sur le marché national d'une autre partie, infraction qualifiée par la Commission comme très grave, ayant pour objet le partage du marché.

Dans le recours contre la décision de la Commission, l'entreprise Dalmine a critiqué celle-ci pour ne pas avoir pris en compte son comportement autonome sur le marché, par rapport à ce qu'il a été établi avec les autres membres de l'entente. Dans ce contexte, le Tribunal retient que:

« *le fait qu'une entreprise, dont la participation à une concertation avec ses concurrents pour partager les marchés est établie, ne se soit pas comportée sur le marché d'une manière conforme à celle convenue avec ses concurrents ne constitue pas nécessairement un élément devant être pris en compte, en tant que circonstance atténuante, lors de la détermination du montant de l'amende à infliger* »[992].

En effet, apprécie la Commission, il est absolument possible qu'une entreprise partie à une entente poursuive une politique partiellement indépendante, dans le but de tenter d'utiliser l'entente à son profit - c'est la raison pour laquelle la réduction ne va pas être octroyée d'une manière automatique.

Dans cette situation, en vue d'obtenir la réduction de l'amende, l'entreprise qui peut en bénéficier doit :

« *démontrer qu'elle a clairement et de manière considérable enfreint les obligations visant à mettre en œuvre cette entente, au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de celle-ci et qu'elle n'a pas adhéré à l'accord en apparence et, de ce fait, incité d'autres entreprises à mettre en œuvre l'entente en cause* »[993].

De plus, ajoute le Tribunal, selon une jurisprudence et en citant **l'affaire Ciment**[994] en haut,

[991] TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004, page II-02395.
[992] TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004, page II-02395, p. 291.
[993] TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004, page II-02395, p. 292.
[994] TPICE, 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-

constate que :

« *une entreprise qui ne se distancie pas des résultats d'une réunion à laquelle elle a assisté conserve, en principe, sa pleine responsabilité du fait de sa participation à l'entente* »[995].

En effet, il serait injuste d'octroyer le bénéfice de la réduction de l'amende à une entreprise qui, après avoir eu connaissance des éléments d'une entente, a pu en profiter, sans pour autant agir par conséquent, au motif qu'elle a joué un rôle limité dans l'infraction, du moment où sa propre attitude a incité les autres à se comporter d'une manière anticoncurrentielle.

En ce qui concerne le prétendu rôle passif de Dalmine, en tant que circonstance atténuante, dans le contexte où l'entreprise ne nie pas avoir participé aux réunions incriminées, le fait de n'avoir réalisé qu'un nombre limité des ventes sur d'autres marchés européens ne suffit pas à remettre en cause sa responsabilité :

« *dès lors que, par sa présence aux réunions du club Europe-Japon, elle a adhéré ou tout au moins a fait croire aux autres participants qu'elle adhérait en principe au contenu de l'accord anticoncurrentiel qui y était convenu* »[996].

À la lumière des arguments en haut mentionnés, le Tribunal arrive à la conclusion que la Commission a été en droit de ne pas reconnaître à Dalmine l'effet de sa participation limitée à l'entente, en tant que circonstance atténuante.

660. À titre supplémentaire, précisons que la Commission n'est pas ténue d'inclure dans la décision les raisons pour lesquelles elle ne considère pas applicable le bénéfice de la réduction de l'amende pour chaque entreprise.

661. Dans ce sens, dans **l'affaire Tokai Carbon**[997], le Tribunal a été tenu de se prononcer sur une entente conclue dans le secteur des électrodes de graphite, utilisées principalement pour la production d'acier. En effet, la Commission avait imposé des amendes aux membres de l'entente, pour les pratiques anticoncurrentielles suivantes :

- la fixation des prix des électrodes de graphite au niveau mondial, sur lequel les décisions devaient être arrêtées exclusivement par le président ou les directeurs généraux ;

42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, recueil de jurisprudence 2000 page II-00491, p. 1389.

[995] TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004, page II-02395, p. 293.

[996] TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004 page II-02395, p. 296.

[997] TPICE, 29 avril 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-01181.

- la fixation de prix était faite, sur chaque territoire, par le producteur domestique, d'une sorte que les autres producteurs le suivraient, en temps que pour d'autres marchés, les prix étaient fixés par consensus ;
- l'absence de l'exercice de toute concurrence agressive par les producteurs non domestiques sur le territoire d'un autre membre de l'entente ;
- la limitation de la production, sens dans lequel la capacité de production ne devait pas augmenter ;
- l'interdiction de tout transfert de technologie en dehors du cercle des membres à l'entente.

Après avoir été amendée par la Commission, l'entreprise Carbide / Graphite Group Inc a introduit un recours devant le Tribunal, occasion à laquelle elle a prétendu une réduction plus importante de l'amende, en raison du fait que la Commission n'a pas pris en compte son rôle marginal et passif dans l'entente. Néanmoins, le Tribunal a constaté que :

« *Le caractère non passif du comportement de SEC et de Nippon n'est pas remis en question par le fait qu'elles ont été, à une ou deux réunions, représentées par Tokai : loin de s'être ouvertement opposées à une telle « immixtion importune » dans leur politique commerciale, elles ont plutôt accepté cette représentation et témoigné de leur adhésion à l'entente en participant, représentées par leurs propres employés, aux autres réunions qui touchaient leurs intérêts, ce qui n'était évidemment pas le cas des réunions du groupe européen composé des producteurs « domestiques » responsables de l'EEE, raison pour laquelle il était suffisant d'informer les membres japonais du cartel sur les prix européens fixés lors de ces réunions*»[998].

662. Par conséquent, la Tribunal a conclu que SEC et Nippon n'ont pas eu un rôle passif, ce qui implique le fait que la Commission n'était pas tenue de détailler les raisons pour lesquelles elle ne leur accordait aucune circonstance atténuante de ce point de vue.

En ce qui concerne les pratiques individuelles de ne pas se conformer aux décisions adoptées à l'occasion d'une entente, la Cour de justice a la tendance d'approuver la pratique de la Commission de ne pas les prendre en compte en tant que circonstances atténuantes.

663. C'était le cas de la **décision Lombard Club – banques autrichiennes**[999], par laquelle la Commission s'est prononcée sur la pratique des huit banques autrichiennes qui, ayant participé à une entente couvrant tout le territoire de l'Autriche, ont fixé en commun les taux d'intérêt pour certaines investissements et crédits.

[998] TPICE, 29 avril 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-01181, p. 335.

[999] Commission européenne, 11 juin 2002Décision de la Commission, du 11 juin 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/36.571/D-1, 2004/138/CE - Banques autrichiennes - "club Lombard", publiée au Journal officiel n° L 056 du 24.02.2004, p. 0001 - 0075.

Dans ce contexte, les banques – qui, dans le cadre de l'enquête, se présentées comme petites et sans importance, ont fait valoir soit qu'elles n'ont pas participé à l'ensemble des réunions, soit qu'elles n'avaient aucun intérêt économique d`y participer. Certaines d'entre eux ont prétendu n'opérer que de façon marginale dans le secteur des clients particuliers ou dans le secteur du crédit, d'autres de ne détenir que des faibles parts de marché ou de n'avoir participé aux réunions que tout à fait en contrecœur, sans respecter les décisions adoptées. Une autre banque a fait valoir que son représentant a participé aux réunions seulement en tant qu'expert sur le marché viennois, sans représenter les intérêts de la banque, alors qu'une dernière banque s'est défendue par le fait qu'elle s'est borné à prendre connaissance des décisions prises par les autres, en profitant du prestige lié à la participation aux consultations des membres du *cartel*.

De son point de vue, la Commission a analysé le rôle de chacune des banques concernées au sein du réseau, sens dans lequel BA/CA avaient appelé à participer à un nombre important des tables rondes, suivies par Erste/GiroCredit et ensuite par RZB, PSK, BAWAG et ÖVAG.

« *Toutefois, cette répartition des rôles lors des réunions n'est pas de nature à constituer une circonstance atténuante pour les uns ou aggravante pour les autres. Tous les participants ont profité dans une mesure égale des actions décidées en commun, et aussi des informations régulièrement échangées sur le comportement futur de leurs concurrents sur le marché.*

Même les banques qui ont parfois pris des décisions commerciales qui s'écartaient de ce qui avait été convenu ont utilisé le cartel à leur profit. Certes, certaines banques ont été critiquées de façon répétée par leurs concurrents pour s'être écartées des accords. Toutefois, de tels exemples isolés d'un comportement agressif en matière de prix ne prouvent pas que ces banques se soient toujours comportées de façon indépendante. Il est au contraire prouvé qu'elles ont, elles aussi, tenu compte des informations obtenues lors des tables rondes sur les comportements futurs de leurs concurrents sur le marché pour déterminer leur propre politique commerciale »[1000].

De plus, estime la Commission, le fait d'avoir participé aux tables rondes seulement à contrecœur n'est pas susceptible de représenter une circonstance atténuante – en effet, à la lumière du fait que le rôle de chaque banque correspond à sa position sur le marché, il n'est pas nécessaire de procéder à une individualisation de l'amende, du moment où la différenciation a été déjà réalisée auparavant, dans le cadre de l'affectation des banques à différentes catégories.

Par conséquent, si le rôle purement passif de l'entreprise est susceptible de constituer une circonstance atténuante, une telle signification ne va pas être attribuée en raison de la simple tricherie, dans le sens de la participation à une entente, sans pour autant avoir appliqué le résultat de celle-ci – dans ce cas-là, l'intention de fausser la concurrence existe encore, par la prise à la connaissance de la position des concurrents. Dans ce cas, la Cour de justice approuve la pratique de la Commission dans le sens du refus de la diminution de la sanction infligée.

[1000] Commission européenne, 11 juin 2002Décision de la Commission, du 11 juin 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/36.571/D-1, 2004/138/CE - Banques autrichiennes - "club Lombard", publiée au Journal officiel n° L 056 du 24.02.2004, page 0001 – 0075, p. 540.

664. Si la simple tricherie et l'utilisation de l'entente à son profit n'est pas suffisante pour une entreprise en vue d'obtenir une réduction de l'amende, une culpabilité réduite sera retenue dans la situation de la participation à l'entente, comme résultat de la pression des autres participants.

§ 4. La pression des autres, comme possible facteur atténuant

665. Certaines entreprises ont bénéficié soit d'une réduction du montant de l'amende, soit d'une immunité totale, en raison du fait que leur participation à l'entente a été le résultat de la pression d'autres membres, surtout dans la situation d'une disparité du pouvoir de négociation.

Plus particulièrement, c'est le cas des relations verticales, où la pression commerciale exercée par une des parties a été jugée comme trop significative pour pouvoir être contrecarrée par l'autre partie à l'entente, l'entreprise plus petite – en effet l'intention fautive appartient seulement au membre plus puissant de l'entente et non pas au membre de taille réduite.

666. Dans ce sens, dans **l'affaire Volkswagen AG**[1001], aucune amende n'a été imposée aux concessionnaires de Volkswagen pour la mise en œuvre de l'interdiction d'exportation dressée par Volkswagen, en raison du fait que leur comportement sur le marché a été le résultat des pressions de celui-ci.

En effet, Volkswagen et Audi vendaient leurs produits par un réseau de distribution sélective, en Italie par l'intermède de l'importateur exclusif Autogerma, qui, à son tour, a conclu des contrats de concession avec les concessionnaires du réseau. Par ces contrats, Volkswagen et Audi ont mis en place une politique de cloisonnement des marchés, traduite dans l'interdiction d'exportation, l'interdiction des livraisons croisées, assorties de la surveillance exercée à l'encontre des concessionnaires par le biais d'un contrôle des commandes enregistrées, ainsi que dans la sanction de résiliation du contrat en cas du non-respect de l'interdiction.

Dans ce contexte, la Commission a décidé de ne pas infliger de sanction aux concessionnaires :

« *Les concessionnaires italiens, en tant que participants avec Volkswagen, Audi et Autogerma, à l'accord visant à empêcher ou restreindre les exportations parallèles, sont les victimes de la politique restrictive mise en place par leurs cocontractants, qu'ils ont dû approuver sous la contrainte. Il n'y a pas eu de participation active de leur part. Par conséquent, la Commission ne leur inflige pas d'amende* »[1002].

[1001] Commission européenne, 28 janvier 1998, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/35.733, 98/273/CE - Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 124 du 25 avril 1998, page 0060 - 0108.

[1002] Commission européenne, 28 janvier 1998, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/35.733, 98/273/CE - Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 124 du 25 avril 1998, page 0060 - 0108.

667. La même approche a été adoptée par la Commission dans la **décision Windsurfing International**[1003], par laquelle la Commission a sanctionné plusieurs entreprises actives sur le marché des planches à voile, pour lesquelles un brevet existait en Allemagne et au Royaume Uni, pour avoir conclu des accords restrictifs de concurrence ayant pour objet l'approbation de Windsurfing pour toute modification apportée au flotteur, ainsi que des limitations territoriales.

Dans ce contexte, aucune amende n'a été imposée aux licenciés, en raison d'une appréciation de la Commission sur leur dégrée de culpabilité :

« *la culpabilité des preneurs de licence doit toutefois être considérée comme légère, étant donné qu'ils étaient obligés de se soumettre aux conditions imposées par WSI pour pouvoir obtenir une licence. Dans la mise en œuvre des accords de licence également, c'était en premier lieu WSI qui insistait sur le respect des restrictions et qui cherchait en particulier à empêcher la fourniture séparée des gréements, de sorte que la culpabilité déterminante pour l'application de l'article 15 paragraphe 2 incombe dans cette mesure à WSI seul tandis qu'il n'y a pas lieu d'infliger d'amendes aux preneurs de licence* »[1004].

De plus, la culpabilité des licenciés a été appréciée comme réduite par rapport à l'interdiction de contester le brevet, sens dans lequel la Commission retient que :

« *La culpabilité de WSI, Ostermann et Shark en ce qui concerne l'interdiction de contester le brevet sous licence doit être évaluée tout à fait indépendamment de leur propre appréciation de la situation en matière de brevets. [...] Toutefois, la culpabilité des preneurs de licence Ostermann et Shark doit être considérée comme légère sur ce point aussi, puisqu'elles devaient, ici encore, se plier à cette condition imposée par WSI ; pour cette raison il convient également de n'infliger d'amende qu'à WSI* »[1005].

En raison des arguments cités, et, par conséquent, de l'absence de culpabilité constatée par la Commission, celle-ci a décidé de ne pas infliger de sanction aux licenciés, à la lumière du fait qu'ils devraient se soumettre aux conditions de WSI en vue d'obtenir la licence.

668. Une solution similaire a été adoptée par la Commission dans **la décision New Holland**[1006], dans une affaire portant sur le marché des machines agricoles vendues par New Holland (SNH), pour une pratique consistant dans l'interdiction d'exportation des produits,

---

[1003] Commission européenne, du 11 juillet 1983, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.395, 83/400/CEE, Windsurfing International, publiée au Journal officiel n° L 229 du 20.08.1983, page 0001 - 0021.

[1004] Commission européenne, du 11 juillet 1983, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.395, 83/400/CEE, Windsurfing International, publiée au Journal officiel n° L 229 du 20 août 1983, page 0001 - 0021.

[1005] Commission européenne, du 11 juillet 1983, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.395, 83/400/CEE, Windsurfing International, publiée au Journal officiel n° L 229 du 20 août 1983, page 0001 - 0021.

[1006] Commission européenne, 16 décembre 1985, relative à une procédure d'application l'article 85 du traité CEE, affaire IV/30.839, 85/617/CEE, Sperry New Holland, publiée au Journal officiel n° L 376 du 31 décembre 1985, page 0021 - 0028.

dans le contexte où les prix pratiqués par New Holland au Royaume Uni et Grèce étaient nettement supérieurs à ceux pratiqués dans d'autres Etats membres.

Dans ce sens, aucune sanction n'a été prononcée contre les distributeurs, qui ont agi sous la pression de de SNH et à l'encontre de leurs propres intérêts économiques :

« *Après avoir examiné les faits de l'espèce, la Commission estime que, bien que des distributeurs de SNH aient participé aux infractions décrites plus haut, seule SNH doit être frappée d'une amende. Compte tenu de la répartition des fonctions et des responsabilités au sein de SNH (points 1 à 3), l'amende doit être infligée à SNH NV. Lorsque des distributeurs, Van Driel par exemple, ont pris des mesures pour restreindre les exportations, ils agissaient sous la contrainte et à l'encontre de leurs propres intérêts économiques* »[1007].

669. L'affaire Roofing Felt[1008] constitue un autre exemple de décision où la Commission a procédé à une exonération de l'amende des non-membres en raison de la pression des parties à l'entente, qui a fait en sorte que l'intention des non-membres ne soit pas importante.

L'affaire porte sur la pratique des entreprises actives sur le marché de feutres bitumés et d'autres produits similaires utilisés dans le secteur de la construction, en principe pour des travaux de toiture de conclure une convention qui prévoit notamment l'adoption de tarifs et de conditions de vente minimale uniformes, des quotas de répartition de livraisons entre les membres, ainsi que des sanctions en cas de non-respect de la convention ou des décisions adoptées en vertu de celle-ci.

En outre, les membres ont conclu un autre accord avec les non-membres, ayant pour objet la limitation des remises pour la vente des revêtements bitumés, et ont eu pour objet de restreindre la concurrence sur les prix entre les entreprises participantes.

Néanmoins, la Commission a décidé de ne pas infliger de sanction aux entreprises non-membres, en raison de la pression exercée par les membres, qui a fait en sorte que leur intention soit de moindre importance dans la conclusion de l'accord. Dans ce sens, la Commission précise :

« *Dans leurs réponses à la communication des griefs, les non-membres ont insisté sur le fait qu'ils n'ont jamais adhéré à la convention entre les membres. Ils font valoir que face à l'entente qui réunissait les membres, leur liberté d'action était restreinte. Ils ne pouvaient pas, dans la détermination de leurs politiques commerciales, faire abstraction de l'existence de l'entente, des prix pratiqués par ses membres, et des risques d'une réaction concertée de la part des*

[1007] Commission européenne, 16 décembre 1985, relative à une procédure d'application l'article 85 du traité CEE, affaire IV/30.839, 85/617/CEE, Sperry New Holland, publiée au Journal officiel n° L 376 du 31 décembre 1985, page 0021 - 0028.
[1008] Commission européenne 86/399/CEE, du 10 juillet 1986, relative à une procédure d'application l'article 85 du traité CEE, affaire IV/31.371, 86/399/CEE, Revêtements bitumés, publiée au Journal officiel n° L 232 du 19 août 1986, page 0015 - 0033.

membres s'il était porté préjudice à leurs intérêts »[1009].

La même solution – ***l'absence de l'infliction de l'amende, a été adoptée par la Commission dans la situation où le comportement de l'entreprise a été le résultat de la pression des autorités publiques***.

670. C'était la situation de la décision de la Commission dans **l'affaire British Telecommunications** [1010] , ayant pour objet la pratique de l'entreprise British Telecommunications - société de droit public, d'imposer à des tiers des restrictions à la prestation de services téléphoniques et télex, ainsi qu'à l'usage des installations téléphoniques et télex au Royaume-Uni.

En vue de se défendre, l'entreprise a invoqué avoir « *fait l'objet de pressions de la part de certaines autres administrations nationales des télécommunications pour qu'elle empêche la retransmission de messages télex entre des pays tiers par les agences de réexpédition de messages du Royaume-Uni et qu'elle avait imposé les restrictions pour faire face à ses obligations internationales envers d'autres administrations* »[1011].

Bien qu'elle arrive à la conclusion de l'existence d'une infraction par rapport à **l'article 86 CEE**, la Commission décide de ne pas infliger une sanction à British Telecommunications :

« *la Commission ne considère pas qu'une amende doive être infligée à BT, en raison des circonstances particulières de l'affaire, des faits exposés au point 20* [la pression des autorités publiques] *et de ce que BT n'a pas fait respecter les restrictions en cause en déconnectant les installations des agences de transmission de messages* »[1012].

671. Une réduction du niveau de l'amende a été octroyée par la décision de la Commission dans **l'affaire French Beef**[1013], ayant pour objet la sanction des fédérations des agriculteurs actives sur le secteur bovin français, pour avoir conclu une entente ayant pour objet de suspendre les importations en France de viande bovine et de fixer un prix minimal pour certaines catégories de bêtes.

[1009] Commission européenne 86/399/CEE, du 10 juillet 1986, relative à une procédure d'application l'article 85 du traité CEE, affaire IV/31.371, 86/399/CEE, Revêtements bitumés, publiée au Journal officiel n° L 232 du 19 août 1986, p. 0015 - 0033, page 111.

[1010] Commission européenne, 10 décembre 1982, Décision relative à une procédure d'application l'article 86 du traité CEE, affaire IV/29.877, 82/861/CEE, British Telecommunications, publiée au Journal officiel n° L 360 du 21 décembre 1982, page 0036 - 0043.

[1011] Commission européenne, 10 décembre 1982, Décision relative à une procédure d'application l'article 86 du traité CEE, affaire IV/29.877, 82/861/CEE, British Telecommunications, publiée au Journal officiel n° L 360 du 21 décembre 1982, page 0036 - 0043, p. 20.

[1012] Commission européenne, 10 décembre 1982, Décision relative à une procédure d'application l'article 86 du traité CEE, affaire IV/29.877, 82/861/CEE, British Telecommunications, publiée au Journal officiel n° L 360 du 21 décembre 1982, page 0036 - 0043, p. 45.

[1013] Commission européenne, 2 avril 2003, Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19/08/2003, page 0012 – 0041.

Dans ce contexte, une des défenses invoquées par les entreprises a été l'intervention des autorités publiques, dans la conclusion de l'entente ; si le ministre de l'agriculture a encouragé la conclusion de l'entente, il ne pouvait ni "*obliger*" ni "*contraindre*" les parties à conclure un tel accord. C'est la raison pour laquelle le comportement des autorités publiques est seulement resté une circonstance atténuante, sens dans lequel, considère la Commission :

« *il convient de tenir compte de l'intervention appuyée du ministre français de l'agriculture en faveur de la conclusion d'un tel accord. Cette intervention s'est notamment manifestée à travers les propos de celui-ci à l'Assemblée nationale et par le communiqué de presse du ministère le jour de la conclusion de l'accord. Elle a constitué une pression forte sur les abatteurs en vue de la conclusion de l'accord. En particulier, ainsi qu'il résulte de l'exposé des faits, lors d'une réunion entre les parties, mais sans l'intervention du ministre, le 23 octobre 2001, les abatteurs avaient refusé de conclure l'accord qui leur était soumis par les agriculteurs* »[1014].

Par contre, ***dans le cas des relations horizontales, la pression des autres n'a pas été jugée comme facteur susceptible de conduire à une réduction de l'amende*** – dans cette situation-là, la Commission considère que l'entreprise en cause aurait pu se défendre par la dénonciation de l'entente auprès des autorités compétentes.

672. C'est le cas de la décision de la Commission dans **l'affaire Acide citrique**[1015], sanctionnant cinq entreprises productrices de l'acide citrique, un additif alimentaire très connu, pour la conclusion d'une entente ayant pour objet la fixation des prix, ainsi que le partage des marchés au niveau mondial. L'entente a eu quatre grands objectifs, soit :

- l'allocation des quotas de vente pour chaque membre, ainsi que leur respect;
- la fixation des prix cible, ainsi que des prix de base pour l'acide citrique;
- l'échange d'informations sur des clients spécifiques;
- l'élimination des remises de prix.

Un système de surveillance a été mis en place, par le fait que chaque entreprise devait rapporter ses ventes mensuelles à un autre membre préétabli, qui était en charge de la dissémination de l'information parmi les autres membres. Ce système était assorti d'un schéma de compensation, pour la situation où un des membres dépassait son quota, cas dans lequel il devrait offrir une compensation aux autres.

Dans ce contexte, soumises à l'enquête de la Commission, deux entreprises (Bioproducts et Jungbunzlauer) ont prétendu avoir subi des pressions de la part de Haarmann & Reimer, respectivement de la part de Hoffmann-La Roche. La réponse de la Commission a été de rejeter les allégations de ces membres, en raison du fait qu'il aurait pu se défendre par d'autres

[1014] Commission européenne, 2 avril 2003, Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19 août 2003, page 0012 - 0041, p. 176.

[1015] Commission européenne, 5 décembre 2001, Décision de la Commission du 5 décembre 2001 relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord, affaire COMP/E-1/36.604, 2002/742/CE - Acide citrique, publiée au Journal officiel n° L 239 du 06.09.2002, page 0018 - 0065.

moyens que la participation à l'entente :

« *Le fait que Cerestar Bioproducts ait été un acteur de second rang sur le marché de l'acide citrique et qu'elle puisse avoir été préoccupée par les conséquences de sa non-adhésion à l'entente ne l'exonère pas de sa propre responsabilité en tant que société. Ainsi, elle aurait pu notifier l'entente à la Commission* »[1016].

673. La même solution a été adoptée par la Commission par **la décision Bolloré**[1017], ayant pour objet la sanction des producteurs du papier autocollante pour avoir conclu une entente, dans le but d'augmenter le prix d'une manière concertée, selon un certain calendrier.

Dans le cadre des réunions nationales et régionales, les membres de l'entente s'accordaient sur les augmentations des prix du papier autocollant, en surveillant leur respect. En vue d'assurer l'implémentation des prix majorés, les membres avaient établi un système d'allocation des quotas pour chaque entreprise participante, occasion à laquelle les membres ont échangé des informations portant sur les prix et le volume des ventes.

Enquêtées par la Commission, deux entreprises ont allégué d'avoir fait l'objet de pressions des autres membres, de telle manière qu'elles ont été forcées à participer à l'entente par le chef de file ; ainsi, prétendent-elles, elles n'ont joué qu'un rôle purement passif dans l'implémentation de l'entente.

La Commission rejette cette argumentation. D'une part, elle n'est pas d'accord avec le rôle prétendu comme passif des entreprises Carrs, Copigraph et Torraspapel, ayant trouvé en abondance des preuves en vue de démontrer leur participation aux initiatives de hausse de prix concertées, qu'ils ont régulièrement annoncé aux clients.

« *De l'autre part, la Commission considère que les menaces (du chef de file de l'entente en l'espèce) ne sauraient justifier des infractions aux règles de concurrence communautaires et de l'EEE. Au lieu de rejoindre le cartel, les entreprises auraient dû informer les autorités compétentes, notamment la Commission, du comportement illégal de leurs concurrents, en vue d'y mettre fin* »[1018].

[1016] Commission européenne, 5 décembre 2001, Décision de la Commission du 5 décembre 2001 relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord, affaire COMP/E-1/36.604, 2002/742/CE - Acide citrique, publiée au Journal officiel n° L 239 du 06.09.2002, page 0018 - 0065, p. 283.
[1017] Commission européenne, 20 décembre 2001, Décision de la Commission du 20 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/E-1/36.212, 2004/337/CE - Papier autocopiant, publiée au Journal officiel n° 115 du 21.04.2004, page 0001 - 0088.
[1018] Commission européenne, 20 décembre 2001, Décision de la Commission du 20 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/E-1/36.212, 2004/337/CE - Papier autocopiant, publiée au Journal officiel n° 115 du 21.04.2004, page 0001 – 0088, p. 427.

674. Dans **l'affaire Groupe Danone**[1019], dont les faits sont abordés en haut, le Tribunal rejette l'argument de l'entreprise Alken-Maes conformément auquel elle n'a agi que suite à la pression des autres membres au cartel. Après avoir rappelé la signification de la notion d'entente, définie comme concordance des volontés, la Commission précise :

« *En outre, il est de jurisprudence établie qu'une entreprise qui participe à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel, même sous la contrainte d'autres participants ayant un pouvoir économique supérieur, dispose toujours de la possibilité d'introduire une plainte auprès de la Commission afin de dénoncer les activités anticoncurrentielles en cause plutôt que de poursuivre sa participation auxdites réunions* »[1020].

675. La même argumentation, formulée dans les mêmes mots, a été utilisée par le Tribunal dans **l'affaire Caffaro**[1021], ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission sanctionnant des entreprises commercialisant du perborate de sodium, ainsi que du peroxyde d'hydrogène pour la conclusion d'une entente.

L'entente a pris la forme de l'échange d'informations essentielles du point de vue commercial et d'informations confidentielles sur les marchés et les entreprises, de la limitation et du contrôle de la production et des capacités potentielles et réelles de celles-ci, ainsi que de la répartition des parts de marché et des clients et de la fixation et surveillance du respect d'objectifs de prix.

À cette occasion, le Tribunal reprend la formulation exacte de l'arrêt Groupe Danone en haut, pour rejeter l'argument de l'entreprise Caffaro dans le sens où elle a fait l'objet des pressions d'autres membres, d'une sorte qu'elle n'est, elle-même, qu'une victime de la pratique.

676. La solution a été réitérée par la Commission à l'occasion de la décision prononcée dans **l'affaire Tubes sanitaires en cuivre**[1022], sanctionnant les producteurs de tubes sanitaires pour avoir tenté d'éviter la concurrence entre eux, par l'allocation des volumes des ventes et des quotas de marché, la fixation en commun des prix cibles, ainsi que d'autres conditions commerciales. La Commission est arrivée à la conclusion que les entreprises opéraient un système classique d'entente, qui implique des noms codifiés, des rencontres secrètes dans les aéroports, dans le cadre desquelles des informations sur le niveau des ventes, commandes, parts de marchés et prix étaient échangées, avec le but clair de fausser la concurrence. Dans ce contexte, l'entreprise Boliden invoque avoir été la victime de la pression des autres membres de l'entente, occasion à laquelle la Commission lui rétorque :

[1019] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407.

[1020] TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T-38/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-04407, p. 423.

[1021] TPI, 16 juin 2011, Caffaro Srl contre Commission européenne, affaire T-192/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-03063, p. 42.

[1022] Commission européenne, 3 septembre 2004, Décision de la Commission du 3 septembre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE à l'encontre de Boliden AB,

« *Il n'a pas été possible d'établir si plusieurs déclarations de Boliden alléguant des pressions que KME aurait exercées sur elle sont vraies. Quoi qu'il en soit, la Commission estime que cela ne change rien à la situation de Boliden. En particulier, même si l'existence de pressions avait été attestée, Boliden n'aurait bénéficié d'aucune circonstance atténuante. En effet, une société qui est contrainte par d'autres participants de prendre part à une infraction au droit de la concurrence doit en aviser les pouvoirs publics. Compte tenu de l'existence de cette possibilité, conforme au droit, aucune participation à une entente illicite ne peut être justifiée* »[1023].

677. En 2008, la Commission européenne a sanctionné onze entreprises actives sur le marché des services de déménagements internationaux – **la décision Services de déménagements internationaux**[1024]. Pour une période de près de dix-neuf ans, les entreprises se sont réparti les marchés, ont fixé les prix et ont manipulé les procédures d'appels d'offres des services de déménagements internationaux.

Comme moyen de défense, un des membres, à savoir l'entreprise Coppens, a prétendu avoir été contrainte de participer à l'entente, par la pression de l'entreprise Allied Arthur Pierre, sa participation étant seulement le moyen d'éviter les représailles de celle-ci. Dans ce contexte, la Commission rejette son argument, en précisant que :

« *aucun élément du dossier ne permet d'établir que le comportement des autres participants à l'entente envers Coppens ait revêtu un caractère coercitif. Par conséquent, cet élément ne peut être considéré comme circonstance atténuante. En tout état de cause, le Tribunal de première instance a conclu qu'une entreprise ne peut se prévaloir du fait qu'elle aurait participé à une infraction sous la contrainte des autres participants car elle aurait pu dénoncer les pressions dont elle faisait l'objet aux autorités compétentes et introduire auprès de la Commission une plainte* »[1025].

Boliden Fabrication AB et Boliden Cuivre - Zinc S.A., d'Austria Buntmetall AG et Buntmetall Amstetten Ges.m.b.H., d'Halcor S.A., de HME Nederland BV, d'IMI plc, IMI Kynoch Ltd. et IMI Yorkshire Copper Tube Ltd., de KM Europa Metal AG, Tréfimétaux SA et Europa Metalli SpA, de Mueller Industries, Inc., WTC Holding Company, Inc., Mueller Europe Ltd., DENO Holding Company, Inc. et DENO Acquisition EURL, d'Outokumpu Oyj et Outokumpu Copper Products OY, ainsi que de Wieland Werke AG, affaire COMP/E-1/38.069, 2006/485/CE - Tubes sanitaires en cuivre, publiée au Journal officiel n° L 192/21 de 13 juillet 2006.

[1023] Commission européenne, 3 septembre 2004, Décision de la Commission du 3 septembre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE à l'encontre de Boliden AB, Boliden Fabrication AB et Boliden Cuivre - Zinc S.A., d'Austria Buntmetall AG et Buntmetall Amstetten Ges.m.b.H., d'Halcor S.A., de HME Nederland BV, d'IMI plc, IMI Kynoch Ltd. et IMI Yorkshire Copper Tube Ltd., de KM Europa Metal AG, Tréfimétaux SA et Europa Metalli SpA, de Mueller Industries, Inc., WTC Holding Company, Inc., Mueller Europe Ltd., DENO Holding Company, Inc. et DENO Acquisition EURL, d'Outokumpu Oyj et Outokumpu Copper Products OY, ainsi que de Wieland Werke AG, affaire COMP/E-1/38.069, 2006/485/CE - Tubes sanitaires en cuivre, publiée au Journal officiel n° L 192/21 de 13 juillet 2006, p. 756.

[1024] Commission européenne, 11 mars 2008, Décision de la Commission du 11 mars 2008 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire 38543, COMP/38543 - Services de déménagements internationaux, consultée dernièrement le 18 août 2020, à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38543/38543_1489_9.pdf.

[1025] Commission européenne, 11 mars 2008, Décision de la Commission du 11 mars 2008 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire 38543, COMP/38543 - Services de déménagements internationaux, consultée dernièrement le 18 août 2020, à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38543/38543_1489_9.pdf.

Par conséquent, on peut observer que, dans le cadre des relations verticales, la jurisprudence accepte la pression des autres comme un facteur permettant de ne pas infliger une amende ou bien de réduire le montant de celle-ci, en raison du fait que la conclusion de l'entente n'a pas été le résultat de la volonté libre de l'entreprise, mais seulement un moyen d'éviter les représailles des autres membres de l'entente, dont le pouvoir de négociation est nettement supérieur.

Par contre, dans le cadre des relations horizontales, la pression des autres membres de l'entente ne représente pas une défense susceptible de succès, du moment où l'entreprise en cause aurait eu la possibilité de dénoncer la pratique aux autorités compétentes et donc, se libérer de la pression des concurrents.

678. Une dernière défense possible qui implique l'absence de culpabilité de la part de l'entreprise est l'encouragement ou l'autorisation de la pratique par une autorité publique, ce qui a pour effet d'atténuer l'intention anticoncurrentielle et donc, susceptible de conduire à une réduction du niveau de l'amende.

§ 5. L'encouragement ou l'autorisation par une autorité publique

679. L'encouragement ou bien l'autorisation de la pratique par une autorité publique peut représenter une circonstance atténuante de la responsabilité – cela, en raison du fait que le comportement de l'autorité publique a créé des doutes quant à la compatibilité de la mesure avec l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.

680. Cette approche a été abordée par la Commission dans la décision prononcée dans l'affaire **Greek Ferries**[1026], ayant pour objet la sanction des sept transbordeurs grecs pour la conclusion d'une entente horizontale portant sur la coordination sur le prix. Les principales preuves dans ce sens ont été des messages échangés, notamment, par télex ayant pour objet le calcul des prix, ainsi que les faits admis par deux entreprises, dans leur réponse à la demande de renseignements.

Dans ce contexte, une des défenses de la société Anek a été le fait qu'en vertu de la législation nationale grecque, les consultations entre les opérateurs pour toutes les lignes maritimes où le cabotage sont obligatoires. En effet, considère-elle, si les autorités n'exigent pas explicitement la conclusion d'une entente sur le prix, « *lesdits exploitants avaient cru comprendre que le ministère les avait encouragés à entamer des discussions sur cette question* »[1027].

La réponse de la Commission est de regarder cet élément factuel comme une circonstance atténuante, justifiant une réduction de l'amende de 15 % :

[1026] Commission européenne, 1999/271/CE, du 9 décembre 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/34.466, 2002/190/CE - Transbordeurs grecs, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 - 0049.

[1027] Commission européenne, 1999/271/CE, du 9 décembre 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/34.466, 2002/190/CE - Transbordeurs grecs, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 – 0049, p. 50.

« *La pratique habituelle - qui n'est pas imposée directement par le cadre légal ou réglementaire - consistant à fixer les tarifs intérieurs, en Grèce, par le biais de consultations entre tous les exploitants nationaux (qui étaient alors censés présenter une proposition commune), et la décision prise ultérieurement par le ministère de la marine marchande peuvent avoir créé une certaine confusion parmi les compagnies grecques qui exploitent aussi des lignes intérieures quant à la question de savoir si les consultations sur les tarifs applicables à la partie internationale des lignes maritimes constituaient ou non une infraction. Ces éléments justifient une réduction des amendes de 15 % pour toutes les compagnies* »[1028].

681. Des réductions significatives ont été octroyées par la Commission dans la décision de **l'affaire Tabac brut-Espagne**[1029], ayant pour objet de sanctionner la pratique des quatre transformateurs espagnols de tabac brut, qui se rencontraient durant les quatre premiers mois de l'année, en vue de s'entendre sur le prix moyen de livraison de toutes les variétés de tabac, ainsi que sur les fourchettes de prix par grades qualitatifs.

L'autorisation par une autorité publique a été invoquée à titre de défense, plus concrètement le fait que :

- pour l'année 1999, le Ministère de l'agriculture a autorisé les tableaux de prix négociés auparavant par les producteurs et les transformateurs en commun ;
- ces tableaux de prix ainsi négociés ont été publiés au Journal officiel espagnol, en tant qu'annexe au contrat type ;
- en 2000 et 2001, le Ministère de l'agriculture a invité les producteurs et les transformateurs de tabac à plusieurs réunions, en vue de convenir des tableaux de prix.

La Commission a pris en compte cette attitude des autorités publiques, qui a au moins encouragé les parties à s'entendre sur le prix, raison pour lequel elle a agréé de n'infliger que des amendes symboliques. De ce point de vue, elle a estimé que :

« *Ainsi que cela a été expliqué aux considérants (350) et suivants, la réglementation nationale applicable n'obligeait pas les représentants des producteurs et les transformateurs à se mettre d'accord sur les fourchettes de prix et les conditions complémentaires. Tout au plus, entre 1982 et 2000, elle prévoyait que les contrats types devaient contenir une clause sur le « prix minimum garanti » et le « prix que le producteur devait recevoir pour la matière première »* [...]*, mais n'obligeait pas les parties à se mettre d'accord sur les chiffres proprement dits à insérer dans les clauses de prix du contrat type avant de soumettre ce contrat pour approbation*

[1028] Commission européenne, 1999/271/CE, du 9 décembre 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/34.466, 2002/190/CE - Transbordeurs grecs, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 – 0049, p. 163.

[1029] Commission européenne, 20 octobre 2004, Décision de la Commission du 20 octobre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.238/B.2, 2007/236/CE - Tabac brut-Espagne, publiée au Journal officiel n° L 102/14 de 19 avril 2007.

au Ministère de l'agriculture. De surcroît, les faits démontrent qu'entre 1995 et 1998, le Ministère de l'agriculture a approuvé des contrats types contenant une clause de prix »[1030].

Le niveau de l'amende a été diminué, en raison du fait que le comportement de l'autorité a créé un doute aux yeux des entreprises participantes quant à la compatibilité de la mesure avec l'exigence de concurrence – en effet, l'intention des entreprises.

682. Une réglementation nationale encourageant la collusion a été invoquée avec succès dans **la décision Deutsche Telekom**[1031], dans une affaire portant sur un abus de position dominante, par la fixation des prix non-équitables ; de ce point de vue, la Commission a découvert que les tarifs que Deutsche Telekom requiert à des concurrents pour l'accès à sa boucle locale, considérée comme facilité essentielle, étaient supérieures à ceux utilisées avec ses clients.

Cette pratique a comme effet de décourager les nouveaux entrants sur le marché, d'une telle manière que le nombre des entreprises sur le marché reste limité, ce qui conduit à un prix supérieur pour les consommateurs.

En vue de s'exonérer de la responsabilité, Deutsche Telekom explique la modalité de fonctionnement de leur système d'établissement des tarifs – si pour les clients, les consommateurs finals, les prix sont fixés d'une manière individuelle, selon le principe de l'orientation vers le coût, ce n'est pas le cas pour les concurrents, pour lesquels on applique le système du plafonnement des prix. Dans ce dernier cas, les tarifs sont déterminés conjointement pour plusieurs prestations, réunies dans des paniers.

Ainsi, l'entreprise soumise à la régulation – Deutsche Telekom, a l'obligation de respecter la décision de plafonnement des prix, émanant de l'autorité de régulation des télécommunications et des postes, qui, pour une période donnée, prescrit plusieurs conditions commerciales, comme la composition du panier, les modifications de prix autorisées et d'autres conditions-cadres. Cette décision peut ensuite être modifiée, toujours par l'autorité émettrice, en fonction des trois critères, soit :

- le taux de croissance des prix ;
- les gains de productivité de Deutsche Telekom, tels qu'ils sont escomptés et
- le rapport entre le niveau de départ des prix et les coûts incrémentaux à long terme liés à une prestation de service efficace.

Ce facteur a été pris en considération par la Commission au moment de l'individualisation de la sanction, en tant que circonstance atténuante, raison pour laquelle une réduction de 10 % a été appliquée :

[1030] Commission européenne, 20 octobre 2004, Décision de la Commission du 20 octobre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.238/B.2, 2007/236/CE - Tabac brut-Espagne, publiée au Journal officiel n° L 102/14 de 19 avril 2007, p. 426.

[1031] Commission européenne, 21 mai 2003, Décision de la Commission du 21 mai 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, 2003/707/CE - Deutsche Telekom AG, publiée au Journal officiel n° L 263 du 14 octobre 2003, page 0009 - 0041.

« *Il doit être considéré comme circonstance atténuante que les prix de détail et les prix des prestations intermédiaires de DT en cause soient des prix qui depuis le début de 1998 faisaient et font encore aujourd'hui l'objet d'une régulation sectorielle au niveau national. Par conséquent, dans le cas présent, le montant de base mentionné au considérant 211 est réduit de 10 % à 12,6 millions d'euros* »[1032].

Cette réduction du niveau de l'amende a été ensuite maintenue en le recours devant le Tribunal[1033] et ensuite devant la Cour de justice[1034] - en effet, l'intention dans le sens de la création d'un ciseau tarifaire n'appartient pas à Deutsche Telekom, mais à l'autorité publique de régulation sectorielle.

683. Dans l'affaire **Industrie de la construction aux Pays-Bas**[1035], la Commission a dû se prononcer sur la pratique de l'association SPO, active sur le marché de construction, ayant pour objet « *de promouvoir et de gérer une concurrence ordonnée, d'éviter et de combattre des comportements inconvenants lors de l'offre de prix et de promouvoir la formation de prix économiquement justifiés* »[1036].

Les décisions de SPO – constitutives des décisions d'associations d'entreprises, obligatoires pour les membres, ont eu pour objet de restreindre ou fausser la concurrence, par des moyens comme :

- l'échange d'information préalablement aux adjudications,
- la concertation des offres de prix et la fixation, directe ou indirecte, des prix de vente et autres conditions commerciales sur le marché de la construction,
- la répartition du marché entre les membres, par la pré-désignation des entreprises adjudicataires, la protection de l'ayant droit, ainsi que les possibilités de retrait ou de préférence.

L'association a invoqué, dans sa défense, les dispositions d'un arrêté royal, qui visent à interdire aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger des soumissionnaires qu'ils renoncent aux droits et obligations découlant des engagements pris dans le cadre d'une organisation pour la

[1032] Commission européenne, 21 mai 2003, Décision de la Commission du 21 mai 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, 2003/707/CE - Deutsche Telekom AG, publiée au Journal officiel n° L 263 du 14 octobre 2003, page 0009 – 0041, p. 212.
[1033] TPI, 10 avril 2008, Deutsche Telekom AG contre Commission européenne, affaire T‑271/03, recueil de jurisprudence 2008, page II-00477, p. 295-300.
[1034] CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom AG contre Commission européenne, affaire C-280/08 P, recueil de jurisprudence 2010, page I-09555, p. 285 – 289.
[1035] Commission européenne, 5 février 1992, Décision de la Commission du 5 février 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/31.572 et 32.571, 92/204/CEE - Industrie de la construction aux Pays-Bas, publiée au Journal officiel n° L 092 du 07 avril 1992, page 0001 - 0030.
[1036] Commission européenne, 5 février 1992, Décision de la Commission du 5 février 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/31.572 et 32.571, 92/204/CEE - Industrie de la construction aux Pays-Bas, publiée au Journal officiel n° L 092 du 07 avril 1992, page 0001 – 0030, p 3.

régularisation des prix[1037].

Bien qu'obligatoire seulement pour l'État en tant que pouvoir adjudicateur, les collectivités territoriales ont été invitées à appliquer cette disposition, sens dans lequel l'association des communes néerlandaises a recommandé à ses membres - toutes les communes aux Pays-Bas, d'appliquer intégralement la disposition en cause.

La Commission a décidé de prendre en compte cette question en tant que circonstance atténuante, sens dans lequel une réduction du montant de l'amende a été appliquée :

« *En fixant l'ordre général des amendes à infliger, la Commission a également tenu compte des considérations suivantes : - l'intervention des autorités publiques des Pays-Bas, par l'arrêté royal du 29 décembre 1986, peut être considérée comme ayant créé, dans le chef des entreprises de construction et leurs associations, une certaine ambiguïté à l'égard de la compatibilité de leur concertation avec les règles communautaires de la concurrence* »[1038].

En effet, la réduction a été justifiée par le fait que l'ambiguïté créé par la législation néerlandaise a fait en sorte que les membres de l'association aient des doutes quant à la compatibilité de ces pratiques avec le fonctionnement d'un marché concurrentiel – leur intention fautive a été diminuée.

684. Il faut préciser, par contre, que ***le simple fait qu'un employé d'une autorité publique ait connaissance de la pratique n'implique pas autorisation ou encouragement de cette pratique, encore plus s'il agit contre les intérêts de l'autorité en cause***.

685. C'est la situation de l'arrêt **Team Relocations**[1039], ayant pour objet la sanction des entreprises actives sur le marché de déménagements des biens et des personnes internationaux de et vers la Belgique pour fixation des prix, répartition des clients et manipulation de la soumission d'offres. Toutes ces restrictions de concurrence étaient, de plus, assorties d'un système de compensations financières pour des offres rejetées ou des cas d'abstention d'offrir, ainsi que des commissions de complaisance – offres fictives déposées par d'autres entreprises que l'adjudicateur, pour laisser l'impression de concurrence.

Les entreprises ont invoqué l'encouragement de la pratique par la Commission, qui apparemment savait de la pratique des commissions de complaisance, sans avoir pris aucune mesure. Le Commission leur rétorque que, si la Commission n'aurait eu aucun intérêt à encourager un système qui porte attente à la concurrence, les entreprises devraient se rendre compte que :

[1037] Commission européenne, 5 février 1992, Décision de la Commission du 5 février 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/31.572 et 32.571, 92/204/CEE - Industrie de la construction aux Pays-Bas, publiée au Journal officiel n° L 092 du 07 avril 1992, page 0001 – 0030, p 67.

[1038] Commission européenne, 5 février 1992, Décision de la Commission du 5 février 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/31.572 et 32.571, 92/204/CEE - Industrie de la construction aux Pays-Bas, publiée au Journal officiel n° L 092 du 07.04.1992, page 0001 – 0030, p 141.

[1039] TPI, 16 juin 2011, Team Relocations NV et Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd et Team Relocations Ltd contre Commission européenne, affaires jointes T-204/08 et T-212/08, recueil de jurisprudence 2011, page II-03569.

« *Le fait que certains employés aient demandé des DDC* [commissions de complaisance] *pour un déménagement finalement remboursé par la Commission ne signifierait pas que l'institution avait connaissance de cette pratique, ni qu'elle y avait pris part, puisqu'il faut distinguer entre les agents de la Commission et la Commission en tant qu'institution* »[1040].

La Commission retient que les entreprises auraient dû connaître le fait que l'agent de l'institution n'agissait pas au nom de celle-ci, du moment où de telles demandes « *étaient manifestement contraires à leurs intérêts financiers* »[1041].

De plus, estime la Commission, approuvée par le Tribunal :

« *la seule connaissance du comportement anticoncurrentiel n'impliquerait pas que ce comportement a implicitement été « autorisé ou encouragé » par la Commission au sens du paragraphe 29, dernier tiret, des lignes directrices de 2006. Une prétendue inaction ne peut en effet être assimilée à un acte positif tel qu'une autorisation ou un encouragement* »[1042].

Par conséquent, l'argument tiré d'une intention anticoncurrentielle réduite, en raison de l'autorisation ou bien l'encouragement par une institution publique devrait être utilisé avec précaution, en raison du fait que le niveau de diligence requise de l'entreprise en cause est assez élevé.

CONCLUSION PARTIELLE – L'INTENTION, COMME FACTEUR MODÉRATEUR DU MONTANT DE L'AMENDE

L'individualisation du montant du niveau de l'amende est influencée par des circonstances de fait, qu'elles soient atténuantes ou bien aggravantes. Par contre, dans la mesure où certaines circonstances sont établies par les autorités comme ayant une connexion directe par rapport à la culpabilité de l'entreprise – donc, à son intention, le montant de l'amende sera susceptible de varier, selon le degré de la faute.

D'une part, entre les **facteurs aggravants**, deux ont été établis d'être en connexion avec l'intention, soit le rôle de meneur, d'une part, et la prise des mesures correctives à l'encontre d'autres participants à l'entente, d'autre part – si les deux circonstances forment, dans la majorité des cas, une unité, au sens où c'est le chef de file d'une entente qui exerce les

[1040] TPI, 16 juin 2011, Team Relocations NV et Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd et Team Relocations Ltd contre Commission européenne, affaires jointes T-204/08 et T-212/08, recueil de jurisprudence 2011, page II-03569, p. 132.
[1041] TPI, 16 juin 2011, Team Relocations NV et Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd et Team Relocations Ltd contre Commission européenne, affaires jointes T-204/08 et T-212/08, recueil de jurisprudence 2011, page II-03569, p. 133.
[1042] TPI, 16 juin 2011, Team Relocations NV et Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd et Team Relocations Ltd contre Commission européenne, affaires jointes T-204/08 et T-212/08, recueil de jurisprudence 2011, page II-03569, p. 134.

pressions, ce n'est pas toujours le cas, sens dans lequel les deux circonstances ont été traitées d'une manière distincte.

Pour le rôle de meneur, cette qualification est profondément liée à la culpabilité, puisque, loin de suivre un comportement des autres, le chef de fil peut constituer le guichet unique de l'entente, disséminer l'information, organiser les réunions, appliquer les mesures de rétorsion ; en effet, par ses actions, le meneur fait fonctionner tous les mécanismes d'une entente.

La jurisprudence nous fait découvrir des facteurs importants pour la qualification d'une entreprise de chef de file, sens dans lequel :

- il n'est pas nécessaire, pour qu'une entreprise soit qualifiée de meneur, que la Commission prouve qu'en son absence, l'infraction aurait été moins grave[1043];
- pour être qualifiée de meneur, il n'est pas nécessaire pour une entreprise d'avoir exercé des pressions sur des autres participants à l'entente – il suffit qu'elle soit la force motrice de celle-ci[1044] ;
- de ce point de vue, rien ne s'oppose qu'un partie dirige et organise des réunions, et une autre joue le rôle de chef de fil[1045].

Pour l'adoption et l'application des mesures correctives, la Commission regarde ce comportement comme augmentant l'intention fautive de l'entreprise en cause, raison pour laquelle une majoration du niveau de l'amende s'impose. Les autorités vont considérer qu'une entreprise a appliqué les mesures de rétorsion dès lors que :

- une entreprise applique et surveille la discipline tarrifaire établie et fait en sorte également que les co-contractants interviennent pour dénnoncer leurs collègues et concurrents[1046] ;
- une entreprise perçoit des sanctions pécunniaires à ses co-contractants qui ne respectent pas les mesures établies en commun, dès lors que ces sanctions ne sont pas prévues dans le contrat[1047] ;
- une entreprise fait usage de la violence physique pour assurer le respect de l'entente[1048].

[1043] TPI, 30 avril 2009, Nintendo Co., Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑13/03, publiée au Journal officiel de 2009, page II-00975, p. 130.
[1044] TPICE, 15 mars 2006, BASF AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-15/02, publiée au Journal officiel de 2006, page II-00497, p. 374.
[1045] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence de 2003, page II-02597, p. 276.
[1046] Commission européenne 29 juin 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/F-2/36.693, Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 262/ 02.10.2001, page 0014 – 0037, p. 121.
[1047] Commission européenne, 21 décembre 2000, Décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP.F.1/35.918 - JCB, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 - 0049, p. 255.
[1048] Commission européenne, 2 avril 2003, Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19 août 2003, page 0012 - 0041, p. 173.

D'autre part, certains facteurs qui sont liés à la culpabilité peuvent jouer le rôle de circonstance atténuante – c'est le cas d'une implication significativement réduite de l'entreprise, la pression des autres, ainsi que l'encouragement par une autorité publique.

Si la négligence, oposée à l'intention, a été considérée par les autorités comme n'affectant pas la gravité de l'infraction en soi[1049], celle-ci pourrait être dotée d'une signification atténuante, dès lors qu'elle se traduit dans l'implémentation d'un programme de clémence[1050].

À la différence de la simple tricherie, qui ne donne pas naissance à un traitement sanctionnateur plus léger[1051], une implication réduite se traduisant dans l'absence de l'implémentation de l'accord peut avoir comme résultat la diminution du niveau de l'amende[1052].

Par contre, la pression des autres est susceptible d'entraîner la réduction du montant de l'amende, dès lors qu'il s'agit d'une relation verticale[1053] ou bien dans la mesure où le comportement anticoncurrentiel a été adopté sous la pression d'une autorité publique[1054]. Par contre, dans la mesure où il s'agit d'une relation horizontale, la Commission considère que l'entreprise qui se prétend victime d'une telle pratique aurait eu, à tout moment, la possibilité de dénoncer la pratique aux autorités[1055], pour faire en sorte qu'elle cesse.

À titre supplémentaire, précisons que l'autorisation ou l'encouragement du comportement par une autorité publique peut aussi représenter une circonstance atténuante ayant pour conséquence la réduction du niveau de l'intention[1056] – en effet, une telle circonstance peut conduire à une réduction de l'amende en raison du fait que c'est l'autorité publique même qui a crée, au préalable, des doutes quant à la compatiblité du comportement avec le droit positif.

[1049] CJCE, 25 mars 1996, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaire C-137/95 P, publiée au Journal officiel de 1996, sous le numéro I-01611, p. 55.

[1050] TPICE, 14 juillet 1994, Parker Pen Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-77/92, recueil de jurisprudence 1994, page II-00549.

[1051] TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004, page II-02395, p. 291.

[1052] TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597, p. 273.

[1053] Commission européenne, 28 janvier 1998, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/35.733, 98/273/CE - Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 124 du 25 avril1998, page 0060 – 0108, p. 208.

[1054] Commission européenne, 2 avril 2003, Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19 août 2003, page 0012 – 0041, p. 176.

[1055] Commission européenne, 5 décembre 2001, Décision de la Commission du 5 décembre 2001 relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord, affaire COMP/E-1/36.604, 2002/742/CE - Acide citrique, publiée au Journal officiel n° L 239 du 06.09.2002, page 0018 - 0065., p. 283.

[1056] Commission européenne, 1999/271/CE, du 9 décembre 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/34.466, 2002/190/CE - Transbordeurs grecs, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12 mars 2002, page 0001 – 0049, p. 163.

À mentionner, toutefois, que le simple fait d'avoir apporté la pratique à la connaissance de certains agents d'une institution publique – la Commission même, ne suffit pas en vue de prouver l'encouragement de celle-ci par les autorités[1057].

[1057] TPI, 16 juin 2011, Team Relocations NV et Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd et Team Relocations Ltd contre Commission européenne, affaires jointes T-204/08 et T-212/08, recueil de jurisprudence 2011, page II-03569, p. 132.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Est-ce que la tendance presque simpliste des juristes consistant à essayer d'intégrer le droit de la concurrence dans une catégorie fixe montre ses limites ? En effet, la diversité des solutions jurisprudentielles démontre de façon de plus en plus claire la pertinence d'une approche casuistique pour l'ensemble du domaine, plus particulièrement en ce qui concerne l'intention fautive.

Certes, la majorité de la jurisprudence historique a permis de rallier autour d'elle un grand nombre d'opinions en faveur de l'exclusion de toute intention fautive de la définition d'infraction concurrentielle. Cependant, l'approche du droit de la concurrence portant sur l'intention fautive ne saurait justifier sa cohérence autour d'une opinion seule, à la lumière d'un développement jurisprudentiel hétéroclite. Il n'est nul besoin de rappeler le fait que chaque cas d'espèce présente ses propres particularités, qui puissent justifier des solutions hétérogènes.

Pourtant, une typologie de ces particularités existe-t-elle ou bien pourrait-elle être constituée? En cas de réponse affirmative, quelles seraient ces particularités, en vue de pouvoir les distinguer par rapport aux aspects indifférents en matière d'intention? Ce sont là des questions très complexes.

Du point de vue de la **qualification d'infraction**, nonobstant la position doctrinale traditionnelle qui reste tributaire à la définition strictement objective de l'entente en droit européen de la concurrence[1058], certains auteurs ont cherché à extraire de la jurisprudence les catégories d'ententes pour lesquelles l'intention joue un rôle essentiel, que ce soit: **(i).** par rapport aux types des relations au cadre desquelles elle intervient (verticales)[1059], ou bien **(ii).** en fonction de la distinction objet / effet de la pratique[1060]. A ces catégories, à travers l'étude de la jurisprudence, la présente thèse ajoute la contribution de l'intention fautive : **(iii).** dans le cadre de la théorie des restrictions accessoires, **(iv).** dans le cadre des relations horizontales, dans le cas des plateformes *online*, où l'acceptation n'est pas facile à prouver, ainsi que **(v).** pour la qualification de *facilitateur*.

En ce qui concerne l'abus de position dominante, le rôle de l'intention fautive est plus évident dans le cadre de : **(i).** l'abus d'exclusion – où l'intention d'éviction est recherchée en vue de prouver le comportement abusif et **(ii).** des prix de prédation – où l'intention est parfois déduite, parfois présumée, mais jamais absente.

[1058] WHISH, Richard et BAILEY David, Competition Law, 7eme édition, Oxford University Press 2012, p. 119.
[1059] LIANOS Ioannis, *Collusion in vertical relations under article 81 EC*, Common Market Law Review 2008, Volume 45, p. 1027 - 1077.
[1060] ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, août 2001, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001, p. 379; ODUDU, Okeogene, *Object as Subjective Intention*, in European Law Review, Sweet and Maxwell, février 2001, p. 62.

Du point de vue des **conséquences de la qualification d'infraction**, les questions sont plus simples, puisque dans le cadre des procédures négociées, certaines conditions renvoient à la culpabilité. De plus, pour la sanction, le **Règlement nº 1/2003**[1061] lui-même reconnait le rôle à l'intention, tant comme condition préalable à l'infliction de toute sanction, qu'au moment de l'individualisation de l'amende, à travers les circonstances atténuantes ou aggravantes.

Néanmoins, aborder une telle problématique et accepter un quelconque rôle de l'intention nécessite d'en admettre clairement les bases idéologiques, dans le cadre du droit européen de la concurrence, ce qui n'est pas une tâche simple dans le contexte de l'Union Européenne. Cela revient à reconnaître la formation des interdictions posées par le droit européen de la concurrence dans le cadre sa conception théorique, au niveau du modèle économique. A l'heure où les objectifs du droit européen de la concurrence sont tellement imbriqués[1062], à l'heure ou le droit de la concurrence, tel qu'il existe, pourrait être justifié par plusieurs buts, le dégagement du rôle de l'intention fautive de manière générale à partir de ces objectifs seulement semble à tout le moins risqué.

L'analyse approfondie, au cas par cas, de la conduite des entreprises, de la modalité de preuve de l'intention[1063], ainsi que des solutions de la Cour de Justice en ce qui concerne l'intention fautive, paraît être une approche plus fructueuse. C'est tout l'objet de cette thèse que de confronter la réalité de la pratique aux idées initiales, révélant que ces dernières méritent d'être profondément reconsidérées.

[1061] Il s'agit de **l'article 23 paragraphe (2) du Règlement nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002** relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, selon lequel: « *La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence: a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité.*

[1062] AKMAN, Pinar, *Searching for the Long Lost Soul of Article 82 CE*, Oxford Journal of Legal Studies, volume 29, nº 2, 2009, p. 267-303.

[1063] HYLTON, Keith, *Antitrust Intent*, 74 Southern California Law Review, 2001, p. 657.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

MONOGRAPHIES

(i). Le petit Larousse en couleurs, édition Larousse, 1995, p. 431.

(ii). Lamy Droit économique, 2015, édition Lamy, n° 1479.

OUVRAGES ET ARTICLES DE DOCTRINE

(i). AKMAN, Pinar, *Searching for the Long Lost Soul of Article 82 CE*, Oxford Journal of Legal Studies, volume 29, n° 2, 2009.

(ii). AKMAN, Pinar, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 29, n°. 2, 2009.

(iii). ANDRIYCHUK, Oles, *Can We Protect Competition Without Protecting Consumers?*, The Competition Law Review, volume 6, n° 1, décembre 2009.

(iv). BAIN, Joe, *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass., 1956, 3n.

(v). BAIN, Joe, *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing*, *Quarterly Journal of Economics*, août 1951.

(vi). BAUMOL, William, *Contestable Markets : An Uprising in the Theory of Industry Structures*, The American Economic Review, vol. 72, n° 1, March 1982.

(vii). BAUMOL, William, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, The American Economic Review, volume 72, n° 1, mars, 1982.

(viii). BAUMOL, William, PANZAR, John, WILLIG, Robert, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego: Harcourt Brace Janovich, 1982.

(ix). BECKER, Gary, *Economic theory*, Knopf, New York, 1971, p. 26; BECKER, Gary, *Irrational Behaviour and Economic Theory*, Journal of Political Economy, volume 70, n° 1, 1962.

(x). BELLAMY AND CHILD, *European Union Law of Competition*, Seventh Edition edited by ROSE Vivien and BAYLEY David, Oxford University Press, may 2014.

(xi). BETTS Michael, *United States Vs Microsoft. A case study*. Ocklohoma Journal of Law and Technology, volume 35, 2007.

(xii). BLACK, Oliver, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, 2005.

(xiii). BLANCO, Luis Ortiz, *European Community Competition Law*, 2ème édition, Oxford University Press, mars 2006.

(xiv). BOROI, Gabriel et STANCIULESCU, Liviu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod Civil*, Hamangiu, 2012.

(xv). BOUSCANT, Rémy, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, RTD Eur. 2000.

(xvi). CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, 20ème éd. Dalloz, 1996.

(xvii). CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Obligations*, tome 4, édition PUF, p. 377.

(xviii). CARROLL, Lewis, *De l'autre côté du miroir*, Livre de Poche Jeunesse, février 2010.

(xix). CASS, Ronald, KYLTON, Keith, *Antitrust Intent*, Regulatory Policy Program Working Paper, 2001, Cambridge.

(xx). CHAGNY, Muriel, *Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger*, AJCA, 2014.

(xxi). CHANDLER Jr, Alfred D., *The visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 1977.

(xxii). CLAUDEL, Emmanuelle, professeur à l'Université Paris Nanterre (Paris X), co-directrice de CEDACE (Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique), *Conditions de la transaction en matière d'infraction au droit de la concurrence*, RTD Com. 2005.

(xxiii). COASE, Ronald, *Durability and Monopoly*, Journal of Law and Economics, Volume 15, No. 1, April, 1972.

(xxiv). COMANOR, William, WILSON, Thomas, *Advertising and Market Power*, Harvard University Press, janvier 1974.

(xxv). CONNELY, Patrick, *Experience curve as a Planning Tool*, in Boston Consulting Group pamphlet, 1970; DAY, G et MONTGOMERY, D, *Diagnosing the Experience Curve*., in Journal of Marketing, volume 47, 1983.

(xxvi). COSKUN, Alexis, *Confirmation de l'approche économique en droit de la concurrence : la poursuite de la « modernisation »*, Rapport sur la concurrence de 2013, Revue de l'Union européenne 2015.

(xxvii). CUBBIN, John, *Advertising and the Theory of Entry Barriers*, Economica, volume 48, août 1981.

(xxviii). DAVID, Eric, *L'incidence des procédures alternatives sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne*, Concurrences, 1-2011.

(xxix). DECHERY J.-L., *Le règlement communautaire instituant un contrôle des concentrations*, RTD eur. 1990.

(xxx). DEJEAN de La Bâtie, in Aubry et Rau, *Droit civil français*, 7e éd. 1975, t. 6, n° 342 ;

(xxxi). DELIYANNIS, Jean, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, th. Paris, 1952, LGDJ.

(xxxii). DIRECTOR, Aaron and LEVI, Edward Hirsch, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 Northern University Law Review, 1956.

(xxxiii). DORSEY, Elyse, RYBNICEK, Jan et ZRIGHT, Joshua, *Hipster Antitrust Meets Public Choice Economists: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law and Rent Seeking*, CPI Antitrust Chronicles, avril 2018.

(xxxiv). EASTERBROOK, Frank, *The Chicago School and Exclusionary Conduct*, Harvard Journal of Law and Public Policy, printemps 2008.

(xxxv). ETIER, Guillaume, *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Schulthess Bruylant, 2006.

(xxxvi). FAULL Jonathan et NIPKAY Ali, *The EC Law of Competition*, 2ème édition, Oxford University Press, 2007.

(xxxvii). FERRY, J.E., *Selective Distribution and Other Post-Sale Restrictions*, 1981, 2 ECLR.

(xxxviii). GERBER, David, *Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism*, Compétition Law and the New Europe, The American Journal of Comparative Law, volume 42, 1994.

(xxxix). GERBER, David, *The Future of Article 82: Disecting the Conflict*, Chicago-Kent College of Law, IL, USA, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2007.

(xl). GHENAWAT, Pankaj, *Competition and Business Strategy in Historical Perspective*, Business History Review, printemps 2002.

(xli). GOYDER, DG, GOYDER Joanna, ALBORS-LLORENS Albertina, *Goyder's EC Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

(xlii). HALL, William, *Survival Stratégies in a Hostile Envirnoment*, Harvard Business Review, septembre - octobre 1980.

(xliii). HILDEBRAND, Doris, *The role of Economic Analysis in the EC Compétition Rules*, Klower Law International, 2009.

(xliv). HYLTON, Keith, *Antitrust Intent*, 74 Southern California Law Review, 2001, p. 657.

(xlv). IDOT, Laurence, Développement des actions en réparation et articulation avec l'action des autorités spécialisées, RTD EUR. 2013.

(xlvi). IDOT, Laurence, Procédures quasi-répressives en droit de la concurrence, RSC 2013.

(xlvii). JAZOTTES, Gérard, professeur à l'Université de Toulouse, *La Commission se dote d'une procédure simplifiée de l'interdiction des ententes : la procédure de transaction*, RTD com., n° 1.

(xlviii). JONES Alison, *The Journey towards and effects-based approach under Article 101 TFEU* – The case of hardcore restraints, The Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 4, hiver 2010.

(xlix). JONES, Michael, *CLERCK & LINDSELL on Torts*, 16e éd. Sweet & Maxwell, 1989.

(l). KAHN, Lina, *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, volume 126, n° 3, janvier 2017, The Yale Law Journal Company, 2017.

(li). KAHN, Lina, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, Journal of European Competition Law and Practice, Oxford University Press, 2018.

(lii). KERSE, Christopher et Khan, Nicolas, *EC Antitrust Procedure*, 5ème édition, Sweet and Maxwell, 2005.

(liii). KOMNINOS, Assimakis, *Non-competition concerns : Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC*, Working Paper (1) 08/05, The University of Oxford Centre for Compétition Law and Policy, 30 juin 2005.

(liv). KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9ème édition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

(lv). KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th edition, Hart, Oxford, 2000.

(lvi). L'ÉVÊQUE, François, *L'efficacité multiforme des programmes de clémence*, Concurrences 4/2006.

(lvii). LASSERRE-KIESOW, Valérie, *La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Recueil Dalloz, 2007.

(lviii). le TOURNEAU, Philippe, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), RTD civ.*, 1988.

(lix). Le TOURNEAU, Pierre, *La responsabilité civile*, 3e éd. Dalloz, n° 1872.

(lx). LENOIR, Rémy, *La notion d'accident du travail : un enjeu de luttes*, Actes de la recherche en sciences sociales, nº 32-33, avril/juin 1980, p. 77-88.

(lxi). LEVASSEUR, Georges, CHAVANNE, Albert, MONTREUIL, Jean, BOULOC, Bernard, *Droit pénal général et procédure pénale*, 12ème éd. Sirey, n° 163.

(lxii). LIANOS Ioannis, *Collusion in vertical relations under article 81 EC*, Common Market Law Review 2008, volume 45.

(lxiii). LIDGARD Hans Henrik, *Unilateral refusal to supply : an Agreement in disguise?*, European Competition Law Review, 1997, volume 18, sortie 6.

(lxiv). LIPCZYNSKI, John, WILSON, John et GODDARD, John, *Industrial Organization Competition, Strategy And Policy*, 5ème édition, Pearson Education Limited.

(lxv). MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, *Cours de droit civil, Obligations*, Tome 4, 5e éd. Cujas.

(lxvi). MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, *Les Obligations*, 5e éd. Defrésnois, n° 57.

(lxvii). MALINVAUD, Philippe et FENOUILLET, Dominique, *Droit des obligations*, 12ème édition LITEC, 2012, n° 584.

(lxviii). MARTY, Frédéric, *Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain*, Revue internationale de droit économique, 2014/4 (t. XXVIII).

(lxix). MASON Edward, *Price and Production Policies of Large Scale Enterprise*, American Economic Review nº 29, mars 1939.

(lxx). MAZEAUD Henri, TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile et contractuelle et délictuelle*, tome I, 6ème édition Montchrestien, 1965.

(lxxi). McAFREE, Preston, MIALON, Hugo, WILLIAMS Michael, *When Are Sunk Costs Barriers to Entry? Entry Barriers in Economic and Antitrust Analysis*, American Economic Review, Volume 94, Number 2, may 2004.

(lxxii). MITRACHE, Constantin, MITRACHE Cristian, *Drept penal român, Partea generală*, éd. Universul Juridic, București, 2010.

(lxxiii). MOISEJEVAS Raimundas, *The Importance of Intent in predatory pricing*, Revue Jurisprudencia, 2010, 4(122).

(lxxiv). MOISEJEVAS, Raimundas, *The Importance of Intent in predatory pricing*, Revue Jurisprudencia, 2010, 4(122).

(lxxv). MOMEGE, Clémence, *Adoption du programme modèle du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrices communautaires*, Concurrences 4/2006.

(lxxvi). MONTI, Giorgio, *Article 81 and Public Policy*, Common Market Law Review, Volume 39, 2002.

(lxxvii). MORIN Marie-Christine, *L'évolution de l'antitrust dans les deux côtés de l'Atlantique: le cas d'étude de Microsoft*, Cahier de Recherche CEIM (Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Institut d'études internationales de

Montréal - Université du Québec à Montréal), Gouvernance des TIC 11-01, ISSN 1714-7638.

(lxxviii). NAZZINI, Renato, *Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of "restriction of competition" in EU law*, Common Market Law Review, Volume 43, 2006.

(lxxix). NOAM, Eli, Book Review: Richard A POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.

(lxxx). ODUDU Okeogene, *Restriction of competition by objet – what's the beef?,* Competition Law Review, 2008.

(lxxxi). ODUDU, Okeogene, août 2001, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001.

(lxxxii). ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect*, Sweet and Maxwell. A Thomas Company, London, 2001.

(lxxxiii). ODUDU, Okeogene, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, août 2001, Sweet and Maxwell Limited Edition, 2001.

(lxxxiv). ODUDU, Okeogene, *Object as Subjective Intention*, in European Law Review, Sweet and Maxwell, février 2001.

(lxxxv). ODUDU, Okeogene, *The Wider Concerns of Competition Law*, in Oxford Journal of Legal Studies, volume 30, n° 3, 2010.

(lxxxvi). ODUDU, Okeoghene, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effects*, European Law Review, volume 26, 2001.

(lxxxvii). PAULIN, Christophe, *Droit pénal général*, 4ème éd. LITEC, 2005, n°118.

(lxxxviii). PLAISANT, Robert, FRANCESCHELLI Remo et LASSIER Jacques, *Droit européen de la concurrence*, Editions J. Delmas et Cie, Paris, 1979.

(lxxxix). PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit civil 2ème année. Les obligations*, 6ème éd. Dalloz, 2010, n° 634.

(xc). PORTER, Michael, *Competitive Advantage : Creating and Sustaining Superior Performance*, Simon and Schuster, New York, 1985.

(xci). PORTER, Michael, *Competitive Strategy*, Free Press, New York, 1980.

(xcii). PORTER, Michael, *The Contributions of Industrial Organization to Strategic Management*, Academy Management Review October 1, 1981 vol. 6 n° 4.

(xciii). POSNER, Richard, *Antitrust in the New Economy*, John M Olin Law and Economics Working Paper N°. 106, 2ème série, The Law School of the University of Chicago.

(xciv). POSNER, Richard, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1976, p. 8-10; BORK, Robert, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Free Press, New York, 1993.

(xcv). POSNER, Richard, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 925, avril 1979.

(xcvi). PRIEST, George, The Abiding Influence of the Antitrust Paradox : An Esssay in Honor of Robert Bork, Harvard Journal pf Law and Public Policy, volume 31, 2008.

(xcvii). PRIETO, Catherine et RODA, Jean-Christophe, *Les programmes de clémence in Les entreprise face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement*

n° 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ? sous la direction de IDOT, Laurence et PRIETO, Catherine, Bruylant 2006.

(xcviii). PRIETO, Catherine, Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence, D. 2006.

(xcix). RIEM F., *Concurrence effective ou concurrence efficace ?, L'ordre concurrentiel en trompe l'œil*, RTD eur. 2008, I.

(c). ROBERT, Francis Vere dans *HEUSTON Salmond on the Law of torts*, 16e éd. Sweet & Maxwell.

(ci). RODA, Jean-Christophe, *La politique de clémence communautaire – Les apports de la nouvelle communication du 8 décembre 2006*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2007, étude 4.

(cii). RODGER, Barry and MCCULLOCH, Angus, *Competition Law and Policy in the EU and UK*, Fifth Edition, Taylor and Francis Group, London and New York, 2015.

(ciii). RUBINFELD, Daniel, *On the Economics of Antitrust Law and Economics, How the Chicago School Oversot the Mark – the Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust Law*, Oxford University Press, 2008.

(civ). RUBINFELD, Daniel, *On the Foundations of Antitrust Law and Economics*, Oxford University Press, 2008.

(cv). SALEILLES, Raymond, *Le risque professionnel dans le Code civil*, La réforme sociale, 1989.

(cvi). SCHREPEL, Thibault, *La procédure de règlement par transaction devant la Commission européenne*, Revue Concurrentialiste, avril 2014.

(cvii). SCHWARZE, Jürgen, Les sanctions infligées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n° 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit, RTD Eur. 2007.

(cviii). SCHWEITZER, Heike, *Efficiency, Political Freedom and Freedom to Compete* – comment on Maier Rigaud, in ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law, Edward Elgar Publishing, 2012.

(cix). SHAPIRO, Carl, *The Theory of Business Strategy*, RAND Journal of Economics, vol 20, printemps 1989.

(cx). SIMPSON, Brian, *Two Theories of Monopoly and Competition: Implications and Applications*, in Journal of Applied Business and Economics, août 2010, volume 11(2).

(cxi). SIRAGUSA Mario et RIZZA Cesare, *Cartel Law Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, Claerys and Casteels, avril 2007.

(cxii). SIRAGUSA, Mario et RIZZA, Cesare, *Cartels and Collusive Behaviour. Restrictive Agreements and Practices Between Competitors*, Volume II, deuzième édition, Claeys & Casteels, 2012.

(cxiii). SMITH, Adam, *An Inquiry in the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, MetaLibri, 2007.

(cxiv). STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5e éd. LITEC, n° 268.

(cxv). STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 14ème éd. Dalloz, 1992, Paris, n°250.

(cxvi). STIGLER, George, *A Theory of Oligopoly*, The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue 1, février 1964.

(cxvii). STIGLER, George, *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1968.

(cxviii). STIGLER, George, *The Theory of Economic Regulation*, The Bell Journal of Economics and Management Science, volume 2, nº 1, printemps, 1971.

(cxix). STORME, Matthias, *Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances*, Bulletin des assurances, 1990.

(cxx). TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, 10ème édition Dalloz, 2015.

(cxxi). TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 8èmeéd. Dalloz, 2002, n° 722.

(cxxii). THILL TAYARA Mélanie et HERRENSCHMIDT Fleur, *Jurisprudence communautaire récente en matière d'entraves au commerce parallèle : la fin des ententes présumés*, Revue Lamy Droit des affaires, 2004.

(cxxiii). TIROLE, Jean et REY, Patrick, *Analyse économique de la notion de prix de prédation*, Revue française d'économie, 1997, volume 12, sortie 12-1.

(cxxiv). UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală*, 4ème edition, CH Beck, p. 99.

(cxxv). UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea generală. Partea specială*, éd. CH Beck, București, 2010, p. 52-56 ; GUIU, Mioara Ketty, *Basic Concepts of Criminal Law and Setting up Incriminating Norms*, Journal of Politics and Law 5. 1er, mars 2012.

(cxxvi). UDROIU, Mihail, *Drept penal. Partea specială, Noul cod penal*, éd. CH Beck, București, 2014.

(cxxvii). Van BAEL et BELLIS, *Competition Law of the European Commission*, Wolter's Kluwer Law et Business, 2010.

(cxxviii). VAN BARLINGEN, Bertus et BARENNES, Marc, European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice, Competition Policy Newsletter, 3ème sortie , automne 2002.

(cxxix). Van GERVEN, Walter, *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1966.

(cxxx). Van VALEN, Leigh, *A New Evolutionary Law*, Evolutionary Theory 1, 1973.

(cxxxi). VENIT, James, Article 82 : *The Last Frontier : Fighting Fire with fire ?*, Fordham International Law Journal, Volume 28, 4ème sortie, article 10.

(cxxxii). VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil*, sous la direction de GHESTIN, Jacques, LGDJ, 1995.

(cxxxiii). von DER GROEBEN, *Competition policy as part of the economic policy in the Common Market*, Discours devant le Partament Européeen, Strasbourg, juin 1965.

(cxxxiv). WAELBROECK, Denis, *Le développement, en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester au juge ?*, GCLC Working Paper 01/08, dans The Global Competition Law Center, Working Papers Series, janvier 2008.

(cxxxv). WEBB, Thomas, *Fixing the Price Fixing Confusion : A Rule of Reason Approach*, The Yale Law Journal, vol. 92, nº 4, 1983.

(cxxxvi). WERNERFELT, Birger, *A Resource-based View of the Firm*, Strategic Management Journal, volume 5, nº 2, 1984.

(cxxxvii). WHISH, Richard et BAILEY David, Competition Law, 7eme édition, Oxford University Press 2012.

ACTES LEGISLATIVES ET DE SOFT LAW

(i). Commission européenne, 01 mars 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, publiées au Journal officiel de 2006, sous le numéro C 210/02.

(ii). Commission européenne, 19 févr. 2002, Communication sur l'immunité d'amende et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, publiées au Journal officiel n° C 45, 19 févr. 2002, p. 3.

(iii). Commission européenne, 27 avr. 2004, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE, JOUE 27 avril, nº C 101.

(iv). Commission européenne, Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, 2005/C 56/03, 5 mars 2005.

(v). Commission européenne, Communication de la commission sur la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant, publiées au Journal officiel n° C 207, 18 juill. 1996.

(vi). Commission européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leurs montants dans les affaires portant sur les ententes, publiées au Journal officiel n° C 298, 8 déc. 2006, p. 12(b).

(vii). Commission européenne, Communication relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, 2008/C 167/01, 2 juillet 2008.

(viii). Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiée au Journal officiel nº C 45/7 du 24 février 2009**.**

(ix). Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence 2010**.**

(x). Communication Commission européenne, 27 avr. 2004, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE, publiées au Journal officiel nº C 101 de 27 avril 2004.

(xi). Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au Journal officiel n° C 372 du 09/12/1997, p. 0005 – 0013.

(xii). Lignes directrices sur les restrictions verticales, publiée au Journal officiel no C 130 du 19 mai 2010, p. 0001 – 0046.

(xiii). Parlement européen et Conseil, 26 novembre 2014, Directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, publiée au Journal officiel L 349/1, numéro 2014/104/UE.

(xiv). Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, publié au Journal officiel nº L 123 du 27.04.2004, p. 0011 - 0017.

(xv). Règlement (CE) no 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le Règlement (CE) nº 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, publié au Journal officiel de l'Union européenne, L 171/3 de 01.07.2008.

(xvi). Règlement (CEE) n° 19/65 du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 (ex article 85 paragraphe 3 du traité de Rome) du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, publié au Journal officiel L 36 du 06.03.1965.

(xvii). Règlement (UE) n ° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, publié au *Journal officiel n° L 335 du 18.12.2010 p. 0043 – 0047.*

(xviii). Règlement (UE) nº 1217/2010 de la Commission et du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, publié au Journal officiel nº L 335 du 18 décembre 2010, p. 0036 – 0042.

(xix). Règlement (UE) nº 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, publié au Journal officiel nº L 102/1 du 23.4.2010.

(xx). Règlement CE n° 1/2003 du Conseil, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, publié au Journal officiel nº L 1 du 4.1.2003.

(xxi). Règlement CE n° 773/2004du Conseil, du 3 août 2015, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité, publié au Journal officiel nº L 123 du 27.4.2004.

DECISIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE

(i). Commission européenne, 14 déc. 1985, déc. no 85/609/CEE, ECS contre Akzo Chemie, JOCE 31 décembre, no L 374/1.

(ii). Commission européenne, 5 octobre 1973, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Deutsche Philips GmbH, affaire 73/322/EEC, publiée au Journal officiel nº L 293/40 du 25.04.1998.

(iii). Commission européenne, 7 octobre 1981, décision no 81/969/CEE relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, publiée au Journal officiel no L 353 du 09.12.1981.

(iv). Commission européenne, 10 décembre 1982, Décision relative à une procédure d'application l'article 86 du traité CEE, affaire IV/29.877, 82/861/CEE, British Telecommunications, publiée au Journal officiel n° L 360 du 21.12.1982**.**

(v). Commission européenne, du 11 juillet 1983, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, affaire IV/29.395, 83/400/CEE**,** Windsurfing International, publiée au Journal officiel n° L 229 du 20.08.1983**.**

(vi). Commission européenne, 16 décembre 1985, relative à une procédure d'application l'article 85 du traité CEE, affaire IV/30.839, 85/617/CEE, Sperry New Holland, publiée au Journal officiel n° L 376 du 31.12.1985**.**

(vii). Commission européenne 86/399/CEE, du 10 juillet 1986, relative à une procédure d'application l'article 85 du traité CEE, affaire IV/31.371, 86/399/CEE, Revêtements bitumés, publiée au Journal officiel n° L 232 du 19.08.1986**.**

(viii). Commission européenne, 18 juillet 1988, Décision de la Commission du 18 juillet 1988 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/30.178, 88/518/CEE, Napier Brown - British Sugar, publiée au Journal officiel n° L 284 du 19.10.1988.

(ix). Commission européenne, 24 juillet 1991, Décision de la Commission du 24 juillet 1991 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, affaire IV/31.043, 92/163/CEE - Tetra Pak II, publiée au Journal officiel n° L 072 du 18.03.1992.

(x). Commission européenne, 5 février 1992, Décision de la Commission du 5 février 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/31.572 et 32.571, 92/204/CEE - Industrie de la construction aux Pays-Bas**,** publiée au Journal officiel n° L 092 du 07.04.1992.

(xi). Commission européenne, 13 juillet 1994, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/CONTRE33.833 - Carton, 94/601/CE, publiée au Journal officiel n° L 243 du 19.09.1994.

(xii). Commission européenne, 28 janvier 1998, Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/35.733, 98/273/CE - Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 124 du 25**.**04**.**1998**.**

(xiii). Commission européenne, 21 octobre 1998, Décision de la Commission du 21 octobre 1998 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/35.691/E-4, 1999/60/CE - conduites précalorifigées, publiée au Journal officiel n° L 24 du 1999.

(xiv). Commission européenne, 1999/271/CE, du 9 décembre 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, affaire IV/34.466, 2002/190/CE - Transbordeurs grecs**,** publiée au Journal officiel n° L 069 du 12.03.2002.

(xv). Commission européenne, 21 décembre 2000, Décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP.F.1/35.918 - JCB, publiée au Journal officiel n° L 069 du 12.03.2002.

(xvi). Commission européenne 29 juin 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/F-2/36.693, Volkswagen, publiée au Journal officiel n° L 262/ 02.10.2001.

(xvii). Commission européenne, 5 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire IV/37.614/F3, PO/Interbrew et Alken-Maes, publiée au Journal officiel n° L 200 du 07.08.2003.

(xviii). Commission européenne, 5 décembre 2001, Décision de la Commission du 5 décembre 2001 relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord, affaire COMP/E-1/36.604, 2002/742/CE - Acide citrique, publiée au Journal officiel n° L 239 du 06.09.2002.

(xix). Commission européenne, 20 décembre 2001, Décision de la Commission du 20 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/E-1/36.212, 2004/337/CE - Papier autocopiant, publiée au Journal officiel n° 115 du 21.04.2004.

(xx). Commission européenne, 11 juin 2002Décision de la Commission, du 11 juin 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/36.571/D-1, 2004/138/CE - Banques autrichiennes - "club Lombard", publiée au Journal officiel n° L 056 du 24.02.2004.

(xxi). Commission européenne, 2 avril 2003**,** Décision de la Commission du 2 avril 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE - Viandes bovines françaises, publiée au Journal officiel n° L 209 du 19/08/2003.

(xxii). Commission européenne, 21 mai 2003, Décision de la Commission du 21 mai 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, affaire COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, 2003/707/CE - Deutsche Telekom AG, publiée au Journal officiel n° L 263 du 14.10.2003.

(xxiii). Commission européenne, 10 décembre 2003, décision relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/E-2/37.857 - Peroxydes organiques, résumé publié au Journal officiel n° 349/CE de 30.04.2005.

(xxiv). Commission européenne, 3 septembre 2004, Décision de la Commission du 3 septembre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE à l'encontre de Boliden AB, Boliden Fabrication AB et Boliden Cuivre - Zinc S.A., d'Austria Buntmetall AG et Buntmetall Amstetten Ges.m.b.H., d'Halcor S.A., de HME Nederland BV, d'IMI plc, IMI Kynoch Ltd. et IMI Yorkshire Copper Tube Ltd., de KM Europa Metal AG, Tréfimétaux SA et Europa Metalli SpA, de Mueller Industries, Inc., WTC Holding Company, Inc., Mueller Europe Ltd., DENO Holding Company, Inc. et DENO Acquisition EURL, d'Outokumpu Oyj et Outokumpu Copper Products OY, ainsi que de Wieland Werke

AG**,** affaire COMP/E-1/38.069, 2006/485/CE - Tubes sanitaires en cuivre**,** publiée au Journal officiel n° L 192/21 de 13.07.2006.

(xxv). Commission européenne, 20 octobre 2004, Décision de la Commission du 20 octobre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, affaire COMP/C.38.238/B.2, 2007/236/CE - Tabac brut-Espagne, publiée au Journal officiel n° L 102/14 de 19.04.2007.

(xxvi). Commission européenne, 26 octobre 2004, Décision de la Commission du 26 octobre 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 traité CE, affaire COMP/F-1/38.338 - PO/Aiguilles, publiée au Journal officiel n° C147/23 de 27.06.2009.

(xxvii). Commission européenne, 11 mars 2008, Décision de la Commission du 11 mars 2008 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire 38543, COMP/38543 - Services de déménagements internationaux, publiée au Journal officiel n° C (2008) 926 final**.**

(xxviii). Commission européenne, 19 mai 2010, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE (1) et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/38.511 - DRAM, résumé publié au Journal officiel n° C180/09, de 21.06.2011.

(xxix). Commission européenne, 20 juillet 2010, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/38.866 - Phosphates pour l'alimentation animale, résumé publié au Journal officiel n° C 111/09 de 09.04.2011.

(xxx). Commission européenne, 13 avril 2011, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39.579 - Consumer détergents, résume publié au Journal officiel n° C 193/14 de 02.07.2011.

(xxxi). Commission européenne, 19 octobre 2011, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39605 - Verre pour tubes cathodiques, résume publié au Journal officiel n° C(2011)7436 de 2011.

(xxxii). Commission européenne, 07 décembre 2011, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39.600 - Compresseurs frigorifiques, résume publié au Journal officiel n° C(2011)8923 de 27.04.2012.

(xxxiii). Commission européenne, 27 juin 2012, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire COMP/39.611 - Produits de gestion de l'eau, résume publié au Journal officiel n° C 335/04 de 01.11.2012.

(xxxiv). Commission européenne, 19 juin 2013, Décision de la Commission du 10 décembre 2013 relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE, affaire AT.39226 – Lundbeck.

(xxxv). Commission européenne, 10 juillet 2013, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et

de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39748, Faisceaux de fils électriques automobiles, résume publié au Journal officiel n° C 283/05 de 28.092013.

(xxxvi). Commission européenne, 4 décembre 2013, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39861, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens, résume publié au Journal officiel n° C(2013) 8602/7.

(xxxvii). Commission européenne, 29 janvier 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39801 - Mousse de polyuréthane, résume publié au Journal officiel n° C 354/07, de 08.10.2014.

(xxxviii). Commission européenne, 5 mars 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39952 - Bourses d'électricité, résume publié au Journal officiel n° C 334/06 de 25.09.2014.

(xxxix). Commission européenne, 19 mars 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39922 - Roulements automobiles, résume publié au Journal officiel n° C 238/09, de 23.07.2014.

(xl). Commission européenne, 2 avril 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39792 - Grenaille abrasive métallique, résume publié au Journal officiel n° C 362/07, de 14.10.2014.

(xli). Commission européenne, 9 juillet 2014, Décision de la Commission du 9 juillet 2014 relative à une procédure d'application des articles 101 et 101 du TFUE, affaire AT.39612 – Servier.

(xlii). Commission européenne, 25 juin 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39965 - Champignons, résume publié au Journal officiel n° C 453/11, de 17.12.2014.

(xliii). Commission européenne, 21 octobre 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire C (2014)7602, Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en francs suisses, résume publié au Journal officiel n° C 72/10, de 28.02.2015.

(xliv). Commission européenne, 10 décembre 2014, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39780 - Enveloppes, résume publié au Journal officiel n° C 74/05, de 03.03.2015.

(xlv). Commission européenne, 17 juin 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40055 - systèmes de chauffage de stationnement, résume publié au Journal officiel n° C 425/09, de 18.12.2015.

(xlvi). Commission européenne, 15 juillet 2015, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40098 - Trains-blocs, résume publié au Journal officiel n° C 351/06, de 23.10.2015.

(xlvii). Commission européenne, 27 janvier 2016, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40028 - Alternateurs et démarreurs, résume publié au Journal officiel n° C 137/06, de 19.04.2016.

(xlviii). Commission européenne, 19 juillet 2016, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39824 - Camions, résume publié au Journal officiel n° C 108/05, de 06.04.2017.

(xlix). Commission européenne, 12 décembre 2016, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39904 - Batteries rechargeables, résumé publié au Journal officiel n° C 117/10, de 14.04.2017.

(l). Commission européenne, 8 mars 2017, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.39960 - Systèmes thermiques, résumé publié au Journal officiel n° C 169/15, de 30.05.2017.

(li). Commission européenne, 21 juin 2017, Décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE, affaire AT.40013 - Systèmes d'éclairage, résumé publié au Journal officiel n° C 333/04, de 05.10.2017.

ARRËTS DES INSTANCES EUROPÉENNES

(i). CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz AG contre Commission des Communautés européennes, affaire C-277/87, recueil de jurisprudence 1990.

(ii). CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire 42/84, recueil de jurisprudence 1985.

(iii). CJCE, 11 juillet 1989, Belasco et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire246/86, publiée au recueil de jurisprudence 1989, page 02117.

(iv). CJCE, 12 décembre 1967, SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen, affaire 23-67, recueil de jurisprudence 1967.

(v). CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 32/78, 36/78 à 82/78, recueil de jurisprudence 1979.

(vi). CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche contre Commission, affaire C-85/76, recueil de jurisprudence 1979.

(vii). CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne, affaires jointes 56 et 58-64, recueil de jurisprudence 1966.

(viii). CJCE, 13 juillet 2006, Commission des Communautés européennes contre Volkswagen AG, affaire C-74/04 P, recueil de la jurisprudence 2006, page I-06585.

(ix). CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire C-74/04 P, recueil de jurisprudence 2006m page I-06585.

(x). CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes, affaire 27/76, recueil de jurisprudence 1978, page 00207.

(xi). CJCE, 14 juillet 1972, Sandoz contre Commission des Communautés Européennes, affaire 53/69, recueil de jurisprudence 1972, page 00845.

(xii). CJCE, 14 novembre 1996, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire C-333/94 P, recueil de jurisprudence 1996 page I-05951.

(xiii). CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641.

(xiv). CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, recueil de jurisprudence 1975, page 01663.

(xv). CJCE, 16 octobre 1989, Stergios Delimitis contre Henninger Brau AG, affaire C-238/4, recueil de jurisprudence 1991, page I-00935.

(xvi). CJCE, 17 septembre 1985, Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 25 et 26/84, recueil de la jurisprudence 1984, page 01129.

(xvii). CJCE, 17 septembre 1985, Ford et Ford Europe contre Commission, affaires jointes 25/1984 et 26/1984, recueil de jurisprudence 1985, p. 2725

(xviii). CJCE, 19 avril 1988, SPRL Louis Erauw-Jacquery contre Société coopérative La Hesbignonne, affaire 27/87, recueil de jurisprudence 1988 page 01919.

(xix). CJCE, 19 février 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, recueil de la jurisprudence 2002, page 01577.

(xx). CJCE, 19 février 2002, Wouters contre Algeimene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, affaire C-309/99, recueil de jurisprudence 2002, page I-01577.

(xxi). CJCE, 1990, Bayo-n-ox contre Commission européenne, Journal officiel L21/71, CMLR, p. 930

(xxii). CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, page 00131.

(xxiii). CJCE, 1er février 1977, Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, page 00131.

(xxiv). CJCE, 1er février 1977, Miller, affaire 19/77, recueil de jurisprudence 1978, page 00131.

(xxv). CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, affaire 120/78, recueil de jurisprudence 1979, page 00649.

(xxvi). CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaire 6/72, recueil de jurisprudence 1973, page 00215.

(xxvii). CJCE, 21 septembre 2006, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire C-167/04 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-08935.

(xxviii). CJCE, 22 octobre 1986, Metro contre Commission, affaire 75/1984, supplément au BOE n° 181, du 30 juillet 1984.

(xxix). CJCE, 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke c/ ALD Auto-Leasing, affaire C-70/1993, recueil de jurisprudence 1995, page I-3439.

(xxx). CJCE, 25 mars 1996, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaire C-137/95 P, publiée au Journal officiel de 1996, sous le numéro I-01611.

(xxxi). CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes, affaire 26-76, *recueil de jurisprudence 1977, page 01875.*

(xxxii). CJCE, 25 octobre 1983, AEG contre Commission, affaire 107/1982, recueil de jurisprudence 1983, page 3151.

(xxxiii). CJCE, 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 107/82, recueil de la jurisprudence 1983, page 03151.

(xxxiv). CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, affaire 161/84**,** recueil de jurisprudence 1986, page 00353.

(xxxv). CJCE**,** 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink, affaires jointes 29/83 et 30/83**,** recueil de jurisprudence 1984, page 01679.

(xxxvi). CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-62/86, *recueil de jurisprudence 1991, page I-03359.*

(xxxvii). CJCE**,** 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire 35/83, recueil de jurisprudence 1985 page 00363.

(xxxviii). CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, affaire 123/83, recueil de jurisprudence 1985, page 00391.

(xxxix). CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), affaire 56-65, recueil de jurisprudence de 1966, page 00337**.**

(xl). CJCE, 6 avril 2006, General Motors BV contre Commission des Communautés européennes. Affaire C-551/03 P, Recueil de jurisprudence 2006, page I-03173.

(xli). CJCE, 6 avril 2006, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire C-551/03 P, recueil de jurisprudence 2006, page I-03173.

(xlii). CJCE, 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de la jurisprudence 2004, page I-00023.

(xliii). CJCE, 6 octobre 1982, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres contre Ciné-Vog Films SA et autres, affaire C-262/81**,** *recueil de jurisprudence 1982, page 03381*.

(xliv). CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex contre Commission, affaire C 279/87, recueil de la jurisprudence 1990, page I-00261.

(xlv). CJCE, 8 février 1990, Tipp-Ex/Commission, affaire C 279/87, recueil de la jurisprudence 1990, page I-00261.

(xlvi). CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni contre Commission, affaire C-49/92 P, *recueil de jurisprudence 1999, page I-04125*.

(xlvii). CJCE, 8 juin 1982, Nungesser et K. Eisele contre Commission, affaire 258/78, *recueil de jurisprudence 1986,* page 2015.

(xlviii). CJCE**,** 8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, recueil de jurisprudence 1983, page 03369**.**

(xlix). CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, affaire 322/81, recueil de jurisprudence 1983, page 03461.

(l). CJUE, 17 septembre 2015, Total Marketing Services SA contre Commission européenne, affaire C-634/13, publié au recueil numérique de 2015, page 614, point 26.

(li). CJUE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society LTD et Barry Brothers (Carrigmore) Meats LTD, affaire C-209/07, recueil de jurisprudence 2008, page I-08637.

(lii). CJUE, 21 janvier 2016, Eturas contre Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, publié au recueil numérique.

(liii). CJUE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, affaire C-8/08, recueil de jurisprudence 2009, page I04529.

(liv). CJUE, 5 décembre 2013, Solvay SA contre Commission européenne, affaire C-455/11 P, publiée au Recueil numérique (Recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées").

(lv). CJUE, 6 octobre 2009, Glaxo-Smith Kline Services Unlimited contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, recueil de jurisprudence 2009, page I-09291.

(lvi). CJUE, 8 février 2008, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire C-3/06 P, recueil de jurisprudence 2007, page I-01331.

(lvii). Commission européenne, 23 avril 1986, Polypropylène, affaire 86/398/CEE, Journal officiel n° L 230 du 18 août1986, page 0001 – 0066.

(lviii). TPI, 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-504/93, recueil de jurisprudence 1997, page II-00923.

(lix). TPI, 14 mai 1998, Finnish Board Mills Association — Finnboard contre Commission des Communautés européennes, affaire T-338/94, recueil de jurisprudence 1994 *page II-01617*, maintenue par l'affaire C-298/98 P, recueil de jurisprudence page 2000 I-10157.

(lx). TPI, 16 juin 2011, Caffaro Srl contre Commission européenne, affaire T-192/06, Recueil de jurisprudence 2011, page II-03063.

(lxi). TPI, 16 juin 2011, Solvay SA contre Commission européenne, affaire T-186/06, recueil de jurisprudence 2011, page II-02839.

(lxii). TPI, 16 juin 2011, Team Relocations NV et Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd et Team Relocations Ltd contre Commission européenne, affaires jointes T-204/08 et T-212/08, recueil de jurisprudence 2011, page II-03569.

(lxiii). TPI, 18 juin 2008, Hoechst GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑410/03, publiée au Journal officiel de 2008, page II-00881.

(lxiv). TPI, 26 avril 2007, Bolloré SA et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, recueil de jurisprudence 2007, page II-00947.

(lxv). TPI, 27 septembre 2012, Nynäs Petroleum et Nynas Belgium contre Commission européenne, affaire T-347/06, recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées".

(lxvi). TPI, 3 mars 2011, Areva et autres contre Commission européenne, affaire T-117/07, recueil de jurisprudence 2011 page II-00633.

(lxvii). TPI, 30 avril 2009, Nintendo Co., Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑13/03, publiée au Journal officiel de 2009, page II-00975.

(lxviii). TPI, 9 septembre 2011, Deltafina contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2011, page II-05639.

(lxix). TPICE, 10 mars 1992, Imperial Chemical Industries PLC contre Commission des Communautés européennes, affaire T-13/89, recueil de jurisprudence 1992, page II-01021.

(lxx). TPICE, 12 juillet 2001, Tate & Lyle PLC, British Sugar PLC et Napier Brown & Co. Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, publiée au Journal officiel de 2001, page II-02035.

(lxxi). TPICE, 13 décembre 2001, Krupp-Thyssen Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-45/98 et T-47/98, recueil de jurisprudence 2001, page II-03757.

(lxxii). TPICE, 13 décembre 2006, Coop de France bétail et viande et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres contre Commission des Communautés

européennes, affaires jointes T-217/03 et T-245/03, recueil de jurisprudence 2006, page II-04987.

(lxxiii). TPICE, 13 janvier 2004, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, affaire T-67/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-00049.

(lxxiv). TPICE, 14 juillet 1994, Parker Pen Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-77/92, recueil de jurisprudence 1994, page II-00549.

(lxxv). TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-308/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-00925.

(lxxvi). TPICE, 14 mai 1998, SCA Holding Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-327/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-01373.

(lxxvii). TPICE, 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, recueil de jurisprudence 2000, page II-00491.

(lxxviii). TPICE, 15 mars 2006, BASF AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-15/02, publiée au Journal officiel de 2006, page II-00497.

(lxxix). TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, recueil de jurisprudence 1998, page II-03141.

(lxxx). TPICE, 17 décembre 1991, BASF contre Commission, affaire T-4/89, recueil de jurisprudence, 1991 page II-00867.

(lxxxi). TPICE, 17 décembre 1991, SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-7/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-01711.

(lxxxii). TPICE, 17 décembre 2003, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, affaire T-219/99, recueil de la jurisprudence 2003, page II-05917.

(lxxxiii). TPICE, 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes, affaire T-112/99, recueil de jurisprudence 2001, page II-02459.

(lxxxiv). TPICE, 1er avril 1993, BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-65/89, recueil de jurisprudence 1993, page II-00389.

(lxxxv). TPICE, 1er avril 1993, BPB Industries PLC. et British Gypsum Limited contre Commission, affaire T-65/89.

(lxxxvi). TPICE, 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-31/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01881.

(lxxxvii). TPICE, 20 mars 2002, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-9/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01487.

(lxxxviii). TPICE, 20 mars 2002, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH contre Commission des Communautés européennes, affaire T-17/99, recueil de jurisprudence 2002, page II-01647.

(lxxxix). TPICE, 21 octobre 2003, General Motors BV et Opel Nederland BV contre Commission des Communautés européennes, affaire T-368/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-04491, p. 87.

(xc). TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland BV contre Commission, affaire T-368/00, Recueil de la jurisprudence 2003 II-04491, p. 66, confirmée par CJCE, 6 avril 2006, General Motors Nederland BV contre Commission, affaire C-551/03 P, recueil de la jurisprudence 2006, page I-03173.

(xci). TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods Ltd contre Commission des Communautés européennes, affaire T-65/98, recueil de jurisprudence 2003, page II-04653.

(xcii). TPICE, 24 octobre 1991, Petrofina contre Commission, affaire T-2/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-01087.

(xciii). TPICE, 24 octobre 1991, Rhône-Poulenc SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-1/89, recueil de jurisprudence 1991, page II-00867.

(xciv). TPICE, 25 octobre 2005, Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes, affaire T‑38/02, recueil de la jurisprudence 2005, page II-04407.

(xcv). TPICE, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, p. II-03383.

(xcvi). TPICE, 26 octobre 2000, Bayer contre Commission, affaires T-41/96, recueil de jurisprudence 2000, page II-03383.

(xcvii). TPICE, 27 février 1992, Société d'hygiène dermatologique de Vichy contre Commission des Communautés européennes, affaire T-19/91, recueil de la jurisprudence 1992, page II-00415.

(xcviii). TPICE, 27 juillet 2005, Brasserie nationale SA et a. contre Commission, affaire T-49/02 à T-51/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-03033.

(xcix). TPICE, 27 septembre 2012, Kuwait Petroleum Corp., Kuwait Petroleum International Ltd, Kuwait Petroleum (Nederland) BV contre Commission européenne, recueil numérique (recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées").

(c). TPICE, 28 février 2002, Compagnie générale maritime et autres contre Commission des Communautés européennes, affaire T-86/95, publiée au recueil de jurisprudence 2002, page II-01011.

(ci). TPICE, 29 avril 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et autres contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, recueil de jurisprudence 2004, page II-01181.

(cii). TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen AG contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003, page II-05141.

(ciii). TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen OJ contre Commission des Communautés européennes, affaire T-208/01, recueil de jurisprudence 2003 II-05141, page 5141.

(civ). TPICE, 30 septembre 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin contre Commission européenne, recueil de jurisprudence 2003, page II- 04071.

(cv). TPICE, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV contre Commission des Communautés Européennes, affaire T-48/02, recueil de jurisprudence 2005, page II-05259.

(cvi). TPICE, 6 juillet 2000, Volkswagen AG contre Commission, affaire T-62/98, recueil de la jurisprudence 1989, page II- 02707.

(cvii). TPICE**,** 6 octobre 1994, Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-83/91, recueil de jurisprudence 1994, page II-00755.

(cviii). TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar PLC contre Commission des Communautés européennes, affaire T-228/97, recueil de la jurisprudence 1999, page II-02969.

(cix). TPICE, 8 juillet 2004, Dalmine SpA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-50/00, recueil de jurisprudence 2004, page II-02395.

(cx). TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltdcontre Commission des Communautés Européennes, affaire T-224/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02597.

(cxi). TPICE, 9 juillet 2003, Cheil Jedang Corp. contre Commission des Communautés européennes, affaire T-220/00, recueil de jurisprudence 2003 page II-02473, p. 168.

(cxii). TPICE, 9 juillet 2003, Daesang Corp. et Sewon Europe GmbH contre Commission des Communautés Européennes, affaire T-230/00, recueil de jurisprudence 2003, page II-02733.

(cxiii). TUE, 8 septembre 2016, H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd contre Commission Européenne, affaire T‑472/13, recueil de la jurisprudence numérique.

(cxiv). TUE, 12 décembre 2018, Servier AG contre Commission Européenne, affaire T-691/14, recueil de la jurisprudence numérique.

(cxv). CJUE, 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, auparavant Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KgaA, affaire C‑307/18, recueil de la jurisprudence numérique.

(cxvi). CJUE, 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH contre Commission des Communautés Européennes, affaire C 35/83, recueil de la jurisprudence 2002, page I-11453.

CONCLUSIONS DES AVOCATS GENERAUX

(i). Conclusions de l'ancien avocat général M. Nils Wahl, présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire Groupement des cartes bancaires (CB) contre Commission européenne, affaire C/13 P, publiées au recueil numérique 2014.

(ii). Conclusions de l'avocat général M. Tesauro, présentée le 16 Juin 1994 dans l'affaire CJCE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, affaire C-250/92, recueil de jurisprudence 1994, page I-05641.

(iii). Conclusions de l'avocat général M. Trstenjak, présentées le 4 septembre 2008 dans l'affaire CJCE, 20 octobre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society LTD.

(iv). Conclusions de l'avocat general, M. Tizzano, présentées le 22 mai 2003 dans l'affaire CJCE, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure et Commission des Communauté européennes/Bayer AG, affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, recueil de jurisprudence 2004, page I-00023.

(v). Conclusions de M l'avocat général Mayras dans l'affaire General Motors contre Commission des Communautés Européennes, 29 octobre 1975, affaire 26-75, recueil de jurisprudence 1975 -01367.

ARRÊTS DE LA CEDH

(i). CEDH, 27 septembre 2011, arrêt Menarini Diagnostics contre Italie, reqête n°. 43509/08.

SITES INTERNET

(i). Communiqué de presse, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-586_en.htm?locale=FR, dernièrement consulté le 2 septembre 2012.

(ii). Communiqué de presse, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-473_fr.htm?locale=FR, dernièrement consulté le 2 septembre 2012.

(iii). Communiqué de presse, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1214_fr.htm, dernièrement consulté le 2 septembre 2012.

(iv). Europa.eu – le site officiel de l'Union européenne.

(v). Curia.eu – la site officiel de la Cour de Justice.

(vi). The Unilateral Conduct Work Group, *Report on predatory pricing*, International Competition Network, presented at the 7th Annual Conference of the ICN, Kyoto, April 2008, found on http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf.

(vii). Traduction du discours de M. von DER GROEBEN dans le Parlement Européen, disponible à http://aei.pitt.edu/15173/1/COMMUNITY-TOPICS-19.pdf.

ANNEXES

Schéma n◦1 – Le schéma de M. Porter portant sur l'attractivité de l'industrie

	Fournisseurs **Pouvoir de négociation** Coûts interchangeables Différenciation des produits bruts Concentration des fournisseurs Présence des substituts des produits bruts Importance du volume pour les fournisseurs Impact des produits bruts sur le coût ou la différenciation Menace d'intégration verticale ou horizontale Relation coût-ventes totales dans l'industrie	
Nouveaux entrants Barrières à l'entrée Economies d'échelle Identité de la marque Nécessités de capital Différenciation des produits Coûts interchangeables Accès a la distribution Courbe d'expérience Accès aux produits bruts '*Design*' des produits peu couteux Politique gouvernementale Représailles attendues	**Concurrents dans l'industrie** Facteurs affectant la concurrence : Croissance de l'industrie Concentration et balance Coûts fixes et valeur ajouté Possibilité de produire au surplus pour une période de temps réduite Différenciation des produits Identité de la marque Coûts interchangeables Complexité internationale Diversité des concurrents Mises des entreprises Barrières à la sortie du marché	**Substituts** Menaces déterminées par : - Performance relative aux prix des substituts - Coûts interchangeables - Possibilité de changer de l'acheteur
	Acheteurs **Pouvoir de négociation** Concentration des acheteurs Volume des acheteurs Coûts interchangeables Information sur les acheteurs Profits des acheteurs Produits interchangeables Sensibilité des prix Prix/ventes totales Différenciation des produits Identité de la marque La possibilité d'intégration Impact sur la qualité/ performance Intérêt des décideurs	

Schéma n◦2 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire DRAM

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Micron	100%	N/A	0
Infineon	45%	10%	56 700 000
Hynix	27%	10%	51 471 000
Samsung	18%	10%	145 728 000
Jointly and severally Elpida, NEC Corporation, Hitachi Ltd.	18%	10%	8 496 000
Jointly and severally NEC Corporation, Hitachi Ltd. (for the JV period)	-	10%	2 124 000
NEC (pre-joint venture)	18%	10%	10 296 000
Hitachi (pre-joint venture)	-	10%	20 412 000
Toshiba	-	10%	17 641 800
Mitsubishi	-	10%	16 605 000
Nanya	-	10%	1 800 000

Schéma n◦3 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Phosphates destinés à l'alimentation animale

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Yara Phosphates Oy Yara Suomi Oy Kemira Oyj	100%		0
Tessenderlo Chemie N.V.	50%	10%	83 752 000
Ercros S.A. et Ercros Industrial S.A.		10%	14 850 000
Quimitécnica.com – Comércio e Indústria Química S.A José de Mello SGPS S.A.	25%	10%	2 795 000*
FMC Foret S.A. FM C Chemicals Netherlands B.V. FMC Corporation		10%	14 400 000
Timab IndustriesS.A. Compagnie Financière et de Participation Roullier	5%		59 850 000

Schéma n◦4 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Poudre à lessiver

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Henkel	100%	Sans objet	0
Procter & Gamble	50%	10%	211 200 000
Unilever	25%	10%	104 000 000

Schéma n° 5 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Verre pour les tures cathodiques

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Samsung Corning Precision Materials Co., Ltd.	100%	10%	0
Nippon Electric Glass Co., Ltd.	50%	10%	43 200 000
Schott AG	-	10%	40 401 000
Asahi Glass Co., Ltd.	-	10%	45 135 000

Schéma n° 6 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Compresseurs frigorifiques

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Appliances Components Companies S.p.A. et Elettromeccanica S.p.A.	25%	10%	9 000 000
Danfoss A/S et Danfoss Flensburg GmbH	15%	10%	90 000 000
Embraco Europe S.r.l. et Whirlpool S.A.	20%	10%	54 530 000
Panasonic Corporation	40%	10%	7 668 000
Tecumseh Products Company Inc., Tecumseh do Brasil Ltda. et Tecumseh Europe S.A.	100%	-	0

Schéma n° 7 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Produits de gestion de l'eau

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Flamco GmbH, Flamco Holding B.V., voestalpine Polynorm B.V. et voestalpine AG	0%	10%	3 870 000
Reflex Winkelmann GmbH & Co. KG et Winkelmann Group GmbH & Co. KG	0%	10%	9 791 000
TA Hydronics Switzerland AG	100%	10%	0

Schéma n◦ 8 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en euro (tableau 1) et en yens (tableau 2)

	Diminution pour clémence (%)	Amende (EUR)
Barclays	100%	0
Deutsche Bank	30%	465.861.000
Société Générale	5%	227.718.000
RBS	50%	131.004.000

	Diminution pour clémence (%)	Amende (EUR)
UBS	100%	0
RBS	25% (pour 1 infraction)	260.056.000
Deutsche Bank	35%, 30%	259.499.000
JPMorgan		79.897.000
Citigroup	35%, 100%, 40%	70.020.000

Schéma n◦ 9 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Mousse de polyuréthane

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Vita	100 %	10 %	0
Carpenter		10 %	75 009 000
Recticel	50 %	10 %	7 442 000
Eurofoam	50 %	10 %	14 819 000

Schéma n◦ 10 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Bourses d'électricité

	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
NPS	10 %	2 328 000
EPEX	10 %	3 651 000

Schéma n◦ 11 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Roulements automobiles

	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
JTEKT	10 %	0
NSK	10 %	62 406 000
NFC	10 %	3 956 000
SKF	10 %	315 109 000
Schaeffler	10 %	370 481 000
NTN	10 %	201 354 000

Schéma n° 12 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Grenaille abrasive métallique

	Diminution pour clémence (%)	Diminution pour transaction (%)	Amende (EUR)
Ervin	100 %	10 %	0
Winoa	40 %	10 %	27 565 000
Metalltechnik Schmidt	30 %	10 %	2 079 000
Eisenwerk Würth	20 %	10 %	1 063 000

Schéma n° 13 – Niveau des amendes dans l'affaire Camions

	Amende (EUR)
MAN SE, MAN Truck & Bus AG et Truck & Bus Deutschland GmbH (en solidaire)	0 EUR
AB Volvo (publ), Volvo Lastvagnar AB et Renault Trucks SAS	670 448 000 EUR
Daimler AG	1 008 766 000 EUR
Iveco SpA	494 606 000 EUR
PACCAR Inc. et DAF Trucks N.V. (en solidaire)	

Schéma n° 14 – Réduction du niveau des amendes dans l'affaire Batteries rechargeables

	Réduction en application de la communication sur la clémence	Réduction en application de la communication sur les procédures de transaction	Amende (en €)
Samsung SDI	100%	10 %	0
Sony	50%	10 %	29 802 000
Panasonic	20%	10 %	38 890 000
Sanyo	20%	10 %	97 149 000

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

abus de position dominante 3, 18, 22, 24, 26, 27, 28, 36, 48, 51, 52, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 85, 88, 105, 106, 108, 109, 110, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 229, 328, 335, 365, 366, 367

acquiescement 3, 5, 27, 110, 111, 113, 130, 132, 133, 134, 138, 139, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 366

AKMAN, Pinar 48, 50, 85, 336, 337

approvisionnement exclusif 3, 27, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 210, 213, 214

avantage concurrentiel 40, 42, 43, 44, 365

BAIN, Joe 38, 41, 42, 81

BAUMUL, William 75, 76, 79, 81, 82, 83

BORK, Robert 76, 77, 79, 341

Chicago 8, 25, 33, 36, 37, 48, 53, 70, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 86, 88, 89, 107, 108, 109, 110, 338, 339, 341, 342, 343, 365

circonstances aggravantes 286, 295, 297, 303, 308

circonstances atténuantes 3, 21, 28, 30, 249, 286, 287, 295, 308, 310, 316, 336

CLAUDEL, Emanuelle 263, 338

clémence 3, 8, 28, 29, 192, 216, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 235, 236, 238, 239, 242, 243, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 271, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 309, 310, 333, 339, 340, 341, 342, 343, 360, 361, 362, 363, 367, 368

Commission européenne 8, 11, 21, 22, 23, 26, 29, 39, 54, 58, 59, 60, 66, 69, 86, 87, 88, 95, 96, 107, 111, 116, 121, 127, 128, 141, 144, 152, 175, 179, 183, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 201, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 215, 222, 223, 224, 226, 227, 229, 231, 234, 237, 238, 240, 245, 250, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 285, 286, 287, 291, 292, 294, 295, 301, 302, 303, 305, 307, 308, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 338, 342, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 354, 356, 357, 358

consommateur 40, 47, 55, 66, 68, 75, 78, 81, 89, 94, 127, 163, 340

délibéré 21, 29, 64, 114, 140, 200, 201, 209, 215, 229, 285, 289, 291, 293, 294, 336

effets anticoncurrentiels 91, 103, 104, 110, 112, 125, 197, 210

encouragement 128, 309, 326, 330, 331, 333, 334, 369

FAULL, Jonathan 63, 162, 163, 224, 229, 230, 231, 233, 235, 242, 338

faute 5, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 33, 39, 40, 52, 63, 77, 78, 79, 80, 83, 84, 110, 140, 141, 143, 169, 173, 196, 213, 219, 223, 228, 239, 240, 249, 250, 263, 264, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 276,277, 279, 281, 282, 283, 285, 288, 291, 293, 294, 298, 331, 337, 338, 340, 364, 365, 367

GERBER, David 47, 48, 339

Harvard 25, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 52, 55, 56, 58, 67, 68, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 84, 86, 107, 108, 109, 110, 338, 339, 341, 365

IDOT, Laurence 11, 18, 160, 161, 226, 262, 339, 342

immunité 29, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 249, 252, 253, 254, 255, 256, 260, 261,

272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 306, 318, 344, 367, 368

intention 3, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 37, 40, 41, 42, 45, 46, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 74, 75, 77, 79, 84, 86, 88, 89, 90, 91, 99, 105, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 219, 223, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 260, 261, 262, 264, 265, 269, 270, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 293, 294, 295, 296, 298, 303, 305, 306, 308, 309, 313, 317, 318, 320, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 335, 336, 364, 365, 366, 367, 368, 369

PORTER, Michael 36, 77, 80, 122, 123, 157, 197, 205, 234

POSNER, Richard 53, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 341

procédures négociées 3, 8, 28, 216, 219, 221, 222, 223, 336, 364

réduction de l'amende 29, 225, 226, 227, 229, 232, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 250, 251, 254, 255, 256, 260, 261, 262, 263, 272, 276, 277, 280, 295, 307, 318, 322, 326, 333

refus d'approvisionnement 3, 27, 197, 198, 205, 206, 213

responsabilité 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 26, 28, 29, 30, 34, 63, 74, 113, 114, 138, 143, 163, 178, 181, 187, 189, 207, 219, 236, 238, 254, 263, 264, 265, 267, 269, 270, 271, 272, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 285, 293, 298, 303, 315, 323, 326, 328, 338, 340, 368

restrictions accessoires 3, 27, 104, 111, 162, 163, 164, 165, 167, 169, 170, 171, 172, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 335, 366

restrictions verticales 3, 27, 87, 132, 158, 229, 344, 366

RODA, Jean Cristophe 226, 227, 230, 341, 342

sanction 3, 11, 12, 18, 19, 20, 22, 23, 26, 28, 29, 30, 37, 61, 63, 65, 69, 106, 111, 113, 115, 120, 123, 131, 137, 141, 151, 152, 155, 166, 187, 196, 200, 201, 204, 207, 209, 214, 219, 222, 224, 226, 228, 229, 235, 239, 241, 243, 245, 248, 250, 251, 252, 258, 259, 262, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 281, 285, 286, 287, 288, 292, 293, 294, 295, 296, 300, 305, 306, 307, 310, 313, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 326, 328, 330, 336, 367, 368

structure du marché 25, 33, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 74, 76, 77, 78, 82, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 96, 106, 107, 108, 110, 166, 196, 365

transaction 3, 4, 8, 28, 29, 46, 50, 216, 219, 221, 222, 223, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 338, 339, 342, 344, 345, 360, 361, 362, 363, 368

volonté 5, 13, 14, 16, 17, 20, 23, 24, 27, 43, 46, 70, 117, 118, 121, 124, 126, 127, 130, 132, 134, 135, 137, 138, 139, 145, 147, 149, 150, 151, 154, 155, 157, 161, 164, 165, 166, 169, 180, 185, 189, 190, 193, 200, 222, 246, 264, 274, 294, 299, 307, 312, 313, 326

WHISH, Richard 20, 48, 63, 52, 68, 70, 110, 112,119, 142, 144, 147, 151, 161, 170, 173, 174, 191, 209, 262, 271

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE……11

I.Définition, intérêt du sujet……..12

A. Les notions de faute et d'intention – approche sémantique.....12
B. Les notions de faute et d'intention – approche doctrinale 13
C. Les particularités de l'intention fautive en droit de la concurrence par rapport à l'intention fautive en droit civil et pénal.....18
D. La définition retenue – l'intensité d'intention recherchée.....21
II. Problématique et annonce du plan……24
A. La portée de l'intention fautive portant sur la qualification d'infraction – méthodologie à suivre 24
a. L'apparente exclusion de l'intention fautive du droit européen de la concurrence……25
b. L'irruption de l'intention fautive en droit européen de la concurrence…….25
B. La portée de l'intention fautive portant sur les conséquences de la qualification d'infraction en droit de la concurrence – méthodologie à suivre.....28
a. Les effets de l'intention fautive sur les procédures négociées……...28
b. Les sanctions - marge de mainoevre de la Commission, limitée par l'intention……33

PREMIÈRE PARTIE – L'INTENTION FAUTIVE ET LA QUALIFICATION DES INFRACTIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE.....**32**

TITRE I - L'APPARENTE EXCLUSION DE L'INTENTION FAUTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE 35

Chapitre 1 – Le fondement conceptuel de la définition apparemment objective 377
Section 1 - Les implications théoriques de la conception de l'école de Harvard sur le terrain de la faute…….38
Section 2 - Questions choisies…….40
§ 1. L'attractivité de l'industrie et son influence sur l'intention fautive……...40
§ 2. L'avantage concurrentiel et son influence sur l'intention fautive……42

Chapitre 2 - Un choix initial stable des autorités européennes : la définition objective de l'infraction en droit de la concurrence 45
Section 1 - L'absence du texte conventionnel prévoyant expressement le choix de l'Union européenne - les multiples interprérations des articles 101 et 101 du TFUE……46
Section 2 - Un choix déduit par voie d'interprétation par la Cour de justice - la protéction du modèle de la concurrence efficace……...52
§ 1. Particularisation du modèle concurrentiel appliqué par la Cour de justice par rapport à la jurisprudence en matière des ententes……52

A. Une position initiale stable en ce qui concerne les objectifs du droit européen de la concurrence……..52
a. La grille de lecture proposée - l'interdiction de l'entente, applicable dans le cas d'une restriction de la liberté commerciale seulement dans le cas d'une atteinte à la structure du marché…….53
b. Analyse de la jurisprudence européenne à travers la grille de lecture proposée…….53
B. La répercussion de l'objet anticoncurrentiel comme effet nécessaire sur la structure de l'infraction en droit de la concurrence - absence de pertinence de l'intention fautive…….58
a. L'approche traditionnel - l'objet, comme effet nécessaire……59
b. Les conséquences de l'objet - effet nécessaire sur l'intention fautive: structure matérielle de l'infraction en droit de la concurrence……..62
§ 2. Particularisation du modèle concurrentiel appliqué par la Cour de justice par rapport à la jurisprudence en matière d'abus de position dominante……...65
Conclusion partielle – l'intention fautive, traditionnellement exclue de la définition d'infraction en droit européen de la concurrence……70

TITRE II - L'IRRUPTION DE L'INTENTION FAUTIVE EN DROIT DE LA CONCURRENCE 73

Chapitre 1 - Les implications sur le terrain de l'intention fautive de la conception de l'école de Chicago…….....75
Section 1 - Approche théorique sur la conception de l'école de Chicago: les conséquences sur l'intention fautive……77
§ 1. Le début du courant néolibéral de l'école de Chicago - ses répercussions sur l'intention fautive……77
§ 2. Le développement de l'école de Chicago et la théorie des marchés contestables - les conséquences sur l'intention fautive……79
Section 2 - Approche pratique sur la conception de l'école de Chicago: les conséquences sur l'intention fautive……....86
§ 1. Conséquences des objectifs du droit de la concurrence sur l'intention fautive, ainsi qu'ils sont déduits par la jurisprudence européenne - le cas des ententes……88
A. La grille de lecture proposée…….89
B. L'analyse de la jurisprudence par rapport à la grille de lecture…….91
a. La mise en balance des effets d'une entente sur le même marché…….91
b. La mise en balance des effets d'une entente sur un marché distinct……..98
§ 2. Conséquences des objectifs du droit de la concurrence sur l'intention fautive, à travers la jurisprudence concernant l'abus de position dominante……105
Conclusion partielle - l'impossibilité d'établir la place de l'intention fautive par l'analyse exclusive des buts du droit de la concurrence……...108

Chapitre 2 – La reformulation des infractions autour de l'intention fautive.....110
Section 1 - Les avatars de l'intention fautive en droit européen des ententes……..110
§ 1. L'intention fautive, comme objet anticoncurrentiel……..111

A. Absence de preuve pour l'indifférence de l'intention fautive ou l'arrêt Miller, réinterprété..113
B. L'intention fautive, suffisante pour l'accomplissement de la condition d'objet anticoncurrentiel…….115
a. Affirmation expresse de l'intention, comme objet anticoncurrentiel……116
b. Acceptation tacite de l'intention, comme objet anticoncurrentiel……..122
c. L'intention comme objet anticoncurrentiel, dans les affaires de type *pay for delay*……..…127
Conclusion partielle - L'intention fautive, constitutive d'objet anticoncurrentiel ……..131
§ 2. L'intention fautive, nécessaire dans le cadre des restrictions verticales au cas des relations commerciales constinues ou d'une évolution imprévue d'un contrat……..132
A. L'intention fautive présumée: aqcuiescement intégré dans les relations commerciales continues……134
B. L'intention fautive à prouver: aqcuiescement analysé par rapport aux circonstances des affaires……143
Conclusion partielle - L'intention fautive, nécessaire au cadre des relations verticales au cas des relations commerciales continues ou bien d'une évolution imprévue du contract…….160
§ 3. L'absence d'intention fautive, raison d'autorisation des restrictions accessoires……162
A. L'exposé de l'hypothèse de travail et ses conséquences théoriques……...…163
B. L'argumentation de cette conception, par la grille de lecture jurisprutielle de la Cour de justice……163
a. La répercussion de l'intention légitime ou fautive sur les restrictions accessoires de nature commerciale……164
b. La répercussion de l'intention légitime ou fautive sur les restrictions accessoires qui tiennent à l'intérêt public……178
Conclusion partielle - L'intention licite, point de départ pour l'autorisation des restrictions accessoires……...…179
§ 4. Le fleurissement de l'absence de l'intention fautive, comme défense dans le cadre des relations horizontales - l'affaire ETURAS……..181
A. Considérations portant sur la présomption d'acquiescement - une intention déguisée……..183
B. Considérations portant sur la présomption de participation……...…184
Conclusion partielle - Sur la possibilité des platformes éléctroniques d'acquiescer à un entente……..…186
§ 5. La qualification de *facilitateur*, conditionnée par l'intention……..……187
A. L'arrêt Treuhand - un début controversé de la notion de *facilitateur*……..……..188
B. L'arrêt Icap - le développement de la notion de *facilitateur*……..191
Conclusion partielle - L'intention, nécessaire pour la qualification de *facilitateur*……194
Section 2 - Nécessité de l'intention directe dans les infractions d'abus de position dominante par voie d'exclusion……..195
§ 1. L'intention fautive - intervention *ex ante* ou intentention fautive à prouver……...198
A. Intention fautive à prouver dans le cas du refus d'approvisionement et de l'approvisionement exclusif……198
B. Intention fautive à prouver dans le cas des prix prédateurs, par la vente à des prix supérieurs aux coûts variables, mais inférieurs aux coûts totaux…….201
§ 2. L'intention fautive - intervention *ex post* ou intentio fautive présumée……..209

Conclusion partielle - L'intention fautive, nécessaire dans le cadre d'abus de position dominante par voie d'exclusion, ainsi que dans le cas des prix prédateurs……..212

DEUXIÈME PARTIE - L'INTENTION FAUTIVE ET LES COONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION D'INFRACTIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE 218

TITRE I - LES EFFETS DE L'INTENTION SUR LES PROCÉDURES NÉGOCIÉES.220

Chapitre 1 – La procédure de clémence – faute avouée, (à demi) pardonnée.....223
Section 1 - Les conditions de la procédure de clémence, comme manifestation d'une intention fautive diminuée……..238
§ 1. Critères théoriques distincts selon le typede clémence pouvant être octroyé aux entreprises……229
A. Critères spécifiques à l'immunité totale de l'amende au cadre de la procédure de clémence……230
a. Conditions spécifiques pour l'immunité de Type 1A et de Type 1B……230
b. Conditions communes à l'immunité de Type 1A et de Type 1B……..232
Conclusion partielle - les conditions pour l'octroi de l'immunité, manifestation d'une intention fautive diminuée……236
B. Critères spécifiques à la réduction de l'amende au cadre de la procédure de clémence…..236
a. Première condition alternative - le critère de la *valeur ajoutée significative*……..237
b. Deuxième condition alternative - le critère du renforcement de la gravité ou de la durée de l'infraction……238
Conclusion partielle - les conditions de la réduction de l'amende, comme une manifestation de la réduction de l'intention fautive……239
§ 2. Critères des deux types de clémence, dans une perspective pratique……239
A. La logique de la procédure de clémence - la découverte et la sanction des infractions..…239
B. Le rapport entre l'obligation légale de coopération et la coopération en vertu de la Communication……241
C. L'utilité des informations fournies dans le cadre de la coopération - condiion nécessaire à l'octroi du bénéfice de la Communication……242
D. La modulation de la sanction selon la preuve d'un réel esprit de coopération……245
E. Déclarations délibérément incomplètes; inexactes et sciemment trompeuses - manifestation de la subsistence de l'intention fautive……..246
F. Coopération en dehors du champ d'application de la Communication - simple circonstance atténuante……..247
Conclusion partielle - les critères pour l'octroi de la clémence, modulées par l'intention fautive……250
Section 2 - Les conséquences du recours à la procédure de clémence: immunité ou réduction de l'amende suite à une intention fautive diminuée……252
§ 1. L'immunité à l'amende, conséquence de la fin de l'intention anticoncurrentielle……253
§ 2. Les marges de réduction possibles et les critères déterminants……...255
Conclusion partielle - les conséquences de la clémence, modulées par l'intention fautive……260

Chapitre 2 – La procédure de transaction : manifestation de la diminution de l'intention fautive……262
Section 1 - Aspects procéduraux de la transaction - ma portée réduite de l'intention licite de l'entreprise, par rapport aux compétences discrétionnaires de la Commission……264
§ 1. La contribution significative de la Commission dans le cadre de la procédure de transaction…….265
§ 2. La contribution résiduelle, mais indispensable, de l'entreprise concernée, dans le cadre de la procédure de transaction……268
Section 2 - La reconnaissance de la responsabilité, comme fondament d'une réduction de l'amende: analyse jurisprudentielle……...272
Conclusion partielle - la procédure de transaction, comme récompense our une intention légitime, de reconnaissance de la responsabilité……..282

TITRE II - LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE, MODULÉE PAR L'EXISTENCE ET LE DEGRÉE DE L'INTENTION FAUTIVE – MARGE DE MAINŒVRE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE LIMITÉE PAR L'INTENTION 284

Chapitre 1 - L'existence de l'intention ou de la négligence - condition établie par le Règlement pour l'infliction d'une amende.....287
Section 1 - Repères jurisprudentiels en ce qui concerne les notions d'intention et de négligence……..……..280
Section 2 - Repères jurisprudentiels portant sur les preuves prises en compte par les autorités, en vue de prouver l'existence de l'intention ou de la négligence…….293
Conclusion partielle - l'intention ou la négligence, conditions alternatives, mais nécessaires pour l'infliction d'une sanction…….293

Chapitre 2 - L'intention fautive, comme facteur modérateur du montant de l'amende 294
Section 1 - Circonstances aggravantes : facteurs liés à l'augmentation du niveau de l'amende en raison de l'intention illicite……..296
§ 1. Le rôle de meneur - circonstance aggravante liée à la culpabilité……296
§ 2. L'adoption des mesures coercitives - circonstance aggravante liée à la culpabilité…….303
Section 2 - Circonstances atténuantes : facteurs liés à la réduction du niveau de l'amende en raison d'une intention illicite diminuée……309
§ 1. La commission de l'infraction par négligence, par non d'une manière intentionnelle…..309
§ 2. Une implication substantiellement limitée - l'absence de l'implémentation de l'accord…310
§ 3. L'absence d'effet atténuant de la simple tricherie……..314
§ 4. La pression des autres, comme possible facteur atténuant……318
§ 5. L'encouragement ou l'autorisation par une autorité publique……326
Conclusion partielle - l'intention, comme facteur modérateur du montant de l'amende……..331

CONCLUSION GÉNÉRALE 335
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE.....337
ANNEXES.....359

Index alphabétique **3644**
TABLE DES MATIÈRES **366**