

Le salut dans l'adhésion ?
Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux
dans la mise en œuvre du droit de la concurrence

Antoine Bailleux*

Mots-clefs : Concurrence – Procédure – Adhésion – Convention européenne des Droits de l'Homme – Procès équitable – Principe de légalité – Transaction – Amendes

Résumé : A la lumière des développements récents intervenus tant dans l'ordre juridique de l'Union européenne que dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, cet article s'interroge sur l'intérêt de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le domaine de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Il fait l'hypothèse que certaines lacunes dans la protection des droits fondamentaux en droit de la concurrence pourraient être adéquatement comblées par une telle adhésion.

Introduction

La problématique du respect des droits fondamentaux dans la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence a déjà fait couler beaucoup d'encre. Les pouvoirs d'enquête particulièrement étendus de la Commission, le double rôle de « procureur » et de « juge » exercé par cette dernière, le caractère (quasi- ?) pénal des amendes infligées aux entreprises et la relative légèreté du contrôle exercé par la Cour de justice dans ce secteur sont régulièrement pointés du doigt au nom de la protection des droits de l'homme¹.

L'objectif de ces quelques pages consiste à s'interroger sur l'actualité de ces critiques à l'aune des développements récents observés tant du côté du droit européen de la concurrence que de celui de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après, Cour eur. D. H.).

* Avocat au barreau de Bruxelles et professeur invité aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles). Je remercie vivement les relecteurs anonymes du comité éditorial de la Revue ainsi que le professeur Anne-Lise Sibony pour leurs observations et commentaires avisés.

¹ Cf. p. ex. S. Wernicke, « In Defence of the Rights of Defence »: Competition law procedure and the changing role of the Hearing Officer, *Concurrences*, n°3-2009, p. 1 et s ; D. Slater, S. Thomas, D. Waelbroeck, Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?, GCLC Working Paper 04/08, <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf>, consulté le 30 décembre 2009; C. Smits, D. Waelbroeck, Le droit de la concurrence et les droits fondamentaux, in M. Candela Soriano (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 135-162 ; D. Waelbroeck, « Twelve Feet All Dangling Down and Six Necks Exceeding Long » : The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, in C. Ehlermann, I. Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2002*, Oxford, Hart, 2004, p. 465-484 ; M. Guerrin, La libre concurrence à l'épreuve des libertés individuelles, *Droit et Société*, vol. 53, p. 87-109.

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne donne à cette analyse un relief particulier. D'une part, ce traité élève la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au statut de droit primaire². En dotant l'Union européenne de son propre catalogue de droits fondamentaux, le traité de Lisbonne pose ainsi à frais nouveaux la question des rapports entre la protection des droits de l'homme dans les politiques de l'Union et les garanties fixées par la Convention européenne des Droits de l'Homme (ci-après, CEDH). C'est que si la liste des droits consacrés dans la Charte n'est sans doute pas de nature à provoquer une révolution dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'article 52, § 3, de la Charte invite le juge de Luxembourg à interpréter ces droits en conformité avec les droits analogues reconnus dans la CEDH. A n'en pas douter, cette invitation – quand bien même n'entend-elle pas déposséder la Cour de justice de son « autonomie »³ – rend particulièrement pressant un examen comparatif des niveaux de protection des droits de l'homme dans les ordres juridiques de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

D'autre part, le traité de Lisbonne dispose que « l'Union adhère à la [CEDH] »⁴. Bien sûr, on ne saurait se méprendre sur la portée de cette assertion, qui se limite à donner à l'Union la base juridique nécessaire à la négociation et la conclusion d'une convention d'adhésion à la CEDH. Du reste, les juridictions communautaires rappellent régulièrement qu'à ce jour, la CEDH n'est pas une source directe de droit dans l'ordre juridique de l'Union⁵. Il n'en demeure pas moins qu'en habilitant expressément l'Union européenne à adhérer à la CEDH, le traité de Lisbonne rend la perspective de cette adhésion bien plus concrète et l'examen de sa pertinence bien plus urgent⁶.

L'interrogation au départ de cette étude prend ainsi un tour très concret. Derrière l'identification des failles dans la garantie des droits fondamentaux émaillant la mise en œuvre du droit européen de la concurrence, c'est bel et bien la question de l'intérêt de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH qui est posée⁷.

² Cf. article 6, § 1^{er}, UE.

³ Cf. les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JOUE, 2007, C 303, p. 17-35, *ad* article 52.

⁴ Cf. article 6, § 2, UE.

⁵ « [L]e Tribunal n'est pas compétent pour apprécier la légalité d'une enquête en matière de droit de la concurrence au regard des dispositions de la CEDH, dans la mesure où celles-ci ne font pas partie en tant que telles du droit communautaire » (TPI 14 mai 1998, *Mayr-Melnhof c/ Commission*, T-347/94, Rec. II-1751, point 311 ; TPI 20 févr. 2001, *MannesmannröhrenWerke c/ Commission*, T-112/98, Rec. II-729, point 59). Le langage de la CJUE est cependant parfois franchement ambigu : cf. e.a. CJUE 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, C-185/95 P, Rec. I-8417, points 20-21 ; CJUE 8 juil. 1999, *Montecatini c/ Commission*, C-235/92 P, Rec. I-4539, point 175. Cf. également les conclusions présentées le 9 septembre 2008 par l'AG Poiras Maduro dans l'affaire *Elgafaji*, C-465/07, non encore publiée au Recueil, dans lesquelles il est rappelé que rien n'empêche la Cour de justice d'assurer un niveau de protection des droits de l'homme *plus élevé* que celui garanti par la CEDH.

⁶ Pour autant que de besoin, rappelons que dans son Avis 2/94 (28 mars 1996, Rec. I-1759), la Cour de justice avait estimé qu'en raison de son « envergure constitutionnelle », l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH ne pouvait être conclue sur base de la réserve de compétences consacrée à l'article 308 CE (aujourd'hui, 352 TFUE). L'adhésion était ainsi subordonnée à une habilitation expresse des « maîtres des traités ».

⁷ Question limitée ici, bien évidemment, au seul domaine du droit de la concurrence.

La première partie de cette analyse s'interroge sur la place réservée au respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence (I). Dans cette perspective – et sans aucune prétention à l'exhaustivité –, l'on s'intéressera à deux instruments procéduraux récemment mis en place pour renforcer la poursuite des infractions au droit de la concurrence (A) avant de se pencher sur les derniers arrêts rendus par la Cour de justice dans des affaires de concurrence où étaient alléguées des atteintes aux droits fondamentaux (B).

Une fois cernée cette réalité communautaire, il s'agira, dans un second temps, de la confronter aux enseignements qui se dégagent de la jurisprudence récente de la Cour eur. D. H. (II). Cette confrontation s'opérera sur deux tableaux. Sur le plan matériel d'une part, il conviendra de mesurer l'écart – éventuel – entre la réalité communautaire et l'interprétation donnée récemment par la Cour de Strasbourg à certaines dispositions de la CEDH (A). Sur le plan procédural ensuite, il s'agira de s'interroger sur la compétence dont jouit aujourd'hui la Cour eur. D. H. pour contrôler le droit communautaire au regard des standards de la CEDH (B).

Au terme de cet examen, l'on espère être en mesure de répondre à la question qui forme le titre de cette étude : une adhésion formelle de l'Union européenne à la CEDH aboutirait-elle à une meilleure protection des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence ?

Avant d'entamer notre réflexion, il convient encore d'observer que si le choix des textes et des arrêts examinés est sélectif, il n'est pas pour autant arbitraire. Ce sont évidemment les droits fondamentaux autour desquels se cristallisent, aujourd'hui encore, des divergences entre les organes de l'Union européenne et la Cour eur. D. H. qui se trouveront au centre de notre analyse. Par-delà la diversité du matériel et des questions étudiés, c'est donc la place accordée à ces droits dans l'ordre juridique de l'Union européenne et dans la jurisprudence de la Cour eur. D. H. qui servira de fil rouge à la présente étude.

I. Le respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence

Notre examen du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence s'articule en deux volets. Dans un premier temps, il conviendra de s'interroger sur la validité, à l'aune des engagements de l'Union européenne en faveur des droits de l'homme, de deux instruments récemment adoptés pour renforcer la poursuite des infractions au droit de la concurrence (A). Dans un second temps, l'on portera le regard sur le contrôle des décisions de la Commission opéré par la Cour de justice au regard du respect des droits fondamentaux (B).

A. Les instruments récents de mise en œuvre du droit de la concurrence

Ces dernières années, plusieurs instruments ont été adoptés en vue de faciliter la poursuite des infractions au droit de la concurrence et de renforcer les sanctions qui s’y attachent. Parmi ceux-ci, les nouvelles lignes directrices en matière d’amende (1) et la procédure de transaction (2) paraissent à certains égards difficilement réconciliables avec les impératifs déduits du respect des droits fondamentaux. Nous nous contenterons d’épingler ici quelques-uns des plus sérieux « points d’accrocs » identifiés par la doctrine.

(1) Les lignes directrices pour le calcul des amendes

Adoptées par la Commission en 2006, les nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes sont incontestablement plus sévères que leurs devancières⁸. Elles organisent le calcul des amendes en deux étapes.

La première étape consiste à déterminer le montant de base de l’amende. Celui-ci est calculé sur base d’une proportion de la valeur des ventes des biens ou des services réalisés par l’entreprise en relation directe ou indirecte avec l’infraction sur le territoire de l’Espace économique européen, multipliée par le nombre d’années de l’infraction. Cette proportion est elle-même déterminée en fonction de la gravité de l’infraction constatée. A des fins dissuasives, le montant de base ainsi établi est augmenté d’une somme comprise entre 15 et 25 % de la valeur des ventes dans les affaires de cartel (accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de la production).

La seconde étape consiste à ajuster le montant de base au regard de circonstances aggravantes (récidive, refus de coopérer, rôle de meneur) ou atténuantes (cessation immédiate de l’infraction, infraction par négligence, rôle mineur, coopération effective en dehors du cadre de la clémence, ou encouragement à l’infraction par les autorités publiques). Des préoccupations liées au caractère dissuasif de l’amende peuvent encore conduire la Commission à majorer l’infraction si elle l’estime nécessaire. Le montant final de l’amende ne peut en toute hypothèse excéder 10 % du chiffre d’affaires total de l’entreprise.

Il semble peu contestable que l’application de ces lignes directrices a, dans la majorité des cas, pour effet d’augmenter substantiellement le montant des amendes infligées aux entreprises. Parmi les facteurs contribuant à cette augmentation, l’on épinglera l’utilisation de la durée de l’infraction comme coefficient multiplicateur, le surplus d’amende applicable aux affaires de cartels (le fameux « *entry fee* ») et la possibilité de doubler le montant de base en cas de récidive.

C’est peu dire que ces éléments nourrissent et renforcent les suspicions quant au caractère pénal des amendes infligées par la Commission. On ne sait que trop bien que l’article 23,

⁸ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, JOUE, 2006, C 210, p. 2. Ces lignes directrices remplacent les lignes directrices de 1998 (JOCE C 9, p. 3).

§ 5, du Règlement 1/2003 dénie à ces amendes tout caractère pénal⁹. Cette affirmation paraît toutefois en contradiction croissante avec la jurisprudence bien établie de la Cour eur. D. H. qui, dès son arrêt *Engels et autres c. les Pays-Bas*, a consacré le principe de l'« autonomie » de la notion de « matière pénale »¹⁰. La Cour de Strasbourg y a considéré que le caractère pénal au sens de l'article 6 de la CEDH ne dépendait pas seulement, ni même principalement, de la qualification donnée à une infraction ou à une sanction par les autorités compétentes. La « nature même de l'infraction » et « le degré de sévérité de la sanction » devaient à cet égard se voir reconnaître un poids déterminant.

Il ne fait guère de doute que ces critères plaident en faveur du caractère pénal des amendes infligées par la Commission¹¹. L'on notera à cet égard que loin de tout objectif de réparation – dont la satisfaction est laissée aux actions en dommages et intérêt –, ces amendes poursuivent un but exclusivement dissuasif. Du reste, le Parlement européen lui-même a jugé « probable » le caractère pénal des amendes infligées en matière de concurrence au regard des standards de l'article 6 de la CEDH¹². On ajoutera qu'il ressort de plusieurs dispositions du Règlement 1/2003 que celui-ci autorise les États membres à assortir de sanctions pénales les infractions au droit communautaire de la concurrence¹³. La sévérité des amendes infligées sur base des nouvelles Lignes directrices, l'utilisation de concepts empruntés au droit pénal – tels que le terme de récidive – et le recours aux analogies avec des infractions pénales plus classiques¹⁴ achèvent de jeter le doute sur le caractère simplement administratif des décisions de la Commission en matière de concurrence et des procédures qui y conduisent.

D'apparence théorique, cette controverse a des implications très pratiques. De la reconnaissance du caractère pénal des décisions de la Commission dépend en effet l'applicabilité pleine et entière, à ces décisions et aux procédures qui les précèdent, des garanties offertes par la CEDH, et en particulier par ses articles 6 et 7.

L'article 6 de la CEDH consacre le droit à un procès équitable. Ce droit comprend notamment trois garanties intéressantes pour notre propos. D'abord, il « contraint les tribunaux à motiver leurs décisions de manière adéquate »¹⁵. Il n'est pas certain que les premières décisions rendues par la Commission sur base des nouvelles lignes directrices satisfassent toutes cette obligation de motivation. Ainsi la Commission n'est-elle pas

⁹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1, p. 1 (ci-après, « Règlement 1/2003 »).

¹⁰ *Engels et autres c. les Pays-Bas*, 8 juin 1976, point 82.

¹¹ L'on s'inspire ici largement de l'argumentaire développé par D. Slater, S. Thomas, D. Waelbroeck, *loc. cit.*, p. 4-25.

¹² Parlement européen, Commission économique et monétaire, *Rapport sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les Règlements (CEE) 1017/68, 2988/74, 4056/86 et 3975/87* doc. A50229/2001, p. 64, <http://www.europarl.europa.eu/sidesSearch/search.do?type=REPORT&term=5&author=4549&language=FR&startValue=0>, consulté le 20 janvier 2010.

¹³ Cf. le considérant n° 8 et les articles 5 et 12, § 3 du Règlement.

¹⁴ Ainsi Neelie Kroes, Commissaire en charge de la concurrence, explique-t-elle que « it is up to us to show that when we break up cartels, it is to stop money being stolen from customers' pockets » (citée par D. Slater, S. Thomas, D. Waelbroeck, *loc. cit.*, p. 14).

¹⁵ Cf. *Jokela c. Finlande*, 21 mai 2002, point 72.

toujours très prolixes sur les raisons qui la conduisent, au sein de l'échelle de 0 à 30 % établie par les lignes directrices, à fixer à tel ou tel niveau le pourcentage des ventes pris en compte dans le calcul du montant de base de l'amende. Les références à la gravité et à l'étendue de l'infraction sont parfois très laconiques¹⁶. Il ressort en outre de ces premières décisions que le pourcentage ainsi établi est généralement identique à – ou très proche de – celui utilisé pour la détermination de l'*entry fee* propre aux cartels¹⁷. Là encore, la Commission ne s'est à notre connaissance jamais prononcée sur les raisons de ce parallélisme. Elle n'a pas davantage fourni d'explication autonome et spécifique au montant de l'*entry fee*. Sans doute y a-t-il là un manque de transparence peu conforme aux standards de l'article 6 de la CEDH.

Ensuite, cette même disposition consacre, en son paragraphe 1^{er}, le droit à un tribunal indépendant et impartial. Sans s'appesantir sur une question examinée plus loin, il convient de noter que de nombreuses voix se sont élevées pour mettre en doute la conformité, au regard de cette garantie, de la réunion des missions de poursuites et de jugement entre les mains de la Commission¹⁸. Dans la mesure où elle renforce la coloration pénale des procédures communautaires en droit de la concurrence, l'augmentation de la sévérité des amendes causée par les nouvelles lignes directrices rend ce cumul des fonctions encore plus problématique.

Enfin, nul n'ignore que l'article 6, § 2, de la CEDH garantit la présomption d'innocence à toute personne accusée d'une infraction jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. L'on est en droit de se demander si ce principe n'est pas quelque peu malmené par les présomptions légales qui jalonnent le travail d'« instruction » de la Commission. Sans même évoquer ici le principe de présomption de responsabilité des sociétés mères pour les infractions commises par leurs filiales¹⁹, l'on notera que les lignes directrices de 2006 ne font pas référence à l'impact de l'infraction sur les prix pratiqués sur les marchés concernés. Les lignes directrices de 1998 faisaient pourtant dépendre la gravité de l'infraction (et donc le montant de l'amende) de son impact concret sur le marché, lorsque celui-ci était mesurable. Que ce critère ne soit pas repris dans les lignes

¹⁶ Cf. p. ex. Commission 11 mars 2008, *Services de déménagements internationaux*, COMP/38543, JOUE (publ. somm.), 2008, C 188, p. 16-18, points 541-543.

¹⁷ Cf. p. ex. Commission 28 janv. 2009, *Tuyaux marins*, COMP/39406, JOUE (publ. somm.) C 168, p. 6-8, points 445 et 450 ; Commission 11 mars 2008, *Services de déménagements internationaux*, COMP/38543, JOUE (publ. somm.), 2008, C 188, p. 16-18, point 556 ; Commission 28 nov. 2007, *Verre automobile*, COMP/39165, JOUE (publ. somm.), 2008, C 127, p. 9-11, points 482 et 486 ; Commission 20 nov. 2007, *Bandes vidéo professionnelles*, COMP/38.432, JOUE (publ. somm.), 2008, C 57, p. 10-12, points 215 et 217 ; Commission 11 juin 2008, *Chlorate de sodium*, COMP/38965, JOUE (publ. somm.), 2009, C 137, p. 6, point 14 ; Commission 23 janv. 2008, *Caoutchouc butadiène-nitrile*, COMP/38.628, JOUE (publ. somm.), 2009, C 86, p. 7, point 15

¹⁸ Cf. p. ex. C. Smits, D. Waelbroeck, *loc. cit.*, p. 145-146 ; P. Asteris, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 8-9. Pour une critique plus modérée émise « de l'intérieur », cf. S. Wernicke, « In Defence of the Rights of Defence » : Competition law procedure and the changing role of the Hearing officer, *Concurrences*, n°3, 2009.

¹⁹ Cf. *infra* sur ce point. Pour un point de vue très critique sur cette présomption, cf. e.a. M. Debroux, Sanction des cartels en droit communautaire: Définition et conséquences d'une « responsabilité de groupe », *Concurrences*, 2008, p. 42 et s. ; International Chamber of Commerce, The fining policy of the European Commission in competition cases, 2 juil. 2009, <http://www.iccwbo.org/policy/competition/id3059/index.html>, consulté le 30 décembre 2009.

directrices de 2006 n'a probablement rien d'anodin. Il indique sans doute l'émergence d'une nouvelle présomption, entretenue par une certaine jurisprudence²⁰, qui veut qu'une fois mis en œuvre, tout accord restrictif de la concurrence est supposé avoir eu un impact sur le marché concerné.

L'article 7 de la CEDH consacre quant à lui le principe de la légalité et de la non-rétroactivité des infractions et des peines. Ce principe veut notamment qu'il ne soit « infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». Il n'est pas certain que l'application des nouvelles lignes directrices aux infractions commises avant leur entrée en vigueur soit en tous points conforme au principe de non-rétroactivité des peines. Selon la jurisprudence classique de la Cour eur. D. H. et de la Cour de justice, il n'est pas porté atteinte à ce principe si l'auteur de l'infraction pouvait raisonnablement prévoir l'évolution législative qui lui porte préjudice²¹. Ce critère est-il rempli dans le cas de l'espèce ? Certains observateurs en doutent, tant il est vrai que rien dans les lignes directrices de 1998 ne laissait présager leur révision à brève échéance ni – *a fortiori* – l'ampleur de cette révision²². Ces interrogations n'empêchent toutefois pas la Commission de continuer à appliquer ces lignes directrices à des infractions qui leur sont antérieures.

(2) La procédure de transaction

Des raisons « managériales » ont poussé la Commission à instituer un système de plaider coupable sous la forme d'une procédure dite « de transaction »²³. Dans le cadre de cette procédure, la Commission peut offrir aux entreprises qui le souhaitent la possibilité de reconnaître leur participation à une entente contraire à l'article 101 TFUE (ex-81 CE). La Commission peut récompenser cette déclaration de culpabilité par une réduction de 10 % du montant de l'amende à infliger aux entreprises repentantes.

De nombreuses voix se sont élevées pour mettre en doute la compatibilité de cette procédure avec les garanties procédurales des droits de la défense. Parmi les critiques et questions soulevées par cette procédure, trois nous semblent particulièrement pertinentes²⁴.

²⁰ Cf. *infra* sur cette jurisprudence.

²¹ Cf. e.a. Cour eur. D. H., *Coëme e.a. c/ Belgique*, 22 juin 2000, point 145 ; Cour eur. D. H., *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*, 25 févr. 1992, point 75 ; TPI 5 avr. 1996, *Degussa c/ Commission*, T-279/02, Rec. II-897, point 36.

²² En ce sens, cf. p. ex. S. Völcker, *Rough Justice? An Analysis of the European Commission's New Fining Guidelines*, CML Rev., 2007, p. 1285-1320.

²³ Cf. le Règlement (CE) n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'ententes, JOUE L 171, p. 3, et 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) n°1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JOUE, 2008, C 167, p. 1.

²⁴ Pour d'autres critiques, relatives notamment au droit de ne pas s'auto-incriminer, cf. C. Vilmart, *Projet de création d'une transaction communautaire dans le domaine des ententes: un chèque en blanc sans garantie*, Revue Lamy de la concurrence, janvier-mars 2008, p. 166 et s. Cf. également W. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement : Objectives and Principles*, World Competition, 2008, p. 335-352

La première concerne l'effectivité des droits de recours des entreprises qui acceptent de s'engager dans la procédure de transaction et dont les infractions sont sanctionnées sur base de cette procédure. Certes, les décisions adoptées au terme d'une procédure de transaction sont officiellement soumises au contrôle juridictionnel plein et entier de la Cour de justice²⁵. L'effectivité de ce droit de recours est toutefois douteuse dès lors qu'il est fort probable que la Cour ne manquerait pas de souligner l'incongruité consistant à attaquer une décision à laquelle on a largement consenti. Les zones d'ombre sont ici légion, et cachent de nombreuses atteintes potentielles aux droits de l'homme. Ainsi peut-on s'interroger sur la possibilité, pour une entreprise ayant fait l'objet d'une décision de transaction, de demander au Tribunal le retrait de sa reconnaissance de culpabilité à la lumière d'éléments nouveaux, apparus postérieurement à cette reconnaissance²⁶. De même, il convient de se demander si une telle entreprise serait en droit de demander la révision de la décision qui la condamne au motif que celle-ci est plus sévère (par exemple au niveau de la description de l'infraction ou du montant de l'amende) que celle adressée aux entreprises qui ont refusé la voie de la transaction. A l'inverse, l'on peut s'interroger sur ce qui resterait du droit à un procès équitable de ces entreprises « dissidentes » si la Commission adoptait pour principe indérogeable que jamais une décision « normale » ne peut être moins sévère qu'une décision « transigée ». De la réponse que la Cour et la Commission donneront à ces réponses dépendra peut-être la conformité de la procédure de transaction aux garanties procédurales de la CEDH.

La deuxième préoccupation soulevée par la procédure de transaction concerne l'impartialité des agents de la Commission à l'égard d'une entreprise qui décide de quitter cette procédure et de renouer avec la procédure normale²⁷. A notre connaissance, il n'est nulle part écrit que l'équipe en charge du dossier dans le cadre de la transaction doive se faire substituer par une autre *case team* lorsque la procédure normale reprend ses droits. Pareil remplacement semble toutefois être une condition minimale d'impartialité, tant l'on n'imagine pas qu'un fonctionnaire ayant recueilli les confessions d'une entreprise dans le cadre d'une transaction parvienne à les « oublier » lorsqu'il reprend sa casquette de « juge ».

Enfin, l'on notera que les entreprises ne bénéficient que d'un accès limité au dossier de la Commission dans le cadre de la procédure de transaction. La Commission *peut* simplement, à la lumière des progrès accomplis, accorder aux parties un accès aux preuves « à charge » lors des discussions menées en vue de parvenir à une transaction. Le but de cet accès restreint est de permettre aux entreprises de prendre connaissance des éléments essentiels pris en considération par la Commission. Celle-ci est certes tenue d'accorder « l'accès aux versions non confidentielles de tout document spécifique » si une partie le demande, mais uniquement dans les cas où cet accès « se justifie pour

²⁵ 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, JOUE, 2008, C 167, p. 1, point 41. Nous verrons toutefois plus loin que la jurisprudence communautaire conduit à mettre en doute le caractère « plein et entier » de ce contrôle.

²⁶ En ce sens, cf. C. Barbier de la Serre, Le projet de règlement communautaire en matière de transactions, *Revue Lamy de la concurrence*, janvier-mars 2008, p. 79 et s.

²⁷ En ce sens, cf. I. Daems, K. Hugmark, J. Joshua, What's the Deal ? Navigating the European Commission's 2008 Settlement Notice, *The European Antitrust Review*, 2009, p. 23-30, ici p. 27.

permettre à la partie en cause de préciser sa position concernant tout autre aspect de l'entente »²⁸. Dès lors que l'on reconnaît un caractère pénal aux procédures communautaires de mise en oeuvre de la concurrence, l'on ne peut que s'interroger sur la compatibilité d'un tel accès restreint avec les standards de l'article 6 de la CEDH. Cette question est d'autant plus aiguë que la proposition de transaction par laquelle l'entreprise reconnaît l'infraction doit également contenir une renonciation au droit d'accès au dossier de la part de cette entreprise²⁹.

Les pages qui précèdent se contentent de poser des questions. Elles soulèvent des doutes et des interrogations sur la compatibilité, avec les droits fondamentaux, des nouveaux instruments de lutte contre les infractions au droit de la concurrence. Si elles épinglent de possibles défaillances dans le respect des droits de l'homme, elles ne répondent toutefois pas à la question de l'intérêt que revêt l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour remédier à ces faiblesses. La réponse à cette question demande que l'on se tourne à présent vers la jurisprudence récente de la Cour de justice pour y traquer d'éventuelles insuffisances dans la protection des droits de l'homme dans le cadre des affaires de concurrence.

B. Le contrôle de la Cour de justice à la lumière de quelques arrêts récents

La Cour de justice contraint la Commission à respecter les droits fondamentaux dans le cadre de son office, et accorde de nombreuses garanties aux entreprises poursuivies pour infraction au droit de la concurrence (1). Il semble toutefois que la jurisprudence récente laisse persister quelques lacunes dans la protection des droits consacrés dans la CEDH (2).

(1) Les garanties offertes par la Cour

Les juridictions communautaires reconnaissent un grand nombre de garanties aux entreprises impliquées dans des procédures de mise en oeuvre du droit de la concurrence. Sommée de respecter les principes généraux du droit communautaire, la Commission se heurte aux droits fondamentaux dès la phase de l'enquête préalable. C'est d'une part le droit à la protection de la vie privée qui, en l'absence d'indices suffisamment tangibles, autorise un juge national à refuser l'accès des enquêteurs aux locaux d'une entreprise³⁰. Ce sont d'autre part les droits de la défense qui, sans consacrer un droit absolu au silence, s'opposent à ce qu'une entreprise soit « obligée de fournir des réponses par lesquelles elle est amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve »³¹, et qui consacrent la confidentialité de la correspondance entre un avocat et son client³².

²⁸ 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, JOUE, 2008, C 167, p. 1, point 16.

²⁹ *Ibid.*, point 20, d).

³⁰ CJUE 22 oct. 2002, *Roquette Frères c/ Commission*, C-94/00, Rec. I-9011.

³¹ CJUE 18 oct. 1989, *Orkem c/ Commission*, 374/87, Rec. 3283, point 35. Selon une jurisprudence constante, si elles sont en droit d'exiger des informations factuelles ainsi que des documents relatifs à ces faits (par exemple, les lieu et date d'une réunion), les autorités de la concurrence ne peuvent pas obliger les

La seconde phase de la procédure administrative, qui précède directement la décision de la Commission, donne quant à elle la possibilité aux entreprises mises en cause de répondre aux griefs formulés à leur encontre³³. Afin de se défendre efficacement, elles ont le droit de consulter tous les documents qui figurent dans leur dossier d'instruction, à charge ou à décharge³⁴. En outre, la communication des griefs doit être suffisamment claire et explicite pour permettre aux entreprises concernées de faire valoir utilement leur droit à être entendu³⁵. Enfin, la Commission ne sera pas admise à fonder sa décision sur des faits et des griefs qui n'ont pas été communiqués préalablement au destinataire de celle-ci³⁶.

La fin de la procédure administrative n'entraîne pas davantage la désagrégation du « bouclier » des droits de l'homme. D'une part, le principe *non bis idem* interdit à la Commission « de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique »³⁷. D'autre part, certaines garanties fondamentales applicables à la procédure administrative continuent de protéger

entreprises concernées à dévoiler l'objet d'une réunion ou la nature des décisions qui y ont été adoptées (cf. e.a. TPI 20 févr. 2001, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, T-112/98, Rec. II-729 ; CJUE 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij c/ Commission*, C-238/99 P, Rec. I-8375 ; TPI 29 avr. 2004, *Tokai Carbon c/ Commission*, T-236/01, Rec. II-1181). Le droit de ne pas s'auto-incriminer ne s'étend toutefois pas aux documents rédigés antérieurement à la demande de renseignements de la Commission. Les entreprises sont dès lors tenues de transmettre ces documents même s'ils contiennent la preuve irréfutable d'une infraction (CJUE 29 juin 2006, *Commission c/ SGL Carbon*, C-301/04 P, Rec. I-5915, points 38-50).

³² CJUE 18 mai 1982, *AM & S c/ Commission*, 155/79, Rec. 1575, points 18-27 ; CJUE 17 oct. 1989, *Dow Benelux c/ Commission*, 85/87, Rec. 3137, point 27 ; TPI 17 sept. 2007, *Akzo Nobel Chemicals c/ Commission*, T-125/03 et T-253/03, Rec. II-3523.

³³ Ce « droit d'être entendu » est consacré à l'article 27 du Règlement n°1/2003.

³⁴ Cf. CJUE 7 janv. 2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, C-204/00 P, Rec. I-123, point 68 et les nombreux arrêts y cités. Notons encore que « l'absence de communication d'un document ne constitue une violation des droits de la défense que si l'entreprise concernée démontre, d'une part, que la Commission s'est fondée sur ce document pour étayer son grief relatif à l'existence d'une infraction et, d'autre part, que ce grief ne pourrait être prouvé que par référence audit document » (*ibid.*, point 71 et arrêts y cités). Les conditions de ce droit d'accès au dossier font l'objet d'une communication de la Commission du 13 décembre 2005 (JOUE C 325, p. 7).

³⁵ Cf. e.a. CJUE 3 juil. 1991, *AKZO c/ Commission*, 62/86, Rec. I-3359, point 29 ; CJUE 3 sept. 2009, *Papierfabrik August e.a. c/ Commission*, C-322, 327, 338/07 P, non encore publié au Recueil.

³⁶ Cf. e.a. TPI 23 févr. 1994, *Europay c/ Commission*, T-39/92 et T-40/92, Rec. II-49, points 49-52. Ce principe fait toutefois souvent l'objet d'une interprétation restrictive : cf. e.a. TPI 30 sept. 2003, *Atlantic Container c/ Commission*, T-191/98, 212/98, 214/98, Rec. II-3275, points 191 à 196.

³⁷ CJUE 7 janv. 2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, C-204/00 P, Rec. I-123, point 338. On remarquera que si ce principe ne s'étend pas aux décisions rendues par les autorités de la concurrence des différents Etats membres, la Cour a cependant admis de longue date que des considérations d'équité obligeaient la Commission à prendre en compte lesdites décisions dans la détermination du montant de l'amende au niveau communautaire (cf. e.a. CJUE 13 févr. 1969, *Wilhelm c/ Commission*, 14/68, Rec. 1, point 11 ; CJUE 14 sept. 1972, *Boehringer c/ Commission*, 7/72, Rec. 1281, point 3). Assez curieusement, il n'en va pas de même pour les décisions rendues par les autorités d'Etats tiers (TPI 9 juil. 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, T-224/00, Rec. II-2597, points 92 et s. ; CJUE 29 juin 2006, *Showa Denko K c/ Commission*, C-289/04 P, Rec. I-5859, points 60-61, et CJUE 29 juin 2006, P *SGL Carbon c/ Commission*, C-308/04, Rec. I-5977, points 39-40). Enfin, on signalera que le processus de décentralisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence qui accompagne l'entrée en vigueur du Règlement n°1/2003 soulève de nouveaux problèmes à l'égard du principe *non bis in idem*.

les entreprises qui postulent l'annulation d'une décision de la Commission devant les juridictions communautaires. Ainsi en est-il notamment de la présomption d'innocence, qui implique d'une part que « l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction »³⁸ et qui exige d'autre part « que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise »³⁹. Il en va de même du droit à être jugé dans un délai raisonnable, lequel commande l'annulation des décisions administratives et juridictionnelles qui, rendues au terme d'une procédure anormalement longue, portent atteinte aux droits de la défense⁴⁰.

(2) Des insuffisances persistantes

En dépit de ces avancées importantes, la jurisprudence actuelle présente encore certaines insuffisances. Nous en épingleons quatre.

(i) La première touche à la question cruciale du caractère pénal de la procédure et des sanctions qui régissent la mise en œuvre du droit de la concurrence. En dépit des argumentaires élaborés développés par les plaideurs, le Tribunal et la Cour de justice n'ont jamais explicitement reconnu le caractère pénal de la procédure organisée devant la Commission et des décisions prises par cette dernière. Si les juridictions communautaires se contentent bien souvent d'éluder la question, elles ont à certaines occasions très clairement affirmé leur position à ce sujet⁴¹, admettant au mieux la caractère « quasi-pénal » des amendes infligées par la Commission⁴².

Cette conclusion ne serait pas problématique en elle-même si elle s'appuyait sur une solide motivation. Force est toutefois de reconnaître que les – rares – arguments invoqués en soutien de cette position n'emportent guère la conviction. Tantôt référence

³⁸ TPI 8 juil. 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, T-67, 68, 71 et 78/00, Rec. II-2501, point 177. Parmi les arrêts imposant le respect de la présomption d'innocence au juge, cf. CJUE 8 juil. 1999, *Hüls c/ Commission*, C-199/92 P, Rec. I-4287, points 149 et s ; CJUE 8 juil. 1999, *Montecatini c/ Commission*, C-235/92 P, Rec. I-4539, points 175 et s.

³⁹ TPI 8 juil. 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, T-67, 68, 71 et 78/00, Rec. II-2501, point 179. Parmi les arrêts imposant le respect de la présomption d'innocence à la Commission, cf. e.a. TPI 20 mars 2002, *HFB c/ Commission*, T-9/99, Rec.II-1487.

⁴⁰ On notera que ces conditions – longueur anormale et effets néfastes sur les droits de la défense – sont cumulatives : cf. e.a. TPI 16 déc. 2003, *VfVGE c/ Commission*, T-5/00 et T-6/00, Rec. II-5761 ; CJUE 17 déc. 1998, *Baustahlgebe c/ Commission*, C-185/95 P, Rec. I-8422.

⁴¹ Sur le caractère non pénal de la procédure et/ou des amendes, cf. e.a. CJUE 18 sept. 2003, *Volkswagen c/ Commission*, C-338/00 P, Rec. I-9189, point 96 ; TPI 1^{er} juil. 2008, *Compagnie maritime belge c/ Commission*, T-276/04, Rec. II-1277, point 66.

⁴² Ce caractère quasi-pénal semble implicitement reconnu par la Cour dans son arrêt du 8 juillet 1999 dans l'affaire *Hüls c/ Commission*, C-199/92 P, Rec. I-4287, points 149-150. Cf. dans le même sens, et plus explicitement, les conclusions de l'AG Trstenjak présentées le 15 mai 2008 dans l'affaire *Archer Daniels Midland c/ Commission*, C-510/06 P, non encore publiées au Recueil ; les conclusions de l'AG Bot présentées le 26 mars 2009 dans l'affaire *Erste Group Bank AG e.a. c/ Commission*, C-125/07, 133/07, 135/07 et 137/07 P, non encore publiées au Recueil, point 306. D'autres avocats généraux ont explicitement reconnu le caractère pénal de la procédure ou des amendes en matière de concurrence : cf. les conclusions de l'AG Vesterdorf (ff.) dans l'affaire *Rhône-Poulenc c/ Commission*, T-1/89, Rec. II-867, p. 885 ; les conclusions de l'AG Léger dans l'affaire *Baustahlgebe c/ Commission*, C-185/95 P, Rec. I-8422, point 31.

est faite au libellé des règlements communautaires, qui dénie explicitement toute coloration pénale au droit de la concurrence. La jurisprudence de la Cour eur. D. H. nous apprend pourtant que cet argument textuel ne saurait en aucun cas être considéré comme décisif. Tantôt des motifs d'ordre « politique » ou « managérial » moins avouables sont naïvement confessés. Ainsi la Cour et le Tribunal estiment-ils que « l'efficacité du droit communautaire de la concurrence serait gravement affectée si l'on acceptait la thèse selon laquelle le droit de la concurrence relève du droit pénal »⁴³.

Cette logique d'efficacité est pour le moins surprenante. Poussée jusqu'au bout, elle aboutit à considérer que les infractions les plus graves ne sauraient relever du droit pénal dès lors que leur répression serait alors freinée par les garanties attachées à la matière pénale. Au vrai, cette argumentation en dit long sur le fossé qui sépare, dans l'esprit de certains, l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence de l'auteur d'une infraction pénale « classique ». Ainsi l'avocat général Jarabo Colomer n'hésite-t-il pas à déclarer que « le domaine du droit de la concurrence ne fait pas l'objet d'une transposition *en bloc* de l'ensemble des garanties développées dans le cadre du droit pénal, lequel met en présence l'État sanctionnateur, d'une part, et l'individu présumé auteur de l'infraction, de l'autre. Lesdites garanties visent précisément à compenser ce déséquilibre entre les pouvoirs. En matière de libre concurrence, ces paramètres se trouvent modifiés, dans la mesure où l'on cherche à protéger la communauté d'individus que constitue la société, composée de groupes de consommateurs, face à de puissants groupes qui disposent de moyens considérables. Reconnaître à ces auteurs d'infractions les mêmes garanties procédurales qu'au particulier plus nécessiteux témoignerait non seulement d'une singulière ironie mais impliquerait, quant au fond, une diminution de la protection, en l'occurrence économique, de l'individu, principale victime des agissements contre la concurrence »⁴⁴.

(ii) Cette posture intellectuelle n'est peut-être pas non plus étrangère à la position de la Cour selon laquelle la Commission ne saurait être considérée comme un tribunal au sens de l'article 6 de la CEDH⁴⁵. Au prix d'un raisonnement d'une circularité exemplaire, la Cour semble en effet considérer que *parce qu'elle n'est pas indépendante de l'exécutif*, la Commission n'est pas un tribunal soumis par l'article 6 à une obligation d'impartialité⁴⁶. La seule façon de rompre cette tautologie consisterait pour la Cour à adopter une conception plus large de la notion de tribunal. La Cour pourrait ainsi, par exemple, transposer à l'article 6 de la CEDH tout ou partie des critères forgés pour définir la notion de « juridiction » dans le cadre de l'article 267 TFUE (ex-234 CE), à savoir principalement l'origine légale de l'organe juridictionnel, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, l'origine juridique des règles qu'il applique et le caractère contradictoire de la procédure devant lui⁴⁷. Il ne fait guère de doute que dans le domaine de la concurrence, la Commission remplit ces différents critères. Pareille extension de la

⁴³ TPI 1^{er} juil. 2008, *Compagnie maritime belge c/ Commission*, T-276/04, Rec. II-1277, point 66. Dans le même sens, CJUE 18 sept. 2003, *Volkswagen c/ Commission*, C-338/00 P, Rec. I-2189, point 97.

⁴⁴ Conclusions présentées dans l'affaire *Volkswagen c/ Commission*, C-338/00 P, précitée, point 66

⁴⁵ Cf. e.a. TPI 11 juil. 2007, *Schneider Electric c/ Commission*, T-351/03, Rec. II-2237, point 183.

⁴⁶ CJUE 29 oct. 1980, *Van Landewyck c/ Commission*, 209 à 215/78 et 218/78, Rec. 3125 ; CJUE 7 juin 1983, *Musique Diffusion française c/ Commission*, 100 à 103/80, Rec. 1825.

⁴⁷ Cf. déjà CJUE 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, 61/65, Rec. 23, point 6.

notion de tribunal semble justifiée à la fois au regard de la jurisprudence récente de la Cour eur. D. H.⁴⁸ et de la nécessité de conserver toute l'effectivité de l'article 6 de la CEDH.

L'on conviendra avec la Cour qu'indépendamment de cette question, le caractère inéquitable d'une procédure – et donc l'atteinte à l'article 6 de la CEDH – ne saurait être établi tant que les décisions de la Commission font l'objet d'un contrôle plein et entier par un véritable tribunal, respectueux des garanties de l'article 6 de la CEDH⁴⁹. Cependant, outre qu'il n'est pas certain que cette position soit conforme aux derniers enseignements de la Cour eur. D. H.⁵⁰, l'on remarquera que cette condition ne paraît pas parfaitement remplie dans le domaine qui nous occupe. Certes, les décisions de la Commission peuvent officiellement faire l'objet d'un recours « de pleine juridiction » devant le Tribunal. Force est toutefois de constater que l'étendue du contrôle exercé par le Tribunal n'est pas comparable à celle d'un juge d'appel appelé à réformer une décision de première instance. Tandis que le second fait réellement office de deuxième juge, examinant l'ensemble du dossier *ex novo*, indépendamment du jugement rendu en première instance, le Tribunal n'a de cesse que de souligner le « pouvoir d'appréciation » dont jouit la Commission pour fixer les amendes⁵¹ et la « large marge d'appréciation » de celle-ci pour évaluer l'étendue de la coopération fournie par une entreprise⁵². Cette latitude accordée à la Commission réduit d'autant l'étendue du contrôle du Tribunal, limité sur certains points à sanctionner l'« erreur manifeste d'appréciation »⁵³ et à contrôler la cohérence et l'objectivité de la justification de la décision de la Commission⁵⁴. De manière générale du reste, « pour autant que la décision de la Commission soit le résultat d'appréciations techniques complexes, celles-ci font en principe l'objet d'un contrôle juridictionnel limité, qui implique que le juge ne saurait substituer son appréciation des éléments de fait à celle de la Commission » et doit limiter son contrôle « à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste et de détournement de pouvoir »⁵⁵. Dans notre examen de la jurisprudence strasbourgeoise, il nous faudra revenir sur la conformité de ce contrôle « allégé » aux réquisits de l'article 6 de la CEDH.

⁴⁸ Cf. *infra*, sur ce point.

⁴⁹ Cf. e.a. TPI 11 juil. 2007, *Schneider Electric c/ Commission*, T-351/03, Rec. II-2237, point 183.

⁵⁰ Cf. *infra*, sur ce point.

⁵¹ Cf. e.a. TPI 9 juil. 2009, *Automobiles Peugeot c/ Commission*, T-450/05, non encore publié au Recueil, point 273 ; TPI 6 mai 2009, *Wieland-Werke c/ Commission*, T-116/04, non encore publié au Recueil, point 30 ; TPI 6 avr. 1995 *Martinelli c/ Commission*, T-150/89, Rec. II-1165, point 59 ; TPI 15 mai 1998, *Mo och Domsjö c/ Commission*, T-352/94, Rec. II-1989, point 268 ; CJUE 16 nov. 2000, *Mo och Domsjö c/ Commission*, C/283/98 P, Rec. I-9855, point 47.

⁵² Cf. e.a. TPI 1^{er} juil. 2009, *ThyssenKrup c/ Commission*, T-24/04, non encore publié au Recueil, point 298 ; TPI 6 mai 2009, *Wieland-Werke AG c/ Commission*, T-116/04, Rec. II-124 ; CJUE 29 juin 2006, *SGL Carbon c/ Commission*, C-308/04 P, Rec. I-5977, points 81 et 88.

⁵³ Cf. e.a. TPI 30 avr. 2009, *Nintendo c/ Commission*, T-13/03, non encore publié au Recueil, point 162.

⁵⁴ Cf. e.a. TPI 30 avr. 2009, *Itochu c/ Commission*, T-12/03, non encore publié au Recueil, point 74 ; TPI 15 mars 2006, *Daiichi Pharmaceutical c/ Commission*, T-26/02, Rec. II-713, points 84-85.

⁵⁵ TPI 9 sept. 2009, *Clearstream c/ Commission*, T-301/04, non encore publié au Recueil, points 93-94. Dans le même sens, TPI 17 sept. 2007, *Microsoft c/ Commission*, T-201/04, Rec. II-3601, points 87-88.

(iii) Il n'est pas certain que la jurisprudence récente de la Cour soit en tous points conforme au respect de la présomption d'innocence contenue dans l'article 6 de la CEDH. D'une part, l'arrêt *Akzo Nobel* du 10 septembre 2009 confirme et étend la présomption de responsabilité de la société mère pour les infractions commises par l'une de ses filiales⁵⁶. La Cour confirme la jurisprudence selon laquelle une société mère détenant 100 % du capital d'une de ses filiales est présumée – réfragablement – exercer effectivement une influence déterminante sur le comportement de celle-ci et être responsable des infractions au droit de la concurrence commises par celles-ci. Cette présomption légale est sans doute acceptable lorsqu'elle entraîne une responsabilité sans faute, motivée par le souci de trouver un « payeur » solvable. Elle paraît en revanche nettement plus douteuse lorsque, comme l'affirme la Cour dans l'arrêt *Akzo Nobel*, elle aboutit à reporter la faute elle-même sur la société mère. Pour autant que l'on reconnaisse le caractère pénal du droit de la concurrence, l'on avouera qu'il y a quelque chose de choquant à voir une personne condamnée pour un délit (un crime ?) commis par une autre personne, celle-ci fût-elle sous son contrôle.

D'autre part, l'arrêt *réseau Lombard* du 24 septembre 2009⁵⁷ paraît confirmer que l'on puisse déduire de la « simple » mise en œuvre d'une entente anti-concurrentielle la réalité de l'impact de cette infraction sur les conditions de concurrence observables sur le marché concerné. De manière très convaincante, l'avocat général Bot avait, au nom de la présomption d'innocence, proposé de rejeter cette assimilation⁵⁸. La Cour n'a apparemment pas suivi son avocat général, validant le lien établi par le Tribunal entre les exemples de mise en œuvre des accords litigieux et les effets de ceux-ci sur le marché bancaire (pt. 118). Le fait que les nouvelles lignes directrices ne fassent plus de l'impact du cartel sur le marché un critère explicite d'évaluation de la gravité d'une infraction n'enlève rien aux conséquences pratiques de cette présomption. D'une part, l'on est en droit de se demander dans quelle mesure ce paramètre ne continue pas d'influencer, dans l'ombre, la détermination du montant des amendes infligées par la Commission. D'autre part, et surtout, cette présomption pourrait se révéler grosse de conséquences dans le cadre de litiges en responsabilité extra-contractuelle dès lors qu'elle aboutirait à dispenser le demandeur de la preuve du dommage effectivement causé par la pratique anti-concurrentielle mise en cause.

(iii) La position de la Cour de justice sur l'applicabilité rétroactive des lignes directrices de 2006 sur le calcul des amendes paraît quant à elle difficilement réconciliable avec le principe de légalité et de non-rétroactivité des peines consacré à l'article 7 de la CEDH. De longue date, la Cour a considéré que la marge d'appréciation très large laissée à la Commission dans l'établissement du montant des amendes ne violait pas le principe *nulla poena sine lege*⁵⁹. La Cour a toutefois avalisé – et même favorablement accueilli – l'adoption par la Commission de lignes directrices destinées à accroître la prévisibilité de

⁵⁶ CJUE 10 sept. 2009, *Akzo Nobel c/ Commission*, C-98/07 P, non encore publié au Recueil.

⁵⁷ CJUE 24 sept. 2009, *Erste Group Bank AG e.a. c/ Commission*, C-125/07, 133/07, 135/07 et 137/07 P, non encore publié au Recueil.

⁵⁸ Conclusions du 26 mars 2009, points 270 et s.

⁵⁹ Cf. dernièrement CJUE 22 mai 2008, *Degussa c/ Commission*, C-266/06 P, Rec. I-81 (publ. somm.), points 42 et s.

ses amendes en détaillant les critères présidant à la détermination de leur montant⁶⁰. A cet égard, la Cour a jugé que si la Commission a le droit d'auto-limiter son pouvoir d'appréciation, elle est alors dans l'obligation de suivre les lignes directrices qu'elle s'est imposée, et ne saurait s'en écarter qu'au prix d'une motivation rigoureuse⁶¹.

Dans ces circonstances, l'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour s'oppose à l'application rétroactive de nouvelles lignes directrices bouleversant la méthode de calcul des amendes et entraînant une augmentation très importante de celles-ci. Dans son arrêt *Archer Daniels Midland*, la Cour a toutefois approuvé le raisonnement du Tribunal, estimant que cette application rétroactive était non seulement conforme au principe de légalité des peines, mais qu'elle ne devait en outre pas reposer sur des « justifications spécifiques »⁶². On peine à comprendre cette position lorsque l'on sait que même entourée de « conseils éclairés », les entreprises auraient difficilement pu avoir ne fût-ce qu'une vague idée, à l'époque de l'infraction, des montants auxquels les exposait leur conduite.

(iv) Nous voudrions clôturer ce survol sélectif de la jurisprudence communautaire récente en soulevant quelques doutes sur la validité, au regard du principe de protection juridictionnelle effective consacré à l'article 13 de la CEDH, de la solution dégagée par la Cour de justice dans son arrêt *Der Grüne Punkt*⁶³. En règle générale, la Cour de justice considère qu'une décision prise en violation d'une garantie procédurale doit être annulée si la violation observée a été de nature à compromettre les droits de la défense de l'entreprise concernée⁶⁴. En l'espèce, la Cour a jugé qu'en raison de son excessive longueur, la durée de la procédure devant le Tribunal n'était pas conforme au droit à être jugé dans un délai raisonnable. Elle estima toutefois que « dans la mesure où il n'existe aucun indice laissant apparaître que le non-respect d'un délai de jugement raisonnable a pu avoir une incidence sur la solution du litige, l'annulation de l'arrêt attaqué ne remédierait pas à la violation du principe de protection juridictionnelle effective commise par le Tribunal » (pt. 193). La Cour indiqua qu'en revanche, comme l'avait relevé son avocat général, cette violation pouvait donner lieu à un recours en responsabilité extra-contractuelle de la Communauté.

Cette solution paraît de bon sens. Elle n'est toutefois pas sans poser problèmes dès lors que, comme l'observe l'avocat général Bot dans ses conclusions, elle devrait conduire les entreprises concernées à demander réparation des fautes commises par le Tribunal... au Tribunal lui-même ! Tout en reconnaissant que cette solution se heurte en apparence à la jurisprudence strasbourgeoise, l'avocat général estime qu'il s'agit là de la seule option possible dès lors qu'à défaut d'autre instance devant laquelle introduire un tel recours,

⁶⁰ Cf. p. ex. CJUE 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri e.a. c/ Commission*, C-189/02 P e.a., Rec. I-5425, points 211-213.

⁶¹ Cf. p. ex. TPI 6 mai 2009, *Wieland-Werke c/ Commission*, T-116/04, point 30 ; TPI 8 oct. 2008, *Schunk c/ Commission*, T-69/04, non encore publié au Recueil, point 44

⁶² CJUE 19 mars 2009, *Archer Daniels Midland c/ Commission*, C-510/06 P, non encore publié au Recueil, points 56 et s.

⁶³ CJUE 16 juil. 2009, *Der Grüne Punkt c/ Commission*, C-385/07 P, non encore publié au Recueil.

⁶⁴ Pour des illustrations récentes, cf. CJUE 3 sept. 2009, *Papierfabrik August e.a. c/ Commission*, C-322, 327, 338/07 P, non encore publié au Recueil ; TPI 18 juin 2008, *Hoechst c/ Commission*, T-410/03, Rec. II-881.

refuser la compétence du Tribunal équivaudrait à un déni de justice⁶⁵. Ce raisonnement laisse songeur, qui fait de nécessité loi. La Cour de justice ne devrait-elle pas appliquer à elle-même l'interdiction faite aux Etats d'avancer des obstacles institutionnels d'ordre interne pour justifier une méconnaissance du droit communautaire⁶⁶ ?

II. La réalité communautaire confrontée aux enseignements récents de la jurisprudence strasbourgeoise

Les pages qui précèdent offrent un bilan en demi-teinte. Si la Cour de justice veille au respect des garanties du procès équitable dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, sa jurisprudence semble toutefois témoigner d'une trop grande indulgence envers la Commission. Le souci de préserver l'effectivité de la répression des infractions au droit de la concurrence semble parfois l'emporter sur le respect le plus strict dû aux droits fondamentaux.

Arrivé à ce stade de notre analyse, il semble qu'un contrôle externe du respect des droits de l'homme dans les affaires de concurrence ne soit pas superflu. Deux questions restent néanmoins en suspens, avant qu'une réponse puisse être apportée à l'interrogation qui forme le titre de cette recherche. D'une part, il faut se demander si le contrôle externe de la Cour E.D.H. apporterait *effectivement* une plus-value sur le plan des standards de protection des droits de l'homme. D'autre part, il importe de se demander si la Cour eur. D. H. n'exerce pas *déjà* un tel contrôle et si, dès lors, une adhésion formelle à la CEDH est bel et bien nécessaire.

A. Sur le plan matériel – la plus-value d'un contrôle de la Cour eur D. H.

Il n'entre ni dans nos compétences, ni dans les limites de cette recherche d'offrir un panorama, fût-il succinct, de tous les pans de la jurisprudence strasbourgeoise susceptibles d'offrir des garanties supplémentaires aux personnes poursuivies et jugées par la Commission pour infraction au droit de la concurrence. Tout au plus épinglera-t-on cinq questions sur lesquelles la jurisprudence de la Cour eur. D. H. semble apte à compenser les faiblesses observées dans l'ordre juridique communautaire.

(i) Sur le caractère pénal des infractions au droit de la concurrence et des procédures qui les précèdent, les enseignements des arrêts *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006 et *Dubus c. France* du 11 juin 2009 méritent d'être rappelés. Le premier concernait l'application d'une pénalité de 10% en cas de non-paiement de la taxe sur la valeur ajoutée. La Cour y a déclaré qu'« elle n'est pas convaincue qu'il faille affranchir les sanctions fiscales des garanties procédurales contenues dans l'article 6 pour préserver l'efficacité du système fiscal ni d'ailleurs que pareille démarche puisse se concilier avec l'esprit et le but de la Convention » (pt. 36). La Cour considéra dans la foulée qu'en dépit

⁶⁵ Conclusions présentées le 31 mars 2009, points 338-340.

⁶⁶ Comp. avec la solution dégagée par la Cour dans son arrêt du 17 décembre 1998 dans l'affaire *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, C-185/95 P, Rec. I-8417.

de sa qualification en droit interne et de son caractère peu élevé, la majoration de l'impôt finlandais avait un caractère pénal.

L'arrêt *Dubus c. France* pousse la coloration pénale plus loin encore. En l'espèce, la Commission bancaire française avait infligé un blâme à une société pour n'avoir pas respecté certaines obligations comptables. La Cour estima que dans la mesure où la société aurait également pu encourir une radiation et/ou une sanction pécuniaire, le volet pénal de l'article 6 de la CEDH devait trouver à s'appliquer *in casu* (pts 36 et s.).

Rendus dans la droite ligne de la décision *Lilly c. France*⁶⁷ relative au Conseil de la concurrence français, ces arrêts n'appellent guère de commentaire. Ils témoignent à suffisance de la différence de posture entre la Cour eur. D. H. – soucieuse d'accorder les garanties les plus larges, quitte à compromettre l'efficacité de la répression – et la Cour de justice – parfois tentée d'inverser cet ordre des priorités – dans leur appréciation du caractère pénal d'une procédure ou d'une sanction.

(ii) Le même arrêt *Dubus* nous apprend que la Commission bancaire française est un « tribunal » au sens de l'article 6 de la CEDH (pt. 38), indépendamment du fait que cet organe cumule des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction. Le parallélisme avec la Commission européenne est ici frappant même si l'on notera qu'à l'inverse de cette dernière, la Commission bancaire est qualifiée de « juridiction administrative » en droit français. Cette différence ne fausse toutefois pas la comparaison dès lors qu'il ressort de la jurisprudence strasbourgeoise que la notion de tribunal revêt une signification autonome, indépendante des qualifications nationales⁶⁸.

Du reste, un arrêt récent de la Cour eur. D. H. semble rompre définitivement avec le raisonnement circulaire selon lequel seul un organe indépendant et impartial peut mériter la qualification de tribunal au sens de l'article 6 et se voir ainsi soumis à l'obligation d'indépendance et d'impartialité. Dans son arrêt *Savino c. Italie* du 28 avril 2009, la Cour considère que la Commission et la Section juridictionnelles de la Chambre des députés italienne est à la fois un tribunal au sens de l'article 6 et une instance partielle non conforme au prescrit de cette disposition.

Un tribunal doit nécessairement être impartial, même s'il n'agit qu'en première instance. L'obligation d'impartialité s'applique même à un juge d'instruction⁶⁹ ou à l'organe administratif intervenant en amont du procès⁷⁰. La Cour rappelle à cet égard dans l'arrêt *Dubus* que « si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6, § 1 de la Convention (...), ce cumul est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'acte d'instruction de sa part. (...) La Cour doit

⁶⁷ Cour eur. D. H. 3 déc. 2002, *Lilly c. France*.

⁶⁸ Sur ce point, cf. F. Krenc, La notion de « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Les droits de l'homme en évolution – Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles-Athènes, Bruylant-Sakkoulas, 2009, p. 311-312 et jurisprudence citée.

⁶⁹ Cf. p. ex. Cour eur. D. H. 2 mai 2007, *Vera Fernandez-Huidobro c/ Espagne*.

⁷⁰ Cf. à cet égard l'interprétation de l'arrêt *Imbroscia c/ Suisse* du 24 nov. 1993 proposée par F. Krenc, *loc. cit.*, p. 315.

donc rechercher si la Commission bancaire a pu décider de la sanction disciplinaire “sans préjugement” » (pts 57-58). Inutile de dire que ce test – raté par la Commission bancaire dans l’affaire *Dubus* – a peu de chances d’être satisfait par la Commission européenne dans les affaires de concurrence.

(iii) Il semble également opportun de s’arrêter un instant sur la jurisprudence strasbourgeoise relative à la notion de « contrôle de pleine juridiction » au sens de l’article 6 de la CEDH. En effet, si par impossible la Commission européenne devait être considérée comme une simple autorité administrative, la procédure devant elle ne saurait être jugée conforme au prescrit de l’article 6 de la CEDH que s’il apparaît que ses décisions font l’objet d’un contrôle « de pleine juridiction » par le Tribunal. Nous avons vu plus haut que le Tribunal accorde à la Commission un pouvoir d’appréciation important, refusant le plus souvent de substituer son appréciation à celle de la Commission et limitant son contrôle (1) à la matérialité des faits et (2) au respect du droit. Il n’est pas certain que l’étendue de ce contrôle satisfasse aux exigences posées par la Cour eur. D. H. Celle-ci a jugé à plusieurs reprises qu’un contrôle de cassation – c’est-à-dire un contrôle de pure légalité – ne constituait pas un contrôle de pleine juridiction au sens de l’article 6⁷¹. Plus encore, il ressort de la jurisprudence strasbourgeoise que n’exerce pas un contrôle de pleine juridiction une cour d’appel qui limite son contrôle à (1) l’examen de la réalité de l’infraction et (2) la légalité des amendes infligées par l’administration⁷². D’autres arrêts confirment que le simple fait de contrôler si un organe administratif n’a pas excédé les limites de son pouvoir discrétionnaire ne constitue pas un « contrôle de pleine juridiction » au sens de l’article 6⁷³.

(iv) Le procès équitable, on le sait, passe par une protection effective des droits de la défense. On notera à cet égard que la Cour eur. D. H. a récemment rappelé que « l’article 6, § 1^{er} exige (...) que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge »⁷⁴. Il n’est pas certain que l’accès limité au dossier prévu dans le cadre de la procédure de transaction satisfasse cette exigence. Nous avons vu plus haut que ce sont en principe les seuls éléments sur lesquels la Commission fonde ses griefs – c’est-à-dire les seuls éléments à charge – qui sont accessibles au cours de la transaction. La communication des éléments à décharge est toutefois particulièrement cruciale pour permettre à l’entreprise de décider, en connaissance de cause, de poursuivre ou non la procédure de transaction.

Les droits de la défense peuvent également être compromis par la méconnaissance de la présomption d’innocence. On évoquera à cet égard un arrêt *Radio France e.a. c. France* du 30 mars 2004, dans lequel la Cour se penche sur une législation française qui rend le directeur de publication personnellement et pénalement responsable des propos diffamatoires tenus dans « ses » colonnes ou sur « ses » ondes. Si la Cour considéra que cette présomption de responsabilité n’était pas en soi contraire à l’article 6 de la CEDH, il

⁷¹ Cf. e.a. Cour eur. D. H. 21 févr. 2008, *Ravon e.a. c/ France* ; Cour eur. D. H. 24 juil. 2008, *André e.a. c/ France*.

⁷² Cour eur. D. H. 4 juin 2004, *Silevester's Horeca Service c/ Belgique*, point 28.

⁷³ Cour eur. D. H. 28 juin 1990, *Obermeier c/ Autriche*, point 70.

⁷⁴ Cour eur. D. H. 24 sept. 2003, *Dowsett c/ Royaume-Uni*, point 41.

semble que le fait que cette présomption soit subordonnée à une « fixation préalable » entre le directeur de publication et l’auteur ait été déterminant dans la décision de la Cour. Eu égard à cette jurisprudence, l’on est en droit de se demander ce que la Cour de Strasbourg penserait de la présomption de responsabilité pour faute d’une société mère pour les infractions au droit de la concurrence commises par l’une de ses filiales, dès lors que cette présomption n’est *pas* subordonnée à la preuve d’une concertation préalable entre la société mère et la filiale sur la commission – ou non – de ladite infraction.

(v) Pour terminer, l’on relèvera que la Cour eur. D. H. semble être de plus en plus tatillonne sur l’exigence de motivation des décisions de justice. Dans son arrêt *Taxquet c. Belgique* du 13 janvier 2009, la Cour observe une évolution dans ce sens, tant dans les législations des Etats membres que dans sa propre jurisprudence. Elle rappelle que « la motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense. La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l’arbitraire » (pt. 43). Si elle admet qu’une juridiction d’appel puisse renvoyer en substance aux motifs exposés par le juge de première instance, la Cour estime qu’il n’en va pas forcément de même pour ce dernier, particulièrement en matière pénale (pt. 44). Ce surcroît de sévérité jette une lumière suspecte sur les motifs très sommaires par lesquels la Commission justifie sa décision de fixer à tel ou tel pourcentage la proportion du chiffre d’affaires et l’« *entry fee* » pris en compte dans la détermination d’une amende pour infraction au droit de la concurrence.

Les juges de Strasbourg ont par ailleurs eu l’occasion de préciser que cette exigence de motivation revêtait une force particulière s’agissant des réponses aux griefs tirés des atteintes aux droits fondamentaux. Ainsi, « même si les tribunaux ne sauraient être tenus d’exposer les motifs de rejet de chaque argument d’une partie (...), ils ne sont pour autant pas dispensés d’examiner dûment et de répondre aux principaux moyens que soulève celle-ci (...). Si, de surcroît, ces moyens ont trait aux “droits et libertés” garantis par la Convention ou ses Protocoles, les juridictions nationales sont astreintes à les examiner avec une rigueur et un soin particuliers »⁷⁵. Cette jurisprudence offre peut-être un rappel utile aux juges de Luxembourg, qui semblent parfois oublier de répondre aux arguments – certes pas toujours très convaincants – tirés d’une violation des droits fondamentaux dans le cadre des affaires de concurrence⁷⁶.

B. Sur le plan procédural – l’effectivité du contrôle de la Cour eur. D. H.

L’examen comparé de la « réalité communautaire » et des enseignements récents de la jurisprudence strasbourgeoise témoigne de tout l’intérêt d’un contrôle externe exercé par la Cour eur. D. H. sur la poursuite des infractions au droit de la concurrence dans l’ordre juridique communautaire. Reste à présent à se demander si ce contrôle externe existe déjà

⁷⁵ Cour eur. D. H. 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, point 97.

⁷⁶ L’écart entre les conclusions des avocats généraux et les arrêts de la Cour est assez frappant à cet égard. Sur la présomption d’innocence et les « présomptions légales », cf. p. ex. les affaires *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, non encore publié au recueil, et *Akzo Nobel c/ Commission*, C-98/07 P, non encore publié au Recueil.

aujourd'hui, ou si sa mise en place exige l'adhésion préalable de l'Union européenne à la CEDH.

Les organes de Strasbourg ont très tôt considéré que le transfert des compétences d'un Etat à une organisation internationale n'exonérerait pas cet Etat de sa responsabilité envers la CEDH dans l'exercice de ces compétences⁷⁷. Dédit de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et maintes fois répété par la Cour eur. D. H.⁷⁸, ce principe semblait impliquer que le droit communautaire – fruit d'une organisation internationale créée par des Etats parties à la Convention – était soumis au contrôle des organes de Strasbourg. Cette règle de bon sens se heurta cependant très vite aux réticences de la Commission européenne des droits de l'homme lorsqu'elle fut saisie de recours dirigés contre les Communautés européennes. Peu encline à contrôler le droit d'une entité juridique non partie à la CEDH, consciente de la « spécificité » de la construction communautaire⁷⁹, la Commission – plus tard suivie par la Cour – se déclara incompétente *ratione personae* pour connaître de ces requêtes⁸⁰.

Excluant à la fois l'impunité des Etats et la responsabilité des Communautés, la jurisprudence indiquait la seule voie à suivre : les Etats eux-mêmes devaient être tenus responsables pour les mesures prises dans le cadre du droit communautaire. Si le principe était simple, sa mise en œuvre fut plus délicate. Entre le désir de « percer le voile communautaire » et le souci de respecter l'autonomie d'une organisation dotée de la personnalité juridique, la jurisprudence des organes de Strasbourg fut longtemps hésitante, voire erratique. La position de la Cour eur. D. H. sur sa compétence à l'égard des actes adoptés dans le cadre de l'Union européenne s'est toutefois fortement clarifiée depuis quelque temps. Nous nous limiterons ici à présenter, de manière quasi schématique, l'étendue du contrôle de conventionnalité du droit communautaire à travers quatre cas de figure.

La *première situation*, qui concerne les normes communautaires de droit *primaire* et leur mise en œuvre au niveau national, fut examinée par la Cour eur. D. H. dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*⁸¹. La Cour y a jugé que les Etats parties sont responsables des

⁷⁷ Ce principe fut établi explicitement pour la première fois dans la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 février 1990 dans l'affaire *M. & Co. c/ RFA*. Il ne constitue toutefois que l'application aux traités constitutifs d'organisations internationales d'une règle de droit international public plus générale affirmée de longue date par dans des décisions du 10 juin 1958, (*X et Y c/ FRG*), 11 janv. 1961 (*Autriche c/ Italie*) et 9 déc. 1987 (*Etienne Tête c/ France*).

⁷⁸ Cf. e.a. Cour eur. D. H. 18 févr. 1999, *Matthews c/ Royaume Uni* ; Cour eur. D. H. 18 févr. 1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, et Cour eur. D. H. 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c/ Irlande*.

⁷⁹ Cour eur. D. H. 18 févr. 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, point 49.

⁸⁰ Cf.e.a. Comm. eur. D. H. 10 juil. 1978, *CFDT c/ les Communautés européennes*, subsidiairement : la collectivité des Etats membres et les Etats membres pris individuellement ; Comm. eur. D. H. 19 janv. 1989, *Dufay c/ les Communautés européennes*, subsidiairement : la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement.

⁸¹ *Matthews c/ Royaume Uni*, 18 févr. 1999. Pour une analyse de cet arrêt, cf. e.a. I. Canor, *Primus inter pares*. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?, *EL Rev.*, 2000, p. 3-21; G. Cohen-Jonathan, J-F. Flauss, « A propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* », *RTD eur*, 1999, vol. 35(4), p. 637-657 ; O. De Schutter, O. L'hoest, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme », *Cah. dr. eur.*, 2000, p. 141-210.

violations de la Convention qui découlent d'un *accord conclu entre eux* dans le cadre de la Communauté ou de l'Union européenne. La jurisprudence *Matthews* rend ainsi désormais possible une requête dirigée contre l'ensemble des Etats membres suite à la conclusion d'un traité jugé contraire à la Convention. Cette jurisprudence ne semble toutefois pas avoir d'impact direct dans le domaine du droit communautaire de la concurrence.

La *deuxième situation* concerne des mesures nationales mettant en œuvre, *avec une marge d'appréciation*, des normes communautaires de droit *dérivé*. Dans son arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, la Cour eur. D. H. s'est déclarée compétente pour contrôler la conformité de telles mesures, même lorsque celles-ci s'inspirent presque mot pour mot de la norme de droit dérivé qu'elles entendent transposer. Cette jurisprudence n'est pas sans intérêt pour notre propos. Elle confirme que dans la mise sur pied de leurs propres autorités de la concurrence et dans l'établissement des sanctions nationales qui s'attachent au non-respect du droit communautaire de la concurrence, les Etats membres sont soumis au contrôle des juridictions strasbourgeoises.

La *troisième situation* est nettement plus délicate, qui touche à la compétence de la Cour pour contrôler l'*exécution servile*, par un Etats membre, d'une norme de droit communautaire. L'arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande* du 30 juin 2005 a fourni à la Cour eur. D. H. l'occasion de donner une réponse à cette question⁸². La Cour y a jugé qu'une mesure étatique adoptée en exécution d'une norme émanant d'une organisation internationale devait être réputée justifiée « dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » (pt. 155). Précisant que par "équivalente", elle entendait "comparable" et non "identique", la Cour considéra – suite à une analyse relativement détaillée du droit communautaire primaire et de la jurisprudence de la CJUE – que « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, "équivalente" (...) à celle assurée par le mécanisme de la Convention » (pt. 165). Estimant que la requérante n'avait pas réussi à renverser cette présomption en démontrant la présence d'une « insuffisance manifeste » dans la protection de ses droits, la Cour conclut à la non-violation de la Convention.

⁸² Sur cette affaire, cf.e.a. F. Benoit-Rohmer, A propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention, Rev. trim. D. H., vol. 64, p. 827-853 ; J-P. Jacqué, L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence « *Solange II* » de la Cour européenne des droits de l'homme?, RTD eur, 2005, p. 756-767 ; C. Banner, A. Thomson, Human Rights Review of State Acts Performed in Compliance with EC Law – *Bosphorus Airways v. Ireland*, E.H.R.L.R., 2005, p. 649-659; S. Adam, F. Krenc, La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme, *J.T.*, n° 6212, p. 85-87 ; V. Constantinesco, C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (grand chambre), *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005), Cah. dr. eur., 2006, p. 363-378.

Inspiré de certaines propositions doctrinales⁸³, cet arrêt important a suscité une avalanche de commentaires, qu'il ne nous appartient pas de réécrire. Relevons simplement que la présomption de légalité instaurée par la Cour est en réalité « doublement réfragable », laissant ouvertes deux voies d'accès au contrôle de conventionnalité du droit communautaire.

La première se situe au niveau du degré général de protection des droits de l'homme dans la Communauté qui, aux dires de la Cour elle-même, « doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent » (pt. 155). Si une baisse de ce niveau de protection devait être constatée dans l'avenir, la présomption de « conventionnalité » tomberait. La seconde « voie d'accès » au contrôle du droit communautaire se trouve au niveau de la présomption elle-même, qui peut être renversée par le requérant s'il démontre que la protection de ses droits fondamentaux a été entachée d'une insuffisance manifeste. Dans son opinion concordante, le juge Ress mentionne, au titre de ces insuffisances, une décision de la Cour de justice rompant avec la jurisprudence de la Cour eur. D. H. ou restreignant excessivement l'accès des particuliers au prétoire (pt.3).

Il ressort toutefois des décisions rendues dans les affaires *Biret*,⁸⁴ *Kokkelvisserij*⁸⁵ et *Connolly*⁸⁶ que cette « présomption d'équivalence » est appliquée généreusement par la Cour eur. D. H. La décision *Kokkelvisserij* est particulièrement éloquente à cet égard, qui vit la Cour de Strasbourg s'écarter de sa propre jurisprudence pour juger que l'absence d'un droit de réponse aux conclusions de l'avocat général devant la Cour de justice ne suffisait pas à emporter une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire.

Cette jurisprudence a des retombées concrètes pour notre propos. Elle implique que sauf à heurter de front le noyau dur des garanties offertes par la CEDH, un acte national d'exécution du droit de la concurrence ne saurait être remis en cause devant la Cour de Strasbourg. Ainsi en irait-il, par exemple, d'une décision d'une autorité nationale de la concurrence se contentant d'appliquer fidèlement les règles européennes en la matière. Cette faille importante dans l'étendue du contrôle de la Cour eur. D. H. offre le dernier élément de réponse à la question posée en exergue de cette recherche : seule une adhésion en bonne et due forme garantira la compétence pleine et entière de la Cour eur. D. H. sur les actes pris par les organes nationaux en exécution du droit communautaire de la concurrence.

La position de la Cour eur. D. H. par rapport à la *quatrième situation* renforce encore ce constat. Dans ses décisions *Biret* et *Connolly* précitées, la Cour a très clairement établi qu'elle n'était pas compétente *ratione personae* pour contrôler les actes adoptés par les institutions européennes elles-mêmes. Elle a ainsi mis fin aux espoirs de ceux qui

⁸³ Cf. ainsi J-P. Jacqué, La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations, in M. Dony, E. Bribosia (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Université de Bruxelles, 2002, p. 257-263.

⁸⁴ Cour eur. D. H. 9 déc. 2008, *Etablissements Biret c/ Allemagne, e.a.*

⁸⁵ Cour eur. D. H. 20 janv. 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij c/ Pays-bas.*

⁸⁶ Cour eur. D. H. 9 déc. 2008, *Bernard Connolly c/ Allemagne e.a.*

pensaient contourner cet obstacle procédural en assignant tous les Etats membres de l'Union européenne en lieu et place de l'Union – ou de la Communauté – elle-même. La Cour a très clairement exprimé qu'elle n'était pas compétente pour contrôler des actes de droit dérivé à l'adoption desquels les Etats membres n'avaient pas participé. Cette jurisprudence exclut par conséquent toute compétence de la Cour eur. D. H. pour contrôler le respect de la CEDH par la Commission européenne dans l'exercice de ses missions de poursuites et de jugement des infractions au règlement de la concurrence. Elle n'en rend que plus pressante l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH.

Conclusion – Le salut dans l'adhésion ?

Les développements qui précèdent ont permis d'apporter une réponse à la question qui figure en exergue de cette étude. Afin d'évaluer l'intérêt d'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH au regard de l'application du droit européen de la concurrence, il a fallu procéder en quatre temps. L'on a d'abord identifié les problèmes potentiels de compatibilité avec les droits fondamentaux qui se cachent dans deux textes récemment adoptés par la Commission pour renforcer la lutte contre les infractions au droit de la concurrence. Ce constat nous a ensuite conduit à examiner la jurisprudence récente des juridictions communautaires, pour y découvrir quelques lacunes dans la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Fort de ces observations, il a fallu dans un troisième temps se demander si la jurisprudence de la Cour eur. D. H. était susceptible d'offrir de meilleures garanties aux entreprises poursuivies par la Commission. Après avoir répondu par l'affirmative à cette question, il nous enfin été donné de constater qu'à défaut d'adhésion formelle de l'Union européenne à la CEDH, la Cour eur. D. H. ne s'estimerait pas habilitée à exercer un contrôle plein et entier des actes adoptés dans le cadre du droit européen de la concurrence.

L'intérêt de l'adhésion ne suffit toutefois pas à en garantir la réalisation dans un futur proche. Si le traité de Lisbonne donne à l'Union européenne la compétence pour adhérer à la CEDH, rien n'indique que les Etats membres – dont l'accord unanime est rendu nécessaire par l'article 218, § 6, TFUE – seront pressés de se priver du commode paravent que leur offre aujourd'hui l'Union européenne. Les choses ne sont guère plus évidentes du côté du Conseil de l'Europe, dont on sait que les réformes se heurtent régulièrement aux sensibilités des plus ombrageux de ses Etats. A ces obstacles politiques s'ajoutent d'innombrables problèmes techniques et procéduraux, dont l'énumération dépasse le cadre de la présente étude. Pour importants qu'ils soient, ces obstacles ne sauraient toutefois empêcher ni les entreprises de rêver, ni leurs conseils de s'intéresser un peu plus encore aux droits fondamentaux.