

tion de l'âge. En outre, elle permettrait d'obtenir l'application directe de la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle à l'ensemble des États membres, même en l'absence de transposition adéquate de la directive 2000/78, ce qui constituerait une réelle avancée dans la protection des droits des homosexuels au sein de l'ordre juridique de l'Union.

La Cour conditionne toutefois cette reconnaissance au fait que la mesure nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union. Or « ni l'article 13 CE ni la directive 2000/78 ne permettent de [la] rattacher au champ d'application du droit de l'Union »<sup>29</sup> et ce n'est donc « qu'à l'expiration du délai de transposition de la directive, que celle-ci a eu pour effet de [la] faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union »<sup>30</sup>. Dès lors, la Cour conclut que la mesure nationale ne peut être évincée qu'à partir du 3 décembre 2003, date d'expiration de ce délai.



### Conclusion

Le choix de la Cour, plus prudent que celui réalisé pour les discriminations en fonction de l'âge, s'explique aisément par la sensibilité politique des questions de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. En effet, en dépit d'une tendance croissante à la reconnaissance légale des unions homosexuelles, certains États membres ne leur offrent toujours aucun cadre juridique. Cette absence de reconnaissance étant potentiellement constitutive de discriminations, la consécration d'un nouveau principe général serait évidemment bénéfique aux unions homosexuelles souhaitant faire reconnaître leurs droits au sein de ces États. Cependant la diversité des régimes nationaux complique une telle consécration, qui présupposerait une certaine convergence des normes applicables au sein des ordres juridiques nationaux.

Dès lors, à ce jour, les partenaires peuvent donc se prévaloir d'un traitement égal dans les matières couvertes par la directive 2000/78 uniquement dans les États leur reconnaissant un statut comparable au mariage. L'arrêt *Römer* ne révolutionne donc pas le droit de l'Union applicable en matière de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Dans le prolongement de l'arrêt *Maruko*, il permet toutefois aux juges nationaux des États membres concernés de suivre le raisonnement de la Cour et sanctionner ce type de discriminations dans leur propre ordre juridique. Hors du champ d'application de la directive, les États membres restent, en revanche, seuls maîtres à bord. Il ne reste dès lors plus qu'à attendre les prochaines précisions quant aux limites de celui-ci.

Chloé BRIÈRE<sup>31</sup>

(29) C.J., *Römer*, op. cit., point 61.

(30) C.J., *Römer*, op. cit., point 64.

(31) Assistante académique, département d'études juridiques, Collège d'Europe, Bruges. L'auteur peut être contactée à l'adresse : chloe.briere@coleurope.eu.

## Arrêt « Tele 2 Polska » : une interprétation contestable de la compétence des autorités nationales de concurrence<sup>1</sup>

**E**N SE FONDANT sur une lecture littéralement et téléologiquement discutable du règlement 1/2003 pour conclure que seule la Commission, à l'exclusion des autorités nationales de concurrence, est compétente pour constater l'absence d'une pratique abusive, la Cour omet de tenir compte des implications pratiques de la limitation qu'elle impose aux compétences des A.N.C.



### Introduction

Alors que s'ouvrait la période des examens à l'université, la Cour de justice (« la Cour ») de l'Union européenne rendait le 3 mai 2011 son arrêt dans l'affaire *Tele 2 Polska*. Tout comme auraient pu l'être les étudiants d'un cours de droit de la concurrence, les juges de Luxembourg étaient interrogés sur le règlement 1/2003 (« le règlement »), et notamment sur son article 5 relatif à la « compétence des autorités de concurrence des États membres ». En l'espèce, la Cour était saisie par une juridiction nationale d'une question de droit institutionnel de la concurrence, comme dans les récentes affaires *X BV*<sup>2</sup> et *Vebic*<sup>3</sup>. Dans la procédure au principal, l'autorité nationale de concurrence (« A.N.C. ») polonaise, constatant que le comportement d'un opérateur dominant ne remplissait pas les critères matériels de l'abus, avait pris une décision déclarant l'absence de violation du droit national de la concurrence. Dans la même décision, toutefois, l'A.N.C. polonaise prononçait un non-lieu à statuer s'agissant de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« T.F.U.E. »), au motif que l'article 5 du règlement ne lui permettrait pas d'adopter une décision déclarative négative<sup>4</sup>,

équivalente à celle prise en vertu du droit national. La juridiction d'appel polonaise annula la décision de l'A.N.C., au terme d'un raisonnement ancré dans le bon sens : par parallélisme, l'A.N.C. aurait également dû adopter une décision concluant à l'absence de violation de l'article 102 du T.F.U.E. En désaccord, l'A.N.C. forma un pourvoi en cassation, arguant que le règlement ne lui conférerait pas une telle compétence décisionnelle. Et la Cour de cassation de se trouver face à une difficulté majeure d'interprétation du droit européen : d'une part, dans une interprétation littérale, les décisions déclaratives négatives ne font pas partie des décisions prévues au premier paragraphe de l'article 5, qui régit la compétence des A.N.C.<sup>5</sup>; d'autre part, dans une interprétation téléologique et fonctionnelle, le règlement semble ne pas exclure que les A.N.C. prennent des décisions déclaratives négatives<sup>6</sup>. Après tout, l'article 5(2) reconnaît que les A.N.C. peuvent décider « qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir ».

La Cour de cassation adressa donc deux questions préjudicielles aux juges de Luxembourg. Premièrement, l'article 5 du règlement empêche-t-il une A.N.C. d'adopter une décision constatant l'absence de pratique restrictive au sens de l'article 102 du T.F.U.E.? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'A.N.C. doit-elle s'appuyer sur le dernier paragraphe de l'article 5 du règlement, et prendre, le cas échéant, une décision de non-lieu à intervenir?

Simple dans leur formulation, les questions soumises à la Cour n'en étaient pas moins compliquées dans leurs implications au fond. Étaient en effet en cause la lettre (2), l'économie (3) et les finalités (4) du règlement 1/2003. Avant de nous intéresser à chacune de ces problématiques et de dire quelques mots des conséquences pratiques de la solution retenue (5), parcourons rapidement l'arrêt de la Cour (1).

(1) C.J., 3 mai 2011, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o. devenue Netia s.a.*, C-375/09, non encore publié au Recueil.

(2) Voy. C.J., 11 juin 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV*, C-429/07, *Rec.*, I-4833, relatif à la possibilité d'utiliser la procédure d'*amicus curiae* prévue à l'article 15(3) du règlement en matière d'amendes et d'astreintes.

(3) Voy. C.J., 7 décembre 2010, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (Vebic) v.z.w.*, C-439/08, non encore publié au Recueil, relatif à l'obligation, pour les États membres, d'autoriser les A.N.C. à participer, en tant que partie défenderesse, à la procédure d'annulation dirigée contre les décisions dont elles sont l'auteur. Voy. N. Petit, « The Judgment of the European Court of Justice in *Vebic* : Filling a Gap in Regulation 1/2003 », *Journal of Competition Law and Practice*, 2011.

(4) Les praticiens parlent souvent de décisions positives. L'expression décision déclarative est employé pour désigner une décision qui révèle, affine ou précise une réalité juridique préexistante et certaine, mais ignorée ou mal discernée jusque là. Voy., J.-P. Gridel, *Introduction*

au droit et au droit français, Dalloz, 1994, p. 287. La décision déclarative négative est comparable à l'acquiescement, connu du droit pénal, qui déclare, en fin de procédure, l'innocence du prévenu.

(5) Voy. l'arrêt commenté, op. cit., § 16.

(6) *Ibidem*, § 17.

1

## L'arrêt de la Cour

L'arrêt commenté est un modèle de concision. En une dizaine de considérants, il règle la première question : seule la Commission peut prendre des décisions concluant à l'absence de violation de l'article 102 du T.F.U.E., à l'exclusion des autorités nationales<sup>7</sup>. Pour atteindre cette conclusion, la Cour tire d'abord justification du libellé du règlement. L'article 5, § 1<sup>er</sup>, prescrit les compétences des A.N.C. et, c'est du moins ce qui ressort implicitement de son jugement et des conclusions de l'avocat général Mazák<sup>8</sup>, ne dit rien des décisions négatives<sup>9</sup>. L'article 5(2) prévoit uniquement la décision de non lieu lorsque les conditions d'une interdiction ne sont pas remplies<sup>10</sup>. Cette dernière disposition limite donc les compétences des A.N.C., comme le confirme d'ailleurs l'article 10 du règlement qui attribue expressément des pouvoirs plus larges à la Commission, et spécialement celui de prendre des décisions déclaratives négatives<sup>11</sup>.

Puis, la Cour change de mode argumentatif. S'intéressant à l'économie du règlement, elle juge qu'autoriser les A.N.C. à prendre des décisions déclaratives négatives « remettrait en cause le système de coopération instauré par le règlement »<sup>12</sup>. Sur ce point, la Cour est plutôt avare d'explications. Pour comprendre le sens de ces propos, il y a lieu de rappeler que le chapitre IV du règlement, notamment son article 11<sup>13</sup>, impose aux A.N.C. de communiquer préalablement à la Commission leurs projets de décisions positives, et permet à celle-ci de déposséder les A.N.C. d'une affaire, en cas de risque d'application incohérente du droit européen. Mais l'article 11 ne prévoit aucun mécanisme de transmission — et a fortiori d'évocation — des projets de décisions négatives. Si la compétence d'adoption de décisions négatives était reconnue aux A.N.C., tout un pan de l'activité décisionnelle du réseau européen de la concurrence (« R.E.C. ») se trouverait soustrait aux mécanismes de surveillance du règlement 1/2003. Des interprétations divergentes des conditions d'inapplicabilité des articles 101 et 102 du T.F.U.E. pourraient se développer sans contrôle à travers l'Union.

Enfin, la Cour se place sur le terrain des finalités du règlement. Elle rappelle que le tout premier considérant du règlement s'assigne pour objectif d'œuvrer à l'application uniforme des articles 101 et 102 du T.F.U.E. Jusque-là, on suit la Cour sans difficultés. En revanche, le reste de son raisonnement est moins évident. La Cour nous dit sans plus d'explication que reconnaître compétence décisionnelle négative aux A.N.C.

(7) Voy. l'arrêt commenté, *op. cit.*, § 30.

(8) Voy. conclusions de l'avocat général Mazák, présentées le 7 décembre 2010, dans l'affaire C-375/09, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia s.a.*, non encore publiées au Recueil, § 27.

(9) Voy. l'arrêt commenté, *op. cit.*, § 21.

(10) *Ibidem*, § 22.

(11) *Ibidem*, §§ 24 et 25.

(12) *Ibidem*, §§ 26-27.

(13) La Cour renvoie au paragraphe 20 de l'arrêt X BV, *op. cit.*, qui lui-même renvoie au chapitre VI du règlement.

engendrerait un problème d'uniformité, car cela empêcherait « la Commission de constater ultérieurement que la pratique en cause constitue une infraction à ces dispositions du droit de l'Union »<sup>14</sup>. Derrière l'écume des mots, la Cour semble avoir à cœur de maintenir l'égalité des conditions de concurrence dans le marché intérieur. Elle cherche à préserver la capacité d'intervention de la Commission, au cas où certaines A.N.C. appliqueraient moins le droit européen de la concurrence que d'autres A.N.C., causant le cas échéant une distorsion des conditions de concurrence entre les États de l'U.E.<sup>15</sup> Or cette capacité d'intervention résiduaire pourrait être entièrement neutralisée en présence d'une compétence, dans le chef des A.N.C., de décision négative, compte tenu du principe *ne bis in idem*.

La deuxième question préjudicielle est tranchée de manière encore plus expéditive. Même si le droit national lui permet uniquement de prendre une décision négative sur le fond, l'A.N.C. estimant qu'une pratique ne réunit pas les conditions de l'article 102 du T.F.U.E. doit adopter une décision de non lieu en vertu de l'article 5(2) du règlement.<sup>16</sup> Car, selon la Cour, qui énonce à cet effet un principe inédit — et assène un nouveau coup de pioche à l'autonomie procédurale des États membres — une A.N.C. peut uniquement appliquer ses règles nationales « lorsque le droit de l'Union ne prévoit pas de règle spécifique »<sup>17</sup>. Or l'article 5(2) du règlement prescrit bien une règle spécifique, qui plus est d'effet direct en application de l'article 288 du T.F.U.E.<sup>18</sup>

2

## La lettre du règlement 1/2003

La première difficulté de l'interrogation soumise à la Cour résidait dans la lecture de l'article 5 du règlement. Sans trop douter semble-t-il, la Cour s'inspire de la lecture que lui avait soufflée son avocat général : l'article 5 énonce expressément « de quelle manière les A.N.C. doivent appliquer les articles 101 et 102 du T.F.U.E. dans des cas individuels (c'est-à-dire en précisant quels types de décisions peuvent être adoptées) »<sup>19</sup>. Or, puisque l'article 5, et en particulier, l'article 5(1) n'introduit pas les décisions négatives dans la liste des décisions que peuvent prendre les A.N.C.<sup>20</sup>, c'est bien que le

règlement a voulu limiter leur compétence en la matière. Cette lecture est au demeurant celle que soutient une partie importante de la doctrine.

La lecture de la Cour, fondée prétendument sur le « libellé » du règlement n'en reste pas moins discutable. Car si l'on s'en tient à la seule lettre de l'article 5(1), comment cette disposition pourrait-elle prévoir une décision d'inapplicabilité, elle qui énumère les décisions que peuvent prendre les A.N.C. « pour appliquer les articles 101 et 102 du T.F.U.E. dans des cas individuels » (nous soulignons)? De plus, la formulation utilisée — « les A.N.C. peuvent adopter » — suggère que l'article 5 n'est pas exhaustif, ou limitatif, pour reprendre un mot proche de ceux de la Cour et de son avocat général<sup>21</sup>. L'utilisation d'un verbe de faculté indique qu'à côté des décisions expressément prévues à l'article 5, les A.N.C. gardent la faculté d'en adopter d'autres<sup>22</sup>. Enfin, il est inexact de lire dans l'autorisation expresse de la Commission d'adopter des décisions négatives en vertu de l'article 10, une exclusion implicite d'une même compétence au profit des A.N.C. Car les décisions dont il est question à l'article 10 ne sont pas des décisions déclaratives négatives prises dans des affaires individuelles. Il s'agit de décisions prises *ex officio* par la Commission dans l'intérêt public pour proclamer, dans des termes généraux, la légalité de certaines pratiques<sup>23</sup>.

En bref, il est parfaitement possible de s'appuyer sur une lecture littérale pour considérer que l'article 5 n'est rien d'autre qu'une liste des compétences minimales dont doivent jouir les A.N.C.<sup>24</sup>. Et, puisque qui peut le plus peut le moins, si les A.N.C. peuvent dire une pratique interdite, c'est bien qu'implicitement, par parallélisme des compétences, elles peuvent aussi dire qu'une pratique n'est pas interdite. Dans la pratique, cela semble d'ailleurs être la lecture des A.N.C., qui adoptent des décisions négatives et se rendent, de ce fait, coupables, depuis sept années, de violations du règlement<sup>25</sup>.

(21) De même, la version anglaise contient les mots « may take ».

(22) Le récent rapport sur le fonctionnement du règlement 1/2003 de 2009, qui qualifie l'article 5 de disposition « rudimentaire », le confirme et précise que de nombreuses incertitudes demeurent à propos des implications concrètes de l'article 5. Rapport que cite au demeurant l'avocat général, et que la Cour a donc lu. Voy. Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Brussels, 29.4.2009, SEC (2009) 574 final, § 199.

(23) Elles sont comparables à des instruments de *soft law* à caractère général. Voir également Commission Staff Working Paper, préc., § 113, dans lequel la Commission précise expressément que les décisions de constatation d'inapplicabilité ont uniquement pour but d'être utilisées dans l'intérêt général de l'Union européenne, afin de corriger la politique décisionnelle d'une A.N.C. ou de transmettre des directives d'interprétation au R.E.C. L'article 10 ne vise donc pas les situations individuelles. Il est dès lors inexact de dire, comme le fait la Cour, que l'interdiction faite aux A.N.C. de rendre des décisions négatives découle de cette disposition. De plus, l'article 10 constitue un mécanisme correcteur de l'action des autorités nationales et permet de prévenir le risque d'interprétations divergentes du droit européen.

(24) Voy. U. Loewenheim, K. Meessen et A. Riesenkampff, *Kartellrecht - Band 1 Europäisches Recht - Kommentar*, C.H. Beck, Verlag, Munich, 2005, p. 740, cité par l'avocat général Mazák au sein de ses conclusions, *op. cit.*, note 45. Ces auteurs estiment que le règlement n° 1/2003 ne contient pas de catalogue de décisions (*Entscheidungskatalog*) contraignant pour les A.N.C., un aspect laissé à la compétence du législateur national.

(14) Voy. l'arrêt commenté, *op. cit.*, § 28.

(15) Cette *ratio* est éclairée par les conclusions de l'avocat général Mazák, qui lui-même convoque les conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *T-Mobile*. Voy. conclusions de l'avocat général Kokott, présentées le 19 février 2009, dans l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile n.v., Orange Nederland n.v. et Vodafone Libertel n.v. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Rec., I-4529, §§ 85-86.

(16) Voy. l'arrêt commenté, *op. cit.*, § 32.

(17) *Ibidem*, § 33.

(18) *Ibidem*, § 34.

(19) Voy. conclusions de l'avocat général Mazák, *op. cit.*, § 30.

(20) Voy., pour une opinion similaire, B. van de Walle de Ghelcke, « Limits to the Power of National Authorities in the Application of European Competition Law », *Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, 2 (5)

3

## L'économie du règlement 1/2003

Les propos de la Cour relatifs à l'économie du règlement 1/2003 n'appellent en première analyse aucune critique. Il est ainsi exact de dire, comme elle le fait, que l'économie du règlement est d'instaurer un système de coopération entre la Commission et les A.N.C., afin de garantir la cohérence d'application des articles 101 et 102 du T.F.U.E.

Tout n'est pas parfait pour autant. Ainsi, affirmer que la reconnaissance d'une compétence décisionnelle négative aux A.N.C. irait à l'encontre du système de coopération — en inoculant le venin de l'incohérence au sein du R.E.C. — est assurément excessif et, en toute hypothèse, n'est pas insurmontable. Car certes, en pareille hypothèse, les décisions déclaratives négatives, dont le règlement ne dit mot, ne seraient pas assujetties à l'article 11(4), qui prévoit, en fin de procédure, la transmission à la Commission de certains projets de décisions positives. Ceci étant, l'ensemble des autres mécanismes d'information<sup>26</sup>, de consultation<sup>27</sup> et d'évocation<sup>28</sup> de l'article 11 sont applicables et garantissent déjà un certain filtrage du risque d'incohérences.

En outre, la Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence prévoit en ses §§ 48 et 49 que les A.N.C. informent le R.E.C. (et donc la Commission) des décisions clôturant des procédures, ce qui pourrait inclure les décisions déclaratives négatives<sup>29</sup>.

Enfin, rien n'empêchait la Cour, en l'espèce, de combler les carences textuelles du règlement 1/2003 en introduisant, dans l'article 11(4), une obligation de transmission des projets de décisions négatives. Après tout, la Cour n'a-t-elle pas démontré, dans l'arrêt *Vebic*, qu'elle était prête à ajouter à la lettre du règlement, y compris pour imposer aux A.N.C. des sujétions aussi lourdes qu'une obligation de comparution dans le cadre de la procédure d'annulation<sup>30</sup>? Une solution de cet ordre aurait assurément conduit à amplifier la coopération au sein du R.E.C.

(25) Pour ne prendre qu'un exemple, en 2005, le Conseil belge de la concurrence a, dans l'affaire de la vente par la Ligue professionnelle de football belge des droits de retransmission des matchs du championnat national de football, conclu que l'article 81 CE (devenu l'article 101 du T.F.U.E) avait été observé. Voy. décision n° 2005-I/O-40 du 29 juillet 2005.

(26) Voy. articles 11(2) et (3) du règlement 1/2003, *op. cit.*

(27) Voy. article 11(5) du règlement 1/2003, *op. cit.*

(28) Article 11(6) du règlement 1/2003, *op. cit.* Laisser entendre, à l'instar de la Cour, que l'évocation par la Commission n'est possible qu'après la transmission des projets de décisions en vertu de l'article 11(4) est inexact. L'évocation n'est soumise à aucun impératif de délai et peut jouer à tout moment de la procédure. Ainsi, la Commission, informée d'un risque d'interprétation divergente ou de sous-application du droit européen, pourrait évoquer un projet de décision négative. C'est ici que le rôle du R.E.C. est crucial.

(29) Voy. communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, J.O. C 101 du 27 avril 2004, §§ 48 et 49.

(30) Voy. N. Petit, « The Judgment of the European Court of Justice in *Vebic* : Filling a Gap in Regulation 1/2003 », *op. cit.*

4

## Les finalités du règlement 1/2003

Nonobstant les propos qui précèdent, c'est l'interprétation téléologique que fait la Cour du règlement 1/2003 qui appelle les plus sérieuses réserves. Sans motiver davantage son propos, la Cour déclare qu'accorder une compétence décisionnelle négative aux A.N.C. menacerait l'uniformité du droit de la concurrence en empêchant la Commission d'intervenir ultérieurement pour constater une infraction. Or l'un des objectifs du règlement est d'assurer l'uniformité d'application des règles de concurrence au sein de l'U.E.

C'est uniquement à la lecture des conclusions de l'avocat général Mazák qu'il devient clair que la Cour est sensible au risque de sous-application générale — carence de l'A.N.C. — ou sélective — capture de l'A.N.C. (par exemple, protectionnisme) — du droit européen de la concurrence dans certains États membres. Les économistes parlent en la matière d'erreurs de type II (faux-négatifs). C'est pourquoi la Commission doit conserver un pouvoir d'intervention résiduaire, afin d'éliminer les erreurs de type II en se substituant aux A.N.C. défaillantes, pour rétablir des conditions égales de concurrence dans l'U.E. Le problème, évidemment, est que la substitution de la Commission est impossible quand l'erreur de type II se concrétise dans une décision déclarative négative. Le principe *ne bis in idem* bloque en effet toute possibilité d'intervention de la Commission<sup>31</sup>. Cela n'est pas le cas des décisions de non-lieu à intervenir.

En soi, l'aspiration de la Cour à garantir l'uniformité du droit européen de la concurrence n'est pas discutable. Mais il n'était sans doute pas nécessaire d'aller aussi loin pour y parvenir. Car, en deuxième analyse, la solution de la Cour paraît disproportionnée. Si une A.N.C. manque de manière générale à sa mission d'appliquer le droit européen de la concurrence, la Commission peut agir sur le fondement du recours en manquement pour violation du principe d'effectivité des A.N.C. prévu à l'article 35 du règlement<sup>32</sup>. Si, par ailleurs, une A.N.C. omet ponctuellement d'appliquer le droit européen dans une situation où il s'applique (par exemple, parce qu'elle est « capturée » par les opérateurs visés par une plainte), les voies de recours internes contre la décision permettent de corriger l'erreur de type II. Ce que fait l'arrêt, ici, en interdisant tout de go les décisions déclaratives négatives, c'est assimiler toute décision d'inapplicabilité à une marque, suspecte, d'ineffectivité<sup>33</sup>. Comment, pourtant, exclure

(31) Voy. conclusions de l'avocat général Mazák, *op. cit.*, § 30, qui évoque le principe. Celui-ci est prévu à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux. Selon W. Wils, il s'accorderait mal d'une double décision portant sur la même infraction. Aujourd'hui, la Charte a la même valeur que les dispositions du Traité, ce qui n'était pas le cas lorsque l'article cité a été écrit. Voy. W. Wils, « The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement : A legal and economic analysis », *Concurrentes*, 1-2004, p. 7.

(32) Voy. article 35 du règlement 1/2003, *op. cit.* Une telle action est cependant hautement improbable.

(33) Voy. N. Petit, « The Judgment of the European Court of Justice in *Vebic* : Filling a Gap in Regulation 1/2003 », *op. cit.* Voy. aussi M. Merola and D. Waelbroeck (eds), *Towards an optimal enforcement of competition rules in*

que certaines décisions négatives des A.N.C. soient purement et simplement justifiées?

De surcroît, si l'arrêt protège l'objectif d'uniformité en maintenant une possibilité d'intervention résiduaire de la Commission, il dénature dans le même temps l'esprit même du règlement, en trahissant une certaine défiance vis-à-vis des A.N.C.<sup>34</sup>. Or, lors de la modernisation des règles de concurrence en 2004, le législateur avait jugé que les A.N.C. étaient capables d'appliquer le droit européen de manière autonome<sup>35</sup>. L'intention des rédacteurs du règlement était d'assurer une plus grande implication des A.N.C. dans la mise en œuvre des règles européennes de concurrence afin de remédier aux inefficiences nées du système centralisé du règlement 1/62<sup>36</sup>. Pour prévenir les risques de contradictions décisionnelles à travers l'U.E., le législateur instaura un système proche de celui de la « reconnaissance mutuelle », fondé sur l'intervention d'une A.N.C. pour l'ensemble du territoire européen<sup>37</sup>. Lorsque l'A.N.C., dont il a été dé-

Europe, GCLC Annual Conference 2009, 2010, Bruylant, pp. 58 et s. La Cour, en outre, fait un amalgame. Elle semble estimer que les décisions de non-applicabilité du droit sont des décisions de non-application du droit. Or une décision négative constitue également une application du droit qui a une réelle valeur d'exemple, tout comme une décision d'interdiction. L'inapplicabilité n'est donc pas nécessairement synonyme d'ineffectivité, comme semble le penser la Cour.

(34) De plus, dans une perspective pratique, cette solution menace la sécurité juridique. Les entreprises ne sont pas, à l'issue d'une décision de non-lieu à intervenir, fixées sur la légalité de leurs pratiques par rapport au droit européen. En effet, la Commission pourrait se saisir de l'affaire et considérer, au contraire de l'A.N.C., que la situation est constitutive d'une infraction.

(35) Le Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence ainsi que le premier considérant du règlement évoquent tous deux l'éclosion d'une culture européenne de concurrence permettant aux A.N.C. d'appliquer les articles 101 et 102 du T.F.U.E. dans leur ensemble. Voy. Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE J.O. C 132 du 12 mai 1999.

(36) Voy. considérant 4 du préambule du règlement. Voy. également C.D. Ehlermann, « La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle », *Rev. droit de l'Union européenne*, 2000, 13.

(37) Voy. à ce sujet, M. De Visser, *Network-based Governance in EC Law - The example of EC competition and EC communications law*, Hart Publishing, Oxford 2009. Ce principe ne figure pas explicitement dans le règlement. Cependant, l'article 13, § 2, stipule que lorsqu'une A.N.C. ou la Commission est saisie d'une plainte contre une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité, elle peut la rejeter. Le considérant 18 ajoute que l'objectif est que « chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité ». Par ailleurs, admettre la possibilité, pour une A.N.C., de poursuivre une infraction qui a déjà été sanctionnée affecterait l'efficacité du fonctionnement du R.E.C. En effet, si une autre A.N.C. désire prendre une nouvelle décision, c'est que la première décision ne la satisfait pas (par exemple, la première A.N.C. n'a tenu compte que des effets de l'infraction sur son propre territoire). Il faut donc agir en amont, au moment de la désignation de l'A.N.C. la mieux placée pour traiter du cas (afin de désigner celle qui, dans notre exemple, aurait la faculté de ne pas prendre uniquement en compte les effets de l'infraction ayant eu lieu sur son territoire). Toute autre solution permettrait à chaque A.N.C. satisfaisant les conditions de « l'autorité bien placée » (elles peuvent être nombreuses, en raison du caractère vague de ces critères) de traiter le cas. Une bonne allocation des cas peut éviter le coût d'une seconde procédure. L'application du principe *ne bis in idem* (et donc, l'interdiction des doubles procédures) a donc pour effet de forcer les A.N.C. à utiliser les mécanismes prévus par le règlement pour assurer que le cas soit traité par l'autorité ayant les moyens d'infliger une sanction optimale. Voir W. Wils, « The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement : A legal and economic analysis », *op. cit.*, p. 9.

cidé, en concertation au sein du Réseau, qu'elle était la mieux placée pour connaître de l'affaire, rend sa décision, elle est présumée légale et jouit, après épuisement des voies de recours, de l'autorité de chose décidée dans l'ensemble du R.E.C.<sup>38</sup>. En dehors du principe *ne bis in idem* — qui protège les intérêts de personnes privées — il est donc parfaitement conforme à l'esprit du règlement que, dès lors qu'une A.N.C. a rendu une décision au fond, ni la Commission, ni aucune autre A.N.C. n'aient compétence pour rendre une nouvelle décision. Toute solution maintenant la possibilité d'intervention de la Commission revient en revanche à postuler — *quod non* — que la première A.N.C. s'est trompée, est mal placée, ou est soumise à un contrôle juridictionnel inefficace.

## 5

## Considérations pratiques

La jurisprudence de la Cour et du Tribunal en droit de la concurrence est habituellement imprégnée de pragmatisme<sup>39</sup>. En l'espèce, cependant, la Cour paraît indifférente aux conséquences potentiellement désastreuses que comporte le refus de reconnaître une compétence décisionnelle négative aux A.N.C. À ce stade, trois conséquences négatives au moins semblent se dégager de l'arrêt *Tele 2 Polska*.

*Primo*, l'arrêt est susceptible de conduire les A.N.C. à instruire uniquement des affaires simples, c'est-à-dire celles dans lesquelles la probabilité de preuve d'une infraction est élevée. Car à quoi bon affecter des ressources à une affaire incertaine risquant de déboucher sur une décision sommaire de non-lieu sans le moindre intérêt (i) pédagogique pour les entreprises; et (ii) professionnel pour les fonctionnaires<sup>40</sup>?

*Secundo*, pour éviter qu'une procédure vorace en ressources administratives ne se soldé par une décision à valeur quasi-nulle (la décision de non-lieu), les A.N.C. pourraient développer une interprétation restrictive de la condition d'affectation du commerce entre États membres

(38) C'est le principe dit du *one-stop-shop* selon lequel il est préférable qu'une seule et unique autorité soit compétente pour traiter d'un même cas. Voy. communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *supra* : « [...] même si plusieurs autorités peuvent être considérées comme bien placées, l'intervention d'une seule autorité est parfois indiquée dès lors qu'elle est suffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction ».

(39) Que l'on songe, notamment, au réalisme dont la Cour fait preuve lorsqu'elle est confrontée aux largesses de la définition des concepts contenus dans les articles 101 et 102 du T.F.U.E. C'est l'exemple de la doctrine de *minimis*, développée dans l'arrêt *Völk*. Voy. C.J., 9 juillet 1969, *Franz Völk c. s.p.r.l. Ets J. Vervaecke*, C-5/69, Rec., 295, § 7. Voy. aussi la solution trouvée par la Cour pour éviter que la notion d'entreprise n'englobe des activités non économiques dans l'arrêt C.J., 1<sup>er</sup> juillet 2008, *MOTOE c. Elliniko Dimosio*, C-49/07, Rec., I-4863, § 25.

(40) Les fonctionnaires des A.N.C. éprouvent divers biais et notamment le biais rétrospectif (*hindsight bias*), qui les conduit à tenter de justifier les efforts passés. Voy. W. Wils, « The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement : A Legal and Economic Analysis », *World Competition*, 27 (2), pp. 201-224.

afin de contourner le droit européen de la concurrence, et avec lui l'interdiction de la décision négative. Esquivant l'obstacle du droit européen, les A.N.C. appliqueraient le seul droit national et le cas échéant, redeviendraient compétentes pour adopter une décision négative.

*Tertio*, l'arrêt commenté interdit aux A.N.C. de prendre des décisions d'inapplicabilité, et exige qu'elles y substituent des décisions de non lieu à intervenir. Mais qu'en est-il des décisions dont les motifs établissent que l'infraction n'est pas constituée au fond (et non faute de preuves suffisantes)<sup>41</sup>, mais qui, dans le dispositif, concluent que, dans ces circonstances, il n'y a pas lieu pour elles de statuer<sup>42</sup>? Ces décisions de non-lieu en droit relèvent-elles de la catégorie des décisions négatives interdites, ou de celle des décisions de non lieu autorisées<sup>43</sup>? *Quid* encore des procédures hybrides, dans lesquelles certaines pratiques ne constituent pas des infractions, tandis que d'autres violent le droit de la concurrence? Enfin, que doit faire une A.N.C. confrontée à une pratique relevant de la doctrine de *minimis*,<sup>44</sup> ou à un accord restrictif au sens de l'article 101 du T.F.U.E., mais susceptible de bénéficier de l'exception de l'article 101(3) du T.F.U.E.? À prendre la Cour au pied de la lettre, même la compétence de mise en œuvre de l'article 101 (3), du T.F.U.E., qui permet de « déclarer inapplicables » les dispositions de l'article 101 (1), pourrait être confisquée aux A.N.C.<sup>45</sup> Cette solution serait contraire au règlement<sup>46</sup>.

## C

## Conclusions

La seule épreuve que réussit indéniablement la Cour est la course de vitesse, son arrêt réglant

(41) C'est par exemple le cas lorsque l'entreprise en cause ne peut être qualifiée d'entreprise au sens du droit européen, ou que l'article 101 du T.F.U.E. ne trouve pas à s'appliquer en raison du fait que le comportement incriminé est en réalité de nature unilatérale.

(42) Voy. S. Brammer, « Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law », Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 67, cité par B. van de Walle de Ghelcke, « Limits to the Power of National Authorities in the Application of European Competition Law », *op. cit.*

(43) Une telle décision constate bel et bien que le droit européen n'est pas applicable, mais sans faire mention de cette réalité dans la partie dispositives.

(44) Voy. communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, § 1<sup>er</sup>, du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), J.O. C 368 du 22 décembre 2001.

(45) Ce qui serait grandement problématique, car les A.N.C. ont appliqué l'article 101(3) du T.F.U.E dans de nombreux domaines, tels que les transports, l'énergie, les produits pharmaceutiques, les services financiers, les cosmétiques, les médias, etc.

(46) Voy. considérant 4 du préambule du règlement : « Il convient dès lors de remplacer ce régime par un régime d'exception légale, reconnaissant aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres le pouvoir d'appliquer non seulement l'article 81, § 1<sup>er</sup>, et l'article 82 du Traité, directement applicables en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais également l'article 81, § 3, du Traité ».

une difficile question de principe en quelques considérants. Pour le reste, l'arrêt fait une lecture discutable de l'article 5, dénature les finalités du règlement, et refuse de faire œuvre prétoirienne en colmatant une infime lacune dans le texte de l'article 11(4) du règlement 1/2003.

Le bilan est donc sévère. Il l'aurait été encore davantage si nous avions examiné l'arrêt de la Cour à l'aune d'autres considérations. On aurait ainsi pu s'émouvoir du biais répressif de la Cour, imperméable à l'idée qu'un système de concurrence « effective », dans lequel les entreprises agissent en conformité avec les règles de concurrence, passe par la combinaison d'activités décisionnelles punitives et éducatives. Or, en supprimant les décisions d'inapplicabilité de la boîte à outils des A.N.C., la Cour a amputé la politique européenne de concurrence d'un instrument éducatif utile<sup>47</sup>. On aurait encore pu souligner l'incohérence d'un arrêt qui prive les A.N.C. d'un pouvoir que les juridictions ordinaires détiennent et mobilisent, elles qui rejettent ponctuellement des demandes pour absence de violation du droit de la concurrence<sup>48</sup>. Enfin, dans une simple optique de « bonne gouvernance », voire de bon sens, il apparaît à tout le moins normal qu'une administration publique soit tenue de (i) gérer les ressources qui lui sont confiées avec un maximum d'efficacité (donc, en atteignant des résultats tangibles); et (ii) de rendre compte de son activité. Or clôturer une procédure parfois longue et coûteuse en actant sommairement l'impossibilité d'intervenir là où une décision complète aurait pu être adoptée, s'inscrit en porte à faux avec les principes de responsabilité démocratique et de bonne gestion administrative.

C'est sur ces considérations critiques que vient s'achever ce commentaire. En témoignage de déférence, il nous faut maintenant laisser au lecteur la liberté d'attribuer une note à la Cour... Car nous n'aurions pas l'outrecuidance de nous poster en juges des juges et de ne pas reconnaître que, si les juridictions européennes sont parfois en proie à l'influence de divers biais, nous ne le sommes pas moins. Le plus tenace de ces biais étant le réflexe évaluateur auquel est inévitablement soumise la communauté académique.

Nicolas PETIT<sup>49</sup>  
et Charlotte LOUSBERG<sup>50</sup>

(47) Qui conteste, par exemple, que les décisions d'autorisation prises en matière de contrôle des concentrations à l'issue d'une procédure dite de phase I ou II, chronophage et vorace en ressources humaines, contiennent de précieux éclaircissements sur l'état du droit? En outre, on observera plus généralement que le volet punitif de l'application du droit est bien en mal d'avoir la moindre portée éducatrice. En effet, même les décisions d'infraction se transforment en décisions d'engagements dont la richesse pédagogique est particulièrement pauvre.

(48) Or ceci est difficilement compréhensible, au regard du pouvoir de contrôle bien inférieur dont dispose la Commission à l'égard des juridictions. Voy. B. van de Walle de Ghelcke, « Limits to the Power of National Authorities in the Application of European Competition Law », *op. cit.*, parlant de *sharp contrast*.

(49) Professeur, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (U.Lg.), Directeur du Global Competition Law Centre (G.C.L.C.), Collège d'Europe et de la Brussels School of Competition (« BSC »). L'auteur peut être contacté à l'adresse : Nicolas.petit@ulg.ac.be.

(50) Assistante, Faculté de droit et de science politique de l'Université de Liège (U.Lg.). L'auteur peut être contacté à l'adresse : Charlotte.lousberg@ulg.ac.be.