

ne réponse positive serait apportée à ce double contrôle, le droit communautaire s'oppose à ce que le ressortissant étranger se voie imposer une formation supplémentaire.

Sur la Seconde Question

La Cour distingue entre le concours d'admission et la formation dispensée par l'ENSP. Elle analyse la validité du concours d'admission tant au regard de la Directive que de l'article 48.

La Cour insiste sur la double finalité du concours d'admission à l'ENSP. Le concours ouvre l'accès à la formation de l'ENSP tout autant qu'il permet le recrutement dans la fonction publique des futurs directeurs d'hôpitaux. Le concours d'admission entre donc pas dans le champ de la Directive dans la mesure où celle-ci ne s'applique pas aux modalités de recrutement.

La formation dispensée par l'ENSP, par contre, est soumise au respect de la Directive. Le ressortissant d'un autre Etat membre en possession de diplômes équivalents doit dès lors être dispensé de cette formation lors de l'examen final.

Afin d'apporter une réponse utile à la juridiction de renvoi, la Cour en vient à analyser la question de la légalité du concours d'admission sous l'angle du droit primaire, à savoir de l'article 48 TCE.

Selon une jurisprudence constante, constitue une entrave à la Libre Circulation des Travailleurs, toute mesure qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de cette liberté fondamentale par un ressortissant d'un EM. En ce sens, l'obligation de réussir un concours afin d'intégrer la fonction publique hospitalière ne saurait, à elle seule, constituer une entrave puisqu'elle constitue une simple modalité de recrutement.

La Cour souligne cependant que le contenu du concours d'admission à l'ENSP ne permet pas de

tenir compte des qualifications spécifiques des ressortissants d'autres Etats membres dans la mesure où il est destiné à opérer une sélection parmi des personnes n'ayant pas de qualifications spécifiques en matière de gestion hospitalière. L'obligation de réussir ce concours prive donc les ressortissants d'autres Etats membres de l'opportunité de faire valoir leurs qualifications et constitue un désavantage de nature à les dissuader d'exercer leur droit à la libre circulation des travailleurs. Cette entrave manifeste, bien que justifiée par le souci de sélectionner les meilleurs candidats, a un effet de rétrogradation disproportionné pour le ressortissant d'un autre Etat membre. En outre, ainsi que l'a souligné l'avocat général⁽¹⁾, il est possible de procéder à un recrutement selon des modalités moins restrictives, telles que le système de recrutement des ressortissants français « au tour extérieur ». La Cour recommande que les nouvelles modalités de recrutement tiennent compte, dans le classement final des candidats et leur faculté de choisir les affectations, de l'expérience professionnelle des ressortissants étrangers.

3. Commentaire

Cet arrêt illustre la complémentarité des mesures communautaires de droit primaire et de droit dérivé qui permet de donner tout son sens au principe de libre circulation des travailleurs.

La mesure en cause, clairement applicable sans distinction, connaît une « raison impérieuse d'intérêt général » liée à l'objectif de sélection des meilleurs candidats. La Cour établit toutefois un test de proportionnalité très complet de la mesure, envisageant l'existence de mesures alternatives moins restrictives, telles que mentionnées par l'avo-

(1) Conclusions de l'avocat général M^{me} Christine Sicz-Nacsi dans l'affaire Burbaud, présentées le 11 février 2003.

(4) Voir aussi l'arrêt du 16 mai 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-232/00, Recueil 2002 page I-04285, points 21-25.

cat général et donnant enfin aux autorités nationales des lignes directrices quant aux modifications à apporter au système afin qu'il satisfasse à l'avenir au test de proportionnalité³. Ces lignes directrices répondent à une logique proche de celle suivie par la Cour dans l'affaire *Arinits* quant à la prise en compte des « diplômes, connaissances, qualifications et autres titres »⁴ dans l'exercice de classement des candidats ressortissants d'autres Etats membres.

Le raisonnement de la Cour n'est pas sans rappeler l'affaire *Commission contre Espagne* en matière d'accès à la profession de médecin, dans laquelle la Cour a refusé à l'Etat la possibilité de « soumettre celui-ci [le ressortissant diplômé dans un autre Etat Membre] aux mêmes conditions d'accès qu'un médecin désireux d'entraîner pour la première fois une formation en vue d'obtenir un diplôme, un certificat ou un autre titre de médecin spécialiste »⁵ en application de l'article 8 paragraphe 3 de la directive 93/16.

(E. Muir)

Concurrence

Arrêt « Volkswagen AG »

Droit de la concurrence - Distribution de véhicules automobiles - Pourvoi - Actes unilatéraux - Cloisonnement - Amendes - Principes Directeurs - Divulgarion à la presse

(1) Voir, par exemple, pour un test de proportionnalité poussé et accompagné de lignes directrices liées à l'exercice de garanties procédurales en matière de reconnaissance de diplômes l'arrêt du 31 mars 1993, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, C-18/92, Recueil 1993 page I-1183.

(2) 1^{er} février 1996, *Georgina Aranzita contre Land Berlin*, C-164/94, Rec. 1996 p. I-00135, point 32.

(11) 16 mai 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-232/00, Recueil 2002 page I-04285, point 40.

Arrêt du 18 septembre 2003, affaire C-398/00

Volkswagen AG c/ Commission des Communautés européennes

Pourvoi, article 49 du statut de la Cour

1. Faits

Nul doute que le mois de septembre 2003 aura été un mois important pour le droit européen de la concurrence. Plusieurs arrêts majeurs ont été rendus par le juge communautaire, et la Commission vient, de son côté, de publier plusieurs propositions de communications et règlements censés parachever la réforme des règles d'application des articles 81 et 82. Dans ce contexte, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Volkswagen marque la fin d'une saga du droit de la concurrence.

Suite à une forte dépréciation de la lire par rapport au début des années 90, un nombre important de consommateurs allemands et autrichiens ont cherché à acquérir des véhicules des marques Volkswagen et Audi auprès de revendeurs italiens de ces marques. Se heurtant à des obstacles à l'acquisition des véhicules en Italie, un nombre substantiel de consommateurs se sont plaints auprès de la Commission. A l'issue de son enquête, la Commission a estimé que Volkswagen (VW) avait mis sur pied une politique de cloisonnement des marchés et lui a adressé une communication des griefs. Plus précisément, Autogerma (filiale à 100 % de VW, qui assure la distribution des véhicules en Italie à travers un réseau de distribution sélective composé de concessionnaires contractuellement liés à elle) a pris deux types de mesures afin de cloisonner le marché. En hors d'Italie (i) en mettant en place un système de marge fractionnée, (ii) en réduisant les primes en cas de ventes réalisées hors Italie, (iii) en réduisant l'approvisionnement des concessionnaires et (iv) en réduisant leurs stocks. En deuxième lieu, Autogerma a mené une politique de sanction des concessionnaires en résiliant un certain nombre de contrat de

concessions et en supprimant la prime trimestrielle de 3 % pour les ventes réalisées hors du territoire contractuel.

Sur cette base, la Commission a estimé que ces mesures étaient constitutives d'accords (entre VW, ses filiales Audi et Autogermana d'une part et, les concessionnaires, d'autre part) interdits par l'article 81(1) TCE en ce qu'ils traduisaient la volonté de cloisonner les marchés et à empêcher les importations parallèles. Ces infractions « par l'objet » ne pouvaient donc pas faire l'objet d'une exemption sur le fondement des règlements d'exemption 123/85 et 1475/95 applicables en matière de distribution automobile. La Commission a infligé une amende record pour l'époque (102 millions d'Écus).

VW a formé un recours en annulation contre la décision de la Commission. Le TPICE a confirmé l'analyse de la Commission mais a parallèlement procédé à une réduction de l'amende pour trois raisons. En premier lieu, le TPICE a considéré que la Commission n'avait pas suffisamment prouvé la mise en place d'un système de marge fractionnée. En deuxième lieu, les éléments de preuve réunis par la Commission en ce qui concerne les résiliations de contrats ne permettaient pas d'exclure que des résiliations aient eu lieu uniquement en raison de violations objectives d'obligations contractuelles licites (telles que la revente à des revendeurs non agréés) et non aux fins de mise en œuvre d'une politique de sanction. Enfin, le TPICE a jugé que la Commission a commis une erreur dans l'appréciation de la durée de l'infraction (la Commission considérait que l'infraction avait été mise en œuvre jusqu'en janvier 1998. Les documents produits révélaient cependant qu'elle avait cessé à partir d'octobre 1996). En conséquence, le montant de l'amende fut réduit à 90 millions d'euros. Volkswagen (la requérante) a formé un pourvoi devant la CJCE et a produit, à l'appui de son argumentation, neuf moyens d'intérêt inédit.

2. L'arrêt

Parmi les réponses de la Cour aux neuf moyens soulevés par la requérante, toutes ne méritent pas de faire l'objet d'un examen approfondi. L'analyse qui suit met donc l'accent sur les quatre points les plus essentiels de l'arrêt.

Contestation de l'existence d'un accord

La requérante soutient, dans son second moyen, que le TPICE ne pouvait considérer que les mesures d'approvisionnement restrictif, mises en œuvre par Autogermana et la requérante, étaient constitutives d'accords. Plus précisément, la requérante estime que la jurisprudence « Ford » et « Bayerische Motorenwerke » retenue par le TPICE n'est pas applicable en l'espèce. Certes, l'existence d'un contrat de concession de base permettrait de remplir la condition d'un « accord général préalable » au sens de ces arrêts, et le contrat prévoyait la possibilité d'approvisionner les concessionnaires en dessous des besoins qu'ils déclareraient. Mais la requérante propose à la CJCE de faire une distinction de nature putative. La clause de réduction des approvisionnements n'avait pas été conclue aux fins d'entraver les réexportations. Or, dans de tels cas, où un contrat prévoit la possibilité de mesures pouvant être utilisées à des fins restrictives, mais où les motifs de ces mesures ne sont aucunement restrictifs, le contrat ne pourrait alors être pris en considération pour fonder la conclusion qu'il existe un accord au sens de l'article 81. La requérante avance enfin que les concessionnaires, qui se sont opposés aux réductions de livraisons, n'ont pas consenti à la mesure et que, par conséquent, il n'y avait pas d'accord.

La CJCE repousse la distinction proposée par la requérante. VW a mis en œuvre une politique dont le seul but est de cloisonner le marché italien en empêchant les réexportations. Le contrat de concession, qui prévoyait la possibilité de limiter les livraisons aux concessionnaires italiens, a été utilisé comme instrument de cette politique. En consentant initialement au contrat, les concessionnaires ont

consenti (par anticipation) à une mesure ultérieurement utilisée pour mettre en œuvre une politique restrictive, sans que les motifs de la clause d'approvisionnement jouent un rôle à cet égard. Le problème de l'acceptation des réductions de livraison fait également l'objet de développements. Le comportement des revendeurs aurait été « influencé » par les constructeurs. Pour ces raisons, le concours de volonté nécessaire à l'existence d'un accord s'était bel et bien concrétisé.

Caractère délibéré de l'infraction

La requérante estime, dans son quatrième moyen, que la preuve que l'infraction a été commise de façon délibérée n'a été apportée ni par la Commission, ni par le TPICE. Selon la requérante, le standard de preuve d'une infraction « délibérée » reposerait sur la mise en lumière d'un comportement objectivement illégal ainsi que d'une forme de responsabilité subjective. Il faudrait notamment prouver que chacune des personnes agissant au sein de l'entreprise et ayant commis l'acte reproché ait agi de manière fautive. En d'autres termes, il faudrait vérifier que chacun des responsables concrets de l'infraction ait agi de manière intentionnelle.

En outre, la requérante considère que la possibilité d'engager la responsabilité propre de l'entreprise pour des agissements fautifs commis par son personnel n'est possible que dans des situations où sont apparues des défaillances d'organisation ou lorsque l'entreprise n'a pas rempli son devoir de surveillance.

Des précisions données à l'audience ont révélé que de tels standards impliqueraient de déterminer les personnes physiques responsables et de faire peser sur elles la responsabilité de l'infraction ou, à tout le moins, de déterminer la personne physique responsable de la défaillance.

La Cour rejette, sans surprise, l'argumentation complexe de la requérante.¹ Elle rappelle tout

(1) Pour reprendre les termes de l'A.G. Ruiz-Jarabo Colomer, « on ne voit pas comment on se moque de lui ».

d'abord que les pratiques de cloisonnement des marchés sont interdites depuis de longues années et qu'il était donc impossible pour VW d'ignorer que sa conduite était contraire aux règles de concurrence. La Cour renvoie ensuite au texte de l'article 15(2) du règlement 17. En matière d'infraction d'amendes, il est fait référence aux entreprises et non à ses préposés ou collaborateurs. Pour cette raison, la thèse de la requérante ne peut être accueillie.² La CJCE précise au surplus que, téléologiquement, une telle thèse mettrait largement en péril l'efficacité du droit communautaire de la concurrence.

Réformation de l'amende

La requérante a prétendu que la réformation de l'amende par le TPICE n'était pas suffisamment motivée. Trois griefs ont été soulevés par VW. En premier lieu, la motivation serait particulièrement imprécise et, sur la base des méthodes de calcul des amendes, il ne ressortirait pas de l'arrêt que l'annulation de deux éléments cruciaux ait été répercutée sur le montant de l'amende.³ En deuxième lieu, le chiffre d'affaires de VW n'aurait pas du être pris en compte puisque cet élément n'a été mentionné que lors de la procédure devant le TPICE et non dans la décision attaquée. Enfin, bien que la CJCE ne puisse se prononcer, dans le cadre du pourvoi, sur le montant de l'amende, il est nécessaire que la motivation de l'arrêt attaqué soit suffisamment précise, afin que la Cour puisse contrôler les éléments pris en considération par le TPICE dans le cadre de sa compétence de réformation. Or, tel ne serait pas le cas quand le TPICE ne motive pas les raisons pour lesquelles il s'écarte de la décision de la Commission.

Après avoir rappelé la compétence de pleine juridiction du TPICE en matière d'amendes, la CJCE

(2) Cette solution n'est pas affectée par l'entrée en vigueur du règlement 17/2003 qui reprend une formulation similaire en son article 23.

(3) Selon la requérante, l'annulation aurait eu pour effet de réduire l'amende au niveau de 50 millions d'Écus, en vertu de la méthode de calcul classique.

examine successivement les trois griefs. Au sujet du premier, la CJCE rappelle que le TPICE n'est pas tenu par la méthode de calcul de la Commission. C'est seulement dans les circonstances spéciales dans lesquelles le TPICE entend ventiler différemment l'amende entre plusieurs entreprises (et qu'il risque ainsi de créer une discrimination), qu'il est tenu d'expliquer les raisons pour lesquelles il entend s'écarter de la méthode de la Commission.

En l'espèce, la procédure n'impliquait qu'une entreprise. Sur le deuxième grief, la CJCE considère que la compétence de pleine juridiction du TPICE l'autorise à prendre en considération le CA d'une entreprise. En outre, en l'espèce, le CA a été simplement mentionné pour soutenir la conclusion que l'amende n'était pas anormalement élevée et non en tant que critère de calcul. Enfin, sur le troisième grief, la CJCE rappelle très clairement la répartition des compétences juridictionnelles en matière d'amendes. À cet égard, il n'est pas du ressort de son contrôle sur les pourvois de se prononcer sur la proportionnalité d'une amende. Or, la CJCE considère que c'est en substance ce que lui demandait la requérante. La CJCE conclut donc au rejet du moyen.

Divulgation préalable à la presse du montant de l'amende

Dans son dernier moyen, la requérante conteste le critère utilisé par le TPICE pour déterminer si la divulgation à la presse d'éléments de la décision préalablement à son adoption formelle peut entraîner annulation de la décision. Ce critère consiste à évaluer si, en l'absence de cette irrégularité, la décision aurait eu un contenu différent. Dans des situations telles que celle d'espèce, la requérante soutient que ce critère ne saurait être applicable. En effet, une pareille preuve serait impossible à apporter par une entreprise et octroierait, en fait, une impunité complète à la Commission. Au surplus, la requérante estime que les principes de présomption d'innocence, de l'interdiction de nuire à l'image de

marque d'une entreprise et de bonne administration communautaire, dont le TPICE a établi la violation, concernaient la décision tout entière et auraient dû conduire à son annulation.

La CJCE valide l'approche du TPICE. La jurisprudence « *Suiker-Unie* » et « *Dunlop* » qui prévoit qu'en cas d'irrégularité, l'annulation de la décision ne peut intervenir que si en l'absence de l'irrégularité la décision aurait eu un contenu différent, est applicable en l'espèce. Néanmoins, la CJCE fournit des précisions utiles. Contrairement à l'argumentation de la requérante, elle rappelle qu'une irrégularité telle que celle en cause en l'espèce n'implique pas une impunité pour la Commission. Une telle irrégularité pourrait en effet être sanctionnée sur base de l'article 288 TCE en engageant la responsabilité de la CE. La CJCE invite donc la requérante à faire usage de l'éventail complet des voies de recours communautaires.

3. Commentaire

En dépit de l'absence de grandes innovations au fond, le présent arrêt illustre, en droit de la concurrence, un glissement du contentieux de la contestation de la matérialité des infractions vers la contestation des évaluations en matière d'amendes. Plus loin, deux aspects de l'arrêt méritent d'être soulignés.

En premier lieu, il convient de signaler l'audace de la requérante qui se prévalait d'un « principe de la faute » pour l'établissement d'une infraction à l'article 81 et qui souhaitait voir reconnaître des principes de preuve extrêmement rigoureux (identification précise et preuve personnalisée des infractions) dans le chef de l'autorité de contrôle. La terminologie du Traité et de la législation dérivée montrent bien que le droit de la concurrence a pour sujet de droit principal l'entreprise et il est acquis depuis longtemps que l'entreprise est responsable des agissements de son personnel. Il est aussi très fermement acquis, en jurisprudence, que les accords sont des notions absolument objectives et que la

notion de faute ne peut être invoquée à titre de règle en droit de la concurrence.

En deuxième lieu, l'arrêt présente un intérêt particulier quant aux irrégularités procédurales commises par la Commission. En jugeant que ce type d'irrégularités permet d'engager, en théorie, la responsabilité de la Commission sur le fondement de l'article 288, la CJCE pousse sa jurisprudence « *Boustad-Hegvede* » un peu plus loin. Dans cette affaire, les violations du principe du procès équitable (notamment en ce qui concerne la durée équitable des procédures) avaient permis à la requérante de bénéficier d'une réduction de l'amende à titre de satisfaction équitable. Plutôt que de réitérer la possibilité de modulation de l'amende, l'arrêt se prononce pour la mise en œuvre du recours indemnitaire sur le fondement de l'article 288 TCE en cas de telles violations. Cette solution, qui a pour mérite d'assurer la cohérence des voies de recours, ne constitue pas, pour autant, une solution idéale. Premièrement, elle exige des entreprises concernées de former de nouveaux recours et de prolonger, à nouveau, des contentieux déjà fort longs (ce qui est paradoxal si l'irrégularité concerne la durée raisonnable de procédure). Deuxièmement, en matière de contentieux de la concurrence, le recours en indemnité a été très peu utilisé par les entreprises. Les chances de succès d'un tel recours en droit de la concurrence restent, pour le moins, indéterminables. L'effectivité de la présente solution l'est donc également. (N. Petit)