

ARTICLES

Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective

Anne-Lise SIBONY

Docteur en droit

Eric BARBIER de LA SERRE*

Chef de cabinet du président du Tribunal de première instance des Communautés européennes

L'allocation de la charge de la preuve et l'intensité du contrôle juridictionnel continuent de soulever de nombreuses questions en droit communautaire de la concurrence. Le présent article met en lumière certaines insuffisances des conceptions traditionnelles de la charge de la preuve et l'inaptitude des notions qui sont habituellement utilisées pour tracer des limites précises au contrôle juridictionnel. Quelques jalons sont proposés pour une nouvelle perspective sur ces questions.

1. Depuis quelques années, les questions de preuve ont suscité un débat nourri en droit communautaire de la concurrence. Après le prononcé d'une série d'arrêts en matière de contrôle des concentrations (1), ce débat s'est cristallisé sur la question dite du « standard de preuve » (*standard of proof*) (2) – anglicisme

(*) Les opinions émises dans cet article le sont à titre purement personnel.

(1) TPI 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. II-2585 ; 22 oct. 2002, *Schneider Electric c/ Commission*, aff. T-310/01, Rec. II-4071 ; 25 oct. 2002, *Tetra Laval c/ Commission*, aff. T-5/02, Rec. II-4381, puis CJCE 15 févr. 2005, *Commission c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, Rec. I-987.

(2) D. Bailey, Standard of Proof in EC Merger Proceedings : A Common Law Perspective, CMLR 2003. 845-888 ; B. Vesterdorf, Certain Reflections on Recent Judgments Reviewing Commission Merger Control Decisions, in M. Hoskins et W. Robinson (dir.), A True European : Essays for judge David Edward, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 117-144 ; Standard of Proof in Merger Cases : Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts, European Competition Journal, 2005. 3-33 ; M. Collins, The Burden and Standard of Proof in Competition Litigation and Problems of Judicial Evaluation, ERA Forum, 2004. 66-83 ; M. Nicholson, S. Cardell et B. McKenna, The Scope of Review of Merger Decisions under Community Law, European Competition Journal, 2005. 123 ; H. Legal, Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law, Fordham Corp. L. Inst., 2005. 107-116 ;

difficilement évitable s'agissant d'une notion qui n'est pas connue du droit français. Ces arrêts ont retenu l'attention des commentateurs, car, à les lire, il pouvait sembler que le Tribunal avait renforcé les exigences probatoires pesant sur la Commission. C'est en ce sens que certains auteurs ont pu parler de la définition par le Tribunal d'un « standard de preuve » plus élevé que par le passé. Que l'on souscrive ou non à cette analyse, force est de constater que les termes mêmes du débat traduisent une caractéristique essentielle du droit communautaire, lequel, comme l'a souligné la Cour de justice elle-même, est « issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des Etats membres » (3). La remarque nous semble s'appliquer parfaitement en matière de preuve. En effet, tant les juges que les auteurs abordent ces questions à partir de notions différentes, selon la tradition juridique qui leur est la plus familière ou selon la langue qu'ils utilisent. Les auteurs de *common law* – ou ceux qui écrivent en anglais – se réfèrent volontiers aux notions de *standard of proof* et de *standard of review*, qui ne sont pas connues du droit français (4). Tous les auteurs s'interrogent par ailleurs sur la charge de la preuve, car cette notion fondamentale est connue de tous les droits, mais tous ne le font pas de la même manière. L'alternance de la charge de la preuve est ainsi conceptualisée différemment selon les traditions juridiques.

2. Le propos de cet article est de montrer que la jurisprudence des juridictions communautaires sur les questions de preuve en droit de la concurrence ne peut se comprendre pleinement sans avoir égard aux différentes conceptions des règles de preuve qui caractérisent, d'une part, la *common law* et, d'autre part, les systèmes romanistes auxquels se rattache le droit français (5). De la même ma-

M. Bay et J. R. Calzado, *Tetra Laval II : The Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, World Competition, 2005. 433-453 ; Y. Botteman, *Mergers, Standard of Proof and Expert Economic Evidence*, Journal of Competition Law and Economics, 2006. 71-100 ; P. Oliver, *The Standard of Review of Commission Merger Decisions: Life after Tetra Laval*, in M. Johansson, N. Wahl, U. Bernitz (dir.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, Bruxelles, Bruylants, 2006, p. 405-421.

(3) CJCE 18 mai 1982, *AM & S c/ Commission*, aff. 155/79, Rec. 1575, pt 18. Sur l'utilisation du droit des Etats membres comme source du droit communautaire, V. par ex. concl. av. gén. Warner sous CJCE 23 oct. 1974, *Transocean Marine c/ Commission*, aff. 17/74, Rec. 1063, 1089.

(4) Cependant, en droit français de la concurrence, l'influence du débat communautaire se fait sentir. Certains auteurs raisonnent en termes de « standard de preuve » : N. Jalabert-Doury, *Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infraction peut-elle se satisfaire de « certitudes probables » ?*, Concurrences, n° 2-2005. 41-17, n° 16, p. 43 ; J. Riffault-Silk, *Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond*, RLC 2006/6, n° 473, p. 88 ; V. Sélinsky, *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux*, RLC 2006/6, n° 488, n° 6, p. 124 ; V. aussi, du même auteur, *Standards de preuve de la concertation illicite dans le cadre d'ententes horizontales renforcées par des ententes verticales*, RLC 2006/8, n° 547. Tel est aussi le cas du Conseil de la concurrence, V. not. Décis. n° 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, pt 683 et n° 06-D-03 bis du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, pt 683, et n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline FranceGlaxo, pt 169, où le Conseil paraît utiliser l'expression pour désigner une exigence de motivation plus qu'une exigence de preuve. V. aussi pt 233 de cette décision pour un usage plus classique de la notion de standard de preuve.

(5) Cet article est consacré aux règles applicables aux autorités communautaires (Commission et juridictions communautaires). Il ne vise donc pas à faire un état des lieux exhaustif du droit

nière, nous voudrions montrer que la jurisprudence abondamment commentée sur l'intensité du contrôle exercé par les juridictions communautaires traduit la pluralité des sources d'inspiration du droit communautaire. Si les règles qui gouvernent la charge de la preuve, d'une part, et l'intensité du contrôle, d'autre part, sont parfois difficiles à identifier, c'est aussi parce qu'elles sont la résultante du pluralisme des sources du droit communautaire.

Pour mesurer la difficulté que représente l'élaboration de règles de preuve et de principes de contrôle cohérents à partir d'apports divers, il convient tout d'abord de dresser un état des lieux conceptuel en présentant les différentes notions en présence, à savoir la charge de la preuve, le standard de preuve et le standard de contrôle (I). Si l'on examine la jurisprudence au regard de ces différentes notions, on constate que toutes, dans leur diversité, nourrissent le raisonnement du juge communautaire. Leur synthèse n'est cependant pas encore réalisée et le droit positif dessine plutôt des variations autour de la charge de la preuve et des standards de preuve et de contrôle (II). Il en résulte une certaine difficulté, pratique et théorique, pour appréhender tant les exigences probatoires que l'entendue et l'intensité du contrôle juridictionnel. Ces difficultés ne sont peut-être pas toutes surmontables. Il n'est en effet pas certain qu'une théorie du contrôle soit possible (6). En outre, les règles probatoires, qu'on les aborde sous l'angle de la charge de la preuve ou du standard de preuve, sont, en dernière analyse, des règles de justice. Elles favorisent certains intérêts par rapport à d'autres (7). Si techniques que soient les questions soulevées en droit de la concurrence, la réflexion sur la charge de la preuve ou sur le standard de preuve débouche donc nécessairement sur des questions de type politique, relatives à l'équilibre à trouver entre différents intérêts. C'est là le type même de questions qui appellent moins des solutions que des choix. Aucune théorie, fût-elle possible, ne saurait donc prétendre clore le débat en cours sur le régime de la preuve en droit de la concurrence. Aussi ne cherchons-nous pas à proposer une telle théorie. Plus modestement, nous voudrions attirer l'attention sur certaines insuffisances de la conception traditionnelle de la charge de la preuve et sur l'inaptitude des notions qui sont habituellement utilisées dans la jurisprudence et en doctrine pour tracer des limites précises au contrôle juridictionnel. A cet égard, ni la théorie du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, reçue en droit positif, ni les notions de standard de preuve et de contrôle, très utilisées par les commentateurs, ne nous paraissent à même de rendre pleinement compte de l'intensité réelle du contrôle juridictionnel. C'est pourquoi il nous semble qu'un changement de point de vue est souhaitable, à la fois d'un point de vue théorique, pour mieux décrire le contrôle juridictionnel, et d'un point de vue normatif, pour compléter l'ensemble des

applicable aux autorités de concurrence et aux juridictions des Etats membres, qui appliquent bien entendu aussi le droit communautaire de la concurrence.

(6) D. Simon, *Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ?*, Europe, 2000, chron. 4, p. 3-5.

(7) Ce point fut clairement souligné par la Commission à l'occasion de son pourvoi dans l'affaire *Tetra Laval*. V. communiqué de presse IP/02/1952 du 20 déc. 2002 : « [l]a Commission estime que le TPI a exigé un niveau de preuve disproportionné pour les décisions interdisant les concentrations. De ce fait, *il a rompu l'équilibre entre les intérêts des parties à la concentration et la protection des consommateurs* prévue par le règlement sur les concentrations » (nous soulignons).

principes limitatifs de ce contrôle. C'est ce qui nous conduit à proposer quelques jalons pour une nouvelle perspective sur la charge de la preuve et le contrôle juridictionnel (III).

I. – ÉTAT DES LIEUX CONCEPTUELS : CHARGE DE LA PREUVE, STANDARD DE PREUVE ET STANDARD DE CONTRÔLE

3. Les réflexions sur la preuve en droit de la concurrence s'articulent autour de deux notions sur lesquelles il convient de s'arrêter, à savoir, d'une part, la charge de la preuve, notion commune aux systèmes civilistes et de *common law*, et, d'autre part, le « standard de preuve », qui est propre à la *common law*. Ces deux notions sont liées mais néanmoins distinctes. La notion de charge de la preuve se rapporte à la question « qui doit prouver ? ». Le standard de preuve est, quant à lui, relatif à une question différente, celle de l'intensité des exigences de preuve ou, autrement dit, « jusqu'où doit-on prouver ? » (8). Ainsi, on a parfois dit que le standard de preuve était une « quantité de preuve » exigée pour que celui sur qui pèse la charge de la preuve soit considéré comme s'étant acquitté du fardeau probatoire qui pèse sur lui (9).

En réalité, chacune de ces deux notions prend son sens par rapport des notions voisines. Toutefois, en ce qui concerne la charge de la preuve, ces notions ne sont pas les mêmes dans la tradition civiliste et en *common law*. C'est pourquoi il faut présenter les différentes notions de charge de la preuve (A). Quant à la notion de standard de preuve, elle appelle une présentation conjointe avec celle de standard de contrôle (B).

A. – *Les différentes notions de charge de la preuve*

4. Bien que la question de la répartition de la charge de la preuve se pose dans tous les systèmes juridiques, celle-ci est abordée de manière différente dans les systèmes romanistes et en *common law*. Il est utile de clarifier ces différentes approches, car les auteurs qui traitent de la question de la charge de la preuve en droit communautaire le font à partir de conceptions différentes, si bien qu'il est parfois difficile de comparer leurs positions. Un retour aux conceptions caractéristiques des principaux systèmes des Etats membres s'impose donc pour éclairer le débat sur le droit communautaire. Il faut à cet égard distinguer entre, d'une part, l'approche civiliste, dans laquelle la notion de charge de preuve est définie en relation avec les notions de charge de l'allégation et de risque de preuve et, d'autre part, l'approche de *common law*, dans laquelle sont distingués *legal burden of proof* et *burden of adducing evidence* (10) (2).

(8) Cette formulation est empruntée à M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, Puf, Thémis, 2001, n° 194, p. 303.

(9) B. Vesterdorf, *Standard of Proof in Merger Cases...*, préc. note 2 *supra*, p. 19.

(10) Les expressions *burden of producing evidence* ou *evidential burden of proof* se rencontrent également et sont équivalentes.

1. Charge de la preuve et notions voisines dans l'approche civiliste

5. La charge de la preuve est classiquement définie par les auteurs français comme « la nécessité pour un plaigneur d'établir, s'ils sont contestés, les faits dont dépend le succès de sa prétention » (11). Cette définition comporte trois éléments principaux. Tout d'abord, la preuve porte sur des *faits*. Cela peut paraître évident, mais mérite d'être rappelé, car, à la réflexion, cela ne l'est pas véritablement (12). Ensuite, la preuve porte sur des faits qui sont *déterminants* pour le succès d'une prétention. Là encore, cela va de soi, car il serait absurde d'exiger la preuve de faits indifférents. Cependant, cet élément de définition est important, car il souligne le lien entre les questions de preuve et les questions de fond : le contenu de la charge de la preuve ne peut en principe être déterminé qu'une fois identifiés les éléments de faits qui doivent être établis pour qu'une règle donnée trouve à s'appliquer. Enfin, seuls les faits *contestés* doivent être prouvés.

La définition rappelée ci-dessus doit beaucoup à Motulsky (13). C'est en effet cet auteur qui mit en avant l'idée selon laquelle le juge, lorsqu'il lui est demandé d'appliquer une règle de droit – par exemple l'article 81 CE – doit d'abord identifier les faits qui doivent être établis par la partie qui sollicite l'application de cette règle, par exemple le fait que les entités concernées sont des entreprises, une rencontre de leurs volontés et une restriction de concurrence. L'ensemble de ces faits constitue, selon la terminologie de cet auteur, la charge de l'allégation : ils doivent en principe tous être allégués par celui qui invoque l'application de l'article 81 CE (14). La réalité quotidienne du contentieux montre cependant que la preuve de tous ces faits n'est pas systématiquement exigée (15). Par exemple, s'il n'est pas contesté qu'un accord restreint la concurrence, ce fait n'aura pas à être prouvé (16). C'est ce qui conduit à définir la charge de la

(11) G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, Puf, coll. Quadri, 2^e éd., 2001.

(12) V. *infra* n° 45.

(13) H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002, n° 117, p. 131, qui définit la charge de la preuve comme « la nécessité pour chacune des parties de fonder, sous peine de perdre le procès, par des moyens légalement admis la conviction du juge quant à la vérité de celles parmi les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs du droit par elle réclamé, qui ont été valablement contestées par son adversaire ».

(14) H. Motulsky définit la charge de l'allégation comme « la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit », *op. cit.*, n° 85, p. 88. Pour une critique de cette conceptualisation du travail de qualification dans la perspective du droit de la concurrence, V. A.-L. Sibony, Le juge et le raisonnement économique en droits français et communautaire de la concurrence, LGDJ coll. Droit et économie, 2007, à paraître, spéc. n° 599 à 606 et n° 642.

(15) Il arrive aussi que l'allégation de tous les faits nécessaires ne soit pas exigée. Tel est par exemple le cas de la qualité d'entreprise des parties à un accord, élément nécessaire à l'application de l'article 81 CE, mais qui n'est pas toujours explicitement allégué. Il y a alors ce que Motulsky appelle une dispense d'allégation, ce qui doit être distingué de l'hypothèse discutée ici, dans laquelle un fait a été allégué mais n'a pas à être prouvé, car il est constant entre les parties. Sur la théorie des dispenses, V. H. Motulsky, *op. cit.*, n° 89 s., p. 90 s.

(16) Cette hypothèse est fréquente dans le contentieux des accords de cartel, qui porte désormais essentiellement sur le montant des amendes.

preuve comme pesant sur les faits qui sont à la fois *nécessaires* au soutien d'une prétention et *contestés* (17).

6. La définition de la charge de la preuve qui vient d'être rappelée s'intéresse donc à la question du *contenu* de la charge de la preuve, autrement dit à la question de savoir *qui* prouver. Cette question est certes première, mais ce n'est pas celle qui retient généralement l'attention. Lorsqu'il est question de la charge de la preuve, on cherche avant tout à savoir *qui* doit rapporter la preuve de chaque élément de fait pertinent (18).

A cet égard, il est nécessaire d'introduire une précision. En effet, l'enjeu pratique de la question « qui doit prouver » est double : il s'agit, d'une part, de savoir quelle partie doit matériellement apporter les éléments de preuve relatifs à un fait particulier et, d'autre part, de savoir qui se verra débouté faute d'avoir apporté les preuves suffisantes. Tandis que la première question concerne l'organisation matérielle de la procédure, la seconde est relative aux conséquences que le juge doit tirer de la défaillance de la partie qui supporte la charge de la preuve. La notion de *risque de preuve* sert précisément à distinguer ces deux enjeux. Elle prend toute sa signification dans l'hypothèse où la charge de la preuve, au sens de devoir de produire des preuves, pèse sur une partie alors même que sa défaillance conduira à ce que son adversaire soit débouté. Pour illustrer cette hypothèse, on peut songer à la question très actuelle de la charge de la preuve des justifications objectives en matière d'abus de position dominante. En effet, l'une des solutions défendues par la doctrine consiste à soutenir qu'il revient à l'entreprise qui allègue des justifications objectives d'en rapporter la preuve (19). Cependant, cette répartition de la charge de la preuve doit être conciliée avec le principe selon lequel le doute doit profiter à l'entreprise mise en cause, principe auquel la jurisprudence a reconnu une large application (20). La distinction entre charge de la preuve et risque de preuve offre un moyen de concilier ces exigences : on peut dire que la charge de la preuve pèse sur l'entreprise, mais que le risque de preuve pèse sur la Commission (21).

Les mêmes questions sont abordées en termes différents en *common law*.

(17) H. Motulsky, *op. cit.*, n° 115, p. 128.

(18) La question de savoir *comment* la preuve doit être rapportée, c'est-à-dire par quels *modes de preuve* (témoignages, écrits, présomptions) est tout à fait distincte, comme le rappelle E. Paulis, *The Burden of Proof in Article 82 cases*, Conférence prononcée lors de la 33^e Annual Conference on International Antitrust Law and Policy de l'Université de Fordham, New York, 14-16 sept. 2006, texte disponible sur le site de la Commission [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_014_en.pdf].

(19) Sur cette proposition, V. *infra* n° 20.

(20) CJCE 16 déc. 1975, *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, aff. 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. 1663, pts 203, 304, 359 et 363 ; CJCE 14 févr. 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. 207, pt 265 ; CJCE 8 juill. 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, Rec. I-4287, pts 149 et 150 ; TPI 13 janv. 2004, *JCB Service c/ Commission*, aff. T-67/01, Rec. II-49, pts 53-60, et TPI 27 sept. 2006, *Dresdner Bank e.a. c/ Commission*, aff. T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60 OP, T-61/02 OP, non encore publié au Recueil, pt 60.

(21) Pour une autre manière de concevoir cette question, V. *infra* n° 21 et 22.

2. Charge de la preuve et notions voisines en common law

7. En *common law*, on distingue deux fardeaux de la preuve (22). Le premier, appelé *legal burden of proof* ou *burden of persuasion*, est décrit comme le devoir de convaincre, qui pèse sur la partie qui allègue un fait et n'alterne pas au cours du procès (23). En termes civilistes, il nous semble que l'on pourrait dire que le *legal burden of proof* pèse sur celui qui supporte en premier la charge de la preuve et celui qui, *in fine*, supporte le risque de preuve. Le second fardeau, appelé *evidential burden* ou *burden of adducing evidence*, désigne le devoir de produire des éléments de preuve et pèse alternativement sur l'une et l'autre parties au cours du procès (24). Il s'agit donc de la nécessité pour une partie de prouver à première vue l'existence de ce qu'elle allègue, ces preuves n'étant considérées comme suffisantes que tant qu'elles ne sont pas contestées utilement par l'adversaire.

Un exemple emprunté à l'application de l'article 81 CE éclairera ce propos. C'est à la Commission de rapporter la preuve qu'un accord ou une pratique concertée restreint la concurrence et c'est donc sur elle que pèse le *legal burden of proof*. En pratique, la Commission avance les premiers éléments qui permettent, selon elle, d'établir cette restriction de concurrence. En réponse, les entreprises concernées contestent l'analyse de la Commission et/ou produisent d'autres éléments de preuves. Seul l'*evidential burden of proof* est passé aux entreprises, la Commission supportant toujours seule le *legal burden of proof*.

8. Cette distinction d'origine anglaise n'est pas absente du droit communautaire, comme l'illustre le passage suivant de l'arrêt rendu dans l'affaire *Ciments*, affaire dans laquelle – ceci expliquant peut-être cela – le juge rapporteur était le juge britannique : « [m]ême si la charge légale de la preuve (en anglais *legal burden of proof*) incombe selon ces principes soit à la Commission, soit à l'entreprise ou à l'association concernée, les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaita » (25).

L'approche civiliste et l'approche de *common law* sont donc assurément différentes, mais, puisque l'une et l'autre inspirent le droit communautaire, on ne peut espérer une conception claire de la charge de la preuve dans cette branche du droit sans tenter un rapprochement.

3. Tentative de rapprochement

9. La conception civiliste de la charge de la preuve apparaît plus monolithique que celle qui a cours en *common law*, dans la mesure où elle ne distingue pas entre le

(22) Black's Law dictionary, abridged sixth edition, West, v° *Burden of proof* : « *Burden of proof* is a term which describes two different concepts : first, the “*burden of persuasion*”, which under traditional view never shifts from one party to the other at any stage of the proceeding and second, the “*burden of going forward with the evidence*”, which may shift back and forth between the parties as the trial progresses ».

(23) Le legal burden of proof est défini comme « *the necessity or duty of affirmatively proving a fact or facts in dispute on an issue raised between the parties in a cause* », *ibid*.

(24) *Le burden of producing evidence* est défini comme « *the obligation of a party to introduce evidence sufficient to avoid a ruling against him on the issue* », *ibid*.

(25) CJCE 7 janv. 2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, aff. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. I-123, pt 79 (nous soulignons).

devoir de convaincre et le devoir d'apporter des preuves. Cependant, ces deux façons d'aborder la charge de la preuve se ressemblent en réalité beaucoup. Tout d'abord, les deux présentations reposent sur le même postulat, selon lequel les éléments à prouver sont connus. On peut remarquer que, en droit de la concurrence, c'est là une hypothèse audacieuse. En effet, de nombreuses questions relatives à l'objet de la preuve restent ouvertes. Par exemple, jusqu'à un arrêt récent, on pouvait se demander si, pour qualifier de prédateurs des prix bas pratiqués par une entreprise dominante, il est ou non nécessaire d'établir que cette entreprise pouvait, au moment où elle les a fixés, raisonnablement s'attendre à recouvrer les pertes qu'elles consentait en pratiquant de tels prix (26).

Ensuite, la notion de risque de preuve permet sans doute de faire le lien entre ces deux conceptions. En effet, la partie sur laquelle pèse le *legal burden of proof* de manière fixe est celle qui supporte le risque de preuve. De plus, les deux conceptions tentent de répondre aux trois mêmes questions, à savoir, premièrement, « qui doit prouver ? », deuxièmement, « comment le devoir de prouver varie-t-il au cours du procès ? » et, troisièmement, « au détriment de qui pèse le doute éventuel du juge ? ».

Enfin, ces deux façons d'aborder la charge de la preuve peuvent encore être rapprochées en ce que toutes deux écartent la question du degré de doute qui doit conduire le juge à considérer qu'une partie ne s'est pas acquittée de son devoir de rapporter des preuves. Cette dernière question est précisément celle que la *common law* aborde à l'aide de la notion de standard de preuve, qui doit être présentée conjointement avec celle de standard de contrôle.

B. – Standard de preuve et standard de contrôle

10. Les notions de standard de preuve (1) et de standard de contrôle (2) ont en commun d'être des directives adressées au juge ou des maximes que les juges se sont données eux-mêmes pour guider leur action sur des questions très délicates. Elles doivent être rapprochées (27), mais elles visent néanmoins à désigner des réalités distinctes.

1. La notion de standard de preuve

11. La notion de standard de preuve vise à décrire le degré de sévérité que le juge doit exercer lorsqu'il examine les preuves qui lui sont soumises. En *common law*, on distingue traditionnellement deux standards de preuve. Le premier – et le moins sévère – est appelé *balance of probabilities*. Applicable en matière civile, ce standard signifie que, pour s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui in-

(26) Cette question a été tranchée en faveur d'une réponse négative par l'arrêt du Tribunal du 30 janvier 2007, *France Telecom c/ Commission*, aff. T-340/03, non encore publié au Recueil, qui ne supprime cependant toutes les interrogations relatives à la définition de l'objet de la preuve des prix prédateurs. V. sur ce point, A.-L. Sibony, Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique : à propos de l'arrêt *Wanadoo*, LPA, 6 juin 2007, 14.

(27) V. D. Bailey, Standard of Proof in EC Merger Proceedings..., préc. note 2 *supra*, p. 850 ; H. Legal, Standards of Proof and Standards of Judicial Review..., préc. note 2 *supra*, p. 113.

combe, une partie doit convaincre le juge que le fait qu'elle allègue est « plus probable qu'improbable » (*more probable than not*). Ce même standard est également appelé *preponderance of evidence*, ce qui signifie que le juge doit retenir les preuves apportées par une partie si elles sont plus convaincantes que les preuves contraires apportées par son adversaire (28).

Le second standard, plus sévère, est applicable en matière pénale. Désigné par l'expression *beyond a reasonable doubt*, il signifie que le juge doit, pour retenir la culpabilité d'un prévenu, n'avoir aucun doute sur la réunion des éléments caractéristiques de l'infraction à l'issue d'un examen rationnel des preuves (c'est-à-dire hors de toute considération de compassion). Un doute est qualifié de raisonnable lorsqu'il serait de nature à faire hésiter un homme prudent sur une décision importante qui le concerne (29).

Il est à peine besoin de souligner ce que ces définitions ont de relatif. La première renvoie à l'appréciation de la probabilité la plus forte mais ne dit rien des critères ou de la méthode qui président à cette appréciation. La seconde renvoie à la raison et à une personne prudente, mais sans rien dire de ce qui peut ou doit faire douter une telle personne. Cette indétermination – ou plutôt cette indéterminabilité – est la marque même des standards (30). Les standards de preuve de la *common law* ne sont donc finalement que des tentatives visant à nommer et distinguer des degrés d'exigences probatoires, des directives imprécises qu'il appartient au juge de mettre en œuvre.

12. Cette approche en termes de standards n'est pas universelle. Ainsi a-t-on pu relever que le droit français, bien qu'il comporte lui aussi des standards (31), maintient une certaine réticence à l'égard de ce type de normes souples (32). Cela se vérifie sur le point qui nous occupe, car la notion de standard de preuve est absente de la présentation traditionnelle du droit de la preuve dans les systèmes civilistes. En effet, le droit de la preuve y est habituellement enseigné à partir de la distinction entre l'objet de la preuve, la charge de la preuve et les modes de preuve (33). La notion utilisée pour appréhender le « poids » des preuves est celle de valeur probante. La perspective est alors un peu différente de celle du standard de preuve, en ce sens que l'on ne distingue pas, comme en *common law*, un stan-

(28) Cette double définition est celle du Black's Law Dictionary, préc., v° *Preponderance of evidence*. L'équivalence de ces deux définitions peut être aperçue si l'on envisage la situation (courante) dans laquelle une partie affirme l'existence d'un fait, tandis que son adversaire le nie.

(29) Black's Law dictionary, préc., v° *Reasonable doubt*. Sur ce standard de preuve, V. aussi J.-F. Césaro, Le doute en droit privé, éd. Panthéon Assas, 2003, n° 11, p. 26-28.

(30) C'est ce qui rapproche la notion de standard de celle de pouvoir discrétionnaire. V. D. Labetoulle, La qualification et le juge administratif : quelques remarques, Droits, 1993, 31-43, spéc., p. 37. Comp. S. Rials, Les standards, notions critiques du droit, in Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruylants, Bruxelles, 1984, p. 39-53, spéc. p. 46.

(31) Notamment le célèbre « bon père de famille » des articles 450, 601, 627, 1137, 1374, 1728, 1729, 1766, 1806, 1880 et 1962 du code civil, mais aussi le contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif.

(32) C. Bloud-Rey, Standard, in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, p. 1439.

(33) Fr. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 568, p. 466. Certains auteurs retiennent seulement la distinction entre mode de preuve et charge de la preuve. Par ex. J. Carbonnier, Droit civil. Introduction, 27^e éd., Puf, coll. Thémis, n° 175 s., p. 348 s.

dard civil et un standard pénal. La valeur probante est conceptualisée à travers la distinction posée entre le système de la preuve légale et celui de la preuve morale, encore appelée *intime conviction* (34). Ainsi, à la différence de l'approche de *common law*, qui tente de saisir directement des degrés dans la force des preuves, cette distinction civiliste associe la force des preuves à des modes de preuve : dans le système de la preuve légale, la loi fixe la valeur probante de différents types de preuves, tandis que, dans le système de la preuve morale, c'est le juge qui apprécie souverainement la valeur des preuves qui lui sont soumises.

Le système de la preuve légale est caractéristique de l'ancien droit, dans lequel les preuves étaient « tarifées » (35) : certaines valaient une demi-preuve, d'autres un quart de preuve. De tels tarifs n'ont certes plus cours et l'idée même de définir des valeurs absolues pour les preuves paraît aujourd'hui saugrenue. Pour autant, on trouve en droit positif des dispositions légales ou des règles jurisprudentielles, parfois récentes, sur la valeur relative des preuves. Il s'agit le plus souvent de règles portant sur les modes de preuves, mais dont s'infèrent des conséquences quant à la valeur respective de différents types de preuves. En droit français, on peut songer aux nouveaux articles 1116-1 et suivants du code civil, sur la preuve électronique (36). En droit communautaire, on peut songer à la règle jurisprudentielle selon laquelle des déclarations d'entreprise, en particulier celles qui sont produites dans le cadre de demandes de clémence, constituent de simples indices, qui doivent, en cas de contestation, être corroborés par d'autres éléments de preuve (37).

La brève présentation qui vient d'être donnée des notions à travers lesquelles la *common law*, d'une part, et le droit civil, d'autre part, abordent le problème de l'appréciation des preuves suffit à montrer que les termes dans lesquels ce problème est conceptualisé ne sont pas les mêmes. On peut certes tenter des rapprochements (38). Ainsi existe-t-il en droit français des dispositions légales qui pourraient être lues comme des standards de preuve, par exemple l'article 1353 du code civil, qui commande au juge de n'admettre que des présomptions « graves, précises et concordantes ». Cependant, et c'est ce qu'il importe de souligner dans la perspective du juge communautaire, ces dispositions ne sont pas perçues comme des standards de preuve. On peut donc penser que les juges formés dans les systèmes de droit civil ne raisonnent pas spontanément selon ces termes. On ne peut, de ce fait, exclure que les commentateurs qui s'expriment en anglais projettent, lorsqu'ils parlent de standard de preuve, une approche qui n'est peut-être pas celle de tous les juges ayant délibéré sur les arrêts qu'ils commentent.

(34) M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, préc. note 8 *supra*, n° 220, p. 347.

(35) M.-L. Rassat, *op. et loc. cit.*

(36) Lus en combinaison avec les articles 1319, 1320 et 1322 (relatifs à l'acte authentique et l'acte sous seing privé), ces articles, qui précisent les conditions dans lesquelles un écrit électronique est admis comme preuve au même titre qu'un écrit sur support papier, contribuent à préciser la valeur relative de différents types de preuve.

(37) TPI 8 juill. 2004, *JFE Engineering Corp. e.a. c/ Commission*, aff. T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec. II-2501, pt 219.

(38) L'entrée *Beyond a reasonable doubt* du Black's Law dictionary, *op. cit.*, y invite. Il y est indiqué que l'expression est équivalente à « *clear, precise and indubitable* », ce qui, pour un juriste français évoque les indices « graves, précis et concordants ». Les expressions ne sont pas synonymes, mais elles expriment le même type de norme.

2. La notion de standard de contrôle

13. La remarque qui vient d'être faite sur l'absence d'universalité de la notion de standard de preuve vaut également pour la notion de standard de contrôle, elle aussi très utilisée par la doctrine à propos du droit communautaire (39). Le droit communautaire distingue bien différents degrés de contrôle : d'une part, un plein contrôle sur l'exactitude matérielle des faits et la qualification juridique des faits et, d'autre part, un contrôle plus restreint sur les appréciations économiques complexes, dit contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation (40). Cette distinction vient à l'origine du droit administratif français, dans lequel la notion de standard de contrôle n'a pourtant pas cours (41). La question de la sévérité avec laquelle le juge s'autorise à considérer les décisions administratives qui lui sont déférées est en effet généralement présentée par les auteurs en termes de limite au pouvoir discrétionnaire de l'administration plutôt qu'en termes de standards (42). La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a ainsi été élaborée pour trouver un point d'équilibre entre deux considérations opposées : d'une part, le pouvoir reconnu à l'administration de prendre certaines décisions en fonction des circonstances de chaque espèce et sans que la réglementation applicable ne précise exactement comment ces circonstances devaient être prises en compte et, d'autre part, la nécessité d'exercer un contrôle sur ce type de décisions afin d'éviter l'arbitraire. Le contrôle juridictionnel est donc conçu comme un contre-pouvoir, mais un contre-pouvoir limité, puisque, selon la doctrine du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, le juge administratif ne censure que les erreurs d'appréciation évidentes (43).

Cette conception est certes assez proche de la doctrine de la *Wednesbury unreasonableness*, aux termes de laquelle le juge administratif anglais ne peut censurer une décision que lorsqu'elle est « si déraisonnable qu'elle n'aurait pas pu être prise par une personne ou un tribunal convenablement informé et prenant en compte tous les éléments pertinents et seulement ceux-ci » (44). Il n'en reste pas moins que la conceptualisation du contrôle en termes d'équilibre des pouvoirs, que l'on rencontre dans la tradition française, oriente spécifiquement la réflexion sur l'intensité du contrôle juridictionnel vers certaines questions. En particulier, dans la conception française du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, on est amené à s'interroger sur l'*étendue* du pouvoir discrétionnaire

(39) V. articles préc. *supra* note 2.

(40) CJCE 11 juill. 1985, *Remia c/ Commission*, aff. 42/84, Rec. 2545, pt 34.

(41) H. Legal, Standards of Proof and Standards of Judicial Review..., préc. *supra* note 2, p. 108.

(42) V. par. ex. M. Waline, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, EDCE 1956, fasc. 10, p. 25-33, spéc. p. 25 ; M. Letourneur, L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir, EDCE, 1962, fasc. 16, p. 51-62 ; A. de Laubadère, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français, in Mél. Waline. Le juge et le droit public, Pichon et Durand-Auzias-LGDJ, 1974, t. II, p. 531-549 ; A. Hauriou, Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, in Mél. Carré de Malberg, Topos Verlag, Vaduz et Librairie Duchemin, 1977, p. 233-240.

(43) B. Kornpobst, L'erreur manifeste, D. 1965. Chron. 121-124 ; J.-Y. Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, Revue administrative, 1971. 407-420 ; D. Lagasse, Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif, Adm. publ. 1985, n° 4, p. 309-315.

(44) E. Breen, Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais, RFDA 2003. 1159-1174, spéc. 1170.

de l'administration – ou de la Commission. Cette façon de poser la question du contrôle conduit à distinguer selon les énonciations contrôlées (constats de fait, appréciations des faits et qualification juridique des faits) (45). Pour sa part, l'approche en termes de standards ne s'appuie pas sur les mêmes distinctions, mais sur une approche plus globale de la décision.

Ce retour sur les différentes notions à travers lesquelles la question de l'intensité du contrôle juridictionnel peut être abordée montre qu'elles ne sont ni universelles ni suffisantes pour saisir l'ensemble de la question de l'intensité du contrôle juridictionnel. Les notions de standard de preuve et de standard de contrôle dessinent une approche particulière de cette question, dont il n'est pas acquis qu'elle soit celle des juridictions communautaires. Pour autant, les notions de plein contrôle et de contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, qui sont traditionnellement utilisées par le juge communautaire, ne sont guère plus opératoires pour préciser les limites du contrôle (46). C'est sans doute ce qui explique le sentiment d'incertitude que l'on ne peut s'empêcher d'éprouver à la lecture de la jurisprudence, tant d'ailleurs sur les notions de standards de preuve et de contrôle que sur celle de charge de la preuve. Il convient, pour mieux le saisir, d'exposer les principales solutions jurisprudentielles concernant la charge de la preuve et le contrôle exercé par les juridictions communautaires sur les décisions de la Commission en matière de concurrence. La présentation qui suit vise moins à l'exhaustivité qu'à mettre à l'épreuve l'utilité pratique des notions qui viennent d'être présentées.

II. – VARIATIONS AUTOEUR DE LA CHARGE DE PREUVE ET DES STANDARDS DE PREUVE ET DE CONTRÔLE EN DROIT POSITIF

14. Les principes qui gouvernent respectivement la charge de la preuve et le standard de preuve en droit communautaire sont d'origine jurisprudentielle. Si les premiers peuvent être présentés pour eux-mêmes (A), les seconds doivent en revanche être présentés avec les standards de contrôle, en raison de l'étroite relation qui les unit (B).

A. – *Les principes régissant la charge de la preuve*

15. La question de la répartition de la charge de la preuve fait partie des questions difficiles du droit communautaire, ainsi que l'a noté un éminent auteur (47). La

(45) V. arrêt *Remia c/ Commission*, préc. *supra* note 40, pt 34. V. également B. Vesterdorf, *Judicial Review in EC Competition Law : Reflections on Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, *Competition Policy Int'l*, 2005, vol. 1, n° 2, p. 3-27, spec. p. 13. *Addé* : D. Ritteng. Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes, th. Strasbourg, 1998, n° 639 et s., p. 547 s.

(46) V. *infra* n° 51 s.

(47) K.P.E. Lasok, *European Court of Justice: Practice and Procedure*, Butterworth, 2^e éd., 1994, p. 422.

difficulté est du reste plus générale, car elle est d'ordre théorique (48). Elle concerne moins les grands principes, qui sont connus et largement communs aux droits des Etats membres, que les tempéraments et exceptions à ces principes (49). Sans prétendre à l'exhaustivité, nous tenterons de présenter les principales solutions issues de la jurisprudence communautaire en nous demandant dans quelle mesure les notions présentées dans la section précédente permettent d'en rendre compte.

Les solutions du droit positif peuvent être ordonnées autour de quatre grands principes, empruntés tant à la matière civile qu'à la matière pénale : le premier principe est exprimé par l'adage *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (1). Le deuxième principe exprime en substance la même règle, mais dans le contexte particulier de l'accusation pénale : c'est à l'autorité chargée des poursuites – la « partie » qui prétend qu'une infraction est constituée – de rapporter la preuve que tous les éléments constitutifs de cette infraction sont réunis (2). Le troisième principe prévoit une exception au deuxième. Il s'agit du principe selon lequel la preuve des éléments négatifs d'une infraction, autrement dit des circonstances exonératoires, peut être mise à la charge de la partie poursuivie (3). Le quatrième et dernier principe concerne moins la répartition de la charge de la preuve que son enjeu : il s'agit du principe selon lequel le risque de preuve pèse sur la Commission ou sur le plaignant (4).

1. Premier principe : ei incumbit probatio qui dicit non qui negat

16. Le premier principe qui régit la charge de la preuve est bien connu. Comme le dit l'adage latin, « c'est à celui qui dit qu'incombe la preuve, non à celui qui nie ». En d'autres termes, c'est à celui qui prend l'initiative d'une prétention de la prouver et non à celui qui en nie la véracité. Cette règle implique une analyse en deux temps. Le premier, celui de l'affirmation d'une prétention, est régi par l'adage *actori incumbit probatio* : la preuve incombe au demandeur (50). Le demandeur doit ici être entendu non comme le demandeur à l'instance, mais comme le demandeur à l'allégation (51). Le second temps est celui de la réplique. Celui qui réfute l'allégation devient de ce seul fait défendeur par rapport à

(48) Sur les difficultés théoriques que soulève la charge de la preuve, J.-F. Césaro, *Le doute en droit privé*, préc. note 29 *supra*, n° 118 s., p. 182 s.

(49) S'il est difficile de rendre compte de manière théorique de l'alternance de la charge de la preuve, c'est notamment parce que les juges ont égard à la difficulté concrète de la preuve qui incombe à une partie. Il existe, en cas de difficultés, différentes techniques pour atténuer un fardeau probatoire jugé injustement lourd. Le juge peut admettre des présomptions, appliquer un standard de preuve peu exigeant ou encore ordonner des mesures d'instruction. Sur ce dernier point, V. arrêt de la Cour du 7 septembre 2006, Laboratoires Boiron, C-526/04, Rec. I-7529, pt 55, jugeant que, afin d'assurer le respect du principe d'effectivité, si la charge de la preuve de l'existence d'une surcompensation au profit des grossistes répartiteurs, et donc du caractère d'aide d'Etat d'une taxe sur les ventes directes, est susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile l'administration d'une telle preuve, le juge national est tenu d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national, au nombre desquels figure celui d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires.

(50) Le principe *Actori incumbit probatio* a une portée plus large en ce qu'il s'applique non seulement à la matière civile, mais aussi à la matière pénale. En ce sens, H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 10, p. 17.

(51) Sur ce point, dans la perspective du droit français, J.-F. Césaro, préc. note 29 *supra*, n° 122, p. 183 s., et réf. citées.

celle-ci (quelle que soit sa position procédurale dans l'instance). C'est alors l'adage *reus in excipiendo fit actor* qui s'applique : celui qui soulève un moyen de défense supporte à son tour la charge de la preuve.

En droit communautaire de la concurrence, ces principes sont repris en substance dans le règlement n° 1/2003, qui dispose que « [c]est à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 qu'il doit incomber d'en apporter la preuve requise par la loi. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises invoquant le bénéfice d'un moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve requise par la loi que les conditions d'application de ce moyen de défense sont remplies » (52).

Par le jeu de ces principes, la charge de la preuve passe sans arrêt d'une partie à l'autre au cours du procès, un peu comme la balle lors d'un match de tennis (53). Cependant, si l'on prenait ces principes à la lettre, le procès ressemblerait à un match passablement ennuyeux. En effet, la charge de la preuve demeure, en principe, sur l'une des parties tant que son adversaire reste passif. A ce compte, il faudrait attendre qu'une partie ait terminé de dérouler ses preuves pour voir l'autre répliquer et présenter à son tour des preuves contraires. Une telle présentation est peu conforme à la réalité, car les parties ont rarement intérêt à rester passives (54). Comme l'a observé la Cour de justice, « [m]ême si la charge légale de la preuve incombe selon ces principes soit à la Commission, soit à l'entreprise ou à l'association concernée, les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaita » (55).

C'est pourquoi, en pratique, les parties mettent simultanément au débat des arguments contradictoires et les éléments de preuve dont elles disposent pour appuyer ces arguments. La charge de la preuve – ou le *evidential burden of proof* – n'a donc pas le temps d'alterner formellement : le match judiciaire se déroule comme si les joueurs de tennis servaient plusieurs balles en même temps. Le juge doit observer tous ces échanges croisés et, tant bien que mal, compter les points. Cela explique que le principe *ei incumbit probatio* et ses corollaires ont une portée pratique limitée. Il est à cet égard significatif que les juridictions communautaires ne les rappellent expressément qu'assez rarement (56). La raison en est que ces principes ne répondent tout simplement pas aux questions auxquelles le juge se trouve le plus souvent confronté, à savoir celles qui soulèvent l'appréciation de la valeur relative des preuves. Pour autant, les principes relatifs à la charge de la preuve *stricto sensu* sont loin d'être dépourvus de portée pratique, comme l'illustre le deuxième

(52) Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (JOCE L 1, p. 1), 5^e cons. V. aussi art. 2 du même règlement et arrêt *Aalborg Portland c/ Commission*, préc. note 25 *supra*, pt 78.

(53) La comparaison est empruntée à H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc. note 50 *supra*, n° 107, p. 193.

(54) En ce sens, H. Roland et L. Boyer : « la psychologie judiciaire impose aux parties d'apporter sans distinction leur contribution à la recherche de la vérité, alors même qu'elles n'y sont pas obligées », *op. et loc. cit.*

(55) Arrêt *Aalborg Portland c/ Commission*, préc. note 25 *supra*, pt 79.

(56) V. néanmoins, pour une reconnaissance expresse du principe *ei incumbit probatio*, TPI 10 mai 1990, *Sens c/ Commission*, aff. T-117/89, Rec. II-185, pt 20 (cité par l'av. gén. Tizzano dans ses concl. sous l'arrêt *Laboratoires Boiron*, préc. note 49 *supra*, pt 68).

principe, selon lequel c'est à l'autorité chargée des poursuites d'établir l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction.

2. Deuxième principe : c'est à l'autorité chargée des poursuites d'établir l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction

17. Il est de jurisprudence constante que c'est à la Commission d'établir les éléments constitutifs des infractions au droit de la concurrence (57). Ce principe, aujourd'hui codifié dans le règlement n° 1/2003 (58), pourrait être considéré comme une application de l'adage *actori incumbit probatio*, en ce sens que, devant le juge communautaire, la Commission est une partie à l'instance, à la différence de ce qui s'observe dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris (59). Ce serait parce que la Commission est demandeur à l'allégation d'infraction à l'article 81 ou 82 CE qu'il lui incombe d'en prouver tous les éléments constitutifs.

Toutefois, cette règle peut aussi être interprétée comme une application d'un autre principe, propre à la matière pénale, à savoir le principe selon lequel c'est à l'autorité chargée des poursuites d'établir l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction poursuivie. Cette autre approche s'impose assurément si l'on considère que le droit de la concurrence relève de la matière pénale, ce qui a été débattu en droit français (60), comme en droit communautaire. En effet, bien que des arguments dotés d'une forte autorité plaident en faveur d'un rattachement des procédures administratives d'application du droit de la concurrence à la matière pénale (61), la Commission conteste parfois cette manière de voir (62). Cette position est reprise dans le règlement n° 1/2003 (63). En réalité,

(57) V. not. TPI 12 déc. 1991, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, Rec. II-1439, pt 44 (art. 82 CE) ; *JFE Engineering Corp. e.a. c/ Commission*, préc. note 37 *supra*, pt 173 (art. 81 CE), et la jurispr. citée.

(58) Règlement n° 1/2003, art. 2.

(59) L'article R 464-11 du code de commerce précise que « [l]e Conseil de la concurrence n'est pas partie à l'instance ».

(60) La Cour de cassation a admis la première que les garanties propres à la matière pénale étaient applicables aux procédures de sanction confiées aux autorités de régulation : Cass. ass. plén., 5 févr. 1999, *Oury* (à propos d'une sanction prononcée par la Commission des opérations de bourse), Bull. ass. plén. n° 1, p. 1. Une solution analogue a été admise par le Conseil d'Etat peu de temps après : CE sect., 20 oct. 2000, *Sité Habib Bank Ltd.*, AJDA 2000, chron. 1001, obs. M. Guyomar et P. Collin. Pour autant la Cour d'appel de Paris a jugé que « les sanctions administratives prononcées par le Conseil de la concurrence ne revêtent pas de caractère pénal » : Paris, 19 janv. 1999, *Gerland*, BOCCR n° 2, 29 janv. 1999. Sur l'application des garanties propres à la matière pénale aux procédures de sanction devant le Conseil de la concurrence, V. J.-J. Ménuret, Le contentieux du Conseil de la concurrence, préf. P. Delvolvé, PU Clermont-Ferrand, 2002, n° 233 s., p. 187 s.

(61) Pour une discussion de l'applicabilité des critères de la jurisprudence *Oztürk* de la CEDH (21 févr. 1984, série A, n° 73) au droit communautaire de la concurrence (règles générales dont le but est à la fois préventif et répressif, sanctions graves et destinées à exercer un effet dissuasif), V. concl. du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juill. 1991 dans les aff. *Rhône-Poulenc e.a. c/ Commission*, aff. T-1/89 à T-5/89 et T-7/89 à T-15/89, Rec. II-867, spéc. II-885 s.

(62) Plus récemment, la CEDH a refusé de juger que les infractions en droit de la concurrence appartiennent par nature à la matière pénale. CEDH, 3 juin 2004, req. n° 69042/01, *Neste c/ Russie*.

(63) Règlement n° 1/2003, art. 23, § 5.

cette discussion a peu d'incidences pratiques pour la question qui nous occupe, car la jurisprudence communautaire considère que le principe de présomption d'innocence s'applique aux procédures de sanctions en matière de concurrence au titre des principes généraux du droit communautaire (64). Ainsi la présomption d'innocence et la règle de preuve qui en découle s'appliquent-elles en droit communautaire de la concurrence sans dépendre formellement de la qualification de matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, texte auquel la Cour se réfère cependant dans l'arrêt *Hüls* (65). Au-delà de ce pluralisme des fondements de la présomption d'innocence en droit communautaire, il est clair que c'est elle qui constitue la source du principe selon lequel c'est à la Commission de prouver tous les éléments constitutifs des infractions au droit de la concurrence.

La question du fondement de ce deuxième principe n'aurait cependant qu'un intérêt théorique s'il s'agissait de rendre compte de la seule règle qui attribue la charge de la preuve à la Commission. Après tout, que la règle soit fondée sur un adage du droit civil ou sur un principe directeur du procès pénal ne change pas son contenu. Si l'interrogation sur le fondement de l'attribution de la charge de la preuve à la Commission présente également un intérêt pratique, c'est parce que la doctrine pénaliste s'est depuis longtemps interrogée sur les tempéraments admissibles au principe selon lequel il appartient à l'accusation de prouver l'infraction. Or, paradoxalement, l'assimilation avec le droit pénal, que tend à récuser la Commission, pourrait bien apporter un certain soutien à sa position sur la preuve des circonstances exonératoires.

3. Recherche d'un troisième principe gouvernant la charge de la preuve des circonstances exonératoires

18. Il appartient en principe à la Commission de rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs des infractions aux règles de concurrence. A la lettre, ce principe implique que la Commission doit prouver tant les éléments positifs – ceux qui sont nécessaires pour que l'infraction soit constituée – que les éléments négatifs – ceux dont l'absence est nécessaire pour que l'infraction soit constituée. Deux interprétations sont alors possibles : selon la première, la charge de la preuve qui pèse sur la Commission ne concerne que les éléments positifs et c'est toujours à l'entreprise qui se défend de prouver que les conditions exonératoires sont réunies ; selon la seconde interprétation, c'est bien à la Commission de rapporter la preuve que les conditions exonératoires ne sont pas présentes.

Le choix entre ces deux interprétations a des conséquences pratiques majeures, non seulement dans le contentieux qui se déroule devant les juridictions communautaires, mais aussi pour celui dont connaissent les juges nationaux, où l'allégation d'infraction au droit de la concurrence peut émaner d'une partie privée. Pourtant, la jurisprudence n'offre pas de vision claire sur ce point. On trouve en effet des arrêts qui vont dans l'un et l'autre sens. Quelques exemples empruntés tant à la répression des pratiques anticoncurrentielles qu'au contrôle des concentrations l'illustrent.

(64) Arrêts *Hüls c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pt 149, et *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, Rec. I-4539, pt 175. TPI 6 oct. 2005, *Sumitomo c/ Commission*, aff. T-22/02 et T-22/03, Rec. II-4065, pt 105.

(65) Préc. note 64 *supra*, pt 149.

19. Le cas de l'article 81 CE est le plus simple. Il est en effet bien établi que c'est à l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'article de l'article 81, § 3, CE de prouver que les conditions posées par ce texte sont remplies. Cette règle, aujourd'hui posée par le règlement n° 1/2003 (66), résultait déjà de la jurisprudence (67).

20. En ce qui concerne l'article 82 CE, le droit est moins clair. La difficulté naît d'une ambiguïté du règlement n° 1/2003, dont le cinquième considérant, d'une part, et l'article 2, d'autre part, semblent renvoyer à deux règles différentes. En effet, le cinquième considérant précise que « [c]est à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 qu'il doit incomber d'en apporter la preuve requise par la loi. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises invoquant le bénéfice d'un moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve requise par la loi que les conditions d'application de ce moyen de défense sont remplies, de sorte que l'autorité devra alors recourir à d'autres éléments de preuve » (68). Ce texte ne distinguant pas entre l'article 81 CE et l'article 82 CE, il laisse penser que c'est toujours à l'entreprise poursuivie d'apporter la preuve du moyen de défense avancé. Cependant, l'article 2 du même règlement, qui traite de la charge de la preuve, ne fait référence qu'à l'article 81, § 3, CE lorsqu'il prévoit que c'est à l'entreprise mise en cause de rapporter la preuve que les conditions d'exonération sont remplies (69). Cette rédaction invite à penser que les « moyens de défense » visés par le cinquième considérant du règlement n° 1/2003 ne concernent que l'article 81, § 3, CE. Le règlement n° 1/2003 ne régit donc pas clairement la charge de la preuve des moyens de défense dans le cadre de l'article 82 CE, de sorte que les deux solutions précédemment évoquées restent envisageables. Elles peuvent être présentées selon des termes différents selon que l'on raisonne en s'appuyant sur les notions du droit civil ou sur celles de la *common law*.

La première solution consiste à dire que c'est toujours à l'entreprise dominante de prouver l'existence d'une justification objective. En termes civilistes, on dira que c'est sur elle que pèse initialement la charge de la preuve, qui varie ensuite selon le jeu des allégations des parties (70). Selon les termes de la *common law*, on dira que l'entreprise supporte le *legal burden of proof*, tandis que l'*evidential burden of proof* varie.

La seconde solution est inverse : elle consiste à attribuer à la Commission ou au plaignant le devoir de prouver l'absence de justifications objectives. En termes civilistes, on dira que la charge de la preuve négative pèse d'emblée sur la

(66) Règlement n° 1/2003, art. 2. V. également 5^e cons.

(67) Arrêt *Aalborg Portland c/ Commission*, préc. note 25 *supra*, pt 78 (prononcé avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003). V. également TPI 27 sept. 2006, *GlaxoSmithKline c/ Commission*, aff. T-168/01, non encore publié au Recueil, pt 236, et TPI 16 nov. 2006, *Peróxidos Orgánicos c/ Commission*, aff. T-120/04, non encore publié au Recueil, pts 50 et 53.

(68) Nous soulignons.

(69) « Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du Traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du Traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. *En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du Traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies* » (nous soulignons).

(70) Comme cela a été dit plus haut, la Commission est une partie devant le juge communautaire (*supra* n° 17).

Commission ou sur le demandeur. Selon cette conception, c'est seulement une fois que la Commission ou le demandeur ont avancé des preuves qui seraient suffisantes si elles n'étaient contredites que l'entreprise dominante est amenée à rapporter la preuve des justifications objectives de son comportement. Si l'on se réfère aux notions de *common law*, on présentera cette solution en disant que le *legal burden of proof* pèse (définitivement) sur le plaignant ou sur la Commission, tandis que l'*evidential burden of proof* varie.

Le choix entre ces deux interprétations n'étant pas tranché clairement en droit positif (71), les deux positions sont défendues. Dans son document de travail sur les abus-exclusions, la Commission a adopté la première position (72). Selon elle, la charge de la preuve des justifications objectives, tout comme celle d'un moyen de défense pris de gains d'efficience (*efficiency defense*), pèse sur l'entreprise dominante. M. Paulis a récemment défendu cette position en invoquant quatre considérations (73). Premièrement, il souligne que l'allocation de la charge de la preuve des justifications objectives à l'entreprise dominante résulte du principe *ei incumbit probatio* : puisque, en pratique, ce sont toujours les entreprises soupçonnées d'abus qui invoquent des justifications objectives à leur comportement, il leur appartient de prouver leurs dires. Deuxièmement, il fait valoir que l'entreprise dominante a une meilleure connaissance que la Commission des justifications de son propre comportement. Il serait donc raisonnable qu'elle supporte la charge de la preuve, car cette règle l'incite à produire dès le début de la procédure l'information qui est en sa possession, de telle sorte que la décision de la Commission, puis celle du juge, pourront être éclairées sans que des investigations coûteuses et d'une productivité douteuse n'aient à être menées. Troisièmement, la règle inverse, qui consisterait à imposer à la Commission de prouver l'absence de justifications objectives, reviendrait à mettre à sa charge une preuve impossible (74). Quatrièmement, cet auteur souligne que la règle selon laquelle il appartient à l'entreprise dominante de prouver les justifications objectives trouve un soutien dans la jurisprudence, notamment dans les arrêts *Irish Sugar* et *Michelin II* (75).

(71) Pour un exemple d'interrogation de la doctrine sur ce point, L. Idot, Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste..., Concurrences, n° 2-2005. 31-40, n° 44.

(72) DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse [<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>], pt 77, citant TPI 30 sept. 2003, *Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, Rec. II-4071, pts 107-109. Dans ce passage, le Tribunal fait application de la règle selon laquelle la charge de la preuve des justifications objectives incombe à l'entreprise dominante, sans toutefois énoncer un principe général.

(73) E. Paulis, The Burden of Proof in Article 82 cases, préc. note 18 *supra*, spéc. p. 6.

(74) Il s'agit en effet d'une vraie preuve négative. V., sur ce point, J. Larguier, La preuve d'un fait négatif, RTD civ. 1953. 1-48, spéc. n° 3, p. 3. L'auteur souligne que « la preuve d'un fait négatif ne soulève pas de problème spécifique lorsque cette preuve peut se faire par la preuve positive d'une affirmation contraire ». Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de prouver que le comportement d'une entreprise dominante n'avait pas de justification objective.

(75) TPI 7 oct. 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, aff. T-228/97, Rec. I-2969, pts 142-144 et 188-189, et *Michelin c/ Commission*, préc. note 72 *supra*, pts 107-110. L'auteur cite également les arrêts *United Brands Company c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pts 158 et 159 ; CJCE 6 avr. 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. I-743, pt 55, et CJCE 26 nov. 1998, *Bronner*, aff. C-7/97, Rec. I-7791, pts 40-41, ainsi que TPI 17 déc. 2003, *British Airways c/ Commission*, aff. T-219/99, Rec. I-5917, pts 270-292.

Il est néanmoins frappant de constater que ce dernier arrêt est également cité au soutien d'une position différente, sinon inverse, qui consiste à affirmer que la Commission supporte le *legal burden of proof* de tous les éléments constitutifs de l'abus, y compris ses éléments négatifs, l'entreprise dominante ne se voyant attribuer que l'*evidential burden* relatif aux justifications objectives. Cette position a été défendue récemment par M. Nazzini (76). Cet auteur soutient que la notion de justifications objectives sert précisément au juge communautaire à signaler l'alternance de la charge probatoire entendue comme *burden of adducing evidence* (77). Il souligne que le juge communautaire ne met à la charge de l'entreprise dominante que le devoir d'avancer des arguments (et non des preuves) au soutien de son allégation de justification objective (78). Certes, l'allégation est rejetée si elle n'est pas suffisamment précise, comme cela fut retenu dans l'arrêt *Michelin II* (79). Toutefois cela ne signifierait pas que ce qui est exigé de l'entreprise dominante est une preuve.

21. La théorie de M. Nazzini est subtile et séduisante. En termes civilistes, elle peut se traduire de la manière suivante : l'entreprise dominante soupçonnée supporte la charge de l'allégation des justifications objectives, étant entendu qu'il s'agit d'une charge exigeante, en ce sens que ces allégations doivent être précises et circonstanciées. Ce n'est que si cette charge de l'allégation a été satisfaita que la charge de la preuve, qui pesait virtuellement sur la Commission, en tant qu'autorité de poursuites, devient effective. En d'autres termes, le principe selon lequel la charge de la preuve de tous les éléments constitutifs de l'abus incombe à la Commission connaîtrait, à propos des justifications objectives, moins une exception qu'une application en deux temps, le second étant conditionné à la satisfaction par l'entreprise dominante d'une charge d'allégation. C'est cette condition préalable qui atténue le problème redoutable de la preuve d'un fait négatif (80). Une telle preuve incombe bien à la Commission, mais seulement dans les cas qui justifient un tel effort.

22. Une telle présentation des règles régissant la charge de la preuve des justifications objectives dans le cadre de l'article 82 CE est remarquablement proche du raisonnement suivi en droit pénal à propos des conditions négatives d'une infraction. En effet, en droit pénal, la preuve qui incombe à l'accusation porte en principe sur tous les éléments constitutifs de l'infraction, c'est-à-dire tant les faits positifs que les faits négatifs (81). Cependant, même en matière pénale *stric-*

(76) R. Nazzini, *The wood began to move : an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 cases*, European Law Review, 2006, n° 4, p. 518-539. La position défendue par cet auteur ne s'oppose pas directement à celle défendue par Monsieur Paulis (préc. *supra* note 18), car les deux auteurs ne raisonnent pas dans les mêmes termes : tandis que M. Paulis raisonne en termes civilistes, considérant la charge de la preuve de manière unitaire, M. Nazzini insiste sur la distinction empruntée à la *common law*, entre *legal burden of proof* et *burden of adducing evidence*. V. R. Nazzini, *op. cit.*, p. 520.

(77) R. Nazzini, *op. cit.*, p. 535.

(78) R. Nazzini, *op. cit.*, p. 532 à propos de CJCE 29 mars 2001, *Portugal c/ Commission*, aff. C-163/99, Rec. I-2613.

(79) Arrêt *Michelin c/ Commission*, préc. note 72 *supra*, pt 109, souligné par R. Nazzini, *op. et loc. cit.*

(80) J. Larguier, La preuve d'un fait négatif, préc. note 74 *supra*.

(81) Selon la formule de la Cour de cassation française, « la partie poursuivante doit établir tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments susceptibles de la

to sensu, la portée de cette règle n'est pas claire (82). Les pénalistes se sont donc posé les mêmes questions que celles qui divisent aujourd'hui les auteurs à propos de la charge de la preuve des justifications objectives en matière d'abus de position dominante. Certains ont soutenu que la charge de la preuve était régie, en matière pénale comme en matière civile, par le principe *actori incumbit probatio* (83). D'autres, défendant l'autonomie du droit pénal, ont soutenu qu'aucune charge de preuve ne pouvait peser sur le prévenu. Une troisième voie s'est finalement révélée plus convaincante (84). Celle-ci consiste à s'appuyer sur la distinction entre charge de la preuve et charge de l'allégation pour soutenir que c'est au prévenu d'alléguer les conditions négatives de l'infraction, l'autorité de poursuite ne devant rapporter la preuve de leur absence que si le prévenu a apporté des éléments au soutien de sa prétention. Autrement dit, il y aurait moins un renversement de la charge de la preuve – c'est toujours à l'autorité de poursuite de prouver que les conditions négatives de l'infraction sont absentes – qu'une dissociation de la charge de la preuve et de la charge de l'allégation, puisque cette preuve ne doit être rapportée que dans le cas où des circonstances exceptionnelles sont spécialement alléguées et le sont de manière circonstanciée. C'est exactement la théorie proposée par M. Nazzini.

23. On peut donc remarquer que sa présentation de la charge de la preuve, bien que faite en termes propres à la *common law* (*legal burden of proof* et *burden of adding evidence*), se traduit de manière satisfaisante en termes civilistes (charge de la preuve et charge de l'allégation). Elle a également l'avantage d'être compatible tant avec le principe *ei incumbit probatio*, qui s'applique en matière civile, qu'avec le principe de présomption d'innocence, tel qu'interprété en matière pénale. C'est là un point important, car il convient de pouvoir rendre compte de la charge de la preuve en matière d'abus de position dominante d'une manière cohérente, que l'on traite du contrôle juridictionnel sur les décisions des autorités de concurrence ou du contentieux privé.

24. La convergence des raisonnements civilistes et pénalistes autour d'un même schéma est également importante pour assurer en droit communautaire la cohérence des règles de preuve applicables dans le domaine de la répression des comportements anticoncurrentiels, qui peut être qualifié de quasi pénal, et, dans le domaine du contrôle des concentrations, assurément non pénal. En effet, même dans ce domaine, il a été jugé que la charge de la preuve de l'absence de certaines circonstances exonératoires pèse en définitive sur la Commission. Ainsi, l'arrêt *EDP* retient qu'il appartient à la Commission de prouver que l'opération notifiée, *telle que modifiée par les engagements présentés*, est incompatible avec le marché commun (85). Les entreprises peuvent proposer les engagements (elles y ont intérêt), elles doivent certainement exposer en quoi ils sont susceptibles de répondre aux préoccupations de la Commission, mais elles n'ont pas la charge de prouver que

faire disparaître ». Crim. 24 mars 1949, cité par M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, préc. note 8 *supra*, n° 199, p. 310.

(82) Ainsi, le procureur n'a pas à prendre l'initiative de démontrer que le prévenu soupçonné de violence n'était pas en état de légitime défense.

(83) Nous nous appuyons ici sur la présentation du débat faite par M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 202, p. 316 s.

(84) Nous partageons sur ce point l'opinion de M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 202, p. 318.

(85) TPI 21 sept. 2005, *EDP c/ Commission*, aff. T-87/05, Rec. II-3745, pt 65.

les engagements rendent l'opération compatible avec le marché commun. On retrouve donc là aussi une charge d'allégation circonstanciée pesant sur les entreprises et une charge de preuve pesant sur la Commission.

25. La théorie exposée présente donc plusieurs avantages : tout d'abord, elle peut être exprimée tant en termes civilistes qu'en termes de *common law* ; ensuite, elle est compatible avec les principes processuels connus en matière civile comme en matière pénale ; enfin, elle s'applique à la preuve des circonstances exonératoires tant dans le cadre des articles 81 et 82 CE qu'en matière de contrôle des concentrations. Ces raisons nous semblent plaider en faveur de la thèse selon laquelle la charge de la preuve, entendue au sens de *legal burden of proof*, c'est-à-dire de fardeau de la persuasion, devrait peser sur la Commission, même pour les justifications objectives. Cependant, cette charge de preuve ne serait déclenchée qu'en présence d'allégations suffisamment précises et circonstanciées de la part de l'entreprise dominante.

26. Sur le plan de la technique juridique, il existe néanmoins encore une autre façon d'envisager cette question. Il semble en effet acceptable que les entreprises en position dominante supportent la charge de la preuve des justifications objectives qu'elles allèguent, à la condition néanmoins que ce soient la Commission ou le plaignant qui supportent le risque de preuve ou, en d'autres termes, que le doute profite à l'entreprise dominante à la fin du procès. Cette solution rejoint la précédente sur deux points qui nous semblent plus importants que les détails de la technique juridique permettant de les atteindre : d'une part, le devoir de l'entreprise en position dominante d'alléguer la première et avec suffisamment de précision l'existence d'une justification objective et, d'autre part, le fait que le doute profite en définitive à cette même entreprise. Entre ces deux moments, l'alternance du fardeau de la preuve (*evidential burden*) est difficile à conceptualiser et ne pourra avoir que très rarement un enjeu pratique. Cette variante illustre l'utilité conceptuelle de la notion de charge de l'allégation, déjà amplement évoquée, mais aussi de la notion de risque de preuve, dont il convient maintenant de préciser les contours en droit communautaire de la concurrence.

4. Quatrième principe : le doute profite à l'entreprise soupçonnée de violation des règles de concurrence

27. En matière de concurrence comme dans d'autres domaines, le juge se trouve presque toujours en présence de preuves qui rendent les allégations contradictoires plus ou moins probables, mais rarement certaines. En pareil cas, il est essentiel de savoir à qui doit profiter le doute. C'est à cette question que répond l'adage *in dubio pro reo*, qui est un corollaire de la présomption d'innocence : le doute doit profiter à l'entreprise mise en cause.

Ce principe a été reconnu de longue date par les juridictions communautaires. La Cour en a fait application dès les arrêts *Suiker Unie* (86) et *United Brands* (87),

(86) Arrêt *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pts 203, 304, 359 et 363.

(87) Arrêt *United Brands c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pt 265 : « [e]n raison des dénégations d'UBC insuffisamment réfutées par la Commission, il s'avère que la base du calcul adoptée par celle-ci pour faire sa démonstration de prix excessifs est sujette à critique et que, sur ce

puis, plus récemment, dans l'arrêt *Hüls* (88). Le Tribunal, pour sa part, a réitéré ce principe dans les arrêts *JCB*, *JFE Engineering* et, très récemment, dans l'arrêt *Dresdner Bank* (89). Dans ce dernier arrêt, la règle selon laquelle le doute profite à l'entreprise mise en cause est très explicitement fondée sur le principe de la présomption d'innocence (90).

Ce fondement de la règle du doute sur le principe de présomption d'innocence apparaît d'autant plus clairement que la même règle ne semble pas valoir de la même manière en matière de contrôle des concentrations, où le principe de présomption d'innocence ne saurait s'appliquer, puisqu'il ne s'agit pas de procédures répressives, mais de procédures d'autorisation. La jurisprudence n'est certes pas limpide quant à l'existence éventuelle d'une règle selon laquelle le doute pèse en faveur de l'autorisation des opérations de concentration (91). Quoiqu'il en soit, si ce principe devait être plus fermement consacré, il aurait nécessairement un fondement autre que la règle *in dubio pro reo*, propre à la matière pénale. On peut penser que ce fondement de la règle relative au doute serait alors, très simplement, le principe de la liberté du commerce : dans le doute sur l'effet d'une opération de concentration sur la concurrence, la liberté des entreprises doit prévaloir (92).

L'interrogation sur le rayonnement des principes directeurs du procès pénal en droit de la concurrence ne concerne pas seulement l'allocation de la charge de la preuve et du risque de preuve. Même une fois que l'on sait à qui le doute doit profiter, il reste à déterminer comment son *existence* doit être établie ou, autrement dit, « jusqu'où » il faut prouver pour écarter valablement le doute de l'esprit du juge. La réponse à cette question doit être recherchée dans la jurisprudence relative au standard de preuve et au standard de contrôle.

B. – Standard de preuve et standard de contrôle

28. Un standard de preuve indique jusqu'à quel point il faut prouver. Un standard de contrôle indique jusqu'à quel point la Commission a le droit de se tromper ou de ne pas motiver une appréciation. *A priori* donc, on pourrait définir les bornes du contrôle juridictionnel sur les preuves et sur la motivation si l'on parvenait à identifier de tels standards. Cependant, ce n'est pas là chose

point précis, il subsiste un doute qui doit profiter à la requérante, et ce d'autant plus que depuis près de 20 ans les prix de la banane en prix constants n'ont pas augmenté sur le marché en cause ».

(88) Arrêt *Hüls c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pts 149 et 150.

(89) Arrêts *JCB Service c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pts 53-60 ; *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, préc. note 36 *supra*, pt 177, et *Dresdner Bank e.a. c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pts 60 et 61.

(90) Arrêt *Dresdner Bank e.a. c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pt 60 : « [I]l'existance d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Le juge ne saurait donc conclure que la Commission a établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question, notamment dans le cadre d'un recours tendant à l'annulation d'une décision infligeant une amende ».

(91) V. *infra* n° 35.

(92) V. *infra* n° 36.

facile. Les textes n'étant d'aucun secours, il faut chercher dans la jurisprudence le ou les standards de preuve applicables en droit communautaire de la concurrence (1). Si cet examen permet de formuler des hypothèses, il ne conduit toutefois à aucune certitude, plusieurs questions restant ouvertes. En ce qui concerne le standard de contrôle (2), la difficulté est moindre, car le contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation se présente immédiatement. Cependant la lecture de la jurisprudence conduit à se demander si ce standard exprime une limite précise au contrôle juridictionnel.

1. Standard(s) de preuve en droit communautaire de la concurrence

29. Le caractère non universel de la notion de standard de preuve explique peut-être pourquoi l'on n'en trouve pas de trace dans les textes en droit communautaire, si ce n'est de façon incidente à propos des droits nationaux (93). Certains commentateurs de *common law* ont pu s'en étonner (94), mais force est de constater que les textes comportent très peu de règles probatoires et aucune règle sur l'appréciation de la valeur des preuves. En droit, le principe étant celui de la libre appréciation des preuves, le seul critère pertinent est leur crédibilité (95). Bien que la notion de standard de preuve ne soit pas absente de la jurisprudence (a), on peut sans doute, au vu de la jurisprudence récente, lui préférer la notion d'effort probatoire (b).

a) Indices de la notion de standard de preuve en droit communautaire de la concurrence

30. Les juridictions communautaires utilisent ainsi souvent l'expression « à suffisance de droit ». Cette formule vague a par exemple été utilisée dans l'arrêt *Dunlop Slazenger*, où le Tribunal a jugé que la Commission devait « avance[r] des éléments de preuve propres à établir, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs de l'infraction » (96). Si l'expression « à suffisance de droit » peut être interprétée comme un standard de preuve, elle présente néanmoins le défaut d'être très peu explicative, si ce n'est tautologique. Aucun principe juridique ne prescrit au juge la façon dont il doit déterminer si les faits pertinents ont été prouvés « à suffisance de droit ».

Néanmoins, on trouve dans la jurisprudence quelques indications sur le degré de preuve requis pour prouver un fait donné. Par exemple, dans ses

(93) Règl. n° 1/2003, cinquième considérant : « [I]l présent règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des Etats membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire » (nous soulignons).

(94) J. M. Joshua, *Proof in Contested EEC Competition Cases: A Comparison with the Rules of Evidence*, European Law Review, 1987. 315-353, spéc. 316-317.

(95) TPI 8 juill. 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, Rec. II-2223, pt 84, et concl. du juge M. Vesterdorf faisant fonction d'avocat général dans les affaires *Rhône-Poulenc c/ Commission*, préc. note 61 *supra*, p. II-954 ; V. également, en ce sens, CJCE 23 mars 2000, *Met-Trans et Sagpol*, aff. C-310/98 et C-406/98, Rec. I-1797, pt 29, et TPI 7 nov. 2002.

(96) TPI 7 juill. 1994, *Dunlop Slazenger c/ Commission*, aff. T-43/92, Rec. II-441, pt 79. V. D. Bailey, *Standard of Proof in EC Merger Proceedings...*, préc. note 2 *supra*, p. 848. Parmi les nombreux exemples plus récents, V. arrêt *GlaxoSmithKline c/ Commission*, préc. note 67 *supra*, pt 112.

conclusions sous l'arrêt *Polypropylène*, M. le juge Vesterdorf, faisant alors office d'avocat général, a noté que, en raison de la nature en réalité pénale des infractions en cause, des exigences de preuve élevées s'appliquaient (97). On peut également déceler dans la jurisprudence quelques exemples de règles concernant la valeur probante et la qualité des preuves requises pour prouver un fait donné.

Ainsi, en premier lieu, certains arrêts précisent la valeur de différents types de preuves. Souvent, cela revient, pour les juridictions, à préciser si une preuve est ou non suffisante et, de ce fait, à exprimer une règle se rapprochant d'un standard de preuve. Tel est le cas, pour reprendre un exemple déjà cité, de la règle selon laquelle des déclarations d'entreprise, en particulier celles qui sont produites dans le cadre de demandes de clémence, constituent de simples indices qui doivent, en cas de contestation, être corroborés par d'autres éléments de preuve (98). Les exemples sont cependant peu nombreux et il ne s'agit là au mieux que de standards de preuve très particuliers et incomplets. Il s'agit en réalité moins de standards que d'appréciations formulées par rapport à des standards non formulés.

On peut donc s'intéresser, en second lieu, aux arrêts qui énoncent certaines exigences qualitatives relatives aux preuves requises pour prouver un fait donné, qui se rapprochent un peu plus de standards de preuve. Ainsi, plusieurs arrêts relatifs à des ententes exigent que soient réunies des preuves « précises et concordantes », ce qui rappelle aux juristes français les dispositions de l'article 1353 du code civil (lequel prescrit aux juges de n'admettre que des présomptions « graves, précises et concordantes »). L'arrêt *Wood Pulp* évoque par exemple un « faisceau d'indices sérieux, précis et concordants » (99). De même, dans l'arrêt *CRAM*, la Cour évoque « des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la conviction » (100), formulation qui a ensuite légèrement évolué, le Tribunal exigeant en outre que ces preuves fondent « la ferme conviction » que l'infraction a été commise (101).

31. Le contrôle des concentrations est lui aussi un domaine dans lequel des exigences de preuve ont été explicitées. C'est du reste dans ce domaine que les

(97) V. concl. du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juill. 1991 dans les aff. *Rhône-Poulenc e.a. c/ Commission*, préc. note 61 *supra*, spéc. II-885 et II-954.

(98) Arrêt *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, préc. note 37 *supra*, pt 219.

(99) CJCE 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, aff. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. I-1307, pt 127. V. D. Bailey, Standard of Proof in EC Merger Proceedings..., préc. note 2 *supra*, p. 856. V. également, à propos des pratiques concertées, concl. av. gén. Mayras sous l'arrêt *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, p. 2065.

(100) CJCE 28 mars 1984, *CRAM et Rheinzink c/ Commission*, aff. 29/83 et 30/83, Rec. 1679, pt 20. V. D. Bailey, *op. cit.*, p. 856.

(101) TPI 21 janv. 1999, *Riviera auto service e.a. c/ Commission*, aff. T-185/96, T-189/96 et T-190/96, Rec. II-93, pt 47 ; TPI 6 juill. 2000, *Volkswagen c/ Commission*, aff. T-62/98, Rec. II-2707, pt 43, et *JFE Engineering Corp. e.a. c/ Commission*, préc. note 37 *supra*, pt 179. Comp., en dernier lieu, les arrêts *Dresdner Bank e.a. c/ Commission*, préc. note 20 *supra*, pt 62 (qui évoque des « preuves précises et concordantes pour établir l'existence de l'infraction ») et *GlaxoSmithKline c/ Commission*, préc. note 67 *supra*, pt 82 (« il incombe à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle retient en fournissant, dans ses décisions d'application des règles de concurrence, des éléments précis et concordants démontrant, de manière convaincante, l'existence des faits constitutifs de ces infractions »).

discussions académiques les plus intenses sur la notion de standard de preuve ont eu lieu durant ces dernières années (102) et sur lesquels il convient donc de s'attarder un peu plus longuement. Dans le cadre de ces débats, trois questions se sont distinguées : premièrement, quel est le standard de preuve applicable dans ce domaine ? Deuxièmement, ce standard varie-t-il selon le type d'opération en cause ? Troisièmement, ce standard varie-t-il selon qu'est en cause une décision d'autorisation ou d'interdiction ?

– Nature du standard de preuve applicable dans le domaine du contrôle des concentrations

32. La question de la nature du standard de preuve applicable dans ce domaine trouve deux indices de réponse dans la jurisprudence. En premier lieu, les juridictions communautaires ont parfois utilisé des formulations précisant la qualité des preuves nécessaires dans le domaine du contrôle des concentrations, au prix néanmoins de quelques variations et sans réussir à éviter les formulations assez vagues. Dans l'affaire *Kali & Salz*, la Cour a ainsi requis des « éléments suffisamment significatifs et concordants » (103). A deux reprises, le Tribunal a ensuite fait mention d'une exigence de « preuves solides » (*convincing evidence*) (104). Dans son arrêt *Tetra Laval*, le Tribunal a aussi évoqué la nécessité d'« un ensemble solide et cohérent des preuves obtenues » (105). Enfin, une autre formule a encore été utilisée par la Cour dans son arrêt sur pourvoi dans la même affaire, puisqu'elle y a requis des preuves exactes, fiables et cohérentes, constituant l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et étant de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (106). Le commentateur qui recherche le standard de preuve applicable dans le domaine du contrôle des concentrations devra se résoudre à admettre que ces formules diverses en constituent autant d'expressions.

En second lieu, la jurisprudence relative au contrôle des concentrations recèle de nombreuses formulations évoquant la vraisemblance nécessaire du scénario concurrentiel appliqué par la Commission dans sa décision. Dans l'affaire *Kali & Salz*, la Cour a été assez peu précise sur ce point, puisqu'elle a simplement évoqué la nécessité d'établir, au terme d'une « analyse rigoureuse », les effets de l'opération avec « un degré de vraisemblance suffisant » (107). Certains arrêts ultérieurs ont cependant été plus explicites. Dans son arrêt *Tetra Laval*, le Tribunal a ainsi jugé que, pour soutenir l'allégation selon laquelle une concentration de conglomérat aurait un effet néfaste sur la concurrence, il faut prouver que les enchaînements causals postulés seront réalisés « selon toute vraisem-

(102) V. note 2 *supra*.

(103) CJCE 31 mars 1998, *France e.a. c/ Commission*, dit « *Kali & Salz* », aff. C-68/94 et C-30/95, Rec. I-1375, pt 228. Des formules voisines sont utilisées dans d'autres contextes, par exemple l'appréciation du bien-fondé d'un renvoi de l'examen d'une opération de concentration à une autorité nationale (TPI 3 avr. 2003, *Royal Philips Electronics c/ Commission*, aff. T-119/02, Rec. II-1433, pt 343 ; V. D. Bailey, Standard of Proof in EC Merger Proceedings..., préc. note 2 *supra*, p. 858).

(104) Arrêts *Airtours c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 63 et 294, et *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 155, 223, 327.

(105) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 212.

(106) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 39.

(107) Arrêt *Kali & Salz*, préc. note 103 *supra*, pt 246.

blance » (108). Enfin, dans son arrêt sur pourvoi dans la même affaire, la Cour a indiqué que la Commission devait prouver que ces enchaînements sont « ceux dont la probabilité est la plus forte » (109), évoquant ainsi le standard de la *balance of probabilities*.

33. La doctrine et la Commission semblent être d'avis que tel est bien le standard qui s'applique (110). Les formulations ont néanmoins varié au fil des arrêts, de sorte qu'il nous semble risqué à ce stade d'y attacher trop d'importance et d'en déduire un degré de vraisemblance clairement exigé par la jurisprudence. Surtout, il faut s'interroger sur le caractère opératoire et l'utilité réelle d'un tel standard. En effet, si l'on s'accorde à penser, en raison de l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour, que la *balance of probabilities* est le standard de preuve applicable en matière de contrôle des concentrations, a-t-on réellement progressé de façon substantielle ? De fait, personne ne soutient qu'il convient, pour la Commission, de prouver les effets d'une opération au-delà du moindre doute (111). Le doute étant donc permis dans une mesure à déterminer, dire que la *balance of probabilities* s'applique revient seulement à affirmer que c'est la solution la plus convaincante qui doit primer. Or, on imagine mal qu'il puisse en être autrement. Le droit d'inspiration civiliste ne dit pas autre chose sans avoir besoin de recourir à la notion de standard de preuve ou, plutôt, il n'a pas besoin de le dire tant cela semble correspondre à un instinct naturel du juge. Certes, un standard de preuve serait très utile si l'on arrivait à quantifier le doute de façon précise, car le standard de la *balance of probabilities* consiste à dire qu'un scénario dont la probabilité dépasse 50 % doit être privilégié. Il nous semble cependant qu'il existe toujours en pratique un saut logique entre la perception personnelle d'un doute et sa quantification en termes numériques, de sorte qu'il sera très difficile de s'accorder sur la représentation d'un doute par une probabilité. Cela

(108) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 153. V. également concl. av. gén. Tizzano sous l'arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, I-992, pt 74 (« On ne saurait ... exiger de la Commission, pour qu'elle interdise une opération de concentration, qu'elle constate avec une certitude absolue que celle-ci donnerait lieu à la création ou au renforcement d'une position dominante Il nous semble suffisant, à ces fins, que sur la base d'éléments solides rassemblés au cours d'une instruction approfondie et scrupuleuse, et en s'appuyant sur ses compétences techniques, la Commission soit convaincue que l'opération notifiée comporte-rait très probablement la création ou le renforcement d'une telle position dominante » (souligné dans l'original).

(109) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 43 (« l'analyse prospective consiste à examiner en quoi une opération de concentration pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective. Une telle analyse requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte »).

(110) V. M. Bay et J. R. Calzado, *Tetra Laval II...*, préc. note 2 *supra*, p. 448 ; L. Prete et A. Nucara, Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases : everything clear after *Tetra Laval* ?, European Competition Law Review, 2005. 692-704, spéc. 697 ; P. Oliver, The Standard of Review of Commission Merger Decisions..., préc. note 2 *supra*, p. 416. S'agissant de la Commission, V. projet de lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales, § 21 (« *The Commission examines the various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them is the most likely* »).

(111) On doit cependant noter que, selon l'article 6, § 1, sous b), du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JOCE L 24, p. 1), ce n'est que si une opération de concentration « ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun » qu'elle peut être déclarée compatible avec le marché commun au terme de la première phase d'examen par la Commission.

révèle que le caractère pleinement opératoire de la notion de standard de preuve repose sur une fiction selon laquelle il est possible de trouver un consensus pour quantifier un doute. Pour cette raison, un standard de preuve ne peut jamais être qu'une maxime indicative, utile comme ligne directrice mais seulement comme telle.

– Variation du standard selon le type d'opération ?

34. La deuxième question débattue par la doctrine a consisté à déterminer si le standard de preuve en matière de contrôle des concentrations variait selon le type d'opération examinée par la Commission, par exemple selon que l'opération entraîne des effets horizontaux, verticaux ou de conglomérat. Un certain doute pouvait régner sur ce point après l'arrêt *Tetra Laval* du Tribunal. Le Tribunal y a en effet évoqué la nécessité, pour la Commission, de prouver les effets de l'opération « selon toute vraisemblance » (112). Néanmoins, on trouve dans ce même arrêt d'autres références à la nécessité d'une simple « vraisemblance » (113), de sorte que cette formulation nous semble difficilement pouvoir supporter l'idée selon laquelle il existe des standards différents selon le type d'opération en cause, ni d'ailleurs l'idée selon laquelle le même standard s'applique uniformément.

Un certain doute reste cependant permis en raison du fait que, dans ce même arrêt, le Tribunal a indiqué que « l'analyse de la Commission à l'égard d'une opération de concentration dont l'effet de conglomérat anticoncurrentiel est prévu presuppose un examen *particulièrement* attentif des circonstances qui se révèlent pertinentes aux fins de l'appréciation de cet effet sur le jeu de la concurrence sur le marché de référence » (114). La Cour elle-même, se prononçant sur pourvoi, a précisé que « [l']analyse d'une opération de concentration de type "conglomérat" est une analyse prospective dans laquelle la prise en compte d'un laps de temps étendu dans l'avenir, d'une part, et l'effet de levier nécessaire pour qu'il y ait une entrave significative à une concurrence effective, d'autre part, impliquent que les enchaînements de cause à effet sont mal discernables, incertains et difficiles à établir. Dans ce contexte, la qualité des éléments de preuve produits par la Commission pour établir la nécessité d'une décision déclarant l'opération de concentration incompatible avec le marché commun est *particulièrement* importante, ces éléments devant conforter les appréciations de la Commission selon lesquelles, à défaut d'adoption d'une telle décision, le scénario d'évolution économique sur lequel cette institution se fonde serait plausible » (115).

Cette exigence de preuves particulièrement solides peut être lue comme un standard de preuve élevé [et l'a d'ailleurs été (116)]. Il ne s'agit cependant que d'une lecture possible, une autre appréciation étant permise, non plus en termes de variation du standard de preuve mais en termes de variation de l'effort probatoire requis pour satisfaire un standard constant (117).

(112) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 148, 153, 196, 215 et 279.

(113) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 159, 161, 162, 216, 218, 251, 290, 324 et 330.

(114) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 155 (nous soulignons).

(115) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 44 (nous soulignons).

(116) V. D. Bailey, Standard of Proof in EC Merger Proceedings..., préc. note 2 *supra*, p. 865.

(117) V. *infra* n° 37 s.

– Variation du standard selon le type de décision adoptée ?

35. Enfin, s'est posée la question de savoir si le standard de preuve en matière de contrôle des concentrations variait selon qu'est en jeu une décision d'autorisation ou une décision d'interdiction.

S'agissant des décisions d'autorisation adoptées au terme de la première phase d'examen de l'opération par la Commission (« phase I »), le règlement n° 139/2004 lui-même fixe des exigences élevées, puisqu'il est requis de la Commission qu'elle n'éprouve pas de « doutes sérieux » quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun (118). En revanche, lorsqu'une décision d'autorisation ou d'interdiction est prise au terme d'un examen approfondi de l'opération (« phase II »), l'article 8, § 2 et 3, du règlement n° 139/2004 évoque simplement la satisfaction ou non des critères fixés par l'article 2, § 2 et 3 du même règlement. Or, ces deux paragraphes sont rédigés de façon symétrique, en ce sens qu'ils prévoient respectivement, d'une part, qu'une opération doit être autorisée si elle n'entraînerait pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci et, d'autre part, qu'une opération doit être interdite si elle avait au contraire un tel effet. En d'autres termes, le règlement n° 139/2004, comme son prédécesseur le règlement n° 4064/89, ne comprend ni standard de preuve ni règle expresse d'allocation d'un doute éventuel en faveur d'une autorisation ou d'une interdiction de l'opération examinée.

Or, comme nous l'avons déjà vu, dans son arrêt *Tetra Laval*, le Tribunal a évoqué la nécessité de « preuves solides » (« *convincing evidence* ») et d'une démonstration effets de l'opération « selon toute vraisemblance » (119). Dans le cadre de son pourvoi contre cet arrêt, la Commission a soutenu que ces exigences n'étaient pas compatibles avec la nature symétrique des paragraphes 2 et 3 de l'article 2 du règlement n° 4064/89, applicable aux faits de l'espèce (120). La Commission estimait en d'autres termes que le Tribunal avait erronément créé une règle selon laquelle le doute pèse en faveur de l'approbation d'une opération de concentration.

Dans ses conclusions sur le pourvoi contre l'arrêt du Tribunal, l'avocat général Tizzano a donné un certain relief à la position qui, selon la Commission, était celle du Tribunal. M. Tizzano a en effet estimé qu'il existait une « zone grise » en matière de contrôle des concentrations, dans laquelle « se situent les cas où il est particulièrement difficile de prévoir les effets des opérations notifiées et où il est donc impossible de parvenir à une conviction claire et nette quant au fait que les probabilités de création ou de renforcement d'une position dominante soient supérieures ou inférieures, et ce de manière significative, à celles de l'absence de création ou de renforcement d'une telle position » (121). Or, selon l'avocat général Tizzano, le doute doit dans ce cas peser en faveur d'une autorisation, et ce pour deux raisons tirées en substance de la volonté du législateur : d'une part, parce que, si la Commission ne prend pas de décision dans les délais prévus, l'opération en cause « est réputée déclarée compatible avec le marché

(118) Règl. n° 139/2004, art. 6, § 1, sous b).

(119) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 148, 153, 196, 215 et 279.

(120) Communiqué de presse IP/02/1952 du 20 déc. 2002.

(121) Concl. av. gén. Tizzano sous l'arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, I-992, pt 76.

commun » (122) et, d'autre part, parce qu'une intervention *ex post* est possible sur le fondement de l'article 82 CE (123).

36. Néanmoins, dans son arrêt en pourvoi, la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question de façon directe. Pour y répondre, on doit donc se rattacher à d'autres aspérités de la jurisprudence, qui a varié considérablement sur ce point. Ainsi, dans l'arrêt *EDP*, on trouve une indication en faveur du principe selon lequel le doute profite aux entreprises réalisant l'opération (124). En revanche, la théorie selon laquelle le test en matière de contrôle des concentrations est asymétrique semble avoir été rejetée expressément par le Tribunal dans l'arrêt *General Electric*, rendu en chambre élargie après l'arrêt *EDP* (125). Selon cet arrêt, « le règlement n° 4064/89 ne pose pas de présomption quant à la compatibilité ou l'incompatibilité avec le marché commun d'une opération notifiée. Il n'y a pas lieu de considérer que la Commission doit pencher pour l'approbation d'une opération de concentration qui relève de sa compétence, au cas où elle aurait un doute, mais plutôt qu'elle doit toujours se déterminer positivement dans un sens ou dans l'autre » (126). En d'autres termes, la Commission doit prouver que l'opération doit être autorisée ou non avec le même niveau de preuve, indépendamment des doutes qu'elle pourrait conserver. La position du Tribunal sur ce point nous paraît avoir été renforcée par la Cour dans sa récente ordonnance dans l'affaire *Schneider Electric*, puisqu'elle semble y avoir jugé, en substance, qu'une décision adoptée au terme d'un examen approfondi serait illégale si elle était encore marquée par des doutes sérieux (127).

C'est là mettre le doigt sur toute la difficulté propre au contrôle des concentrations : alors que, en cas de doute sur l'application des articles 81 et 82 CE, la Commission peut souvent s'abstenir de décider, elle doit toujours, en matière de contrôle des concentrations, statuer dans un sens ou dans l'autre, quel que soit le degré de doute qu'elle éprouve (sauf à laisser – illégalement – expirer le délai qui lui est imposé pour prendre une décision, l'opération étant alors réputée autorisée). L'arrêt *General Electric* a, de ce fait, l'inconvénient d'éviter un problème pratique important. En effet, compte tenu du caractère prospectif de l'analyse requise de la Commission et des délais stricts qui lui sont imposés pour prendre une décision, on ne saurait nier qu'elle peut rencontrer, au terme de son examen, des cas qui restent difficiles. Cependant, il n'est pas évident que le juge puisse réellement formuler une règle opératoire pour résoudre cette difficulté. En effet, comment indiquer à l'autorité la marche à suivre en cas de doute persistant si l'on ne peut quantifier ce dernier de manière précise et contrôlable ? Comment distinguer, d'une part, le doute d'une autorité qui – légitimement – ne s'estime pas en mesure

(122) Règl. n° 4064/89, art. 10, § 6, et, désormais, règl. n° 139/2004, art. 10, § 6.

(123) Concl. av. gén. Tizzano sous l'arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, I-992, pts 77 à 81.

(124) Arrêt *EDP c/ Commission*, préc. note 85 *supra*, pt 69.

(125) TPI 14 déc. 2005, *General Electric c/ Commission*, aff. T-210/01, Rec. I-5575, pt 61. V. P. Oliver, *The Standard of Review of Commission Merger Decisions*, préc. note 2 *supra*, p. 419.

(126) *Ibid.*

(127) Ord. de la Cour du 9 mars 2007, *Schneider Electric c/ Commission*, aff. C-188/06 P, non encore publiée au Recueil, pt 53 (« la légalité d'une décision finale d'incompatibilité serait mise en cause si cette dernière était adoptée sur le fondement de doutes sérieux, ce même s'il s'agissait de la continuation de l'entretien de ceux-ci, et non à l'issue d'un examen approfondi de l'Opération comme le prévoit le règlement n° 4064/89 »).

de déterminer si une opération a une probabilité d'entraver significativement la concurrence supérieure ou inférieure à 50 % et, d'autre part, le doute persistant d'une autorité qui résulte d'une insuffisance d'examen ? Par, ailleurs, même à supposer que ces difficultés puissent être surmontées, il n'est pas certain qu'il appartienne au juge de définir la conduite à tenir dans ces cas difficiles. De telles règles relèvent fondamentalement d'un choix politique, puisqu'il s'agit de trouver un équilibre entre, d'une part, le principe de la liberté d'entreprendre et, d'autre part, la volonté de préserver des structures concurrentielles. Selon nous, le pouvoir confié à la Commission et le droit dont elle dispose d'orienter la politique de concurrence l'autorisent à réaliser ce type de choix politique en le motivant (128). Quoi qu'il en soit, par son silence sur la règle à appliquer en cas de doute persistant, l'économie de l'arrêt *General Electric* semble finalement être inspirée par le principe de bonne administration, car, en éludant la question des cas difficiles, la règle posée incite la Commission à utiliser au mieux ses moyens d'enquête pour réduire le doute. Il reste néanmoins à voir si, en pratique, cela ne fait pas peser une charge excessive sur la Commission et les parties à la concentration. En d'autres termes, on peut se demander si l'effort probatoire exigé est toujours réalisable dans le temps imparti.

b) Standard de preuve ou effort probatoire ?

37. Le flou dans lequel baignent ces différentes questions conduit légitimement à s'interroger sur la pertinence de la notion de standard de preuve en droit de la concurrence. Certes, on trouve indéniablement dans la jurisprudence des traces de standards de preuve qui constituent des lignes directrices utiles. Néanmoins, il reste délicat à ce stade de se prononcer de façon définitive sur l'existence d'un ou plusieurs standards stabilisés en droit communautaire de la concurrence. Constatant déjà l'absence d'unité en matière de standard de preuve, le professeur Lasok avait émis il y a plus de dix ans l'hypothèse selon laquelle chaque juge applique le standard de preuve en vigueur dans son système juridique (129). Force est de constater que la jurisprudence récente ne permet pas d'exclure avec certitude cette hypothèse peu satisfaisante.

38. Cette hypothèse mérite cependant d'être complétée. Dès lors que tous les systèmes juridiques ne connaissent pas la notion de standard de preuve, il faut peut-être se demander non seulement si chaque juge apporte avec lui des standards de preuve nationaux, mais aussi si les juges raisonnent vraiment en termes de standard de preuve ou si ce sont les commentateurs qui projettent cette notion sur certaines formules contenues dans les arrêts.

Dans cette perspective, l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour peut être lu comme marquant un certain rejet de la notion même de standard de preuve. En effet, dans son pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal, la Commission faisait valoir que le Tribunal avait appliqué un standard de preuve plus exigeant que celui qui résultait de la jurisprudence. La Commission soutenait que l'exigence de « preu-

(128) Sur ce pouvoir de la Commission, V. not. CJCE 28 févr. 1991, *Delimitis*, aff. C-234/89, Rec. I-935, pt 44, et CJCE 4 mars 1999, *Ufex e.a. c/ Commission*, aff. C-119/97 P, Rec. I-1341, pt 88.

(129) K.P.E. Lasok, European Court of Justice : Practice and Procedure, préc. note 47 *supra*, p. 430.

ves solides » retenue par le Tribunal différait matériellement, en degré et en nature, de l'obligation de fournir des éléments « significatifs et concordants », résultant de l'arrêt *Kali & Salz* et du principe selon lequel l'appréciation de la Commission doit être admise s'il n'est pas démontré qu'elle est manifestement erronée. Or, la Cour a rejeté le pourvoi dans des termes différents de ceux qui avaient été choisis par la Commission pour contester l'arrêt du Tribunal. La Commission ayant placé son pourvoi sur le terrain du standard de preuve, y répondre selon ces lignes aurait obligé la Cour à définir, d'une manière ou d'une autre, un tel standard. La Cour s'y est cependant refusée. En effet, elle a jugé que le Tribunal n'avait pas ajouté au niveau de preuve requis, sans pour autant chercher à préciser quel était ce niveau.

39. En réalité, la Cour a déplacé la question en se situant sur le terrain de la *fonction* de la preuve. La Cour a ainsi jugé que « le Tribunal [avait] simplement rappelé la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou, comme en l'espèce, d'une décision en matière de concentrations » (130). Puis la Cour s'est attachée à deux caractéristiques des énoncés que la Commission devait établir : d'une part, le caractère prospectif des analyses qui sont exigées de la Commission en matière de contrôle des concentrations (131) ; et, d'autre part, la complexité des enchaînements causals que la Commission est obligée d'envisager pour démontrer qu'un effet anticoncurrentiel est probable, notamment lorsqu'est en cause une concentration de conglomérat (132). Autrement dit, c'est parce que l'avenir est par nature incertain et parce que les effets des concentrations de conglomérat sont particulièrement difficiles à connaître que la Commission a le devoir d'être particulièrement convaincante.

Ce raisonnement a conduit certains commentateurs à expliquer l'arrêt à partir de la distinction entre *standard de preuve* et *effort probatoire*. Pour présenter cette distinction, la formule d'un magistrat britannique est parfois citée, selon laquelle il faut déployer beaucoup plus d'efforts pour convaincre un juge que l'on a vu une lionne dans Regent's Park que pour le convaincre, selon le même standard de preuve, qu'on y a vu un berger allemand (133). Autrement dit, ce qui varie, ce n'est pas le standard de preuve mais l'effort probatoire qu'il est nécessaire de déployer pour satisfaire à un standard constant. La raison pour laquelle un certain luxe de preuve est requis pour établir l'effet anticoncurrentiel d'une concentration de conglomérat tiendrait ainsi au fait qu'un tel effet est considéré comme intrinsèquement rare, à l'instar de la présence d'une lionne dans un parc urbain.

On trouve d'ailleurs plusieurs autres illustrations de cette distinction dans la jurisprudence. Dans l'arrêt *Tetra Laval* du Tribunal, le Tribunal a ainsi constaté plusieurs fois l'importance de l'effort probatoire requis en raison de la nature

(130) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 41.

(131) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 42.

(132) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 44.

(133) Lord Hoffmann dans *Secretary of State for Home Department v. Rehman* [2002] 3 WLR 877, p. 895, cité par D. Bailey, *Standard of Proof in EC Merger Proceedings...*, préc. note 2 *supra* p. 853 ; B. Vesterdorf, *Standard of Proof in Merger cases...*, préc. note 2, *supra*, p. 24. V. également M. Bay et J. R. Calzado, *Tetra Laval II...*, préc. note 2 *supra*, p. 451, et P. Oliver, *The Standard of Review of Commission Merger Decisions...*, préc. note 2 *supra*, p. 416.

spécifique de certains éléments de fait (134). De même, dans l'arrêt *Airtours*, après avoir relevé que, selon la théorie économique, « la volatilité de la demande rend plus difficile la création d'une position dominante collective », le Tribunal constate que « la Commission n'a pas démontré que la théorie économique ne joue pas en l'espèce et qu'elle a estimé à tort que la volatilité de la demande facilitait la création d'un oligopole dominant par les trois derniers grands voyagistes » (135). Là encore, c'est la distance entre l'allégation et ce qui, sur la base de la théorie, apparaît comme le plus probable qui motive l'exigence de preuve formulée par le juge. La nouveauté d'une théorie peut donc rendre l'effort probatoire plus difficile (136).

L'arrêt *Tetra Laval* de la Cour peut donc être lu comme signifiant que la notion de standard de preuve n'est pas au cœur de l'explication de l'intensité du contrôle sur les preuves. Derrière la notion d'effort probatoire, qui est mise en avant dans les termes mêmes de la Cour lorsqu'elle parle d'enchaînements de cause à effet « mal discernables, incertains et difficiles à établir » (137), c'est en réalité une exigence de motivation qui se trouve au cœur de la question de l'intensité du contrôle. C'est aussi la raison pour laquelle la question du standard de preuve débouche sur celle du standard de contrôle.

2. Standards de contrôle en droit communautaire de la concurrence

40. Si la doctrine récente s'est intéressée avec beaucoup de ferveur à la question de l'évolution du standard de contrôle des juridictions communautaires, cette question est en réalité assez ancienne. En effet, dans les années 1980, en raison de la charge de travail croissante à laquelle elle s'est trouvée confrontée, la Cour de justice ne se trouvait sans doute plus en situation de procéder dans des délais raisonnables à un contrôle approfondi en matière de droit de la concurrence (138). Compte tenu de ce contexte historique particulier, l'évolution vers une plus grande intensité du contrôle des juridictions communautaires semble avoir été acceptée sans résistance à cette époque. Les conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Masterfoods* en témoignent, puisque celui-ci y notait que la décision de la Commission en cause dans cette affaire « *implique des appréciations techniques et économiques complexes, dont l'exactitude requiert un contrôle ex-*

(134) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 155 (« Les effets d'une concentration de type conglomérat étant souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, au regard de la concurrence sur les marchés affectés, tel que cela est reconnu, en l'espèce, par la doctrine économique citée dans des analyses annexées aux mémoires des parties, la démonstration d'effets de conglomérat anticoncurrentiels d'une telle concentration nécessite un examen précis, étayé par des preuves solides, des circonstances prétendument constitutives desdits effets ») et 162 (« comme la position dominante prévue ne se concrétiserait qu'après un certain laps de temps, selon la Commission d'ici 2005, l'analyse prospective de cette dernière doit, sans préjuger de sa marge d'appréciation, être particulièrement plausible »).

(135) Arrêt *Airtours c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 139 et 147.

(136) V. E. de la Serre et J. Peyre, Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval*, Cah. dr. entr. n° 3, 2003. 1-8, et B. Vesterdorf, Certain Reflections..., *op. cit.*, p. 141. V. également D. Bailey, *op. cit.*, p. 874 et 884, et M. Bay et J. R. Calzado, *op. cit.*, p. 446 et 451.

(137) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 44.

(138) Sur cette évolution, V. Y. Galmot, Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, RFDA 1989. 567-578.

haustif du fond de l'affaire par une autorité judiciaire spécialisée. C'est entre autres pour répondre à ce besoin que le législateur constitutionnel communautaire a été amené à créer le Tribunal de première instance. En statuant de manière systématique sur des recours en annulation de décisions de la Commission, analogues à celle qui est en cause en l'espèce, *cette juridiction est parvenue à approfondir et à renforcer le contrôle juridictionnel de ces décisions*, contribuant ainsi à l'amélioration du système communautaire de protection juridictionnelle » (139). Plusieurs des premiers rendus par le Tribunal en droit de la concurrence témoignent effectivement du soin apporté au contrôle de l'action de la Commission. Dans l'arrêt *Verre Plat* par exemple, le Tribunal a estimé « qu'il lui incombe ... de vérifier minutieusement la nature et la portée des preuves retenues par la Commission dans la décision » (140).

41. La question du standard de contrôle opéré par les juridictions communautaires est désormais devenue beaucoup plus polémique. Cette question se présente pourtant de manière plus encourageante que celle du standard de preuve, puisqu'il n'est pas besoin de réaliser de longues recherches pour découvrir un standard de contrôle en droit communautaire de la concurrence.

Tout d'abord, en amont du standard proprement dit, le Traité précise le type de contrôle qui est exercé par les juridictions communautaires. Il s'agit d'un contrôle de légalité, sauf en ce qui concerne les amendes et astreintes, sur lesquelles le juge communautaire dispose en outre d'un pouvoir de réformation (141). La nature du contrôle fixe donc une première limite au contrôle : le juge ne peut, sauf en matière d'amendes et d'astreintes, substituer sa propre appréciation à celle de la Commission (142). Il s'agit cependant davantage d'une limite au pouvoir d'initiative du juge – il ne peut substituer ni des motifs ni un dispositif à ceux adoptés par la Commission – que d'une limite à son pouvoir de critique.

En ce qui concerne le standard de contrôle proprement dit, c'est-à-dire le degré de sévérité appliqué par le juge pour apprécier la légalité d'un acte, la jurisprudence est constante depuis l'arrêt *Remia* (143), dont les considérants consacrés à

(139) Concl. av. gén. Cosmas sous CJCE 14 déc. 2000, *Masterfoods et HB*, aff. C-344/98, Rec. I-11369, 11371, pt 54 (nous soulignons). V. D. Bailey, Scope of judicial review under Article 81 EC, Common Market Law Review, 2004. 1327-1360, spéc. 1357. A la note de bas de page 43, l'avocat général Cosmas ajoute d'ailleurs : « [a]insi que la Cour l'a souligné dans le récent arrêt du 17 septembre 1998 [*Baustahlgewebe c/ Commission* (aff. C-189/95 P, Rec. I-8417)], “l'adjonction à la Cour du Tribunal et l'institution d'un double degré de juridiction, d'une part, visaient à améliorer la protection juridictionnelle des justiciables, notamment pour les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes, et, d'autre part, avaient pour but de maintenir la qualité et l'efficacité du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique communautaire” ».

(140) TPI 10 mars 1992, *SIV e.a. c/ Commission*, aff. T-68/89, Rec. II-1403, pt 95. V. B. Vesterdorf, Economics in Court: reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition regime, in M. Johansson, N. Wahl, U. Bernitz (dir.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, Bruxelles, Bruylants, 2006, p. 505-524, p. 517.

(141) V., respectivement, art. 230 et 229 CE.

(142) Cette limite inhérente au contrôle de légalité a notamment été rappelée par l'avocat général Tizzano dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, I-992, pt 89.

(143) Arrêt *Remia c/ Commission*, préc. note 40 *supra*, pt 34. V., précédemment, CJCE 13 juill. 1966, *Consten et Grundig c/ Commission*, aff. 56/64, Rec. 429, 501.

l'intensité du contrôle étaient jusqu'à une date récente constamment repris (144). Selon les termes de la Cour, celle-ci exerce « un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application de l'article [81], paragraphe 1, se trouvent ou non réunies » (qualification juridique), mais, en ce qui concerne les « appréciations économiques complexes », son contrôle « se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (145). Traditionnellement, la Cour distingue donc deux standards de contrôle – le contrôle normal et le contrôle restreint – qui sont appliqués distributivement selon les énonciations contrôlées. Le contrôle normal s'applique aux questions de fait et aux questions de qualification juridique des faits, tandis que le contrôle restreint s'applique, selon la formule consacrée, aux appréciations économiques complexes (146).

Si l'arrêt *Remia* a été rendu à propos de l'article 81 CE (147), cette jurisprudence a par la suite été étendue tant à l'article 82 CE (148) qu'au contrôle des concentrations (149). On peut donc dire que, en droit positif, la question de l'intensité du contrôle est structurée selon une distinction entre les énonciations qui, « par nature », seraient normalement contrôlables (parce qu'elles relèvent de la qualification juridique des faits ou de leur exactitude matérielle) et les énonciations qui, « par nature », seraient soustraites à un tel contrôle (parce qu'elles seraient caractérisées par une complexité particulière et relèveraient du pouvoir discrétionnaire de la Commission). Le vague des standards est certes évité, mais au prix d'une naturalisation des catégories juridiques qui ne guide pas plus précisément le juge.

42. Cette présentation classique soulève en effet plusieurs difficultés. Premièrement, la délimitation du domaine respectif du contrôle normal et du contrôle restreint repose sur deux distinctions toujours difficiles à mettre en œuvre : d'une part, la distinction entre les constatations de fait et les appréciations de

(144) C'est l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour qui a inauguré une formule différente (*Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 39). Sur cette nouvelle présentation du contrôle juridictionnel, V. *infra* n° 43 s.

(145) Arrêt *Remia c/ Commission*, préc. note 40 *supra*, pt 34.

(146) CJCE 17 nov. 1987, *BAT et Reynolds c/ Commission*, aff. 142/84 et 156/84, Rec. 4487, pt 62, et *Aalborg Portland c/ Commission*, préc. note 25 *supra*, pt 279. V., sur ce point, V. Tiili et J. Vanhamme, The « Power of Appraisal » (pouvoir d'appréciation) of the Commission of the European Communities vis-à-vis the Powers of Judicial Review of the Communities Court of Justice and Court of First Instance, *Fordham Int'l L. J.*, 1999. 885-901, spé. 889 s.

(147) Sur le contrôle exercé à l'égard de l'application de l'ensemble de cette disposition, V. D. Bailey, Scope of judicial review under Article 81 EC, *op. cit.*

(148) TPI 30 mars 2000, *Kish Glass*, aff. T-65/96, Rec. II-1885, pt 64, dans lequel le Tribunal généralise l'attendu de l'arrêt *Remia c/ Commission* : « si la juridiction communautaire exerce, de manière générale, un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application des règles de concurrence se trouvent ou non réunies, le contrôle qu'elle exerce sur les appréciations économiques complexes portées par la Commission doit, toutefois, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (nous soulignons).

(149) Arrêts *Kali & Salz*, préc. note 103 *supra*, pts 223 et 224 ; *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 38 ; TPI 3 avr. 2003, *Pétrolessence et SG2R/Commission*, aff. T-342/00, Rec. II-1161, pt 101 ; TPI 30 sept. 2003, *ARD*, aff. T-158/00, Rec. II-3825, pt 329 ; *EDP c/ Commission*, préc. note 85 *supra*, pts 63 et 151, et TPI 23 févr. 2006, *Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission*, aff. T-282/02, Rec. II-319, pt 197.

fait et, d'autre part, la distinction entre les appréciations de fait et la qualification juridique des faits. Ces distinctions sont fonctionnellement nécessaires, mais elles soulèvent l'éternel problème de la distinction du fait et du droit. On a pu proposer, pour distinguer les questions de fait et les questions d'appréciation des faits, de considérer que, lorsque deux personnes raisonnables sont en désaccord, il s'agit d'une question d'appréciation et non d'une question de fait (150). Il demeure que la distinction entre une question d'appréciation des faits et une question de droit est souvent très difficile à opérer : selon la formulation retenue, une même question peut être formulée de manière plus ou moins factuelle ou plus ou moins juridique (151). C'est ce qui rend mouvante la frontière entre le contrôle normal sur les questions de droit et le contrôle restreint sur les appréciations.

Deuxièmement, l'autre difficulté soulevée par la présentation de l'intensité du contrôle en termes de contrôle normal sur certaines énonciations et de contrôle restreint sur d'autres est directement liée à constat. Pour dire les choses simplement, cette théorie du contrôle exprimée dans les arrêts ne convainc pas complètement. Plusieurs commentateurs ont relevé la vigueur et la précision nouvelles du contrôle exercé par le Tribunal en matière de contrôle des concentrations (152), si bien que l'on peut se demander dans quelle mesure il reste limité à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

On peut donc légitimement se demander s'il ne convient pas également de remettre en cause la notion de standard de contrôle. Sur ce point également, l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour est très éclairant. Dans cette décision, en effet, la Cour ne s'est pas arrêtée à plaquer un standard de contrôle sur les faits de l'espèce et, en particulier, un standard tel que celui du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. La Cour a certes rappelé que la Commission disposait d'*« un certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique, et que, en conséquence, le contrôle par le juge communautaire de l'exercice d'un tel pouvoir, qui est essentiel dans la définition des règles en matière de concentrations, doit être effectué compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations »* (153). Néanmoins, la Cour a immédiatement relevé au point suivant que, *« [s]i la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique »*. En effet, ajoute-t-elle, *« le*

(150) B. Vesterdorf, *Judicial Review in EC Competition Law...*, préc. note 45 *supra*, p. 13.

(151) Comme le note l'avocat général Jacobs, « tout plaigneur digne de ce nom est capable de présenter une question de fait comme une question de droit ». F. Jacobs, *Proposals for Reform in the Organisation and Procedure of the Court of Justice of the European Communities*, in Liber Amicorum Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p. 295

(152) Par ex. S. Poillot-Peruzzetto, *Affirmation du contrôle du Tribunal sur les décisions de la Commission interdisant les concentrations*, CCC 2002. comm. 28, p. 22-24 ; L. Givry et J.-P. de La Laurencie, *Les arrêts du TPICE : le contrôle des concentrations... sous contrôle*, Bull. act. Lamy droit économique, 2003, n° 159, p. 1-7 ; J. Temple-Lang, *Two important Merger Regulation judgements : the implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sidel*, E. L. Rev. 2003. 259-272 ; Th. Wessely, *EU Merger Control at a Turning Point – the Court of First Instance's "Schneider" and "Tetra" judgments*, ZWeR, 3/2003. 317-351, spéc. 330-331.

(153) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 38.

juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées » (154).

Dès lors, l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour, loin de s'appuyer sur le standard du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, se situe en réalité sur un autre plan, celui de la qualité et du caractère suffisant des motifs et des preuves avancés par la Commission. Finalement, on en vient à se demander si, à travers la notion de standard de contrôle, très utilisée par les commentateurs, la question du degré de contrôle du juge est bien posée. Peut-être doit-on s'efforcer de conceptualiser différemment la question de l'intensité du contrôle juridictionnel.

III. – JALONS POUR UNE NOUVELLE PERSPECTIVE SUR LA CHARGE DE LA PREUVE ET LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL (155)

43. Les incertitudes qu'éprouvent les commentateurs à propos des principes régissant tant la charge de la preuve que l'intensité du contrôle juridictionnel en droit communautaire de la concurrence s'expliquent à notre avis principalement par l'inadaptation des notions à partir desquelles on tente d'en rendre compte. En effet, la notion de charge de la preuve s'appuie sur un présupposé qui n'est pas toujours vérifié, en tout cas en droit de la concurrence, selon lequel les objets de preuve sont bien définis. Quant à la doctrine du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et aux recherches d'un standard de preuve, elles pêchent en mettant en avant des facteurs qui ne sont pas les déterminants les plus explicatifs de l'intensité du contrôle. C'est pourquoi il nous semble que la recherche de règles opératoires doit, d'une part, envisager la charge de la preuve en présence d'objets de preuve indéterminés (A) et, d'autre part, s'attacher à identifier, au delà des standards, les déterminants de l'intensité du contrôle (B).

A. – *La charge de la preuve en présence d'objets de preuve indéterminés*

44. Selon la définition qui en a été donnée au début de cet article, la charge de la preuve porte sur les faits nécessaires et contestés (156). Il nous semble que le droit de la concurrence, peut-être parce qu'il est un peu plus complexe que d'autres branches du droit, révèle avec éclat les insuffisances de cette définition classique (1). Ce constat entraîne la remise en cause de deux distinctions impor-

(154) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 39 (repris par TPI 13 juill. 2006, *Impala c/ Commission*, aff. T-464/04, Rec. II-2289, pt 328).

(155) Les idées avancées dans cette partie sont issues de A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique...*, cité note 14, *supra*, spéc. titre II de la seconde partie, « Le raisonnement économique dans le contrôle juridictionnel ».

(156) *Supra* n° 5.

tantes sur lesquelles s'appuient respectivement les discussions et la jurisprudence relatives à l'intensité du contrôle. En effet, ce sont à la fois la distinction entre standard de preuve et standard de contrôle (2) et la distinction entre contrôle normal et contrôle restreint (3) qui en ressortent brouillées.

1. Les insuffisances de la définition classique de la charge de la preuve

45. L'idée première selon laquelle la preuve porte sur des faits doit être réexaminée. En principe, les faits devant être prouvés forment un sous-ensemble des faits devant être allégués : ce sont les faits qui *doivent* être allégués et sont contestés. Le critère de la contestation est simple, si bien que la vraie difficulté est ailleurs : elle concerne l'identification des faits à prouver, ce qui touche au cœur même de l'activité juridictionnelle. Dire ce qui doit être établi afin qu'une règle de droit soit appliquée au cas particulier, c'est en effet dire le droit pour trancher le litige. Pour exprimer cela dans des termes plus familiers aux systèmes de *common law*, on dira que le *evidential burden of proof* ne peut être précisé tant que le *legal burden of proof* ne l'est pas. Or, celui-ci ne peut l'être lorsque le *legal test* n'est lui-même pas déterminé. Cette notion de *legal test* n'est pas connue de tous les systèmes juridiques, bien que la réalité qu'elle désigne – la recherche de critères de qualification et de leur articulation structurée – soit, elle, universelle. Pour faciliter le dialogue entre les conceptions qui nourrissent le droit communautaire, on peut traduire cette expression par « test de qualification » (157).

La difficulté rencontrée pour élaborer un test de qualification est souvent es-scamotée dans les théories sur la charge de la preuve, notamment par les auteurs qui raisonnent à partir d'exemples assez simples empruntés au droit civil. Ces auteurs raisonnent à propos de la preuve en posant l'hypothèse selon laquelle le test de qualification est connu et non douteux. Par exemple, on sait que, pour établir la responsabilité civile délictuelle, il faut établir un dommage, une faute et un lien de causalité. Cependant, en droit de la concurrence, on ne peut pas toujours raisonner à partir d'un test de qualification connu. Il s'agit d'un droit en formation, dont certaines questions fondamentales n'ont été tranchées que relativement récemment, voire pas du tout. On songe par exemple au test de qualification de la position dominante collective, qui ne date que de l'arrêt *Airtours* (158). Cette caractéristique n'est sans doute pas propre au droit de la concurrence, mais il est certain qu'elle est particulièrement apparente dans cette matière et cela doit conduire à remettre en cause la façon dont la charge de la preuve est traditionnellement conceptualisée.

En effet, contrairement à ce que suppose la présentation traditionnelle issue de la théorie de Motulsky, le juge ne détermine pas abstrairement les faits qui sont nécessaires à l'application d'une règle de droit avant d'examiner les preuves qui lui sont soumises, tout simplement parce qu'il est souvent extrêmement difficile

(157) La notion de test de qualification peut, en première analyse, être définie comme une réponse structurée à une question de droit. Plus précisément, on peut dire que c'est *suite de questions articulées entre elles et telle que la suite des réponses à ces questions permet de trancher la question de qualification juridique et de justifier la solution qui lui est donnée*. Pour de plus amples développements sur cette notion, V. A.-L. Sibony, *op. cit.*, n° 722 s.

(158) Arrêt *Airtours c/ Commission*, préc. note 1 *supra*. Pour un autre exemple, V. *supra* n° 9 (à propos de la récupération dans la prédatation).

d'identifier les conditions nécessaires aux différentes infractions prévues par le droit de la concurrence. Cela supposerait, par exemple, que l'on sache préciser abstraitements à quelles conditions un accord ou un comportement restreint la concurrence. Or, nul ne sait définir de manière générale ce qui caractérise une restriction de concurrence. Un micro-économiste aussi renommé que Jean Tirole n'a pas hésité à écrire qu'une telle définition générale était impossible (159). Dès lors, la Commission, les plaideurs et les juges eux-mêmes n'ont d'autre choix que de raisonner à partir de faits *pertinents* et non de faits *nécessaires*.

46. Une illustration récente de ce point se trouve dans l'arrêt *Impala* (160). Il y était question d'établir l'existence d'une position dominante collective. Cet objet de preuve rend l'arrêt particulièrement intéressant, car la position dominante collective est l'un des rares exemples de qualification pour lesquelles la jurisprudence a précisé un test de qualification, c'est-à-dire a défini abstraitements ce qui devait être prouvé pour que la qualification de position dominante collective soit acquise. Il s'agit des trois conditions de l'arrêt *Airtours* : il convient d'établir, premièrement, la possibilité pour chaque membre de l'oligopole de surveiller les autres, deuxièmement, la présence d'une incitation à ne pas s'écarte de la ligne commune et, troisièmement, l'absence de contre-pouvoir suffisant des concurrents ou des consommateurs (161).

Dans l'arrêt *Impala*, c'est précisément l'application de ces critères par la Commission qui était contestée (la requérante prétendait que la preuve de la transparence du marché n'avait pas été suffisamment rapportée). Dans un *obiter dictum*, le Tribunal a suggéré que la requérante aurait pu contester la décision sur une base différente. Il a en effet jugé que : « *les trois conditions* dégagées par le Tribunal dans l'arrêt *Airtours* ..., déduites à partir d'une analyse théorique de la notion de position dominante collective, *si elles sont, certes, également nécessaires, peuvent cependant, le cas échéant, être établies indirectement sur la base d'un ensemble d'indices et d'éléments de preuve*, éventuellement même très hétérogènes, *relatifs aux signes, manifestations et phénomènes inhérents à la présence d'une position dominante collective* » (162). Autrement dit, ce que la jurisprudence *Airtours* a défini, c'est un cadre d'analyse du risque de création de position dominante collective et non le contenu obligatoire de toute allégation relative à une position dominante collective. On voit donc que, même dans le cas où il existe un test de qualification, comme en matière de position dominante collective, les parties en général et la Commission en particulier restent maîtresses du contenu de leurs allégations. Le juge exige qu'elles soient *pertinentes*, mais il est prêt à accepter que la pertinence de certains faits soit propre à l'espèce. Ce n'est donc pas parce que certaines conditions abstraites ont été jugées pertinentes ou même suffisantes dans un cas d'espèce qu'elles sont les seules pertinentes ni qu'elles sont un point de passage obligé pour les parties. En l'occurrence, le Tribunal juge que la position dominante collective peut être établie à partir de ses *conditions* (comme

(159) J. Tirole, An Analysis of Tying : A Primer, Competition Policy International, 2005, vol. 1, n° 1, p. 1-25, spéc. p. 2. V. aussi en ce sens, D. S. Evans, How Economists Can Help Courts Design Competition Rules : An EU and US Perspective, World Competition, 2005. 93-99, spéc. 97.

(160) Arrêt *Impala c/ Commission*, préc. note 154 *supra*.

(161) Arrêt *Airtours c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 62.

(162) Arrêt *Impala c/ Commission*, préc. note 154 *supra*, pt 251 (nous soulignons).

dans l'arrêt *Airtours*) – c'est la seule possibilité dans le cadre d'une analyse prospective – mais aussi à partir de ses *conséquences* – ce qui est envisageable dans le cadre d'une analyse rétrospective. L'objet de la preuve n'est pas le même dans les deux cas, mais le Tribunal juge que les deux démarches argumentatives sont admissibles.

47. Cette remarque conduit à modifier la façon dont on doit appréhender la charge de la preuve, car on ne peut plus affirmer que le juge détermine seul les faits qui seraient toujours nécessaires à l'application d'une disposition, puisque le demandeur doit les alléguer et, en cas de contestation, les prouver. Le schéma réel qui s'observe dans le contentieux communautaire de la concurrence est, en réalité, beaucoup plus complexe. En effet, le juge laisse aux parties la possibilité de déterminer elles-mêmes les faits qui sont pertinents pour l'application d'une qualification juridique qu'elles allèguent. Dès lors, le succès de la prétention ne dépend plus seulement de la preuve suffisante de certains *faits*, mais aussi de la conviction du juge qu'il faut emporter sur la *pertinence* des faits allégués (163). A cet égard, l'expression employée dans l'arrêt *Impala* – que l'on trouve aussi dans l'arrêt *Kali & Salz* – est révélatrice. Le Tribunal y évoque non des circonstances pertinentes, mais des « circonstances qui se révèlent pertinentes » (164). Or, ce sont également les explications des parties qui mettent au jour la pertinence de certains faits au cas particulier. C'est en cela que charge de la preuve ne porte pas seulement sur des faits : elle porte également sur la pertinence des faits allégués, réalité que traduit bien l'expression anglaise de *burden of persuasion*.

Assurément, il n'y a là aucune découverte. Les avocats comme la Commission savent bien qu'il faut convaincre le juge non seulement de la véracité, mais aussi de la pertinence des faits allégués. Toutefois, sur un plan théorique, cette observation remet en cause la pertinence de deux distinctions à partir desquelles le débat sur l'intensité du contrôle s'articule : d'une part, la distinction entre standard de preuve et standard de contrôle et, d'autre part, la distinction entre contrôle normal et contrôle restreint.

2. Remise en cause de la distinction entre standard de preuve et standard de contrôle

48. Si l'objet de la preuve n'est pas un ensemble de faits, mais un ensemble de faits *et* la pertinence de ces faits, il devient difficile de distinguer entre la preuve et la motivation exigées de la Commission. Le contrôle de pertinence, de complétude et de cohérence est en principe un contrôle exercé sur la motivation, mais c'est exactement ce même type de contrôle qui est exercé sur les preuves. On trouve des illustrations particulièrement nettes de cette convergence entre preuve et motivation en matière de contrôle des concentrations, où la preuve porte, par hypothèse, sur une prédition. Ainsi, l'arrêt *Schneider* exprime cette convergence entre contrôle de cohérence (de la motivation) et contrôle des

(163) Pour une autre illustration, V. par ex. l'arrêt *Schneider Electric c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pts 269 s. Dans l'arrêt *Schneider*, la question ne portait pas tant sur la preuve du montant des ventes internes, mais sur la question de savoir si ces ventes internes devaient être prises en considération pour calculer les parts de marché.

(164) Arrêt *Impala c/ Commission*, préc. note 154 *supra*, pt 248 ; arrêt *Kali & Salz*, préc. note 103, *supra*, pt 222.

preuves lorsque le Tribunal juge que « [l]es erreurs d'analyse et d'appréciation retenues ci-dessus [contrôle de la motivation] sont donc de nature à priver de valeur probante [contrôle des preuves] l'appréciation économique de l'impact de l'opération de concentration, sur laquelle est fondée la déclaration d'incompatibilité contestée » (165).

La seconde distinction qui se trouve remise en cause par la redéfinition de la notion de charge de la preuve est celle qui sépare les appréciations de fait et les questions de droit, ce qui, par ricochet, rend peu praticable la distinction entre contrôle normal et contrôle restreint.

3. Remise en cause de la distinction entre contrôle normal et contrôle restreint

49. Comme cela a été rappelé plus haut, la distinction entre appréciations de fait et questions de droit est essentielle dans la doctrine jurisprudentielle du contrôle restreint, puisque le contrôle est censé être restreint sur les appréciations économiques complexes, tandis qu'il est censé être normal sur les questions de droit (166). Or, la question de la pertinence d'un fait se présente à la fois comme une question d'appréciation et comme une question de droit. Cette double nature transparaît notamment de l'arrêt *Kali & Salz*, dans lequel la Cour juge que « les règles de fond du règlement [sur le contrôle des concentrations], et en particulier son article 2, confèrent à la Commission un certain *pouvoir discrétionnaire*, notamment pour ce qui est des *appréciations* d'ordre économique » (167). Elle en déduit que « le contrôle par le juge communautaire de l'exercice d'un tel pouvoir, qui est essentiel dans la *définition des règles* en matière de concentrations, doit être effectué compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations » (168). Le pouvoir discrétionnaire n'autorise donc pas seulement à porter des appréciations – soumises à un contrôle restreint – mais aussi à formuler des règles qui guident ces appréciations. De telles règles portent sur la pertinence de différents faits en vue de ces appréciations et ne peuvent être que des règles de droit.

L'incertitude qui existe quant au point de savoir si la détermination des faits pertinents est une question d'appréciation ou une question de droit est sans doute indépassable. En effet, les questions de droit portent très souvent sur l'identification des faits pertinents pour appliquer une qualification juridique donnée [par exemple, faut-il établir une possibilité de récupération pour qualifier des prix prédateurs ? (169)], mais la question de la pertinence d'un fait peut aussi être une question d'appréciation [par exemple la pertinence de la prise en considération des ventes internes dans le calcul de la part de marché (170)]. Il nous semble que l'attribution de pertinence à un fait donné apparaît comme une question de droit ou comme une question d'appréciation seulement en considération du degré de raffinement de l'analyse, le droit ne descendant que

(165) Arrêt *Schneider Electric c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 411, nous ajoutons et soulignons. V. aussi, par ex. arrêt *Impala c/ Commission*, préc. note 154 *supra*, pts 364 à 377.

(166) *Supra* n° 41.

(167) Arrêt *Kali & Salz*, préc. note 103 *supra*, pt 223 (nous soulignons).

(168) *Ibid.* (nous soulignons).

(169) V. arrêt *France Telecom c/ Commission*, préc. *supra* note 25, pt 228.

(170) V. arrêt *Schneider Electric c/ Commission*, préc. *supra* note 1, pt 283.

jusqu'à un certain degré de précision pour saisir les faits. Dès lors, les questions de droit et les questions d'appréciation ne sont pas nécessairement des questions de nature différente. C'est pourquoi affirmer que le contrôle est plus intense sur les premières que sur les secondes peut difficilement permettre une appréhension exacte des variations d'intensité dans le contrôle.

Ces remarques conduisent, elles aussi, à un constat qui n'est pas nouveau : les limites du contrôle juridictionnel sont fuyantes (171). On ne sait plus si l'on doit rechercher un standard de preuve ou un standard de contrôle, car l'exigence de motivation surgit au cœur de l'exigence de preuve. On ne sait plus par ailleurs sur quelles énonciations le contrôle doit être restreint, car on ne parvient pas à distinguer conceptuellement les appréciations (objet d'un contrôle restreint) et la qualification (objet d'un contrôle normal). Il faut donc reprendre la question de l'intensité du contrôle sur de nouvelles bases. A cet égard, il peut être utile de poser la question en termes plus directs et se demander si l'on peut identifier des facteurs qui font varier l'intensité du contrôle. Poser la question en ces termes indique, d'une part, que l'on ne cherche pas à ramener l'intensité du contrôle à un seul standard, mais à identifier plusieurs déterminants de son intensité, et, d'autre part, que l'on envisage de décrire les énonciations qui sont contrôlées avec une plus ou moins grande sévérité à partir d'autres critères que la distinction du fait et du droit.

B. — *Les déterminants de l'intensité du contrôle*

50. La lecture des arrêts déjà évoqués qui traitent de l'intensité du contrôle suggère deux idées. Tout d'abord, négativement, les déterminants affirmés de l'intensité du contrôle que sont, d'une part, le pouvoir discrétionnaire et, d'autre part, la complexité des appréciations économiques, apparaissent très peu explicatifs pour fixer les limites exactes de ce contrôle (1). Ensuite, positivement, deux autres facteurs paraissent jouer un rôle réel dans la détermination de l'intensité du contrôle. Il s'agit, d'une part, du degré d'élaboration des allégations des parties et, d'autre part, de l'idée que le juge se fait de la normalité économique (2).

1. *Le faible pouvoir explicatif des déterminants affirmés : pouvoir discrétionnaire et complexité des appréciations économiques*

51. Dans la jurisprudence comme en doctrine, l'intensité du contrôle est censée être réglée par la théorie du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, qui met en avant deux déterminants déjà évoqués, à savoir, d'une part, la répartition des compétences institutionnelles et, d'autre part, la technicité et la complexité des appréciations économiques (172). Il nous semble cependant

(171) Outre les auteurs déjà cités, V. D. Riteleng, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA 1999, 645-657, spéc. 256-257.

(172) Ces deux justifications sont distinctes, car un contrôle restreint est parfois appliqué en l'absence d'appréciation complexe, l'office retenu du juge pouvant alors être justifié par la seule répartition des compétences. V. par ex., s'agissant de la légalité d'amendes, TPI 14 déc. 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a. c/ Commission*, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, non encore publié au Recueil, pt 224.

qu'il s'agit là de deux *justifications* du contrôle restreint et non de facteurs qui permettent d'*expliquer* où s'arrête le contrôle ni en quoi il est restreint.

52. La répartition des pouvoirs entre Commission et juge communautaire, tout d'abord, est souvent invoquée comme une limite indépassable du contrôle (173). La justification de cette opinion semble tirée de l'idée selon laquelle le Traité CE aurait confié au juge un simple contrôle de la légalité, qui serait un contrôle intrinsèquement limité, par différence avec le contrôle de la réformation. Une variante du même argument, que l'on rencontre dans le domaine particulier du contrôle des concentrations, consiste à dire que le règlement sur les concentrations a conféré à la Commission un pouvoir discrétionnaire et à en déduire qu'« il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de la Commission » (174). Il est bien sûr exact que le juge ne peut substituer sa décision à celle de la Commission, cela ne fait même aucun doute. Cependant, et c'est ce que nous voudrions souligner, ce principe ne fixe aucune limite effective au contrôle.

Cela tient à deux raisons de principe. Tout d'abord, la limitation des pouvoirs du juge de la légalité ne constitue pas réellement une limite à son contrôle, car la frontière entre légalité et opportunité est fuyante (175). Le juge de la légalité peut en effet exercer un contrôle très poussé sur les motifs tout en ne substituant pas son appréciation à celle de l'institution. Tout ce dont il a besoin pour cela est une catégorie juridique au regard de laquelle il puisse contrôler la légalité des motifs de la décision attaquée (176).

Pas plus que la nature du contrôle de légalité, la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire ne permet de saisir la limite du contrôle. La raison en est qu'il est parfois impossible de distinguer les questions qui relèveraient du pouvoir discrétionnaire de celles qui n'en relèvent pas. A cet égard, il a bien été proposé d'identifier le lieu du pouvoir discrétionnaire de la Commission aux questions qui relèvent de la définition de la *politique de concurrence* (177). Ce critère est séduisant, mais probablement impossible à mettre en œuvre rigoureusement, car les questions « politiques » se trouvent au cœur des questions de qualification. Pour illustrer ce propos, on peut songer à l'abus-exclusion, qui fait l'objet d'une réflexion actuelle de la Commission. Il est désormais largement admis, à la fois par la doctrine et par la Commission, que l'article 82 CE vise, comme l'ensemble des règles de concurrence, à favoriser le bien-être des consomma-

(173) Ainsi, l'avocat général Tizzano, dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 89, écrit : « [l]es règles relatives à la *répartition des compétences* entre la Commission et les juridictions communautaires, lesquelles sont à la base du système institutionnel communautaire, ne permettent cependant pas auxdites juridictions de se pousser au-delà de ces limites, et, en particulier – comme nous venons de le rappeler – d'examiner le fond des appréciations économiques complexes émanant de la Commission et de substituer leur point de vue à celui de cette dernière ».

(174) Jurisprudence constante. V. not. arrêt *Kali & Salz*, préc. note 103 *supra*, pts 223-224, réaffirmé notamment par l'arrêt *Pétrolessence et SG2R c/ Commission*, préc. note 149 *supra*, pt 101.

(175) Déjà en ce sens, M. Waline, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE, 1956, fasc. 10, p. 25-33, spéc. 28.

(176) M. Waline, *op. cit.*, p. 31 s. Cette observation, dont l'auteur attribue la paternité à Hauriot, conduit à rapprocher le contrôle de légalité exercé par le juge administratif (ou communautaire) de celui qu'exerce une Cour de cassation.

(177) V. Tiili et J. Vanhamme, The « Power of Appraisal »..., préc. note 146 *supra*, p. 890.

teurs (178). C'est ce qui justifie la proposition, avancée par la Commission dans son document de travail, de se référer au critère dit du concurrent aussi efficient pour qualifier de tels abus (179). En effet, si le concurrent évincé est moins efficient que l'entreprise dominante, il n'y a *a priori* aucun dommage pour le consommateur. *A priori* seulement et si ce critère de qualification était admis, il y a fort à parier que la question de savoir si le maintien d'un concurrent *moins efficient* peut, dans certaines circonstances, être favorable à l'intérêt des consommateurs serait portée devant le juge. Ce serait une question de qualification, donc une question de droit, appelant un plein contrôle. Pour autant, cette question « renvoie en fait à une question épiqueuse, celle de savoir sur quel horizon temporel on cherche à préserver le surplus des consommateurs » (180), ce qui relève d'un véritable choix politique (181).

On peut donc dire à propos de la même question qu'elle est une question de droit, appelant un contrôle normal, et qu'elle est une question politique, relevant d'un pouvoir discrétionnaire et donc d'un contrôle restreint. Appréhender l'intensité du contrôle en termes de pouvoir discrétionnaire conduit donc à une aporie. Autrement dit, la séparation des pouvoirs, à laquelle renvoie la notion de pouvoir discrétionnaire, ne permet pas de saisir précisément la limite du contrôle ; elle permet seulement de justifier son existence.

53. Le second facteur de limitation mis en avant par la théorie du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation ne le permet pas d'avantage. Il s'agit de la complexité des appréciations. Pris en tant que déterminant du contrôle, ce facteur mène en effet lui aussi à une contradiction, car la complexité est invoquée par le juge communautaire pour justifier à la fois un recul et une avancée du contrôle. Dans l'arrêt *Remia*, la complexité justifie ainsi un droit à l'erreur de l'administration, qui s'exprime par le principe d'un contrôle restreint (182). Cela se comprend : en présence de problème complexes, il est délicat pour le juge de détecter une erreur. Le juge n'a donc pas à remettre en cause des appréciations difficiles, sauf en cas d'erreur manifeste, c'est-à-dire d'erreur repérable par un non-spécialiste. Mais, l'argument de la technicité ou de la complexité peut être facilement retourné, et il l'est par le juge communautaire lui-même. En effet, dans l'arrêt *Tetra Laval*, c'est au contraire parce que les enchaînements causals de l'espèce sont complexes et mal discernables qu'un contrôle exigeant est prescrit (183).

(178) Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, *op. cit.*

(179) *Ibid.*, not. pt 63.

(180) A. Perrot, *Abus de position dominante, vente liées, remises*, in D. Encaoua et R. Guesnerie, *Les politiques de la concurrence*, Doc. fr. 2006, p. 257-269, spéc. p. 261.

(181) Déjà sur les choix politiques demandés au juge à travers son obligation de trancher certains litiges en appliquant une règle de droit qui vise l'intérêt des consommateurs B. Oppetit, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français*, in *Le juge en présence de problèmes économiques*, Travaux de l'Association Capitant, t. XXII, 1970, p. 184-211, spéc. p. 198-9.

(182) Arrêt *Remia c/ Commission*, préc. note 40 *supra*, pt 34 ; c'est sur les « appréciations économiques complexes » que le contrôle du juge « se limite nécessairement à ... l'absence d'erreur manifeste d'appréciation » (nous soulignons).

(183) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pt 44 : « [l']analyse d'une opération de concentration de type "conglomérat" est une analyse prospective dans laquelle la prise en

Aucun des deux facteurs mis en avant par la théorie du contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation ne permet donc de rendre compte précisément de l'intensité du contrôle, pas plus la complexité des appréciations économiques que le pouvoir discrétionnaire de la Commission. Peut-on dès lors identifier d'autres déterminants de l'intensité du contrôle afin de préciser l'analyse ? Sans prétendre à l'exhaustivité, deux hypothèses peuvent être avancées.

2. Deux hypothèses relatives aux déterminants de l'intensité du contrôle : l'importance du degré d'élaboration du raisonnement économique des parties et de la conception que se fait le juge de la normalité économique

54. La théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation cherche les limites du contrôle du côté de facteurs objectifs (complexité) et institutionnels (répartition des pouvoirs). En tournant au contraire le regard vers ce qui se passe très concrètement dans un procès, on peut découvrir deux autres facteurs susceptibles d'expliquer aussi la modulation du contrôle. Le premier vient des parties, c'est le degré de conceptualisation des contestations qu'elles formulent ; le second vient du juge, c'est l'idée qu'il se fait de la normalité économique.

55. Le premier facteur oublié de la théorie du contrôle est le degré de conceptualisation des contestations. C'est à notre avis ce facteur qui permet de lever la contradiction qui vient d'être exposée à propos de la complexité qui apparaît tantôt comme une justification du contrôle restreint, tantôt comme une justification d'un contrôle poussé. En réalité, ce n'est pas la complexité des faits en elle-même qui *justifie* un contrôle restreint de la part du juge, comme le voudrait la conception traditionnelle exprimée dans l'arrêt *Remia*. C'est plutôt la complexité non maîtrisée, non conceptualisée, qui *empêche* le contrôle. En revanche, lorsque le contrôle est possible, il est exercé. Or, ce qui le rend possible, c'est la conceptualisation de la complexité : c'est lorsqu'un raisonnement articulé plutôt qu'un faisceau d'indices non structuré est exposé au soutien d'une appréciation économique que le juge est en mesure d'exercer un contrôle effectif.

L'hypothèse que nous proposons est au fond particulièrement simple. Elle consiste à dire que le contrôle du juge va en principe jusqu'où il *peut* aller (184). Et il va très précisément jusqu'où les parties l'emmènent. L'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire *Tetra Laval* permet de l'illustrer (185). Dans la décision ayant donné lieu à cette affaire, la Commission avait considéré que l'opération de concentration en cause devait être interdite notamment parce que la nouvelle entité aurait été en mesure d'exercer un « effet de levier », c'est-à-dire de s'appuyer sur le pouvoir de marché dont elle aurait disposé sur certains marchés pour étendre sa domination à d'autres. La requérante contestait

compte d'un laps de temps étendu dans l'avenir, d'une part, et l'effet de levier nécessaire pour qu'il y ait une entrave significative à une concurrence effective, d'autre part, impliquent que les *enchaînements de cause à effet sont mal discernables, incertains et difficiles à établir*. Dans ce contexte, la *qualité des éléments de preuve ... est particulièrement importante*, ces éléments devant conforter les appréciations de la Commission selon lesquelles, à défaut d'adoption d'une telle décision, le scénario d'évolution économique sur lequel cette institution se fonde serait plausible » (nous soulignons).

(184) Un tempérament à ce principe peut exister du fait de la retenue que le juge s'impose à lui-même sur des questions qu'il perçoit comme « sensibles » ou « politiques ».

(185) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*.

donc la vraisemblance d'un scénario (186). *A priori*, la vraisemblance d'un effet de levier était une question sur laquelle la Commission jouissait d'une certaine liberté d'appréciation, dans la mesure où les critères d'appréciation de l'effet de levier n'avaient jamais été définis précisément. On aurait donc dû, selon la théorie classique, se trouver dans le domaine du contrôle restreint. Cela n'a toutefois pas empêché la contradiction entre les parties de faire ressortir une question conceptuelle qui dépassait les faits de l'espèce et d'amener ainsi le Tribunal sur le terrain de questions de droit, relevant d'un contrôle normal (187).

Les arguments qui ont permis ce cheminement étaient en substance les suivants. Il était reproché à la Commission d'avoir admis, en se basant sur des critères différents de ceux qui auraient caractérisé une analyse économique correcte, que, si la concentration avait lieu, des conditions propices à l'exercice d'un effet de levier seraient réunies. Plus précisément, la requérante faisait valoir qu'il était admis en économie que l'effet de levier est favorisé lorsque les biens en cause sont complémentaires. Or, en l'espèce, il était constant que les biens en cause étaient des substituts (qualité qui, en économie est généralement opposée à celle de complément) (188). La requérante ne prétendait pas que le caractère de bien complémentaire fût une condition *nécessaire* de l'effet de levier (189). En revanche, elle soutenait que, en l'absence de cette condition favorable à l'effet de levier, la démonstration de la Commission était insuffisante. Une contestation était donc nouée non seulement sur l'appréciation de la complémentarité en l'espèce, mais aussi sur la question du rôle de la complémentarité des biens dans la qualification intermédiaire d'effet de levier (190). Pour sa part, en ce qui concerne l'appréciation de la complémentarité en l'espèce, la Commission faisait valoir que, si les biens en cause n'étaient pas complémentaires au sens technique, ils l'étaient en revanche au sens commercial (191). A nouveau, le débat invitait donc à un approfondissement conceptuel. Par cet argument, en effet, la discussion était amenée sur le terrain de la qualification intermédiaire de complémentarité des biens : la complémentarité commerciale, caractérisée par l'identité des clients, devait-elle alors être assimilée à la complémentarité technique en tant que condition favorable à l'effet de levier ? C'était là une *question de droit au cœur technique de l'appréciation*. La Commission s'appuyait sur la jurisprudence pour soutenir que la complémentarité commerciale devait être assimilée à la complémentarité technique (192). C'est aussi sur cet argument

(186) *Ibid.*, pts 163-167.

(187) Sur le lien très fort entre questions de droit et questions conceptuelles, V. Fr. Rigaux, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 270, p. 395, pour qui « [t]out contrôle de cassation a un caractère rigoureusement conceptuel ».

(188) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 164.

(189) L'argument de la requérante semble à cet égard poussé plus loin par le Tribunal lorsque, au point 196, il évoque « la requérante, selon laquelle il n'existe *aucune* possibilité d'exercer un effet de levier d'un marché à l'autre lorsque [les biens] sont [des] substituts » (nous soulignons).

(190) Par « qualification intermédiaire », nous voulons désigner une qualification qui n'est pas une qualification légale (l'article 82 CE ne vise pas l'effet de levier), mais qui est néanmoins une qualification juridique qui marque une étape intermédiaire du raisonnement menant à la qualification légale. Sur cette notion, V. A.-L. Sibony, Le juge et le raisonnement économique en droits français et communautaire de la concurrence, *op. cit.*, n° 691 s.

(191) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 169. Le PET et le carton servent à emballer des liquides.

(192) Arrêt *Tetra Laval/Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 169 et jurisprudence citée.

que s'est appuyé le Tribunal pour lui donner raison (193). Il demeure que c'est le raisonnement économique des parties qui avait fait jaillir la question de droit dans l'appréciation. Ce raisonnement avait en effet permis d'exposer en quoi la complémentarité est favorable à l'effet de levier : parce que la question était conceptualisée, le Tribunal était naturellement amené à exercer un contrôle sur la qualification intermédiaire de biens complémentaires (194). C'est donc la conceptualisation des faits par les parties, à l'aide de la notion économique de complémentarité et du raisonnement qui lui est associé, qui conduit le Tribunal à aller aussi loin dans son contrôle. En ce sens, le degré de conceptualisation des contestations, qui correspond souvent en droit de la concurrence au degré d'élaboration du raisonnement économique des parties, apparaît comme un déterminant de l'intensité du contrôle.

56. Le second déterminant de l'intensité du contrôle qui transparaît dans la jurisprudence vient moins des parties que du juge. Il s'agit de l'idée que le juge se fait de la normalité économique. Pour illustrer cette idée, il est commode de revenir à la formule de Lord Hoffmann, déjà citée, selon laquelle il est plus difficile de prouver qu'on a vu une lionne dans Regent's Park que de prouver qu'on y a vu un berger allemand. La justesse de cette formule tient au fait que l'apparition d'un berger allemand, à la différence de celle d'une lionne, est considérée comme un événement *normal* dans Regent's Park. Or, cette normalité n'est pas intrinsèque. Elle fait appel à l'expérience commune des promeneurs. Un juge qui s'appuie sur cette expérience se réfère donc à ce que certains auteurs ont appelé une *règle d'expérience* (195). En droit de la concurrence aussi le juge se réfère à des règles d'expérience (196). Cependant, les choses se présentent un peu différemment, car nul n'a d'expérience directe des phénomènes économiques (197). C'est à la fois la théorie économique et, dans le meilleur des cas, l'accumulation d'études empiriques qui conduisent à penser qu'un phénomène est plus vraisemblable qu'un autre, par exemple qu'une concentration de conglomérat ne restreint *normalement* pas la concurrence. L'utilisation de règles d'expérience économiques soulève donc une question spécifique : comment de telles règles sont-elles établies ? Répondre à cette question dépasse de beaucoup le cadre de cet article, car cela conduirait à traiter, d'une part de la formation économique des juges et, d'autre part, des différents moyens procéduraux -

(193) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 196.

(194) Il s'agit d'une qualification intermédiaire de troisième degré si l'on considère que la qualification principale est le risque d'effet anticoncurrentiel de la concentration et que la qualification intermédiaire de deuxième degré est l'effet de levier.

(195) Sur cette notion, V. en particulier Fr. Rigaux, *op. cit.*, n° 65 s., p. 98 s., ainsi que n° 75 s., p. 112 s. Pour illustrer la notion de règle d'expérience, l'auteur donne notamment l'exemple suivant (p. 115) : « [a]ucun juge ne s'aviserait de condamner Caio à payer des dommages et intérêts à Tizio, le premier étant accusé d'avoir, du premier étage, laissé choir un pavé sur le second, penché à la fenêtre du troisième étage ». La raison en est que le juge sait, par expérience que, conformément à la loi de la gravité, les pavés tombent de haut en bas et non de bas en haut.

(196) Arrêt *Tetra Laval c/ Commission*, préc. note 1 *supra*, pt 155 ; arrêt *Airtours c/ Commission*, préc. *supra* note 1, pts 134 à 139. Sur l'utilisation par le juge de ses propres connaissances économiques comme des règles d'expérience, V. aussi D. Gerber, *Courts as Economic Experts*, Fordham Corp. L. Inst., 2004. 475-494.

(197) Aussi les économistes ne parlent-ils pas de « règles d'expérience » mais de « *prior expectations* » pour désigner cette même réalité cognitive. V. par ex. D. Evans, *op. cit.* (*supra* note 159), p. 95.

expertise mais aussi audition d'*amicus curiae* dont les dires devraient être soumis à la contradiction (198). Il faut en revanche souligner l'importance de ces questions pour la théorie du contrôle. Si le juge exige plus d'efforts probatoires de la part des parties lorsqu'elles invoquent un fait ou un enchaînement causal qui ne lui apparaît pas *normal*, il faut en effet, pour comprendre la variation des exigences de preuves, s'interroger sur ce qui constitue pour le juge, la normalité économique.

L'analyse qui précède a donc permis d'identifier deux déterminants de l'intensité du contrôle, qui ont jusqu'ici peu retenu l'attention : le degré de conceptualisation des contestations et la conception que se fait le juge de la normalité économique. Ni l'un ni l'autre ne permet de fixer *a priori* une limite à l'approfondissement du contrôle juridictionnel. Après tout, les argumentations économiques peuvent être raffinées à l'infini et, même si la théorie économique et les connaissances empiriques progressent encore, il restera sans doute toujours des situations qui, avec plus ou moins de certitude, apparaîtront comme « anormales », de sorte que les allégations relatives à ces situations appellent un contrôle poussé de la part du juge. Dès lors, une question troublante reste en suspens : n'y a-t-il aucune limite au contrôle ?

3. Quelles limites au contrôle ?

57. Il nous semble qu'il existe bien des limites au contrôle du juge, même si elles sont difficiles à saisir. Le premier principe limitatif, qui est imprécis mais réel, tient à la conception que le juge se fait de l'équilibre des pouvoirs, qui peut le conduire à retenir son contrôle (199). Le second principe, plus technique, peut être trouvé dans la distinction entre le rôle du juge et celui des parties. Pour saisir comment cette distinction permet de distinguer des énonciations plus légèrement contrôlées que d'autres, il est utile d'introduire la notion de scénario. Cette notion, qui se rencontre dans certains arrêts (200), est en effet utile pour décrire ce que doit faire une autorité de concurrence ou une partie pour prouver un effet économique. Il lui faut imaginer un enchaînement causal qui rende compte de cet effet – une histoire micro-économique (201) – puis montrer que cette histoire est plausible. La notion de scénario conduit donc à une distinction du raisonnement en deux temps.

Le premier temps est celui de l'élaboration d'un scénario. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Tetra Laval* développé plus haut, cela consiste à identifier un enchaînement causal qui conduirait à une restriction de concurrence, en l'occurrence

(198) Sur ces points, V. A.-L. Sibony, *op. cit.*, n° 948 s.

(199) Pour un exemple en dehors du droit de la concurrence, V. CJCE 1^e févr. 2007, *Sison c/ Conseil*, aff. C-266/05 P, non encore publié au Recueil, pts 32 s. Cette question, généralement abordée sous l'angle de la répartition des pouvoirs en droit administratif, a également inspiré des écrits sur « l'office du juge ». V. not. M.-A. Frison-Roche, *Les offices du juge, in Jean Foyer auteur et législateur*. Leges Tuit, Jura Docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer, Puf, 1997, p. 463-476.

(200) Arrêt *Commission c/ Tetra Laval*, préc. note 1 *supra*, pts 44 et 77 et arrêt *General Electric c/ Commission*, préc. note 125 *supra*, pt 66.

(201) L'expression est empruntée à A. Perrot, *Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ?*, RLC, 2006/8, n° 613, spéc. p. 156 ; *Abus de position dominante : prédatation, vente liées, remises, in D. Encaoua et R. Guesnerie (dir.), Politiques de la concurrence*, Doc. fr. 2006, p. 257-269, spéc. p. 262.

rence un effet de levier au terme duquel l'entité issue de la fusion étendrait sa position dominante du marché des briques en carton vers le marché des bouteilles en PET au moyen de ventes liées et/ou de réductions de gammes. Le second temps du raisonnement consiste dans la mise en relation du scénario avec les éléments de preuve disponibles ou à rechercher. Lorsque plusieurs scénarios sont *a priori* envisageables, ce second temps permet de choisir le plus vraisemblable.

L'importance de la notion de scénario pour la théorie du contrôle tient au fait qu'elle permet une *distinction au sein des appréciations économiques*, entre, d'une part, la structure argumentative de l'appréciation – le choix des faits pertinents et de la manière de les lier entre eux – et, d'autre part, la corroboration du scénario par des éléments de preuve de manière à en établir la vraisemblance. Cette distinction permet d'aller plus loin dans la description du contrôle du juge. Au lieu de dire que le contrôle est limité sur les appréciations économiques considérées de façon globale, on peut distinguer l'intensité du contrôle sur ces deux composantes. La proposition qui paraît à la fois la plus cohérente et la mieux à même de rendre compte du contrôle nous paraît être la suivante : le contrôle ne serait par principe limité que sur le premier élément de l'appréciation économique, à savoir l'élaboration du scénario. En revanche, sur le second élément, la corroboration du scénario au regard des éléments de preuve réunis en l'espèce, le contrôle ne serait limité par aucun principe, ce qui ne veut pas dire qu'il ne connaît pas de limitations pratiques, selon précisément le degré de sophistication des allégations des parties. Une telle distribution de l'intensité du contrôle s'explique et se justifie en dernière analyse par la distinction entre le rôle du juge et celui des parties : il appartient au juge de contrôler les preuves, mais il revient aux parties de construire les allégations. Ce ne serait plus alors en raison de son pouvoir discrétionnaire, mais en raison de sa position procédurale devant le juge communautaire que la Commission aurait une grande latitude dans le choix des faits auxquels elle décide d'accorder pertinence pour rendre compte d'un effet anticoncurrentiel. Sauf erreur ou omission grossière, il n'appartient pas au juge de lui reprocher son intérêt excessif ou insuffisant pour certains faits ou certaines relations causales. En revanche, si l'entreprise requérante parvient à démontrer, par un raisonnement convaincant, que le scénario retenu est incohérent ou lacunaire, le contrôle pourra s'approfondir, selon le mécanisme indiqué plus haut, en fonction du degré de conceptualisation des contestations. En ce qui concerne le contrôle sur les preuves, il nous semble qu'aucune limite de principe ne peut lui être assignée, mais qu'il connaît des limitations pratiques tenant aux allégations des parties et à la limite naturelle qui fait que le juge estime plus facilement satisfaisante la preuve d'un fait ou d'un enchaînement causal perçu comme normal.