

formations dont la Commission doit faire état, dans sa communication des griefs, pour informer l'entreprise mise en cause des éléments qu'elle se propose de prendre en compte pour calculer l'amende qui pourrait lui être infligée (*cf.*, encore très récemment, TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-59/02, *Archer Daniels Midland c/ Commission*, non encore publié au Rec., pts. 436 à 438, RLC 2007/10, n° 712). « *Rien de nouveau sous le soleil* » est-on donc tenté de penser, si ce n'est que l'arrêt rendu par le Tribunal invite utilement à la réflexion sur les justifications de cette restriction.

Dans cette affaire, lors de la phase administrative, afin de déterminer le montant de l'amende à infliger aux fédérations agricoles autres que la FNSEA, la Commission avait pris en compte le montant des cotisations annuelles versées par leurs membres. C'est ainsi par référence à ces chiffres d'affaires que la Commission avait calculé le montant de base des amendes et vérifié le respect, par les amendes imposées, du plafond de 10 % imposé par l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 (Règl. n° 17 du Conseil, 6 févr. 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du Traité, JO 1962, 13, p. 204; *cf.*, désormais, art. 23 du règlement n° 1/2003, Règl. Cons. CE n° 1/2003, 16 déc. 2002, Code Lamy droit économique 2006, n° 16). Le fait pour la Commission de s'être dispensée d'indiquer, dans la communication des griefs, son intention de prendre en compte ce chiffre d'affaires ne constitue pas, selon le Tribunal, une violation des droits de la défense. Pour justifier sa position, le Tribunal rappelle en premier lieu la jurisprudence très traditionnelle selon laquelle, dès lors que la Commission indique expressément, dans sa communication des griefs, qu'elle va examiner s'il convient d'infliger des amendes aux entreprises concernées et qu'elle énonce les principaux éléments de fait et de droit susceptibles d'entraîner une amende, tels que la gravité et la durée de l'infraction supposée et le fait d'avoir commis celle-ci de propos délibéré ou par négligence, elle remplit son obligation de respecter le droit des entreprises à être entendues. Ce faisant, elle leur donne les éléments nécessaires pour se défendre non seulement contre une constatation de l'infraction, mais également contre le fait de se voir infliger une amende (pt. 218; CJCE, 7 juin 1983, aff. 100/80 à 103/80, *Musique diffusion française e.a. c/ Commission*, Rec. CJCE, p. 1825, pt. 21). Cette restriction peut paraître sévère, d'ailleurs peut-être même un peu dépassée en pratique eu égard à l'importance désormais prise par le calcul des amendes dans les décisions réprimant les cartels, mais elle est tout à fait classique. C'est en réalité surtout la deuxième justification qui amène le plus de commentaires. Le Tribunal rappelle en effet que, selon la Cour, le fait de donner des indications dans la communication des griefs concernant le niveau des amendes envisagées, aussi longtemps que les entreprises n'ont pas été mises en mesure de faire valoir leurs observations sur les griefs retenus contre elles, reviendrait à anticiper de façon inappropriée la décision de la Commission (pt. 222; CJCE, *Musique diffusion française e.a. c/ Commission*, préc., pt. 21). *A fortiori*, selon le Tribunal, « *évoquer, dans la communication des griefs, la question du respect du plafond de 10 % par l'amende qui, éventuellement, sera imposée par la décision finale reviendrait aussi à anticiper de façon inappropriée cette décision* ». Une lecture rapide de ce point pourrait permettre de croire que le principe de la présomption d'innocence est, de façon paradoxale, instrumentalisé pour limiter les droits de la défense. En effet, selon cette première lecture, communiquer des éléments sur le niveau d'une amende dont le principe n'est pas même fixé reviendrait à préjuger de façon inappropriée la culpabilité de l'entreprise en cause. Cette interprétation ne doit sans doute pas être privilégiée, car elle ne serait pas entièrement logique : le fait de communiquer à une entreprise des éléments qui ne seraient pris en compte qu'au cas où une

amende serait infligée ne préjuge en rien sa culpabilité, puisque la communication des griefs ne comprend jamais que des appréciations provisoires. Du reste, si avancer de tels éléments revenait à préjuger la décision, pourquoi ne devrait-il pas en aller de même pour l'ensemble de la communication des griefs ? Sans doute est-il donc préférable de comprendre le principe posé en ce sens que, à ce stade de la procédure, il est particulièrement difficile pour la Commission de déterminer les éléments qui doivent être pris en compte pour le calcul éventuel d'une amende, précisément parce que la Commission devra tenir compte, pour cela, des observations déposées par les entreprises en réponse à la communication des griefs (TPICE, 8 juill. 2004, aff. T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 2223, RLC 2004/1, n° 67, pts 98 à 100), voire des observations déposées par les autres entreprises ayant participé à l'infraction, afin de respecter le principe d'égalité de traitement. C'est tout le problème temporel des droits de la défense : le dialogue entre la Commission et les entreprises doit certainement exister, mais il faut bien qu'à un certain moment il s'arrête pour qu'une décision puisse être prise. C'est sans doute la raison pour laquelle, ces derniers temps, le Tribunal de première instance a fermement posé le principe selon lequel « *l'appréciation des faits relève de l'acte décisionnel même et [...] le droit d'être entendu s'étend à tous les éléments de fait ou de droit qui constituent le fondement de l'acte décisionnel, mais non à la position finale que l'administration entend adopter* » (TPICE, 15 mars 2006, aff. T-15/02, *BASF c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 497, RLC n° 2006/8, n° 595, pt. 94; TPICE, 21 janv. 1999, aff. T-129/95, T-2/96 et T-97/96, *Neue Maxhütte Stahlwerke et Lech-Stahlwerke c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 17, pt. 231, et TPICE, 3 déc. 2003, aff. T-16/02, *Audi c/ OHMI*, Rec. CJCE, II, p. 5167, pt. 75).

La solution reste sans doute sévère en l'espèce, car était en cause la communication d'un élément assez fondamental pour le calcul des amendes. Néanmoins, on doit également se rappeler que, s'agissant de telles sanctions, cette rigueur est compensée par les prérogatives renforcées dont dispose le Tribunal de première instance pour exercer son contrôle et, en particulier, son pouvoir de pleine juridiction.

Éric Barbier de la Serre

RC 789

Du droit des consommateurs de prendre part aux procédures de sanction des infractions au droit de la concurrence

Les droits procéduraux des consommateurs finals trouvent leur fondement dans l'objectif ultime des règles de concurrence.

TPICE, 14 déc. 2006, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a. c/ Commission*

La décision d'accorder au parti politique autrichien FPÖ le statut de plaignant dans la procédure d'infraction à l'article 81 CE engagée par la Commission à l'encontre de plusieurs banques autrichiennes a donné lieu à de nombreux développements contentieux déjà commentés dans cette revue (Muguet-Poullennec G., RLC 2006/8, n° 587). Une nouvelle fois, le Tribunal était appelé à se prononcer à ce sujet, à l'occasion de l'arrêt rendu dans l'affaire dite du « *club lombard* », une entente entre banques autrichiennes sur les taux d'intérêt qu'elles pra-

tiquaient. C'est l'occasion pour le Tribunal à la fois de donner quelques précisions sur les droits des plaignants et de réaffirmer qu'ils trouvent leur fondement dans l'objectif ultime des règles de concurrence.

En ce qui concerne l'identification des titulaires de droits procéduraux, le Tribunal confirme que la qualité de client d'une entreprise soupçonnée de comportement anticoncurrentiel suffit à conférer un intérêt légitime à présenter une demande visant à faire constater une infraction au droit de la concurrence (pts. 97 et 98). Sur ce point, on peut remarquer que les termes utilisés par le Tribunal sont suffisamment généraux pour s'appliquer tant aux clients d'une entreprise partie à une entente, comme en l'espèce, qu'aux clients d'une entreprise soupçonnée d'abus de position dominante.

L'arrêt apporte également des précisions sur l'exercice dans le temps des droits procéduraux reconnus aux consommateurs finals. Tout d'abord, il n'est pas nécessaire que leur plainte soit à l'origine de l'enquête menée par la Commission. Ces droits peuvent être valablement exercés après l'ouverture de la procédure (pt. 96). En l'espèce, la procédure avait été ouverte d'office par la Commission, mais on peut penser que la même solution vaudrait si elle l'avait été suite à une plainte de consommateurs autres que ceux dont les droits procéduraux sont en cause. En second lieu, l'arrêt précise que les droits procéduraux peuvent être exercés tant que la procédure administrative est en cours, y compris alors que des auditions ont déjà eu lieu (pt. 101). Autrement dit, tant que la procédure n'est pas close, un consommateur qui souhaite, par exemple dans la perspective d'une action civile, avoir accès à la version non confidentielle de la notification des griefs, peut toujours déposer une plainte et faire valoir ses droits procéduraux.

Au-delà de ces précisions, l'intérêt de l'arrêt a trait au fondement des droits reconnus aux consommateurs. Le Tribunal fait très explicitement découler leurs droits procéduraux de l'objectif ultime des règles de concurrence, à savoir l'accroissement du bien-être du consommateur (pt. 99). L'affirmation de cet objectif n'est certes pas inédite. Elle avait été consacrée dans des termes quasi-identiques dans l'arrêt *Glaxo* (TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-168/01, *GlaxoSmithKline c/ Commission*, non encore publié au Recueil, pt. 118), ainsi que dans un précédent arrêt relatif aux banques autrichiennes (TPICE, 7 juin 2006, T-213/01 et T-214/01, *Österreichische Postsparkasse*, non encore publié au recueil, pt. 115). Cependant, l'intérêt des consommateurs n'a pas toujours été aussi nettement mis en avant par les juridictions communautaires (cela leur a suffisamment été reproché, spécialement en matière d'abus de position dominante), c'est pourquoi cette nouvelle affirmation n'est pas sans intérêt. Surtout, ce qui retient l'attention, c'est que le juge tire de cette affirmation de principe des conséquences concrètes, ici sur le plan procédural. En effet, les droits des consommateurs trouvent, selon le Tribunal, leur fondement dans l'utilité qu'ils ont pour la réalisation des buts du droit de la concurrence (pt. 99 *in fine*). Ce mode de raisonnement consistant à tirer des conséquences concrètes de la primauté de l'intérêt des consommateurs peut aussi trouver application en dehors du champ des règles de procédure, c'est-à-dire lors de l'application des règles de fond. Le Tribunal en a donné un exemple récent dans l'arrêt *Glaxo* en retenant que l'effet du comportement d'importateurs parallèles de médicaments sur les intermédiaires n'intéressait pas en lui-même le droit de la concurrence, seulement préoccupé de l'effet de ces comportements sur le bien-être des consommateurs finals (*Glaxo*, préc., pt. 273). Reste à espérer que les juridictions communautaires sauront aussi transposer ce type de raisonnement en matière

d'abus de position dominante. Au point 99 de l'arrêt rapporté, les articles 81 et 82 CE sont mis sur le même plan au regard du lien entre l'objectif de bien-être des consommateurs et sa traduction en termes de droits procéduraux. Puissent-ils l'être à l'avenir aussi en ce qui concerne la traduction de ce même objectif en termes de droit substantiel.

Anne-Lise Sibony, Docteur en droit

RLC 790

Confidentialité, libre administration de la preuve et procès équitable

Au nom des spécificités et de l'effectivité du droit de la concurrence, la Cour de justice renforce la possibilité pour la Commission de s'appuyer sur des éléments avant demeurer confidentiels.

CJCE, 25 janv. 2007, aff. C-411/04 P, *Salzgitter c/ Commission et CJCE*, 25 janv. 2007, aff. C-407/04 P, *Dalmine c/ Commission*

Il existe peu de règles probatoires en droit communautaire, le principe étant de longue date que l'administration de la preuve est libre. La principale question pertinente est donc plutôt celle de la crédibilité des preuves produites (concl. du juge Vesterdorf faisant fonction d'av. gén. sous TPICE, 24 oct. 1991, aff. T-1/89, *Rhône-Poulenc c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 867, 869, 954). Cette liberté doit néanmoins être conciliée avec le principe du procès équitable et, en particulier, avec les droits de la défense. Or, l'équilibre à trouver entre ces exigences peut s'avérer délicat lorsque sont en cause des informations confidentielles que la Commission n'entend pas communiquer à l'entreprise mise en cause. Traditionnellement, la Cour de justice fait plutôt pencher la balance en faveur des droits de la défense. Néanmoins, deux des arrêts rendus dans les affaires «*tubes en acier sans soudure*» viennent, selon toute apparence, de durcir sa jurisprudence en faveur de la Commission.

Dans ces affaires, un informateur tiers à la procédure avait remis à la Commission un document détaillant le contenu de l'accord sanctionné et, notamment, une clé de répartition de certains marchés. Devant le Tribunal, Mannesmann soutenait que ce document était irrecevable en tant qu'élément de preuve à charge, puisque, selon cette entreprise, elle n'avait pas pu vérifier son authenticité et n'avait donc pas pu se défendre utilement. Le Tribunal avait néanmoins jugé que, compte tenu du principe de libre administration des preuves, ce document ne pouvait être considéré comme irrecevable, tout en précisant que, en revanche, l'anonymat de son auteur pouvait être pris en compte pour en apprécier la force probante (TPICE, 8 juill. 2004, aff. T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 2223, pts. 84 et 85).

En pourvoi, Mannesmann invoquait contre cette appréciation la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit à un procès équitable. Elle soutenait que, selon cette jurisprudence, la partie défenderesse doit avoir la possibilité de contester non seulement l'authenticité de déclarations anonymes, mais aussi la crédibilité de la personne protégée par l'anonymat (CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas*, Série A, n° 166; CEDH, 23 avr. 1997, *Mechelen c/ Pays-Bas*, Rec. CEDH, III, p. 51; CEDH, 27 sept. 1990, *Windisch/ Autriche*, Série A n° 186; CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi c/ Suisse*, Série A n° 238; CEDH, 14 févr. 2002, *Visser c/ Pays-Bas*, Rec. CEDH, pt. 32). Le moyen ne manquait certes pas d'habileté, mais, pour la Cour de justice, la jurisprudence invoquée n'est pas déter- ➤