L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ?

Jean-Louis DEWOST - Président de section au Conseil d'État, Directeur général du service juridique de la Commission européenne

Bruno LASSERRE - Conseiller d'État, Président de l'Autorité de la concurrence

Robert SAINT-ESTEBEN - avocat au Barreau de Paris

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 35 - AVRIL 2012

Introduction au débat

Par Jean-Louis Dewost Président de section au Conseil d'État, Directeur général du service juridique de la Commission européenne

Le thème au confluent du droit français, du droit de l'Union européenne et de celui de la CEDH est très séduisant (1)... Nous sommes en effet en face d'un « mille feuilles juridique », encore mal exploré, dans lequel les différentes juridictions réagissent chacune dans le cadre conceptuel qui lui est propre, mais qui évolue rapidement compte tenu du « dialogue des juges ».

Ce débat peut être structuré autour de trois chapitres qui inévitablement se recouperont, mais seront un fil conducteur : le droit de la concurrence « saisi » par les droits fondamentaux ; le droit de la concurrence : un droit « efficace » au service de l'intérêt général ; le droit processuel de la concurrence et la protection des droits fondamentaux.

Le droit de la concurrence « saisi » par les droits fondamentaux

« Saisi », c'est-à-dire « pris », mais pris par surprise...

Deux remarques :

- Qui aurait pu prédire sur la base de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), qui se réfère dans ses premiers articles au droit à la vie, à la torture, à l'esclavage, au droit à la « sûreté » etc... que celui-ci serait un jour applicable aux personnes morales ?
- Quant au droit de la concurrence - trop souvent vilipendé en ces temps troublés - il est bon de rappeler que c'est un droit autonome au service de l'intérêt général (rétablir l'égalité entre partenaires commerciaux, par hypothèse faussée suite à des pratiques déloyales).

Néanmoins, dès 1976 dans l'arrêt *Engel*, la Cour de Strasbourg va s'estimer compétente pour statuer sur la violation de l'article 6 par. 1 dans une affaire de concurrence et développera la thèse du « noyau dur du droit pénal » qui sera formalisée en 2006 dans *Jussila c/ Finlande*. Elle ira encore plus loin en 2009 dans *Dubus SA c/ France* (CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus (Sté)* c/ *France*, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 2247, note A. Couret ; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville), en considérant qu'un simple blâme infligé par la Commission Bancaire à une société d'investissement avait une « coloration pénale » et violait l'article 6 par. 1.

Dans un premier temps, au moins, la Cour de Luxembourg semble avoir résisté à cette intrusion des droits fondamentaux dans le droit de la concurrence : ainsi, dans l'affaire *Hoechst*, en 1989, où était en cause l'inviolabilité du domicile (art. 8 de la Conv. EDH) la Cour de Justice affirme que s'il s'agit d'un droit absolu pour les personnes physiques, il n'est que relatif s'agissant des entreprises, tandis que le droit d'accéder aux locaux d'une entreprise suspectée d'atteinte au droit de la concurrence, prévu à l'article 14 du célèbre règlement n° 17, est très important pour l'administration de la preuve !

Première question : cette interprétation extensive de la Conv. EDH par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) constitue-t-elle, dans l'absolu, un progrès du droit ?

Le droit de la concurrence : un droit « efficace » au service de l'intérêt général

Cette seconde thématique a été surtout développée par les juridictions nationales en « réponse » à la Cour de Strasbourg.

© Source : Conseil constitutionnel

À tout Seigneur....commençons, puisque nous sommes dans ses murs, par le Conseil constitutionnel : la phrase clef de sa réponse du 13 mai 2011 à une QPC posée dans le cadre d'une action en réparation du préjudice causé devant une juridiction civile et concernant les pouvoirs du Ministre au titre de l'article L. 442-6 III du Code de commerce est la suivante : « eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique ... le législateur a opéré la conciliation entre la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ».

La Cour de cassation aura également l'occasion de marquer sa « différence », notamment en 2008, dans l'affaire *Ministre c/ Galec*, (Centres Leclerc) ; je cite : « l'action du Ministre est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ». La Cour, ce faisant, désavoue la Cour d'appel qui avait statué en sens inverse.

En 2007, dans l'affaire *Canal Plus*, elle conclut à l'absence de violation des articles 6, 8 et 13, en relevant la « nécessité de lutter contre les pratiques anti-concurrentielles » (à concilier dit-elle, avec la protection des libertés individuelles).

Le Conseil d'État, pour sa part, se prononcera en 2006, au sujet de l'article 6 par. 1, dans l'affaire *Société Fiducial informatique*.

Était en cause dans cette affaire, un avis avant dire droit du Conseil de la Concurrence concernant un projet de concentration, auquel les requérants reprochaient d'avoir été rendu en dehors de toute procédure contradictoire, et demandaient pour cette raison qu'il soit écarté du dossier.

Le Conseil d'État répond, d'abord que l'article 6 par. 1 ne s'applique pas en l'espèce et ajoute qu'en tout état de cause, les règles contentieuses n'imposent pas qu'un avis (d'un tiers) soit lui même établi de façon contradictoire, ce qui porterait atteinte au « secret des affaires .

Je ne voudrais pas terminer ce rappel (cursif) des réactions des plus hautes juridictions nationales, sans « redonner la parole » à la Cour de Strasbourg, qui répond le 21 décembre 2010, à la Cour de cassation dans l'affaire *Canal Plus*.

La décision est savamment balancée... La Cour retient la violation de l'article 6 par. 1 au motif que le juge de cassation, n'assure pas à lui seul un « contrôle juridictionnel effectif » (!) mais rejette les conclusions concernant l'article 8, compte tenu des garanties exigées par le Juge des libertés et de la détention.

Au terme de ce panorama, rapide, et donc forcément simplificateur, une seconde question se pose : où convient-il de « placer le curseur » entre la protection des droits fondamentaux et l'efficacité du droit de la concurrence ?

Le droit processuel de la concurrence et les droits fondamentaux

Ce troisième axe de réflexion recoupe en partie les deux autres.

Tout d'abord, la liste des droits fondamentaux, jusqu'à présent inclus dans le contrôle de la Cour de Strasbourg, est-elle susceptible de s'étendre ?

La CEDH a traité la question de l'« impartialité » du Tribunal (cf. *Dubus* 2009) au titre de l'article 6 par.1.

L'Assemblée générale de la Cour de cassation a, dans une affaire d'enregistrement clandestin produit devant l'Autorité de concurrence, appliqué l'article 6 par. 1 à la question de la « loyauté de la preuve » en se référant à l'article 9 du Code de procédure civile ; l'arrêt a été rendu aux conclusions contraires de l'Avocat général, qui soutenait la thèse de l'autonomie processuelle du droit de la concurrence.

Ont été également abordées la question du « délai raisonnable » (art. 6 par. 1), celle de l'« inviolabilité du domicile » (art. 8), et celle du « droit à un recours effectif » (art. 13).

Deuxième réflexion : la circonstance que la Cour de Luxembourg s'appuie sur la Charte des droits fondamentaux, elle-même inspirée de la Conv. EDH, modifie-t-elle la perspective ? Ainsi, dans l'affaire *Thyssen-Krupp* jugée le 29 mars 2011 la Cour s'est-elle appuyée sur l'article 49 de la Charte et non sur l'article 7 Conv. EDH. Dans l'affaire *Elf-Aquitaine c/ Commission*, le Tribunal de l'Union, a, le 17 mai 2011, rejeté le moyen tiré de la « nature pénale » des amendes de concurrence : certes, il se réfère à la CEDH, mais s'en tient à la qualification d'amendes « non pénales » donnée par le règlement de l'Union ; et, se référant à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union, le Tribunal considère que la présomption « d'influence déterminante » d'une entreprise mère sur sa filiale n'est pas incompatible avec la présomption d'innocence .

À la lumière de cette deuxième réflexion, on peut enfin s'interroger sur les conséquences qu'aurait dans ce domaine une adhésion sans conditions de l'Union Européenne à la Conv. EDH : on pressent en effet que la « balance » entre droit de la concurrence et droits fondamentaux

© Source : Conseil constitutionnel

risque de ne pas être tout à fait la même dans une telle hypothèse...

Encore faudrait-il que le Conseil des Ministres considère, à l'unanimité de ses membres (article 218.8 du Traité), que les garanties précises exigées par le protocole n° 8 annexé au traité sont effectivement réunies...

Jean-Louis Dewost

Introduction : dialogue ou collision ?

Par Bruno Lasserre - Conseiller d'État, Président de l'Autorité de la concurrence

Les règles de concurrence et les droits fondamentaux font-ils « bon ménage » ou sont-ils voués à entrer en « collision » ?

À mon sens, il s'agit d'un couple qui n'est pas voué à l'« incommunicabilité », mais, tout au contraire, au sein duquel le meilleur est possible.

Ce message va vous surprendre, car il va à l'encontre d'affirmations sans cesse répétées depuis que les règles de concurrence existent et en tout cas, de ce côté-ci de l'Atlantique, depuis qu'elles ont été précisées par le règlement n° 17/62 et que la Commission européenne a commencé à les appliquer dans les années 60. Ces critiques, selon lesquelles la procédure de concurrence, et peut-être même le système institutionnel communautaire en la matière, seraient contraires aux droits fondamentaux ont beaucoup gagné en vigueur depuis la montée en puissance de la lutte anticartels au début des années 2000 et l'augmentation du montant des amendes. Mais le débat n'est absolument pas nouveau. Au contraire. Les juges de Luxembourg se sont penchés, depuis très longtemps, sur la question et ils l'ont fait avec une grande attention. Ils ont indéniablement reconnu à la Commission européenne une marge de manoeuvre lui permettant de mener une véritable « politique de concurrence », en particulier en matière de sanctions (l'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt *Musique Diffusion française* de la Cour de justice de juin 1983 (2)). Mais ils n'ont eu de cesse, dans le même arrêt et depuis lors, de souligner que la contrepartie de ce pouvoir était le respect scrupuleux des droits de la défense. Tout l'édifice procédural figurant à présent dans le règlement n° 1/2003 est d'ailleurs d'origine jurisprudentielle.

Si l'on veut résumer en quelques mots le « message » que nous délivre cette jurisprudence, c'est qu'un équilibre est possible - et souhaitable - entre les règles de concurrence et le double souci de protection de l'ordre public (économique) et d'efficacité qui les guide, d'une part, et la protection des droits fondamentaux, d'autre part. Cet équilibre doit sans cesse être précisé, enrichi, préservé, défendu. Comme dans tout ménage. Mais il n'est pas hors de portée.

Pourquoi ? Parce que les règles de concurrence font partie, elles aussi, de l'ordre constitutionnel. À partir de là, un dialogue, parfois paisible, parfois plus vif, mais qu'il est toujours possible et souhaitable de mener dans un esprit constructif, est envisageable avec les droits fondamentaux.

C'est très clair au niveau européen, et il ne me semble pas en aller autrement au niveau national, même si le contexte juridique y est différent (I).

I. Le positionnement des règles de concurrence dans l'ordre « constitutionnel »

1. En droit de l'Union : une place fondamentale dès l'origine

Le Traité consacre dès le départ la place centrale des règles de concurrence dans l'organisation économique de la Communauté et aujourd'hui de l'Union. Les textes fondateurs des Communautés européennes sont à la fois le résultat d'une vision ambitieuse et le point de départ d'un projet d'envergure : la construction d'un marché unique - et aujourd'hui d'un espace intégré qui n'est plus seulement économique, mais englobe de plus en plus d'aspects de notre vie quotidienne : le social, l'environnement, etc. Ils ont un caractère très volontariste. Et ils font de la concurrence un instrument, un outil, à mobiliser au service de la construction de ce projet.

C'est donc naturellement que la Cour de justice a été conduite, dès les années 60, à considérer la concurrence comme « une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, et en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur » (3). Tout comme les libertés de circulation consacrées par le Traité, la libre concurrence est un élément moteur de la construction du marché intérieur et de l'abolition des barrières économiques publiques et privées que ce projet et ce destin communs impliquent.

La concurrence est donc de longue date un objectif « constitutionnel » de l'Union, même si cet objectif n'est pas une fin en soi, mais bien un instrument (ou pour reprendre la terminologie du Traité lui-même une « politique ») au service d'une finalité plus large qui est « la création d'une Union toujours plus étroite » et reposant notamment « sur une économie libre », comme le prévoit le Traité.

Dans ce contexte, le débat sur la place des règles de concurrence dans l'ordre « constitutionnel » européen, qui a eu lieu notamment en France entre 2005 et 2007, s'il est révélateur d'un questionnement politique, est assez paradoxal d'un point de vue juridique. Ces règles ont été déplacées du Traité lui-même pour figurer à présent dans un protocole additionnel annexé à celui-ci. Ce protocole a la même valeur juridique que le Traité lui-même... Rien n'a donc changé de ce point de vue. Et c'est plutôt une bonne chose : ce qu'il faut faire, c'est développer la « jambe » sociale du Traité, pour équilibrer sa « jambe » économique, ce n'est pas à l'inverse briser cette « jambe » économique, qui mérite elle-même d'être renforcée face à la crise ; c'est bien le diagnostic que font aujourd'hui les gouvernements européens.

2. En droit interne, un positionnement plus discret dans l'ordre constitutionnel

Les règles de concurrence ne sont pas un élément central de notre Constitution. Cela ne veut pas dire qu'elles sont en dehors du champ constitutionnel, mais explique pourquoi le positionnement de la notion de libre concurrence dans l'ordre constitutionnel ne s'est pas imposé comme une évidence et n'est toujours pas complètement clarifié.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de contrôler la constitutionnalité de certaines dispositions du droit de la concurrence, notamment celles relatives aux recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence en la matière, comme dans sa décision du 23 janvier 1987 où il s'est posé la question du caractère non suspensif de ces recours (4). Dans une décision plus récente, il s'est aussi posé, comme l'a rappelé le Président Dewost, la question du droit de recours contre les pratiques restrictives de concurrence (5).

En revanche, le Conseil n'a pas, à ce jour, beaucoup « théorisé » sur la question de la place des règles de concurrence dans l'ordre constitutionnel. Cela s'explique sans doute en partie par l'histoire. Le préambule de la Constitution de 1946 était surtout fondé sur des problématiques sociales, liées à la reconstruction, plutôt que sur les questions liées au bon fonctionnement des marchés. En 1958 encore, l'économie française restait largement administrée par l'État.

Réfléchir à cette question implique de prendre un peu de champ et de se souvenir des objectifs constitutionnels auxquels les règles de concurrence répondent.

Tout d'abord, on peut les rattacher à la liberté d'entreprendre (et plus globalement aux libertés économiques (6)) : elles limitent cette liberté dans une certaine mesure, c'est indéniable. Mais dans le même temps, elles la protègent et la promeuvent. Elles incitent en effet les opérateurs à la « vertu économique », au progrès, à l'innovation, à l'investissement, au bénéfice des autres opérateurs et des consommateurs. Elles interdisent les ententes et les abus de position dominante, mais permettent, par un mécanisme d'exemption, de justifier des pratiques qui ont un bilan concurrentiel positif et bénéficient aux consommateurs. En ce sens, elles jouent en faveur des entreprises elles-mêmes, y compris les plus importantes, notamment lorsque celles-ci agissent en qualité d'acheteuses ou de clientes. Par exemple, le Conseil de la concurrence a sanctionné en 2009 une entente dans le secteur du travail temporaire, par laquelle plusieurs sociétés d'intérim s'étaient concertées sur leurs politiques commerciales à l'égard de leurs clients les plus importants. Ces derniers, en tant qu'entreprises utilisatrices du travail temporaire, ont été affectés par ces pratiques anticoncurrentielles et n'ont pas eu d'autres choix que de se plier aux conditions fixées par les sociétés d'intérim en question, ce qui n'aurait pas été le cas si le libre jeu de la concurrence avait été effectif.

Dans le même temps, la « régulation concurrentielle » - pour reprendre le titre de l'ordonnance de novembre 2008 qui a modernisé le droit français de la concurrence, et qui n'est pas choisi par hasard - se rattache à un objectif plus large de valeur constitutionnelle : la prévention et la répression des infractions (7). Cet objectif d'intérêt général qui consiste à garantir l'ordre public, dans sa composante économique, n'est pas non plus une fin en soi, ni le fruit d'une vision « idéologique » ou « dogmatique » de l'économie : il est intrinsèquement lié à l'exercice d'une liberté que la Constitution garantit, la liberté d'entreprendre, que je viens d'évoquer. Sans régulation concurrentielle, il ne peut en effet y avoir de protection des libertés économiques des uns contre les possibles « abus de liberté » des autres.

Par le biais d'un contrôle des comportements (les pratiques anticoncurrentielles), mais aussi des structures (les concentrations), le droit de la concurrence est donc un outil de protection au service de l'intérêt général. Il justifie une surveillance et parfois une limitation de l'exercice des libertés économiques : le Conseil constitutionnel l'a souligné récemment dans sa décision du 13 mai 2011 (8), concernant le fait de savoir si l'article L. 442-6 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de modernisation de l'économie (LME) d'août 2008, était ou non conforme à la liberté d'entreprendre. Le Conseil a explicitement rappelé qu'il était possible, pour le législateur, d'apporter à la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la

© Source : Conseil constitutionnel

condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (9).

3. L'entrée en scène de la Conv. EDH

L'entrée de la Conv. EDH sur la scène économique avait-elle été anticipée par ses rédacteurs ? À la fin des années 1940, il me semble indéniable que la volonté originelle de René Cassin visait à protéger, avant tout, l'individu. La Conv. EDH répond à cette préoccupation. Il s'agit donc d'un texte qui s'applique avant tout à défendre les droits de la personne humaine, de la personne physique.

Mais le pas a été franchi. En matière de concurrence par exemple, il l'a été implicitement mais nécessairement, comme le montre l'affaire *Stenuit* (10), dans laquelle la CEDH ne s'est pas posée la question ouvertement, mais a, de fait, appliqué l'article 6, paragraphe 1, de la Convention à une personne morale.

La Cour de Strasbourg a donc sauté le pas, et c'est une bonne chose. Ce que l'on peut peut-être regretter, c'est que cela ait été fait, de nouveau, de manière « incrémentale » et donc sans que soit « théorisée » une méthode précise. La Cour a étendu certaines dispositions de la Convention aux personnes morales, mais elle n'a finalement donné que peu de lignes directrices à cet égard : dans quels cas ? jusqu'où ? comment ? Cette absence de présentation d'ensemble soulève bien des questions : de quels droits bénéficient précisément les entreprises dans le cadre des procédures de mise en oeuvre des règles de concurrence ? Dans quelle mesure ? Sur ce dernier aspect, il convient de rappeler que l'un des objectifs de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme est précisément de favoriser l'effort de convergence des droits des États, en vue d'une protection plus cohérente des droits fondamentaux en Europe. L'absence de « théorisation », de considérants de principe, n'aide pas à réduire les disparités.

Une chose est toutefois claire. L'application de la Convention aux individus et aux entreprises ne peut se faire à l'identique. Deux raisons principales à cela.

Tout d'abord, la personne physique n'est pas la personne morale, bien sûr. Prenons l'exemple de la détermination de la personne responsable de l'infraction, c'est-à-dire de l'imputabilité d'une pratique anticoncurrentielle. Lorsque la personne morale sous la forme de laquelle l'entreprise était initialement organisée a disparu, la responsabilité du comportement anticoncurrentiel peut être imputée au nouveau support juridique de l'entreprise, pouvant être qualifié de successeur juridique ou bien de successeur économique parce qu'il en assure la continuité économique et fonctionnelle ou en a repris l'ensemble des éléments matériels et humains. Dès 1975, dans l'arrêt *Suiker Unies* (11), la Cour de justice a confirmé cette responsabilité du successeur économique de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle. Cet arrêt illustre bien les différences qui séparent l'appréhension des infractions commises par les personnes physiques de celles relevant du comportement des personnes morales : la question de « l'imputabilité » ne se pose plus en cas de disparition de la personne physique...

La Cour de justice et la Cour de cassation se sont efforcées d'apporter des solutions pragmatiques à ces questions d'imputabilité, notamment lors du transfert ou de la transformation de sociétés, en tenant compte notamment des objectifs de la régulation économique. Le Conseil d'État a également considéré que le principe de personnalité des peines ne faisait pas obstacle au prononcé d'une sanction, par l'ancien Conseil des marchés financiers, à l'encontre d'une société absorbante, pour les manquements commis par la société intégralement absorbée, « *eu égard à la mission de régulation des marchés dont est investi le Conseil des marchés financiers* » (12).

Sur ce même thème de l'imputabilité, le droit de l'Union, lui, a justement « théorisé » les choses au fil d'une jurisprudence sans cesse plus étoffée et plus précise concevant la notion d'entreprise comme une unité économique. Celle-ci est appréhendée comme un tout, même si elle se compose de plusieurs entités juridiques, dès lors que le comportement de ces différentes entités sur le marché est en réalité déterminé par l'une d'entre elles (généralement une société mère ou faîtière). Cette unité peut être présumée dès lors que la société mère contrôle totalement ou quasiment totalement la filiale qui a commis l'infraction et est donc directement responsable de celle-ci. Elle permet de considérer que la société mère est solidairement responsable de l'infraction, sous réserve de la preuve contraire pouvant être rapportée par les intéressés. Comme l'a rappelé la Cour de justice (arrêt *General Química c/ Commission* (13)), l'attribution de responsabilité reste naturellement fondée sur le principe de la responsabilité personnelle, dès lors qu'elle est attribuée en définitive à une personne morale précisément définie (la société mère contrôlant la filiale avec laquelle elle constitue une unité économique). Cette attribution tient donc compte de la réalité économique et de la nature particulière des personnes morales. Celles-ci peuvent ne pas être indépendantes, mais placées sous le contrôle d'une autre, qu'il convient alors de tenir pour responsable de leur comportement. Naturellement, cette présomption trouve à s'appliquer dans des limites raisonnables, conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (dès lors que la présomption est limitée aux cas très clairs des sociétés détenues à 95 ou 100 %), et reste par ailleurs être réfragable (comme l'illustrent les arrêts récents du Tribunal annulant des décisions de la Commission n'ayant pas suffisamment examiné les arguments factuels invoqués par des entreprises pour renverser cette présomption).

© Source : Conseil constitutionnel

La seconde raison susceptible de justifier une différenciation entre les droits fondamentaux conférés aux entreprises et aux individus tient à la nature des sanctions qui sont susceptibles de leur être imposées. La régulation économique, et notamment les règles de concurrence applicables aux personnes morales, ce n'est pas la même chose que le droit pénal au sens strict, même si cela relève de la matière pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention. La Cour de Strasbourg est très claire sur ce point dans son arrêt *Jussila c/ Finlande* (14). Elle y juge que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention ne s'applique pas nécessairement de la même manière au droit pénal stricto sensu et à d'autres règles susceptibles de conduire au prononcé d'une sanction pécuniaire, en citant entre autres les règles de concurrence. La raison de cette différenciation est *in fine* que, même élevée, une telle sanction n'est pas de la même nature qu'une peine de prison ou que d'autres types de sanctions comme les interdictions d'exercer.

Pour conclure sur ce point, nous sommes dans un système juridique complexe, car à plusieurs niveaux. Ces niveaux doivent s'articuler de façon cohérente. Cette cohérence sera facilitée à l'avenir par l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH. Mais cela ne veut pas dire que la situation actuelle est celle d'une divergence ou d'une opposition, comme on peut l'entendre dire. Pour que la cohérence continue à progresser, il faudra naturellement que les différents « acteurs », en particulier les différents juges concernés, dialoguent entre eux. C'est d'autant plus nécessaire que chacun est, d'une certaine manière, un juge suprême dans son domaine.

L'indépendance dont jouit chacun d'eux rend d'autant plus remarquable leur convergence de vue actuelle. Le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'État, la Cour de cassation, la Cour de justice et la CEDH ont construit un équilibre cohérent entre les objectifs auxquels répondent les règles de concurrence, d'une part, et la garantie des droits fondamentaux, d'autre part. Leur jurisprudence consacre la légitimité du pouvoir de sanction dévolu aux autorités de concurrence (II), dès lors qu'il est encadré par des garanties assurant l'effectivité des droits et libertés fondamentales (III). C'est autour de ces deux idées que sera articulé la suite du propos.

II. Les principes directeurs du pouvoir de sanction de l'autorité de la concurrence

Il est essentiel de rappeler les objectifs du pouvoir de sanction pécuniaire en matière de droit de la concurrence. Ces objectifs consistent, d'une part, à réprimer les atteintes à la concurrence et, d'autre part, à dissuader de manière individuelle et générale les opérateurs économiques de provoquer de telles atteintes. Ce double objectif de répression et de dissuasion a été rappelé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 avril 2002 (15), et plus récemment par la CEDH, dans un arrêt *Menarini* du 27 septembre 2011 (16). Il se retrouve aussi constamment dans la jurisprudence de Luxembourg.

Ce pouvoir de sanction d'une autorité administrative indépendante telle que l'Autorité de la concurrence a été consacré par le Conseil constitutionnel (A). Le récent communiqué décrivant la méthode de détermination des sanctions suivie par l'Autorité s'applique bien sûr à respecter scrupuleusement cette jurisprudence (B).

1. L'encadrement constitutionnel et législatif du pouvoir de sanction de l'Autorité

A. La compatibilité du pouvoir de sanction avec le principe de séparation des pouvoirs

Le Conseil constitutionnel admet qu'une autorité administrative indépendante peut, dans le cadre de prérogatives de puissance publique, exercer un pouvoir de sanction, sans que cela soit contraire au principe de séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (17). Le Conseil a réaffirmé régulièrement cette jurisprudence, notamment dans sa décision concernant la loi dite « Hadopi » visant à favoriser la diffusion et la protection de la création sur Internet (18). Le paragraphe 14 de cette décision est particulièrement éclairant, car tout y est dit :

« Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ».

Est ainsi présenté de façon très complète le cadre constitutionnel relatif à l'existence, à l'étendue et à l'exercice de pouvoirs de sanction des autorités administratives indépendantes.

© Source : Conseil constitutionnel

B. La garantie d'une sanction pécuniaire prévue et encadrée par la loi

Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, ce pouvoir de sanction doit nécessairement être prévu et encadré par le législateur, dès lors que la sanction a le caractère d'une punition, même si elle prononcée par une autorité de nature non juridictionnelle. Ce pouvoir ne doit pas non plus dépasser la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission de l'autorité concernée. En ce qui concerne l'Autorité, ce sont les opérateurs économiques, en tant que personnes morales, qui sont seuls soumis à ce pouvoir de sanction, les éventuelles infractions commises par les personnes physiques restant du ressort du juge judiciaire (19). L'exercice de ce pouvoir de sanction doit en outre être assorti de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis (20).

C'est aussi dans cette optique - garantir les droits et libertés reconnus constitutionnellement - que le législateur a pris soin de soumettre l'exercice de son pouvoir de sanction par l'Autorité à un juge de plein contentieux, devant lequel il est aussi possible de demander la suspension de la décision litigieuse. Ce juge est, depuis 1987, le juge judiciaire (21).

En second lieu, dans la mesure où les règles de concurrence relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Conv. EDH, la sanction pécuniaire attachée à leur méconnaissance doit respecter les principes constitutionnels applicables en la matière (22), tel que le principe de non rétroactivité, posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (23), le principe de légalité des délits et des peines, ainsi que les droits de la défense (24), ou encore les principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la sanction (25).

Le pouvoir de sanction est donc à la fois légitimé et encadré par la jurisprudence. Voyons ce que cela donne en pratique.

2. La mise en oeuvre concrète du pouvoir de sanction par l'Autorité de la concurrence : le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions

A. Proportionnalité et individualisation : les lignes directrices de la méthode de détermination de la sanction pécuniaire de l'Autorité

L'Autorité a élaboré au fil des ans une méthode de détermination des sanctions pécuniaires structurée autour de deux principes cardinaux : le principe de proportionnalité et l'exigence d'individualisation. Naturellement, les sanctions pécuniaires sont également déterminées en fonction des quatre critères prévus par le Code de commerce, en vertu desquels l'Autorité apprécie, de manière objective et concrète, la gravité de l'infraction, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de l'entreprise intéressée ou du groupe auquel elle appartient et l'éventuelle réitération de la pratique anticoncurrentielle.

Il convient à ce sujet souligner les progrès considérables qui ont été faits par le Conseil de la concurrence puis par l'Autorité en matière de motivation des sanctions. Il suffit de comparer l'accroissement des développements qui leur ont été consacrés au cours des dernières années pour s'en rendre compte.

L'appréciation des deux premiers critères ci-dessus mentionnés détermine le montant de base de la sanction, dont l'assiette est la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction. Ce montant de base est ensuite ajusté en fonction de la situation de l'entreprise en cause, étape qui conduit l'Autorité à tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, ainsi que d'autres éléments d'individualisation de la sanction, telle que la situation financière dans laquelle se trouve l'intéressé.

La mise en oeuvre *in concreto* de ces critères et de ces principes est décrite par le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires publié par l'Autorité. Ce communiqué permet aux entreprises de bénéficier d'une plus grande visibilité quant à la détermination des sanctions encourues en cas de violation des règles de concurrence. Il décrit les différentes étapes de la méthode de détermination des sanctions, qui structure l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'Autorité au vu des éléments pertinents de l'affaire. En revanche, bien évidemment, il n'existe aucun « barème » mécanique permettant de connaitre par avance le montant exact de la sanction. Ce serait contraire aux principes d'individualisation et de proportionnalité de la sanction, qui impose que cette dernière soit adaptée en fonction du contexte et des éléments propres à chaque affaire.

B. Le contradictoire : principe directeur de la procédure de sanction

Le caractère contradictoire de la procédure a un rôle central devant l'Autorité. Ce rôle central du contradictoire est prévu par la loi, mais il découle aussi d'exigences constitutionnelles comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel (26).

Le principe du contradictoire s'applique dès l'ouverture de la procédure d'instruction, par la notification des griefs aux parties, mises en cause par le rapporteur général. Il s'applique tout au long de la procédure. Deux tours formels d'échanges écrits sont prévus (la notification des griefs

© Source : Conseil constitutionnel

et les observations sur celle-ci étant suivies par l'envoi d'un rapport aux parties, qui peuvent de nouveau présenter des observations aux services d'instruction). Cette procédure, très protectrice des droits de la défense, est quasiment unique dans l'Union. De nombreux autres moyens sont prévus pour assurer le dialogue permanent entre les parties et les services d'instruction : auditions, demandes de renseignements ou de communication de documents, notamment. Un débat systématique est également engagé lors de la séance devant le collège.

Comme déjà mentionné, un contradictoire spécifique a lieu sur les sanctions pécuniaires, et ce, même si la loi et la jurisprudence ne l'imposent pas spécialement. Ses modalités sont décrites dans le communiqué de l'Autorité - déjà cité - du 16 mai 2011. L'Autorité joue sur ce sujet un rôle moteur au niveau européen. Ainsi, la Commission, qui a publié le 17 octobre 2011 un document de bonnes pratiques sur sa procédure antitrust, s'est engagée à suivre à l'avenir une démarche analogue à celle de l'Autorité, en indiquant dans ses notifications de griefs les principaux éléments de fait et de droit susceptibles d'être utilisés pour déterminer les amendes qu'elle impose aux entreprises.

III. La garantie des droits fondamentaux devant l'autorité de la concurrence

Avant d'évoquer la procédure (B), il convient d'insister sur le rôle central du statut même de l'Autorité (A).

1. Les droits fondamentaux garantis par le statut et l'organisation mêmes de l'Autorité

A. L'exercice de la mission de l'Autorité s'effectue en toute indépendance..

L'Autorité de la concurrence est une autorité collégiale, statuant en pleine indépendance vis-à-vis des parties à l'instance mais aussi des pouvoirs politiques et des intérêts économiques. Cette indépendance a été consacrée dans la jurisprudence européenne pour d'autres types d'autorités. Cette reconnaissance jurisprudentielle peut être considérée comme l'amorce d'un statut « conventionnel » reconnu au niveau européen aux AAI. Il est complété en matière de concurrence par un réseau, le Réseau européen de la concurrence (REC), qui prévoit un certain nombre de pouvoirs, de devoirs et de garanties au bénéfice des autorités nationales de concurrence et de la Commission européenne, qui en font partie (27).

La notion d'indépendance de l'Autorité implique l'absence de toute tutelle ou pouvoir hiérarchique de la part du pouvoir exécutif, même si elle agit au nom de l'État et engage la responsabilité de ce dernier. L'indépendance garantit ainsi la liberté d'appréciation et de décision de l'Autorité, et donc son efficacité.

L'indépendance de l'Autorité est assurée par plusieurs dispositifs, tels que le mode de désignation des membres du collège, les conditions d'exercice du mandat et le statut des membres, ainsi que le caractère collégial de l'Autorité. Elle a été consolidée par le juge administratif, qui, dans la décision d'assemblée du 7 juillet 1989 (28), a consacré le principe d'irrévocabilité du mandat du président d'une autorité administrative indépendante, par l'exécutif. L'organisation même de l'Autorité marie ainsi les éléments d'une administration classique et ceux d'une juridiction. C'est l'idée du président Canivet (29) de l'Autorité en « chauve-souris » : « *Je suis oiseau : voyez mes ailes - je suis souris, vivent les rats !* ». Je me suis déjà longuement exprimé sur la raison d'être de ce modèle original et sur ses conséquences concrètes (30). Ce modèle est aujourd'hui celui de la quasi-totalité des autorités de concurrence en Europe.

B. ... et impartialité

Ensuite, ainsi que déjà évoqué au début de cette intervention, l'Autorité de la concurrence est une institution marquée par le principe d'impartialité. Notamment, à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation *Campenon Bernard* (31), les activités d'enquête et d'instruction, conduites par les services d'instruction sous l'autorité du rapporteur général, et les activités de décision revenant en toute indépendance au collège de l'Autorité, sont fonctionnellement séparées au sein de l'Autorité. Les agents ayant exercé des fonctions d'instruction (rapporteurs et rapporteur général) ne participent ni même n'assistent, depuis cet arrêt, au délibéré sur les affaires de pratiques anticoncurrentielles.

En ce sens, l'Autorité de la concurrence a adopté une procédure qui va au-delà des exigences de la Cour de Strasbourg. Cet aspect de son mode de fonctionnement va plus loin que les standards issus de l'article 6 de la Conv. EDH, et sa procédure constitue un des piliers de la légitimité de l'institution et de la robustesse de ses décisions. Le maintien de ces standards est quasiment unique en Europe.

C'est un point sur lequel tant de flou est entretenu qu'il convient de le rappeler clairement : l'arrêt *Dubus* (32) ne change rien à la jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg selon laquelle les AAI n'ont pas à respecter l'intégralité des principes issus de l'article 6 de la Convention, dès lors que leur activité est soumise au contrôle d'un tribunal doté d'un pouvoir de pleine juridiction. Cet arrêt n'emporte aucune remise en

Source : Conseil constitutionnel

question de la jurisprudence *Le Compte* (33). Il est clair qu'était en cause, dans l'affaire Dubus, une institution (la Commission bancaire) que le droit interne qualifiait expressément de juridiction administrative dans son activité disciplinaire, et dont le gouvernement français lui-même déclarait sans ambiguïté qu'elle assurait effectivement une séparation organique entre l'instruction d'une part et le jugement d'autre part. Dans cette situation, la question de l'applicabilité pleine et entière ne faisait pas l'ombre d'un doute et la Cour européenne était naturellement conduite à examiner si, oui ou non, la séparation assurée au sein de la Commission bancaire était bien organique - comme le revendiquait le gouvernement. Elle a constaté qu'à l'évidence, cela n'était pas le cas. Elle a donc conclu à la violation de l'article 6. Cet arrêt n'a donc aucune portée éclairante sur la situation d'autorités administratives indépendantes qui, contrairement à la Commission bancaire, ne sont pas qualifiables de tribunal, n'ont pas vocation à l'être et ne prétendent pas assurer une séparation fonctionnelle ?(32bis).

Pour ces autorités administratives indépendantes, ce sont donc bien les arrêts *Le Compte* (34), et plus récemment, *Menarini* (35), qui continuent à servir de point d'ancrage. Il convient de souligner au passage que, dans ce dernier arrêt, la Cour a rappelé à deux reprises (36), sans aucune ambiguïté, qu'une autorité indépendante pouvait être chargée de réguler la concurrence et disposer à cette fin du pouvoir d'imposer des sanctions sans que soit applicable l'intégralité de l'article 6, dès lors justement que ses décisions peuvent être soumises à un tribunal doté du pouvoir d'en faire un contrôle de pleine juridiction. Est ainsi clairement réaffirmée par la Cour une position constante : la Convention permet aux États membres de confier à une autorité administrative un pouvoir de sanction en matière de droit économique et financier, dès lors que le droit à un tribunal indépendant et impartial est pleinement garanti en aval de la chaîne, celle-ci respectant donc, prise globalement, les prescriptions de l'article 6, paragraphe 1.

Dans ce contexte, si l'application aux activités des autorités administratives indépendantes du principe de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision est à la fois imposée par les juridictions nationales et bienvenue, de mon point de vue, elle laisse clairement au législateur un choix entre une séparation organique ou fonctionnelle.

Ce choix ne peut en aucune manière être opéré de façon mécanique pour toutes les AAI. Il est naturel qu'il soit au contraire adapté aux missions, aux outils et aux spécificités propres à chaque autorité concernée. C'est pourquoi le législateur a fait un choix différencié (37). Dans le cas de l'Autorité des marchés financiers (AMF), autorité qui dispose d'attributions réglementaires en rien comparables avec celles de l'Autorité de la concurrence, une commission des sanctions vient ainsi s'ajouter aux services d'instruction et au collège. Cette commission se justifie à l'AMF dans la mesure où le collège, dont dépendent les services d'instruction, notifie les griefs, ce qui explique qu'on confie le pouvoir de sanction à une commission autonome. Elle n'a pas de sens à l'Autorité, puisque le collège ne joue aucun rôle dans l'instruction. Il s'agit dans les deux cas, mais de façon différente, de séparer les fonctions d'instruction et de décision pour assurer l'impartialité de l'institution. Le mode de fonctionnement de l'Autorité a du reste été validé par la Cour de cassation, notamment dans son arrêt du 30 novembre 2010, rejetant une demande visant à renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 461-4 du Code de commerce en ce qu'il aurait pour effet d'instaurer au sein de l'Autorité de la concurrence une confusion des pouvoirs (38).

Ainsi, le respect des principes processuels fondamentaux ne fait pas de l'Autorité de la concurrence une juridiction, et ne la « juridictionnalise » pas non plus. La jurisprudence *Campenon Bernard* a incité le législateur à concilier la nature d'organisme administratif et d'autorité de régulation économique avec les garanties devant dans l'ordre juridique interne encadrer le pouvoir de sanction et de décision dont dispose l'Autorité. Cette conciliation s'opère par le respect des droits et libertés fondamentaux, ce qui renforce le rôle de l'Autorité et sa raison d'être, lui octroyant ainsi une légitimité incontestable.

2. Les droits fondamentaux garantis par la procédure de l'Autorité de la concurrence

Ainsi que déjà mentionné, le pouvoir de sanction de l'Autorité relève de la matière pénale, soumis au respect la Conv. EDH. Les exigences d'un procès équitable posées par l'article 6 de la Convention et par la Constitution mettent en avant plusieurs principes processuels, tels que le contradictoire et l'impartialité, abordés précédemment, mais aussi la possibilité d'un recours effectif au juge.

Ces principes sont respectés tout au long de la procédure mise en oeuvre par l'Autorité. Lors de l'examen des recours contre ses décisions, la cour d'appel de Paris a du reste très rarement retenu l'existence d'une violation du procès équitable.

A. L'effectivité du recours au juge tout au long de la procédure

La procédure menée devant l'Autorité garantit également un recours effectif au juge, tant pendant l'enquête, que sur la décision finale - recours qui assure également le respect du principe d'impartialité, conformément à la jurisprudence de la CEDH.

La procédure des visites et saisies est soumise à une autorisation judiciaire préalable du juge des libertés et de la détention (39), qui apprécie et relève les informations du dossier, pouvant justifier cette procédure. Pour cela, le juge procède à la vérification de l'existence de présomptions de

© Source : Conseil constitutionnel

pratiques anticoncurrentielles (40). L'ordonnance d'autorisation doit ensuite comporter des précisions quant à l'objet et aux lieux de la perquisition (41). Le contrôle de l'autorité judiciaire est ainsi effectif sur l'exercice de leurs pouvoirs d'enquête par les services d'instruction de l'Autorité. Le juge peut même se rendre dans les locaux de l'intervention, et est toujours tenu informé de son déroulement. Enfin, un recours est même ouvert aux parties, quant au déroulement de l'opération de saisie (42).

Le contrôle exercé par le juge sur l'action de l'Autorité, se retrouve également en aval de la procédure. Le fond de la décision et la sanction pécuniaire peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel de Paris puis d'un pourvoi devant la Cour de cassation. La cour d'appel procédera à un entier contrôle pouvant conduire à l'annulation, mais elle dispose aussi d'un pouvoir de réformation. Là encore, le système français prévoir donc des garanties qui vont au-delà de celles qu'impose la Cour de Strasbourg, telles que celles-ci sont rappelées dans son récent arrêt *Menarini Diagnostics c/ Italie* (43).

Dans cet arrêt, la Cour européenne a en effet rappelé que la notion de pleine juridiction impliquait bien un entier contrôle et un pouvoir de réformation concernant la sanction, mais que sur le fond, seul l'entier contrôle était imposé, et non pas nécessairement un pouvoir de réformation.

B. Le respect des principes fondamentaux processuels est encore renforcé, depuis 2008, par l'intervention d'un médiateur procédural

Enfin, une autre garantie du respect des droits de la défense a été mise en place avec la création d'un conseiller auditeur, dans le cadre de la loi relative à la modernisation de l'économie. Le conseiller auditeur endosse le rôle d'un médiateur procédural entre les services d'instruction et les parties.

Ces dernières peuvent se tourner vers lui afin de discuter de questions relatives au respect de leurs droits, notamment en ce qui concerne le traitement du secret des affaires. Il peut également faire des propositions ou émettre des conseils, quant à la procédure, auprès du rapporteur général et dans un rapport remis au président du collège.

Conclusion

Pour conclure, un bon « curseur » existe - et doit être recherché - entre la protection des droits et l'efficacité des procédures de concurrence.

Ainsi, d'un côté, il ne faut pas perdre de vue que l'Autorité n'est pas le juge, même si, sous le contrôle du juge, elle « juge » évidemment de la façon dont doit se traiter tel dossier d'entente, d'abus de position dominante ou telle opération de concentration. De même, l'Autorité n'est pas non plus l'administration, même si elle est « administrative » et que son office diffère aussi de celui d'autres autorités administratives également indépendantes.

Pour autant, son rôle et ses modalités de fonctionnement la rapprochent, sur certains points, tantôt du juge, tantôt de l'administration. Cela vient sans doute du fait que la régulation concurrentielle des marchés est elle-même hybride, empruntant à la fois au droit, à l'économie et à la conduite des politiques publiques.

C'est précisément pour créer une telle « régulation concurrentielle » qu'a été décidée la dépénalisation du droit de la concurrence, opérée par l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui a supprimé la plupart des infractions pénales en la matière et créé le Conseil de la concurrence, mouvement relancé puis parachevé, après des avancées ciblées en 2001 (44) et en 2004 (45), par la « grande » réforme de 2008 (46). Je souligne que toutes ces réformes ont permis des avancées dans la protection des droits des entreprises, ce dont on ne peut que se féliciter.

La raison même de cette réforme étalée sur vingt ans était bien de mettre en place une politique de concurrence, confiée à une autorité indépendante investie d'une mission de régulation économique exercée sous le contrôle du juge. Ce modèle se fonde sur un double objectif d'efficacité.

Efficacité des outils d'abord, propres à une autorité chargée d'une mission de régulation, comme par exemple la procédure de transaction, le dispositif de clémence ou la capacité de l'Autorité de se saisir d'office. Efficacité, aussi, en termes de rapidité dans le traitement des dossiers. Le choix fait en 1986 de confier la régulation concurrentielle à une autorité indépendante, et non plus au juge pénal, répondait au souci de disposer d'une institution plus souple et réactive, en phase avec la vie des affaires. Le pari a été relevé. On peut par exemple rappeler que le stock d'affaires de l'Autorité est passé de 417 dossiers en 2000 à 153 fin 2010.

L'équilibre entre cette préoccupation d'efficacité de l'action de l'Autorité et la nécessaire protection des droits des entreprises doit faire l'objet de toutes les attentions, car il est fragile. La protection du secret des affaires, notamment, nécessite un traitement, très lourd, représentant environ

© Source : Conseil constitutionnel

25 % du temps consacré par les services concernés dans l'instruction d'une affaire, alors même que la protection du secret n'est plus du tout assurée en aval, en cas de recours contre les décisions de l'Autorité.

Le législateur a su préserver cet équilibre en 2008, tout en rénovant en profondeur les textes relatifs à la régulation concurrentielle. C'est maintenant à l'Autorité de faire vivre concrètement cet équilibre dans le cadre des dossiers de pratiques anticoncurrentielles qu'elle traite, sous le contrôle bien sûr du juge, dont c'est la mission. Et de montrer qu'elle peut contribuer, sous le contrôle des juges, à la « paix du mariage » entre les règles de concurrence et les droits fondamentaux.

Bruno Lasserre

I. Le droit de la concurrence « saisi par les droits fondamentaux » un progrès du droit évident mais inachevé

Par Robert Saint-Esteben, avocat au Barreau de Paris

L'application des garanties des Droits de l'Homme au droit de la Concurrence a pu sembler constituer une *incongruité* (47) ou la rencontre de « deux mondes qui semblaient s'exclure » (48).

En réalité, elle était dans la nature des choses si l'on ne voulait pas que la dépénalisation de la matière soit accompagnée d'une régression au regard des droits fondamentaux. Plus que d'un « progrès du Droit », il vaut donc mieux parler de sa consolidation car aujourd'hui l'applicabilité des droits fondamentaux au droit de la concurrence apparaît comme une évidence, affirmée malgré les obstacles qui pouvaient paraître se dresser devant elle. Pour autant, cette applicabilité n'est pas sans nuance, et elle soulève encore de nombreuses interrogations.

1. Une application affirmée malgré de sérieux obstacles

Ratione personae tout d'abord, appliquer la Conv. EDH aux personnes morales était inimaginable par rapport à la philosophie de 1789.

Curieusement, c'est très exactement à la veille du bicentenaire que la Cour de Strasbourg a admis le bénéfice de la protection du domicile garanti par l'article 8 Conv. EDH, à la perquisition de locaux d'une personne physique constituant aussi le siège de sa société (*Chappell* (49)), qui devait conduire à celle des locaux des personnes morales elles-mêmes (*Colas Est* (50)). Cela constituait un pas considérable ouvrant la voie à la protection des droits fondamentaux dans l'enquête administrative préalable. On connait les rebondissements récents de cette riche jurisprudence avec notamment l'arrêt *Rayon* (51) et ceux qui ont suivi celui-ci.

La même année du bicentenaire, la Cour de Justice des Communautés Européennes, devenue Cour de Justice de l'Union Européenne, allait dans le même sens, dans son arrêt *Hoechst* (52), même s'il était assorti de certaines réserves ; celles-ci ont été levées ensuite en 2002 dans un arrêt *Roquette* (53). Celui-ci tenait lui-même compte de l'évolution, depuis 1989, de la jurisprudence de Strasbourg, et en particulier de l'arrêt *Colas Est* précité. Pour autant, n'étaient pas résolues, loin de là, toutes les difficultés liées à la nature juridique particulière de l'« entreprise », qui constitue en droit de la concurrence une notion autonome, de nature économique, indépendante de la ou des personnes physiques ou morales qui la composent et la dirigent.

Dans quelle mesure donc l'« entreprise », prise en elle-même, peut-elle être « saisie » par les droits fondamentaux indépendamment des personnes juridiques qui la constituent ? La question paraît saugrenue : comment une « entité économique » non dotée de la personnalité juridique pourrait-elle être titulaire de droits ou obligations ?

La CJUE semble avoir sauté le pas de manière aussi audacieuse que problématique, lorsqu'au nom précisément de cette « unité économique », elle a établi une présomption d'imputabilité à la société mère, de l'infraction commise par la filiale détenue à 100 %. Cette présomption d'imputabilité, même si elle est réfragable, à une personne morale par hypothèse étrangère aux faits infractionnels, pouvait paraître *a priori* contraire aussi bien au principe de la personnalité des peines qu'à la présomption d'innocence, droits fondamentaux garantis par la Conv. CEDH. La Cour de justice rejette le moyen en se référant de manière très audacieuse au principe de la « responsabilité personnelle » de l'« entreprise » en tant qu'« unité économique ». Ainsi, l'imputation de principe à la mère, pourtant par hypothèse étrangère au comportement de la filiale, est justifiée selon la Cour au motif que « lorsqu'une telle entité économique (l'entreprise) enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction » (54). Ce considérant de principe est repris à l'identique dans les très nombreux arrêts du Tribunal de l'Union européenne et de la CJUE ultérieurs, qui confirment cette présomption d'imputabilité à la société mère. La « responsabilité personnelle » d'une entité non dotée de la personnalité juridique interpelle...

© Source : Conseil constitutionnel

On peut trouver une autre manifestation de cette notion d'« *entreprise* », distincte de la personne juridique, dans l'arrêt *Canal +* (55) de la CEDH, qui a considéré que les visites et saisies intervenues auprès de la société mère « GROUPE C+ », pourtant non visée dans l'ordonnance autorisant ces mesures, pouvaient être admises au regard de l'article 8 Conv. EDH, car l'ordonnance du JLD, visait « les locaux de C+ sans précision sur la forme sociale des différentes entités concernées à ce titre mais relevant assurément de cet intitulé » (n° 52). Un « intitulé » suffit donc pour viser personnellement et indifféremment toutes les personnes morales composant l'« entreprise » ainsi visée... Les deux Cours rivalisent ainsi d'audace...

Ratione materiae, la CEDH est passée, pour saisir le droit de la concurrence, du droit pénal *stricto sensu*, à la « matière pénale », dans laquelle se situent les sanctions administratives prononcées par les Autorités administratives indépendantes. Elle a pu ainsi, en quelque sorte, « repénaliser » au regard des droits fondamentaux, un domaine d'activité qui précisément avait été dépénalisé pour pouvoir bénéficier des avantages de souplesse et d'efficacité caractérisant en principe l'application du droit économique par des Autorités administratives indépendantes spécialisées (AAI).

Mais alors, dans quelle mesure les règles garantissant les droits fondamentaux et spécifiquement l'article 6 Cony. EDH s'appliquent-elles à la procédure et aux sanctions devant de telles autorités, dont la raison d'être réside précisément dans cette « souplesse » et cette « efficacité » ? Alors que l'on a retiré la compétence de principe au juge (sous réserve des droits de recours), fallait-il exiger de l'AAI le respect des droits fondamentaux comme si l'on se trouvait toujours devant une juridiction ? Le défi était de taille, alors même que par ailleurs l'AAI voyait ses missions s'étendre au delà de la fonction « juridictionnelle », en intervenant dans la « régulation » elle-même (en particulier, dans son rôle consultatif). D'un autre côté, il aurait été trop facile de retirer au juge le pouvoir de sanctionner pour le confier à une autorité qualifiée d'« administrative », pour échapper aux exigences du procès équitable et à la garantie des droits fondamentaux.

Malgré ces obstacles, la garantie des droits fondamentaux a été affirmée avec force dans le droit de la concurrence.

Dès la naissance du Conseil de la concurrence, le Conseil constitutionnel avait évoqué la garantie essentielle des droits de la défense des « justiciables » (56), en censurant la loi qui ne prévoyait pas la possibilité de suspension de l'exécution de la décision du Conseil de la concurrence.

Dans le même sens, et se démarquant des qualifications internes, les juges de Strasbourg ont appliqué la Conv. EDH au droit de la concurrence (arrêt *Stenuit* (57)), après avoir élaboré une notion autonome de l'« accusation en matière pénale ». On connaît les trois critères alternatifs (mais en cas de doute, cumulatifs) qui caractérisent la notion de « matière pénale », selon la jurisprudence *Engel* (58), à savoir la nature pénale du texte selon la technique juridique de l'État, l'objet et le but poursuivi par ledit texte, et enfin, la nature (répressive / dissuasive) et la sévérité de la sanction. Il n'est pas douteux que le droit de la concurrence relève de la « matière pénale » ainsi caractérisée. Il faut insister sur le dernier critère Engel parce que précisément, comme l'a confirmé encore récemment le Communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité de la concurrence sur la détermination des sanctions pécuniaires, les autorités de concurrence mettent en avant, avec le caractère répressif et surtout dissuasif des sanctions, la nécessité de peines toujours plus sévères, ce qui se vérifie en pratique. Du coup, le droit de la concurrence pourrait se rapprocher du « noyau dur » du droit pénal évoqué par l'arrêt *Jussila c/ Finlande* de la Cour Européenne (59), ce qui n'est pas sans conséquence pour le renforcement des droits fondamentaux dans cette « matière pénale » qui mérite bien son nom.

2. Une applicabilité des droits fondamentaux qui n'est pas sans réserves ni incertitudes

Mais s'il n'est pas discutable que la garantie des droits fondamentaux s'applique au droit de la concurrence, sa portée demeure encore incertaine plusieurs décennies après l'affirmation du bénéfice de cette garantie. Tout se passe comme si, s'effrayant quelque peu de sa propre audace, la Cour de Strasbourg après avoir ainsi étendu la « matière pénale », cherchait à relativiser la portée de cette extension, qui ne manque pas, encore aujourd'hui, de susciter certaines interrogations.

Il faut rappeler à cet égard la jurisprudence établie il y a une vingtaine d'années selon laquelle « L'article 6 § 1 (art. 6-1), s'il consacre le droit à un tribunal (...) n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les contestations sur [des] droits et obligations à caractère civil à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant les « tribunaux » conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des Droits de l'Homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions ; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe... » (60). Cette jurisprudence qui ne concernait pas au départ le droit de la concurrence, a été appliquée en cette matière dans l'affaire *Stenuit* précitée, qui a ainsi admis la théorie du « ministre juge ».

© Source : Conseil constitutionnel

Selon cette jurisprudence, peu importerait donc que le principe d'impartialité par exemple ne soit pas respecté au niveau de la procédure administrative, si ensuite il existe une possibilité de recours devant un vrai « Tribunal » qui lui, serait impartial au sens de l'article 6-1 et doté des pouvoirs de pleine juridiction.

Mais toute l'ambiguité de cette jurisprudence est révélée par la Cour de cassation dans son arrêt fameux *Campenon Bernard* (61) : si un coup de chapeau est donné à la jurisprudence *Le Compte*, son application a été radicalement contournée pour ce qui est du principe d'impartialité appliqué au Conseil de la concurrence, puisque la Cour de cassation a adopté une solution incompatible avec celle du « ministre-juge » retenue dans l'arrêt *Le Compte* : l'exigence du « tribunal impartial » a été affirmée par la Cour de cassation devant l'AAI elle-même, la Cour rejetant, au nom des principes de l'égalité des armes et de l'impartialité, la possibilité pour le rapporteur général et le rapporteur, de participer au délibéré du Conseil de la concurrence. C'était nier, au moins pour ce droit fondamental, l'effet pratique de la jurisprudence *Le Compte*... En revanche, la Cour de cassation a considéré dans ce même arrêt et dans le droit fil cette fois de la jurisprudence *Le Compte*, que l'exigence de la publicité des débats, pourtant garantie également par le même article 6-1 Conv. EDH, pouvait être écartée au stade du Conseil de la concurrence, dans la mesure où la décision était soumise ensuite, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, à la Cour d'appel où les débats sont publics.

Comme on le sait, cette jurisprudence française sur l'exigence d'impartialité dès le stade de l'autorité administrative n'est pas partagée par les juridictions communautaires, ni par de nombreux autres États de l'Union, qui s'en tiennent strictement à la jurisprudence *Le Compte* de la CEDH.

Pour autant, l'on peut se demander si celle-ci n'est pas en train d'évoluer. On a vu ainsi la Cour de Strasbourg examiner au titre de l'impartialité, dans son arrêt *Didier* (2002 (62)), le point de savoir si la participation du rapporteur au délibéré du CMF avait pu entacher d'impartialité la décision de sanction de cet organisme boursier. De même, dans un arrêt plus récent *Dubus* (2009 (63)), la CEDH semble à nouveau s'éloigner de la jurisprudence *Le Compte* puisque, comme dans l'arrêt *Didier*, la question de l'impartialité a été examinée dès le stade de la procédure devant l'autorité (*Commission Bancaire*). On a pu opposer qu'en réalité, l'on se trouvait devant un organisme de nature juridictionnelle en droit interne (64), ce qui expliquerait l'application du principe d'impartialité. L'explication est douteuse. En effet, la CEDH s'écarte des qualifications internes et se fonde sur une notion autonome de « tribunal au sens de l'article 6-1 ». Au surplus, l'arrêt *Le Compte* visait de la même manière les « organes administratifs ou corporatifs » et les « organes juridictionnels » (v. *supra*).

Il y a donc place pour le moins pour des clarifications à venir. Et ce n'est pas l'arrêt tout récent *Menarini* (65), qui convainc du contraire. La Cour de Strasbourg y a rappelé le principe absolument constant selon lequel le « recours de pleine juridiction » devait porter sur « toutes les questions de fait et de droit pertinentes » (n° 59). Pour autant, à lire la forte opinion dissidente du Juge Pinto De Albuquerque, ce contrôle du juge ne semble pas avoir porté en l'espèce sur toutes les questions de fait, et en particulier, pas sur les questions « complexes et techniques », qui auraient été laissées à la libre appréciation de l'autorité administrative. Ainsi, si le droit de la concurrence est effectivement « saisi » par les droits fondamentaux, des interrogations importantes subsistent et une exigence de clarté et de précision s'impose à la Cour de Strasbourg.

II. Le droit de la concurrence : un droit efficace au service de l'intérêt général. Où placer le curseur ?

La réponse à cette question est extrêmement difficile. Je rappelle que dans son arrêt *Campenon Bernard* précité, la Cour de cassation a énoncé deux solutions contradictoires, mais pour autant sans avancer d'indication précise pour une éventuelle règle de partage qui pourrait être utile dans d'autres espèces. D'une part, comme on l'a vu, s'agissant du principe de l'impartialité, la Cour a considéré qu'il n'était pas possible de s'en priver dès le stade de la procédure administrative devant l'AAI ; celle-ci doit donc répondre à un principe qui s'applique aux juridictions et aux tribunaux, exigence visée par l'article 6-1 Conv. EDH. Mais ce même article 6-1 vise aussi la publicité des débats, qui est donc également un droit fondamental garanti par la Convention. Mais la Cour de cassation cette fois rejette l'exigence pour l'Autorité de concurrence : conformément à la jurisprudence *Le Compte* précitée, elle lui paraît excessive au regard des nécessités d'efficacité et de souplesse qui justifient l'intervention de l'Autorité administrative indépendante en lieu et place d'un véritable tribunal. Bien entendu, cela est soumis à la condition qu'ensuite il y ait un débat public devant la cour d'appel.

Alors où placer le « curseur » ? Je dirais plutôt comment le manier ? Car j'aurais tendance à considérer que le placement même du curseur est variable et dépend à la fois du droit fondamental en cause et de l'exigence plus ou moins forte « d'efficacité et souplesse » de l'AAI.

1. De la recherche de principes directeurs

En réalité, je chercherais plutôt des principes directeurs pour déterminer comment utiliser ce manche à balai pour un vol sans encombre à travers les turbulences suscitées par les exigences contradictoires des droits fondamentaux et de la « souplesse » et de l'« efficacité » de l'action de

l'Autorité. Dans ses intéressantes conclusions dans l'affaire *Parent*, M. Guyomard, Rapporteur public (66), avait tenté de tracer une méthode intéressante pour le placement du curseur. Il distinguait d'une part des « garanties immédiates » qui devraient s'imposer dès le stade administratif de la procédure, et d'autre part d'autres garanties qui pourraient être « différées » au niveau du recours juridictionnel. Le critère résiderait dans la gravité du vice allégué, entraînant une atteinte irrémédiable aux droits fondamentaux, atteinte qui ne pourrait pas être réparée ensuite au niveau de la Cour. Parmi ces garanties immédiates, il citait en particulier le respect des droits de la défense et l'assistance d'un avocat, ce que devait confirmer l'arrêt *Rayon* déjà cité de la CEDH.

L'arrêt précité *Jussila c/ Finlande* de la CEDH a essayé aussi de donner des indications sur l'emplacement du curseur. La Cour a affirmé que les accusations « n'ont pas toutes le même poids » ; elle distingue ainsi les domaines et sanctions qui relèvent des catégories traditionnelles du droit pénal (le « noyau dur du droit pénal ») et les autres, parmi lesquels notamment elle situe « les sanctions pécuniaires », pour lesquelles les garanties procédurales ne devraient pas nécessairement s'appliquer « dans toute leur rigueur ». Bien entendu, ceci constitue une méthode qui ne nous aide guère pour notre réflexion d'aujourd'hui, le droit de la concurrence ne connaissant pratiquement que des sanctions pécuniaires. La question demeure donc entière pour celles-ci : quelles sont les garanties incontournables et celles qui ne le seraient pas ? La question est d'autant plus aigüe que ces sanctions pécuniaires sont de plus en plus lourdes. Or comme on l'a vu, ce même arrêt *Jussila c/ Finlande* insiste sur le critère de la sévérité de la sanction parmi les critères déterminant la « matière pénale » au regard de la CEDH.

Dans ces conditions incertaines, je reviendrais plutôt au critère préconisé par M. Guyomard, à savoir la gravité de l'atteinte et le caractère irrémédiable de celle-ci, auquel j'associerais un principe qui me paraît particulièrement opérationnel, le principe de proportionnalité. Celui-ci en effet est bien établi et affirmé de manière constante ne serait-ce que pour la détermination même des sanctions pécuniaires. D'ailleurs, la récente décision du Conseil constitutionnel du 13 mai dernier (67) s'y réfère expressément. En effet, pour le Conseil Constitutionnel, si l'on peut admettre des limitations à la liberté d'entreprendre justifiées par l'intérêt général, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes « disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Et par ailleurs, une limitation au droit au recours a été admise seulement sur la base d'une réserve tenant à ce que « les parties au contrat ont été informées de l'introduction » de l'action du Ministre de l'économie. Sans cette information, la restriction serait disproportionnée et dans cette mesure ne pourrait plus être justifiée par l'intérêt général.

De même, pour la CEDH, on peut citer l'arrêt *Niemietz* (68), où se posait la question de la conformité à la Convention, de la perquisition chez un avocat. La Cour de Strasbourg a expressément visé le fait que la mesure litigieuse n'était pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis, en ce que notamment le mandat autorisant la mesure était rédigé en termes vagues et que faisaient défaut les garanties spéciales de procédure pour un avocat (présence d'un observateur indépendant). Enfin, selon la Cour, vu la nature des objets effectivement examinés, la fouille empiéta sur le secret professionnel, à un degré qui se révéla disproportionné en l'occurrence.

Dans le même sens, s'agissant de la CJUE, on pouvait lire dans l'arrêt *Hoechst* précité que la protection contre les « interventions de la puissance publique dans la sphère privée d'une personne, qu'elle soit physique ou morale », qui seraient « arbitraires ou disproportionnés » constitue « un principe général du Droit communautaire ». Dans la même veine, après avoir rappelé dans son arrêt Roquette précité, la double contrainte consistant à assurer « l'efficacité de l'action de la Commission tout en respectant divers principes généraux de droit communautaire », la Cour de justice visait en premier lieu les vérifications « arbitraires ou excessives ». C'est à nouveau une référence explicite au principe de proportionnalité.

2. ... À leur expérimentation

Ayant ainsi évoqué quelques principes directeurs, il convient maintenant de les tester. Je prends à cette fin, faute de temps, un sujet très polémique actuellement, qui ne manquera pas d'être discuté lors du débat suivant ces quelques réflexions. Il s'agit de la saisie globale des messageries électroniques, entrainant celle des documents confidentiels qui y sont contenus.

La pratique est en effet désormais constante malheureusement de voir les enquêteurs saisir en bloc l'ensemble de la messagerie d'un salarié ou d'un dirigeant d'entreprise, même si elle contient des correspondances avec les avocats de l'entreprise ; d'ailleurs, il semble que les messageries des directeurs juridiques soient parfois particulièrement et spécifiquement visées, ce qui entraîne nécessairement la saisie de nombreuses correspondances d'avocat. Deux thèses s'affrontent : d'un côté, celle de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF, selon laquelle l'on serait obligé de procéder ainsi car d'une part, la messagerie serait « insécable » du point de vue technique, thèse confirmée, comme on le verra, par la chambre criminelle de la Cour de cassation ; d'autre part, procéder autrement (comme le fait pourtant la Commission européenne par l'usage de mots clés permettant une sélection des documents, le placement des documents douteux sous enveloppe scellée, etc.), constituerait une atteinte insupportable à l'« efficacité » de la procédure, faute, pour les enquêteurs, de temps et de moyens, à la différence des agents de Bruxelles.

La position des entreprises et de leurs conseils est bien entendu tout autre : ceux-ci s'appesantissent en particulier sur la possibilité de procéder

© Source : Conseil constitutionnel

autrement, en conciliant efficacité et protection des droits de la défense. Ils ont cherché en particulier à démontrer que la thèse de l'insécabilité de la messagerie n'était pas justifiée au plan technique et qu'en conséquence, la saisie globale était excessive et disproportionnée.

Pour résoudre le problème technique, le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a ordonné une expertise (69). Mais la Cour de cassation a cassé cette ordonnance par arrêt du 16 juin 2011 (70) en affirmant que le Président de la Cour d'appel, pour apprécier la régularité de la procédure de saisie, devait simplement « vérifier concrètement, en se référant au procès-verbal et à l'inventaire des opérations, la régularité de ces dernières ... » ; il ne pouvait donc pas ordonner une mesure d'instruction « sans rapport concret avec le litige », dans la mesure où elle tendait « à apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder autrement ».

Qui ne voit que cette solution à première vue étonnante, mériterait d'être examinée à l'aune du principe de proportionnalité ? En effet, face à la saisie de correspondances d'avocat avec son client, qui constitue incontestablement une atteinte des plus grave à un droit essentiel de la défense et au secret professionnel des avocats, atteinte irrémédiable que ne répare pas la restitution (plusieurs mois après) des pièces saisies à tort, la seule question pertinente est de savoir si cette saisie est ou non « excessive et disproportionnée ».

C'était l'interrogation légitime de l'ordonnance précitée du Premier Président de la Cour d'appel. Précisément, le rapport d'expertise qui a été publié récemment (71) semble établir qu'il existe bien des solutions techniques d'ordre informatique permettant d'extraire efficacement et rapidement des messageries les seuls éléments utiles à l'enquête et saisissables, sans porter atteinte aux principes susvisés. La position stricte à cet égard de la chambre criminelle semble en réalité dictée par le « droit pénal dur » (grande criminalité, trafic de stupéfiants, terrorisme, etc.). Précisément, comme le déclarait la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Jussila* précité, le droit de la concurrence n'en fait pas partie ; conformément aux principes directeurs exposés ci-dessus (gravité de l'atteinte et proportionnalité), une solution adaptée à une « matière pénale » étrangère au « noyau dur » pénal (même si elle s'en approche pour ce qui est de la lourdeur des sanctions) pourrait être admise, comme l'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'a fait dans son arrêt du 7 janvier 2011, pour la loyauté de la preuve (72) : elle a refusé d'étendre au droit de la concurrence une atteinte aux droits fondamentaux (loyauté de la preuve) tolérée pour le droit pénal en raison des exigences spécifiques de celui-ci. Là encore, l'atteinte aux droits fondamentaux a pu paraître disproportionnée, alors que précisément l'on n'était pas dans le « noyau dur » du droit pénal.

Au passage, l'on observera que la spécificité du droit de la concurrence pourrait ainsi entraîner des effets paradoxaux : soit écarter certaines exigences (exemple : la publicité des débats), soit en admettre d'autres alors même qu'elles sont écartées pour le droit pénal (exemple : la loyauté de la preuve).

III. L'impact du traité de Lisbonne sur les divergences éventuelles entre le droit de l'union et la CEDH

L'interrogation sur les divergences pouvant exister entre le droit de l'Union et la CEDH, est de grande actualité compte tenu de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. On sait que celui-ci a intégré la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » (la Charte) dans le droit primaire de l'Union, et surtout, il a prévu comme une obligation de résultat, l'adhésion de l'Union à la Conv. EDH. Or il ne peut être nié qu'existent certaines divergences entre le droit de l'Union et la CEDH. Même si la Cour de justice de l'Union fait de la CEDH une « source d'inspiration privilégiée », ceci n'empêche pas les discordances, dont on peut donner quelques exemples.

Ainsi, pour ce qui est de l'étendue de l'autorisation judiciaire pour les visites et saisies, dans son arrêt *Colas Est* déjà cité, la CEDH exige un « mandat préalable du juge judiciaire » dont l'étendue est remarquable puisque les juges de Strasbourg ont récusé un système qui laisserait à l'Administration le soin d'« apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations litigieuses » (pt 49). Or en droit de l'Union, selon la jurisprudence de la CJUE (arrêt préc. *Roquette*), le juge national ne peut pas substituer sa propre appréciation du caractère nécessaire des vérifications ordonnées, à celle de la Commission dont les évaluations de fait et de droit ne sont donc soumises qu'au contrôle de légalité des juridictions communautaires : le juge national doit se limiter à apprécier simplement le caractère « excessif ou disproportionné » de la mesure décidée par la Commission. De plus, même dans sa sphère limitée d'appréciation, le juge national ne peut pas exiger de la Commission la communication de pièces, mais seulement des « explications qui fassent ressortir de manière circonstanciée que la Commission dispose dans son dossier d'éléments et d'indices sérieux_..._ » (*Roquette*, pt 61).

On peut s'interroger désormais sur la conformité à la Conv. EDH d'un tel contrôle judiciaire limité. Selon la jurisprudence *Colas Est* de la CEDH, la Commission européenne ne devrait plus pouvoir apprécier « seule » l'opportunité, c'est-à-dire la « nécessité » des mesures, le juge ne pouvant plus se limiter à apprécier seulement leur caractère excessif ou disproportionné.

De la même manière, un doute existe encore sur « le droit au silence » et le principe de « non auto-incrimination ». La Cour de Strasbourg a

affirmé que le droit « de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination » était une exigence du procès équitable (bien que non visée expressément à l'article 6 Conv. EDH) (*Funke c/ France* (73)). Ainsi, non seulement la jurisprudence de la Cour semble reconnaître un véritable droit au silence (« se taire... »), mais elle considère aussi que ce droit s'applique à toutes les infractions « (...) de la plus simple à la plus complexe » (*Saunders c/ Royaume Uni* (74)).

À cet égard, le droit de l'Union, fondé sur la jurisprudence *Orkem* (75) mais aussi le Règlement n° 1/2003, apparaît nettement en décalage. Il est fondé sur un diptyque : si l'entreprise ne peut pas être obligée à « fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve », pour autant elle doit coopérer avec la Commission et « fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance ». Il s'agit d'une obligation dont la méconnaissance est soumise à sanctions. Ainsi, s'il lui est reconnu le droit de ne pas « s'auto-incriminer », l'entreprise, pour autant, est tenue de fournir les éléments factuels et documentaires réclamés par la Commission, même s'ils doivent établir la preuve de sa participation à l'infraction. Les mêmes principes gouvernent d'ailleurs le droit interne en la matière.

Le droit de la concurrence tant interne que communautaire se différencie donc du droit pénal, qui reconnait aux personnes physiques un véritable droit de se taire (art. 63-1 CPP (76)). Mais ce faisant, il semble aussi en décalage avec la CEDH qui, on l'a vu, paraît reconnaître le même droit au silence pour toutes les infractions de la matière pénale.

Cependant, la portée de la jurisprudence « *Funke* » de la CEDH demeure encore quelque peu incertaine. Certains considèrent ainsi que le droit de se taire se limiterait aux personnes physiques et ne bénéficierait pas aux personnes morales (77). Mais cette distinction semble en décalage avec l'assimilation classique désormais au regard des droits fondamentaux ici en cause (art. 6, 7, 8 Conv. EDH), des deux catégories de personnes juridiques. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de Strasbourg n'est pas elle-même sans nuance puisque le même arrêt *Funke* considère que n'est pas incompatible avec le droit au silence « l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple, les documents recueillis en vertu d'un mandat ». En revanche, à la différence de la jurisprudence de la CJUE, l'administration ne pourrait pas, semble t-il, exiger du suspect des explications sur ces mêmes documents, car celles-ci dépendraient alors « de la volonté » dudit suspect.

La jurisprudence de la CJUE (comme le droit interne) peut apparaître ici encore en décalage par rapport à celle de la CEDH.

Enfin, l'on ne peut pas ne pas évoquer le problème, véritable serpent de mer, de la concentration des pouvoirs d'enquête, d'instruction et de sanction entre les mains de la Commission européenne, qui est un défi à l'exigence du « tribunal impartial » contenu à l'article 6-1 de la Convention. On a vu que la jurisprudence de la CEDH semblait évoluer à cet égard (arrêts *Didier, Dubus*) vers une exigence plus forte de l'impartialité dès la phase administrative, en décalage avec la jurisprudence *Le Compte* (v. *supra*). De toute manière, à supposer même que subsiste la jurisprudence *Le Compte*, la condition d'un recours de pleine juridiction permettant à la Cour de statuer sur tous les éléments de fait et de droit (cf. en dernier lieu l'arrêt *Menarini* préc.) est problématique en droit de l'Union européenne : traditionnellement, le Tribunal et la Cour de l'Union européenne refusent de contrôler au fond les « appréciations économiques complexes » de la Commission. Il n'y a donc pas un contrôle complet des faits (78).

Le Traité de Lisbonne désormais en vigueur devrait donc avoir un impact sérieux. S'agissant tout d'abord de la Charte, celle-ci fait désormais partie du droit primaire de l'Union européenne et est directement applicable en tant que tel. Les justiciables peuvent donc l'invoquer contre les actes des organes de l'Union comme ceux des États membres. Mais l'effet risque d'être relativement limité puisque d'une part la Charte ne peut être invoquée que lorsque le droit de l'Union est applicable et surtout, la CJUE garde la maîtrise finale de l'interprétation. Des divergences avec la CEDH peuvent subsister. D'autant que le droit de l'Union et les mesures nationales prises pour son application bénéficient d'une « présomption (réfragable) de conventionalité » (arrêt *Bosphorus* (79)), couvrant pour l'instant pudiquement les divergences réelles existantes.

En revanche, l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH risque de bouleverser cet équilibre quelque peu branlant : cette fois, c'est la Cour de Strasbourg qui aura le dernier mot, y compris après la CJUE, qui désormais, et pour la première fois, sera sous contrôle d'une autorité judiciaire supérieure.

C'est un choc juridique et politique qui confirme la prééminence des droits fondamentaux sur tous les objectifs et moyens de l'Union, y compris celui de la « concurrence libre et non faussée ».

Robert Saint-Esteben

(1) Le 20 octobre 2011 s'est tenue, au Conseil constitutionnel, une conférence sur le thème « Entreprise, droits fondamentaux et droit de la concurrence ». Il s'agit de la quatrième conférence du cycle consacré à l'entreprise face aux droits fondamentaux, organisé par la Société de législation comparée avec le soutien du Conseil constitutionnel et intitulé « Les jeudis de la SLC ».

(2) Cour de justice, 7 juin 1983, *SA Musique diffusion française*.

(3) Cour de justice, 13 juill. 1966, *Consten et Grundig*, et 1er juin 1999, *Eco Swiss*.

(4) Cons. const., 23 janv. 1987, 86-224 DC (GDCC, 15 e éd. 2009, n° 32 ; GAJA, 18e éd. 2011, n° 89) : la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence prévoyait que le recours formé contre une décision du Conseil de la concurrence n'était pas suspensif, sans pour autant permettre à la Cour d'appel de Paris, substituée au Conseil d'État, de prononcer le sursis à exécution.

(5) Cons. const., 13 mai 2011, 2011-126 QPC, D. 2011. 1340, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1833, point de vue C. Rougeau-Mauger ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2012. 577, obs. D. Ferrier ; Constitutions 2011. 507, chron. J. Barthélemy et L. Boré.

(6) Liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle, libertés de circulation prévues par les traités.

(7) Si les règles de concurrence dont l'Autorité assure le respect ne relèvent pas du droit pénal, elles font bien partie de la matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH.

(8) Cons. const., 13 mai 2011, 2011-126 QPC, préc.

(9) Cons. const., 18 oct. 2010, 2010-55 QPC, AJDA 2011. 649, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser.

(10) CEDH, 27 févr. 1992, n° 11598/85, *Stenuit (Sté)* c/ *France*, AJDA 1992. 416, chron. J.-F. Flauss ; D. 1993. 385, obs. J.-F. Renucci ; RFDA 1993. 963, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre.

(11) Cour de justice, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie c/ Commission*.

(12) CE, 22 nov. 2000, n° 207697, *Société Crédit agricole Indosuez Chevreux*, au Lebon ; AJDA 2000. 1069 ; *ibid.* 997, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 237, obs. M. Boizard ; *ibid.* 1609, obs. A. Reygrobellet ; RSC 2001. 598, obs. J. Riffault.

(13) Cour de justice, 20 janv. 2011, *General Química*, n° C-90/09, D. 2012. 577, obs. D. Ferrier ; RTD com. 2011. 365, obs. A. Constantin ; RTD eur. 2011. 417, obs. L. Idot.

(14) CEDH, 5 juil. 2006, *Jussila c/ Finlande*.

(15) CA Paris, 9 avril 2002, *Géodis Overseas France*, RSC 2003. 578, obs. J.-C. Fourgoux.

(16) CEDH, 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*.

(17) Cons. const., 17 janv. 1989, 88-248 DC, GDCC, 15 e éd. 2009, n° 33.

(18) Cons. const., 10 juin 2009, 2009-580 DC, AJDA 2009. 1132 ; D. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; *ibid.* 2045, point de vue L. Marino ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; Constitutions 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; *ibid.* 293, obs. D. de Bellescize ; RSC 2009. 609, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2010. 209, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 415, étude A. Cappello ; RTD civ. 2009. 754, obs. T. Revet ; *ibid.* 756, obs. T. Revet ; RTD com. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dulian.

(19) Cons. const., 28 juil. 1989, 89-260 DC.

(20) *Idem*.

(21) Cons. const., 23 janv. 1987, 86-224 DC.

(22) Cons. const., 17 janv. 1989, 88-248 DC.

(23) Cons. const., 30 déc. 1982, 82-155 DC.

(24) Cons. const., 10 juin 2009, 2009-580 DC, préc.

(25) Cons. const., 30 déc. 1987, 87-237 DC.

(26) Cons. const., 20 janv. 1981, 80-127 DC.

(27) Art. 14 et 35 du règlement n° 1/2003.

(28) CE, 7 juill. 1989, n° 56627, *Ordonneau*, au Lebon.

(29) V. G. Canivet, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution : le vol acrobatique de la chauve-souris », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, 2011.

(30) V. B. Lasserre, « L'office de l'Autorité de la concurrence », *Revue Justice & cassation*, Dalloz, 2010.

(31) Com., 5 oct. 1999, n° 97-15.617, D. 1999. 44, obs. A. M. ; *ibid.* 2000. 9, obs. M.-L. Niboyet ; RTD civ. 2000. 618, obs. J. Normand ; RTD com. 2000. 249, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *ibid.* 632, obs. E. Claudel.

(32) CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus (Sté)* c/ *France*, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 2247, note A. Couret ; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville.

(32bis) C'est d'ailleurs sur le fondement du principe de l'impartialité des juridictions que le Conseil constitutionnel, dans sa décision no 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, a exigé que la commission bancaire, qualifiée par la loi de juridiction, respecte cette séparation fonctionnelle, sans rendre obligatoire une éventuelle séparation organique : *« ?[…] les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire* ***sans séparer en son sein****, d'une part, les* ***fonctions*** *de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les* ***fonctions*** *de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe* ***d'impartialité des juridictions*** *et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution.? »* (gras ajoutés).

(33) CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

(34) C'est d'ailleurs sur le fondement du principe de l'impartialité des juridictions que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011 (AJDA 2012. 578, étude M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser), a exigé que la commission bancaire, qualifiée par la loi de juridiction, respecte cette séparation fonctionnelle, sans rendre obligatoire une éventuelle séparation organique : *« […] les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire* sans séparer en son sein_, d'une part, les_ fonctions *de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les* fonctions *de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe* d'impartialité des juridictions *et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution. »* (soulignements ajoutés).

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

(35) CEDH, 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*.

(36) Pts 43 et 58.

(37) V. B. Lasserre, « La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II) », *Concurrences*, n° 4, 2010.

(38) Cass., 30 nov. 2010, rejetant une demande de France Télécom et Orange. Dans son arrêt, la Cour de cassation a relevé que l'article L. 461-4 « ayant, notamment, pour objet et pour effet de parfaire la séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'Autorité de la concurrence, la question ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

(39) L'ordonnance du juge des libertés et de la détention peut faire l'objet d'un appel, puis d'un pourvoi en cassation.

(40) Com., 15 mars 1994, n° 92-15.501, D. 1994. 85.

(41) Cass. Com., 29 oct. 1991, n° 90-12.924.

(42) Recours devant le premier président de la Cour d'appel dont la décision est susceptible d'un pourvoi en cassation.

(43) CEDH, 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*.

(44) Loi sur les « nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001.

(45) Ord. du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises.

(46) Ord. (n° 2008-1161) du 13 nov. 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

(47) F. Sudre, « L'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 27 juin 1992, *Société Stenuit c/ France*, à propos des droits... de l'entreprise », *JCP*, Dr. Adm. de l'entreprise, 1992, 26.

(48) L. Arcelin, « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », *Rev. Lamy dr. Conc.*, 2007, n° 11, p. 100.

(49) CEDH, 30 mars 1989, *Chappel c/ Royaume-Uni*.

(50) CEDH, 16 avr. 2002, n° 37971/97, *Colas Est (Sté)* c/ *France*, AJDA 2002. 500, chron. J.-F. Flauss ; D. 2003. 527, obs. C. Bîrsan ; *ibid.* 1541, obs. A. Lepage.

(51) CEDH, 21 févr. 2008, n° 18497/03, *Ravon* c/ *France*, D. 2008. 1054 ; GAJF, 5e éd. 2009, n° 5 ; *ibid*, n° 52 ; RSC 2008. 598, note H. Matsopoulou ; Rev. sociétés 2008. 658, note B. Bouloc.

(52) CJCE, 21 sept. 1989, n° C-46/87, *Hoechst (Sté)* c/ *Commission des Communautés européennes*, AJDA 1990. 281, chron. T. Debard et C. Alibert ; D. 1990. 112, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac.

(53) CJCE, 22 oct. 2002, n° C-94/00, *Roquette Frères (Sté)* c/ *Directeur général de la concurrence*, D. 2002. 3205, obs. E. Chevrier ; RSC 2003. 156, obs. L. Idot.

(54) CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd* c/ *Commission européenne*, AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 2149, et les obs. ; *ibid.* 2011. 552, obs. B. Blanchard ; RTD civ. 2010. 814, obs. P. Thery ; RTD eur. 2011. 173, chron. L. Coutron ; *ibid.* 412, obs. L. Idot, pt 56.

(55) CEDH, 21 déc. 2010, n° 29408/08, *Canal Plus (Sté)* c/ *France*, D. 2011. 1332, et les obs., note H. Matsopoulou.

(56) Déc. Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janv. 1987.

(57) CEDH, 27 fév. 1992, *Stenuit c/ France*, cf. art. de F. Sudre, ci-dessus, note 46.

(58) CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*.

(59) CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*.

(60) CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

(61) Com., 5 oct. 1999, n° 97-15.617, D. 1999. 44, obs. A. M. ; *ibid.* 2000. 9, obs. M.-L. Niboyet ; RTD civ. 2000. 618, obs. J. Normand ; RTD com. 2000. 249, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *ibid.* 632, obs. E. Claudel, *Bull.* 1999, IV, n° 158, p. 133.

(62) CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*.

(63) CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus (Sté)* c/ *France*, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 2247, note A. Couret ; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville.

(64) F. Zivy et I. Luc, « L'équité procédurale devant l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 4, 2010, p. 85.

(65) CEDH, 27 sept. 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*.

(66) M. Guyomard, « Conclusions sur CE, 27 octobre 2006 du Conseil d'État », *Parent*, *LPA*, 20 déc. 2006, n° 253, p. 4.

(67) Déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale nationale et autre*, D. 2011. 1340, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1833, point de vue C. Rougeau-Mauger ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2012. 577, obs. D. Ferrier ; Constitutions 2011. 507, chron. J. Barthélemy et L. Boré.

(68) CEDH, 16 déc. 1992, n° 13710/88, *Niemietz* c/ *Allemagne*, AJDA 1993. 105, chron. J.-F. Flauss ; D. 1993. 386, obs. J.-F. Renucci ; RFDA 1993. 963, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre.

(69) Ord. CA. Paris, 4 janv. 2011, *Centre scientifique et technique du Bâtiment*.

(70) Crim., 16 juin 2011, n° 11-80.345, D. 2011. 1749.

(71) MLEX, cité par A. Ronzano, CREDA, 19 oct. 2011, 18 : 03.

(72) Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316, D. 2011. 562, obs. E. Chevrier, note F. Fourment ; *ibid.* 618, chron. V. Vigneau ; *ibid.* 2891, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; RTD civ. 2011. 127, obs. B. Fages ; *ibid.* 383, obs. P. Thery. Il est vrai cependant que, pour l'inventaire et les scellés, le Code de commerce (art. L. 464-I) renvoie à l'article 56 du Code de procédure pénale. Un tel renvoi n'existait pas pour les preuves.

(73) CEDH, 25 févr. 1993, n° 11471/85, *Crémieux* c/ *France*, D. 1993. 387, obs. J.-F. Renucci ; RFDA 1994. 1182, chron. C. Giakoumopoulos, M. Keller, H. Labayle et F. Sudre ; RSC 1993. 581, obs. L.-E. Pettiti ; *ibid.* 1994. 362, obs. R. Koering-Joulin ; *ibid.* 537, obs. D. Viriot-Barrial.

(74) CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume Uni*.

(75) CJCE, 18 oct. 1989, n° C-374/87, *Orkem* c/ *Commission des Communautés européennes*, D. 1990. 113, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac ; RSC 1990. 155, obs. J.-C. Bonichot.

(76) V. encore Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, AJDA 2010. 1556 ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; GAPP, 7e éd. 2011, n° 27 ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig ; *ibid.* 517, obs. P. Puig.

(77) E. Morgan de Rivery et E. Chassaing, « Le droit au silence dans les procédures de concurrence », *L'Observateur de Bruxelles*, n° 85, juill. 2011, p. 44.

(78) On peut se demander cependant si l'arrêt *Menarini* préc. de la CEDH ne connaît pas la même limite (v. *supra*).

(79) CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, n° 45036/98, AJDA 2005. 1886, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 2006. 566, note J. Andriantsimbazovina ; RTD eur. 2005. 749, note J.-P. Jacqué.