Organisation de Coopération et de Développement Économiques

DAF/COMP/WP3(2019)1

Non classifié | Français - Or. Anglais

27 avril 2020

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

Norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence – Note de référence

Par le Secrétariat

4 juin 2019

Le présent document a été établi pour servir de note de référence pour le Point 2 de l'ordre du jour de la 129e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, prévue le 4 juin 2019.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :

www.oecd.org/daf/competition/standard-of-review-by-courts-in-competition-cases.htm

Pour toute question sur ce document, veuillez contacter Mme Despina PACHNOU
Courriel : Despina.Pachnou@oecd.org

JT03461185

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence

Par le Secrétariat*

Résumé

Pour que l'application du droit de la concurrence soit efficace et crédible, il est indispensable que les décisions prises en la matière puissent faire l'objet a posteriori d'un examen par un tribunal indépendant. Les juges évaluent à la fois le respect des règles de procédure et celui des dispositions matérielles du droit de la concurrence. Ils peuvent soit confirmer les décisions rendues en application du droit de la concurrence soit détecter des erreurs et les corriger.

Dans certaines juridictions, les décisions rendues en matière de concurrence peuvent faire l'objet d'un examen au fond complet sans limitation des motifs juridiques qui peuvent être invoqués ou des aspects de la décision qui peuvent être contestés. Dans d'autres, elles peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité pour certains motifs uniquement, lesquels englobent généralement la légalité de l'acte contesté, le caractère raisonnable et le respect des règles de procédure.

Bien connaître la norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence revêt de l'importance en premier lieu pour ceux qui statuent, parce qu'il faut que leurs enquêtes et leurs décisions puissent résister à l'examen des juges, et en second lieu pour les parties concernées, qui tiennent compte de cette norme pour décider de contester ou non une décision, en fonction des motifs de recours possibles et des chances qu'elles ont d'obtenir gain de cause devant un tribunal.

*Ce document a été établi par Despina Pachnou et a bénéficié de la contribution de Pedro Caro de Sousa, Jordi Calvet Bademunt et Cristina Volpin, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

Table des matières

Norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence 2

1. Introduction 4

2. Cadre d'application du droit de la concurrence 5

3. Normes d'examen 9

4. Conclusions 21

Bibliographie 25

Graphiques

Graphique 1. Modèle judiciaire 6
Graphique 2. Modèle administratif 6
Graphique 3. Exemples de tribunaux spécialisés et de droit commun dans les systèmes judiciaires ou administratifs d'application du droit de la concurrence 9

Encadrés

Encadré 1. Contrôle des actes de procédure : décisions par lesquelles la Commission européenne demande des renseignements et ordonne des inspections 11
Encadré 2. Réexamen des décisions d'engagements par les juges européens 12
Encadré 3. Obligation de motivation des décisions prises en matière de concurrence : l'exemple du Royaume-Uni et du Canada 13
Encadré 4. Examen au fond en Belgique 14
Encadré 5. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au procès équitable : l'examen des tribunaux doit être complet et porter à la fois sur les faits et sur le droit 17
Encadré 6. Les preuves doivent être pertinentes par rapport à la décision 20
Encadré 7. La Commission jouit d'une certaine marge pour apprécier les aspects économiques, mais l'utilisation de cette marge d'appréciation est soumise à un contrôle 20

1. Introduction

1. Le contrôle par les tribunaux de l'application du droit de la concurrence contribue à garantir que les pratiques et décisions mises en œuvre en la matière sont conformes aux règles applicables, que les droits des parties sont respectés et que les autorités de la concurrence exercent leur pouvoir discrétionnaire dans le cadre des limites fixées par la loi. Les juges vérifient si les règles de procédure ont été respectées, mais aussi si les dispositions matérielles du droit de la concurrence ont été appliquées correctement et avec cohérence. Ils peuvent également détecter des erreurs en fait et en droit et imposer des modifications ou, au contraire, confirmer les décisions des autorités de la concurrence. Ce faisant, ils garantissent que l'application du droit de la concurrence s'effectue de manière impartiale, cohérente et transparente, ce qui en renforce la légitimité et la crédibilité.

2. En 1996, le Comité de la concurrence a organisé un séminaire sur la *mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence* qui a permis d'avoir une vision générale des normes de preuve et normes d'examen appliquées par les tribunaux dans les affaires de concurrence. Ce séminaire a également permis de comparer les normes applicables aux conclusions de droit à celles applicables aux conclusions de fait (OCDE, 1996). En 2011, le Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi du Comité de la concurrence a organisé une table ronde intitulée *Table ronde sur les aspects institutionnels et procéduraux des rapports entre les autorités de la concurrence et les tribunaux, et point sur les évolutions en cours en matière d'équité et de transparence procédurales* (OCDE, 2011). Cette table ronde a été l'occasion d'examiner rapidement le périmètre de l'examen réalisé par les tribunaux dans les différents pays de l'OCDE et de comparer les cadres institutionnels et juridiques dans lesquels s'inscrivait ce contrôle. Les participants sont parvenus à la conclusion qu'il était nécessaire qu'un contrôle effectif des juges complète les mécanismes de contrôle internes mis en place par les autorités de la concurrence pour garantir le respect du droit au procès équitable. Le Comité de la concurrence et le Groupe de travail n° 3 ne se sont pas davantage intéressés à cette question.

3. Bien connaître la norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence revêt en premier lieu de l'importance pour les autorités qui statuent, parce qu'il faut que leurs enquêtes, les preuves qu'elles recueillent et leurs décisions puissent résister à l'examen des juges. Une bonne connaissance de la norme d'examen applicable revêt aussi de l'importance pour les parties, qui tiennent compte de cette norme pour décider de contester ou non une décision, en fonction des motifs de recours possibles et des chances qu'elles ont d'obtenir gain de cause devant un tribunal.

4. Le présent document est organisé comme suit. La section 2 décrit le contexte dans lequel le droit de la concurrence est appliqué, indiquant en particulier si une juridiction est dotée d'un système d'application du droit de la concurrence judiciaire ou administratif et si les affaires de concurrence sont portées devant les tribunaux de droit commun ou devant un tribunal spécialisé. La section 3 porte sur l'ampleur de l'examen pratiqué par les tribunaux : elle examine si le contrôle est possible pour n'importe quel motif ou seulement pour une liste limitative de motifs, et si les juges contrôlent tous les aspects de la décision des autorités de la concurrence ou certains aspects seulement ; elle répond également à la question de savoir jusqu'où va leur examen. Cette partie évoque aussi la marge d'appréciation de l'instance de décision et les conséquences de cette marge d'appréciation sur l'ampleur du contrôle des juges. La section 4 fait office de conclusion.

5. La table ronde sur la norme d'examen appliquée par les tribunaux s'inscrit dans le cadre du thème de réflexion stratégique du Comité de la concurrence concernant la

transparence et l'équité procédurales, lequel devrait aboutir à l'adoption, en 2020, d'une recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurales. La table ronde et le présent document ne portent que sur le contrôle des décisions rendues dans le cadre de l'action publique en droit de la concurrence.

2. Cadre d'application du droit de la concurrence

6. Cette section fournit un aperçu du contexte dans lequel ont lieu l'application du droit de la concurrence et son contrôle par les juges. L'application du droit de la concurrence relève soit d'un système judiciaire (l'autorité de la concurrence est chargée des enquêtes et peut remettre en cause des comportements et opérations de concentration présumés préjudiciables à la concurrence, mais il appartient à un juge de statuer en première instance) soit d'un modèle administratif (l'autorité de la concurrence enquête et statue en première instance) (OCDE, 2016). Il est également possible de faire une distinction en fonction du degré de spécialisation des tribunaux chargés du contrôle. Cet aspect est examiné plus loin dans cette section.

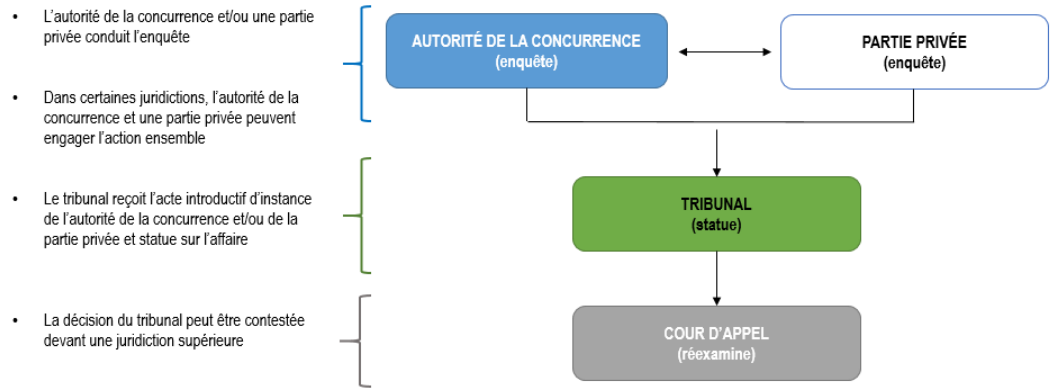
7. Dans ce document, les adjectifs « judiciaire » et « administratif » renvoient à la nature du système chargé d'appliquer le droit de la concurrence et au rôle des tribunaux analysé sous l'angle de la répartition des fonctions d'enquête, de poursuite et de décision entre l'autorité de la concurrence et les tribunaux. S'agissant de la procédure judiciaire, on distingue également les procédures inquisitoires des procédures accusatoires. Cette distinction, qui ne sera pas traitée ici, concerne le rôle du juge durant la procédure judiciaire et les règles qu'il applique pour statuer. Dans une procédure accusatoire, *« le procès est conçu comme une forme de joute entre deux concurrents à égalité dont chacun cherche à l'emporter sur l'autre »* ; à l'inverse, un procès inquisitoire se présente comme une *« procédure impartiale conduite par un agent public et sous son contrôle et visant à enquêter et établir les faits dans un litige »* (Ainsworth, 2015). Cette distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire se traduit par une différence au niveau du déroulement de la procédure et du mode de présentation et d'évaluation de la preuve pendant le procès, mais n'est pas nécessairement liée à la nature judiciaire ou administrative du système d'application du droit de la concurrence.

2.1. Nature judiciaire ou administrative du système d'application du droit de la concurrence

8. Dans les modèles judiciaires (parfois dénommés dualistes), l'autorité de la concurrence est chargée des enquêtes. Lorsqu'elle constate un problème de concurrence, elle porte l'affaire devant un tribunal, lequel statue en première instance. La décision rendue par ce tribunal peut être contestée devant une cour d'appel, et il arrive que la décision rendue en appel puisse être contestée devant une juridiction supérieure.

9. Ce type de système est courant dans les pays de *common law*, mais se rencontre également ailleurs. D'après la recherche du Secrétariat, il existe dans huit pays membres de l'OCDE, à savoir l'Australie, l'Autriche, le Canada, le Chili, l'Irlande, Israël, la Nouvelle-Zélande et, principalement pour ce qui concerne l'application du droit de la concurrence par la division antitrust du ministère fédéral de la Justice, les États-Unis.

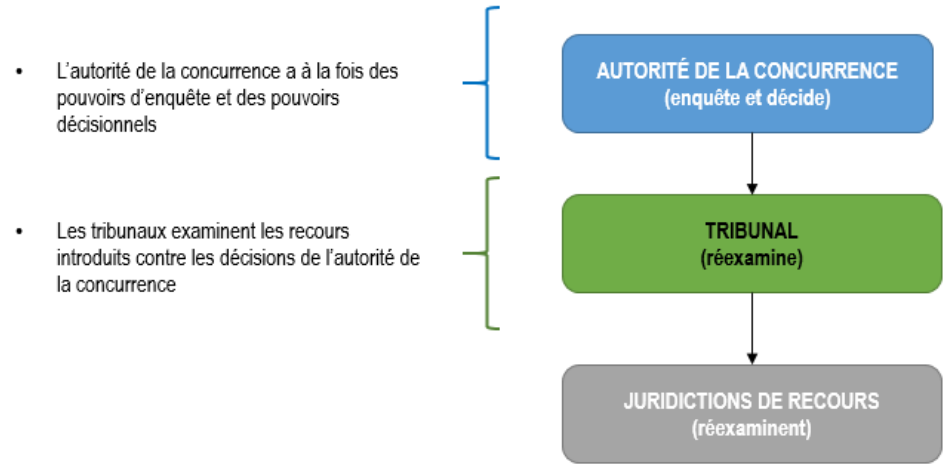
Graphique 1. Modèle judiciaire



Source : D'après OCDE (2016b), The resolution of competition cases by specialised and generalist courts : Stocktaking of international experiences, p. 33.

10. Dans les modèles administratifs (parfois qualifiés d'intégrés), l'autorité de la concurrence conduit les enquêtes et statue, et ses décisions sont soumises à un contrôle des tribunaux, généralement devant deux degrés de juridiction. En règle générale, la juridiction inférieure réexamine les questions de droit et de fait, tandis que la juridiction supérieure procède uniquement à un contrôle de légalité, lequel n'est possible que pour certains motifs. Dans ce type de modèle, le parquet engage des poursuites pénales contre les infractions, et les décisions de première instance sont rendues par des tribunaux et sont susceptibles d'appel.

Graphique 2. Modèle administratif



Source : D'après OCDE (2016b), The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experiences, p. 33.

11. La plupart des pays membres de l'OCDE sont dotés d'un système administratif d'application du droit de la concurrence. Certains de ces systèmes comportent à la fois des

composantes administratives et des composantes judiciaires. En Nouvelle-Zélande, certaines décisions sont prises par l'autorité de la concurrence (la Commerce Commission ou NZCC), tandis que d'autres relèvent de la Haute cour. En Australie, l'autorité de la concurrence (Australian Competition and Consumer Commission ou ACCC) conduit les enquêtes sur les violations alléguées de la loi australienne sur la concurrence et les consommateurs ; elle se prononce sur les pratiques commerciales restrictives et sur les demandes d'autorisation de fusion (ces décisions peuvent être contestées devant le Tribunal australien de la concurrence), tandis que les autres affaires sont tranchées en première instance par la Cour fédérale australienne (OCDE, 2018b).

12. Aux États-Unis, le ministère fédéral de la Justice et la Federal Trade Commission (FTC) n'ont pas le même fonctionnement. Le ministère de la Justice conduit les enquêtes et porte les affaires devant le tribunal compétent, c'est-à-dire le système judiciaire. Quant à la FTC, dans certaines affaires, elle prend en première instance des décisions qui peuvent être attaquées devant les cours fédérales d'appel, tandis que dans d'autres, elle peut simplement saisir d'un recours administratif le juge administratif qui siège en son sein et est employé par elle tout en étant indépendant. Le juge administratif statue, et sa décision peut être attaquée devant la formation collégiale composée des commissaires de la FTC. La décision de ce collège peut être contestée devant le tribunal compétent. Enfin, dans d'autres affaires encore, la FTC doit saisir directement les tribunaux compétents sans passer par un recours administratif [1].

2.2. Tribunaux spécialisés ou de droit commun

13. Les affaires de concurrence peuvent être tranchées par un tribunal spécialisé en matière de concurrence, par un tribunal de droit commun civil ou administratif ou encore par une chambre spécialisée siégeant au sein d'un tribunal de droit commun.

14. Plusieurs pays sont dotés de tribunaux spécialisés en matière de concurrence. D'après la recherche menée par le Secrétariat, tel est le cas de 13 pays de l'OCDE – Australie, Autriche, Canada, Chili, Finlande, Irlande, Israël, Mexique, Norvège, Pologne, Portugal, Suède et Royaume-Uni. Les décisions rendues par ces tribunaux sont susceptibles d'appel devant un tribunal de droit commun de degré supérieur.

15. Ailleurs, les affaires de concurrence relèvent de tribunaux de droit commun, compétents pour connaître de toute affaire civile et/ou administrative et/ou pénale. Ainsi, aux États-Unis, les cours d'appel fédérales (juridictions de droit commun) réexaminent les décisions de la FTC. De même, ce sont les tribunaux fédéraux (de droit commun) qui statuent en première instance sur les affaires dont ils sont saisis par la division antitrust du ministère de la Justice, étant entendu que la partie déboutée peut interjeter appel de la décision du tribunal devant une cour d'appel. Au sein de l'Union européenne (UE), la Cour de justice de l'UE (CJUE) est compétente pour connaître de tous les recours formés contre les décisions de la Commission, y compris celles rendues en matière de concurrence.

16. Ailleurs encore, les affaires de concurrence relèvent de tribunaux partiellement spécialisés, qui sont compétents pour certaines questions uniquement. Ainsi, en France, les décisions prises en matière de concurrence peuvent être attaquées devant la cour d'appel de Paris, dotée d'une chambre spécialisée en matière de concurrence. En Allemagne, un seul tribunal de droit commun est compétent pour connaître des affaires de concurrence, en l'occurrence la cour d'appel de Düsseldorf, qui comporte trois chambres spécialisées en matière de concurrence. En Italie, c'est le tribunal administratif régional du Latium qui est compétent pour procéder en première instance à un premier réexamen des décisions. En

Belgique, la Cour des marchés, chambre spécialisée de la cour d'appel de Bruxelles, est seule compétente pour réexaminer les décisions de l'autorité belge de la concurrence (OCDE, 2008).

17. L'expérience des différents pays de l'OCDE montre que le droit de la concurrence peut être appliqué efficacement aussi bien par des juges de droit commun que par des juges spécialisés (OCDE, 1996). La spécialisation peut conduire à plus d'efficience, à une plus grande homogénéité et à une meilleure qualité des décisions. Les gains d'efficience sont liés à la répétition et à la normalisation des tâches et au fait que les juges sont plus habitués à examiner les preuves et arguments économiques qui sous-tendent les affaires de concurrence. La plus grande homogénéité des décisions s'explique par le traitement de toutes les affaires de concurrence par un même tribunal. Quant à l'amélioration de la qualité des décisions, elle est liée à la plus grande compétence et la plus grande expérience des juges en matière de droit et pratique de la concurrence. Toutefois, le traitement de toutes les affaires dans un même tribunal peut aussi comporter des risques, par exemple celui que les juges aient une expérience moins vaste parce qu'ils sont spécialisés dans un domaine juridique particulier et le risque de déconnexion par rapport au système judiciaire en général. Par ailleurs, les tribunaux de droit commun sont eux aussi en mesure d'acquérir une connaissance approfondie des questions de concurrence, de même que des compétences et une expérience en la matière, tout en tirant parti de leur expérience plus grande de l'application des principes juridiques dans les divers domaines du droit.

Graphique 3. Exemples de tribunaux spécialisés et de droit commun dans les systèmes judiciaires ou administratifs d'application du droit de la concurrence

MODÈLE DUALISTE (les tribunaux statuent en première instance)	MODÈLE INTÉGRÉ (les tribunaux statuent en appel)
Chili Tribunal de la concurrence (TDLC) tribunal spécialisé *connaît de toutes les affaires de concurrence*	**Mexique** tribunaux locaux spécialisés cours collégiales d'appel *connaissent de toutes les affaires en matière de concurrence, de télécommunications et de radio et télédiffusion*
États-Unis Tribunaux de première instance fédéraux tribunaux de droit commun *connaissent de toutes les affaires de concurrence*	**États-Unis** Cour fédérale d'appel juridiction de droit commun *connaît de toutes les affaires de concurrence*
Australie Tribunaux fédéraux tribunaux de droit commun *connaissent des infractions au droit de la concurrence*	**Australie** Tribunal australien de la concurrence (ACT) tribunal spécialisé *pratiques commerciales restrictives, fusions et décisions prises par les autorités de réglementation*
Canada Tribunal de la concurrence tribunal spécialisé *connaît des pratiques civiles examinables* Tribunaux fédéraux tribunaux de droit commun *ententes tombant sous le coup du droit pénal*	**Union européenne** Tribunal de l'UE tribunal de droit commun *toutes les affaires de concurrence et les fusions*

Source : D'après OCDE (2016b), The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experiences, p. 41.

18. Le choix de confier l'examen des affaires de concurrence soit à des tribunaux de droit commun soit à des tribunaux spécialisés ne dépend pas du type de système – administratif ou judiciaire – en place pour appliquer le droit de la concurrence. Il est lié au contexte culturel, au cadre juridique et à des choix institutionnels qui déterminent quelle architecture institutionnelle sera la plus adaptée pour que les tribunaux puissent exercer un contrôle sur l'application du droit de la concurrence.

3. Normes d'examen

3.1. Normes de preuve et normes d'examen

19. Avant de décrire les différentes normes d'examen appliquées par les tribunaux dans le domaine de la concurrence, il convient de distinguer la norme de la preuve de la norme d'examen. La *« norme de la preuve renvoie au seuil à partir duquel l'autorité qui statue estime qu'un élément est établi en droit. (...) La norme d'examen est le critère qu'un tribunal statuant sur un recours où une cour d'appel applique lorsqu'il ou elle contrôle la*

légalité d'une décision prise par une autorité administrative ou par un tribunal de degré inférieur » (Vesterdorf, 2005)[2].

20. Dans le domaine de l'application du droit de la concurrence, la norme de la preuve correspond au seuil à partir duquel l'autorité qui statue en première instance décide, après avoir appliqué le critère de fond retenu, s'il y a ou non eu atteinte au droit de la concurrence. Elle est généralement définie en termes de probabilité ou de certitude nécessaire pour établir une violation du droit de la concurrence[3]. La question de savoir si la preuve est établie conformément à la norme dépend de la qualité de l'enquête, ainsi que de la force, de l'exhaustivité et du caractère probant des preuves et arguments, contre-arguments et moyens de défense produits par l'autorité d'enquête et par les parties en application des règles prévues par la loi, des présomptions et des règles relatives aux preuves.

21. La norme d'examen renvoie à l'intensité du contrôle auquel est soumise la décision rendue en première instance en matière de droit de la concurrence (et celle rendue en deuxième instance si elle est elle-même contestée devant un tribunal de degré supérieur). La norme d'examen implique également une évaluation visant à vérifier si l'autorité qui a statué en première instance a respecté la norme de la preuve applicable, ce qui signifie qu'il existe un lien entre les deux normes. *« Il est permis d'avancer que plus la norme d'examen est stricte, plus il est probable que la norme de la preuve soit elle aussi exigeante »* parce que si le contrôle des juges est rigoureux et approfondi, les décisions de première instance doivent être irréprochables pour ne pas être infirmées (Reeves et Dodoo, 2005).

22. La norme d'examen peut être définie par la loi (que ce soit dans des lois portant spécifiquement sur la concurrence ou dans les codes de procédure civile ou administrative) ou par la jurisprudence et varie en général selon que l'examen porte sur une conclusion de fait, de droit ou mélangée de fait et de droit.

3.2. Quelles décisions peuvent être réexaminées ?

23. Les décisions de première instance définitives imposant une interdiction, une mesure corrective ou une sanction peuvent toujours être attaquées par les personnes qu'elles visent. Ces décisions sont des décisions rendues par un juge lorsque l'application du droit de la concurrence relève du modèle judiciaire et par l'autorité administrative de la concurrence dans le cas du modèle administratif.

24. Que le modèle soit judiciaire ou administratif, les actes d'enquête peuvent également faire l'objet d'un contrôle – par exemple les injonctions de fournir des informations et les convocations à un entretien, les mandats de perquisition ou les décisions sur les demandes de protection de la confidentialité formulées par les parties. Les actes contre lesquels un recours peut être introduit, les conditions à remplir pour pouvoir introduire un recours, les motifs de réexamen et la norme d'examen des actes de procédure varient d'un pays de l'OCDE à l'autre. Ainsi, en Belgique, les demandes d'informations et les convocations à un entretien ne peuvent pas être contestées[4], tandis qu'aux États-Unis, les assignations et les demandes d'enquêtes civiles visant à obtenir un témoignage, des pièces particulières, des rapports écrits et des réponses écrites peuvent l'être. Au sein de l'Union européenne, les actes contraignants de la Commission européenne, par exemple les demandes de renseignements et les décisions ordonnant des perquisitions, peuvent être contestés devant le Tribunal.

Encadré 1. Contrôle des actes de procédure : décisions par lesquelles la Commission européenne demande des renseignements et ordonne des inspections

Dans le cadre d'une enquête visant une entente présumée dans le secteur des câbles électriques, la Commission a ordonné que la société **Nexans** et toutes les entreprises qu'elle contrôlait fassent l'objet d'une inspection. Nexans a introduit un recours, dans lequel elle a fait valoir que la Commission n'avait pas suffisamment délimité l'étendue et la finalité de l'inspection dans la décision qui l'ordonnait.

Le Tribunal a considéré que *« lorsque la Commission effectue une inspection dans les locaux d'une entreprise en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003, elle est tenue de limiter ses recherches aux activités de cette entreprise relatives aux secteurs indiqués dans la décision ordonnant l'inspection »* et a annulé partiellement la décision ordonnant la perquisition.

Source : Affaire T-135/09, Nexans c. Commission européenne

Dans une autre enquête visant une entente, cette fois dans le secteur du ciment, la Commission a adressé une demande de renseignements à la société **Heidelberg Cement**. La société a saisi le Tribunal d'un recours en annulation de cette demande, faisant valoir que les règles applicables n'avaient pas été respectées, que le principe de proportionnalité et les droits de la défense avaient été violés et que la Commission n'avait pas suffisamment motivé sa demande de renseignements. Le Tribunal a estimé que les moyens de Heidelberg Cement étaient mal fondés et a débouté la société, laquelle a introduit un pourvoi.

La Cour de justice a considéré *« qu'une motivation excessivement succincte, vague et générique et, à certains égards, ambiguë, ne saurait satisfaire aux exigences de motivation »* et a infirmé l'arrêt du Tribunal. Elle a précisé ce qu'elle entendait par « caractère vague », à savoir que l'infraction présumée était décrite de *« manière particulièrement succincte, vague et générique »*, en termes de *« restrictions des flux commerciaux dans l'Espace économique européen (EEE) »*, que les produits visés par l'enquête étaient décrits dans des termes généraux comme *« les marchés du ciment et des produits connexes »* et que la portée géographique de l'infraction présumée était définie de manière trop large, comme correspondant au *« territoire de l'UE ou de l'EEE »*.

Source : Affaire C 247/14 P, Heidelberg Cement c. Commission. Voir également : affaire C-248/14 P, Schwenk Zement c. Commission ; affaire C-267/14 P, Buzzi Unicem c. Commission ; affaire C-268/14 P, Italmobiliare c. Commission.

25. Dans plusieurs juridictions, il est possible d'introduire un recours contre les décisions d'engagements, autrement dit contre les mesures correctives que les parties à une procédure pour infraction au droit de la concurrence généralement autre qu'une entente s'engagent à prendre pour remédier aux problèmes de concurrence. Il arrive toutefois que les parties à la décision d'engagements aient renoncé à leur droit d'introduire un recours. En outre, dans certaines juridictions, les décisions d'engagements ne peuvent pas être attaquées, mais ont pu être soumises en amont au contrôle d'un juge. Aux États-Unis, où les décisions d'engagements ont pour équivalents le jugement d'expédient du ministère de la Justice (décision de justice rendue sur proposition du ministère de la Justice pour régler un litige) et le jugement d'expédient de la FTC (décision administrative contraignante par laquelle la FTC et les parties acceptent une transaction), ces jugements d'expédient ne sont pas susceptibles d'appel. Ils sont examinés par un tribunal avant leur adoption et sont

soumis au contrôle du public avant d'avoir force exécutoire (Fetzer, Huang et Yoo, à paraître).

26. Même dans les juridictions où les décisions d'engagements peuvent être contestées, il est difficile pour les parties d'avoir gain de cause en justice en raison des règles relatives à la qualité à agir. Le plus souvent, les recours contre les décisions d'engagements sont introduits par les plaignants (c'est-à-dire les personnes qui ont saisi l'autorité de la concurrence et engagé ainsi la procédure en violation du droit de la concurrence) ou par les tiers concernés, par exemple les concurrents ou les partenaires commerciaux de la partie qui a accepté les engagements (OCDE, 2016d). Le caractère restrictif des règles relatives à la qualité à agir pourrait expliquer que les juges européens soient rarement saisis de recours contre les décisions d'engagements adoptées par la Commission européenne alors que ces décisions elles-mêmes sont nombreuses (OCDE, 2016d).

Encadré 2. Réexamen des décisions d'engagements par les juges européens

Certaines décisions d'engagements de la Commission européenne ont été attaquées pour erreur manifeste.

Les sociétés De Beers SA (« De Beers ») et **Alrosa Company Ltd** (« Alrosa ») sont respectivement les premier et deuxième producteurs de diamants du monde. À la suite d'une enquête de la Commission, De Beers s'est engagée à cesser d'acheter des diamants bruts à Alrosa, répondant ainsi aux préoccupations de la Commission, qui craignait qu'en l'absence de concurrent viable, De Beers ne domine le marché du diamant brut et n'abuse de cette position dominante.

Saisi d'un recours par Alrosa, le Tribunal de l'UE a annulé la décision prise en février 2006 par la Commission. Celle-ci a contesté l'arrêt du Tribunal, et la Cour de justice a statué en ces termes : *« Le Tribunal a exprimé, aux points 129 à 136 de cet arrêt, sa propre appréciation divergente de la capacité des engagements conjoints à éliminer les problèmes de concurrence identifiés par la Commission avant de conclure, au point 154 dudit arrêt, que des solutions alternatives moins contraignantes pour les entreprises que l'interdiction totale des transactions existaient en l'espèce. Ce faisant, le Tribunal a présenté sa propre évaluation de circonstances économiques complexes et a ainsi substitué sa propre appréciation à celle de la Commission, empiétant de la sorte sur la marge d'appréciation de celle-ci, au lieu de contrôler la légalité de l'appréciation de la Commission »* (§§ 66 et 67, soulignement ajouté). La Cour a donc infirmé l'arrêt du Tribunal et confirmé la décision initiale de la Commission.

Source : Affaire C-441/07 P, Commission c. Alrosa

En 2009, la Commission a engagé une procédure contre la société Thomson Reuters Corporation et les sociétés sous son contrôle, dont Reuters Limited (« TR »), qu'elle soupçonnait d'abuser de leur position dominante sur le marché mondial des flux de données en temps réel consolidés. La Commission a accepté les engagements proposés par TR et a mis fin à son enquête.

Morningstar, société concurrente de Thomson Reuters, a introduit un recours contre la décision d'engagements. Le Tribunal a jugé l'appel recevable, estimant que Morningstar avait été directement affectée par la décision attaquée et avait été impliquée dans la procédure administrative qui avait abouti à cette décision. Il a rappelé que *« le contrôle du juge de l'Union se limite à vérifier si l'appréciation à laquelle s'est livrée la Commission*

est manifestement erronée » et, estimant que la Commission n'avait pas commis d'erreur manifeste dans son appréciation du caractère suffisant des engagements, il a rejeté le recours.

Source : Affaire T-76/14 Morningstar, Inc. c. Commission européenne

27. Dans les affaires d'entente, les transactions ou les accords de plaider coupable (par lesquels les autorités de la concurrence et les parties visées par une enquête parviennent à un accord sur les conclusions de fond et sur la procédure en contrepartie d'une résolution accélérée de l'affaire et d'une réduction de l'amende) peuvent également être contestés ; ces recours sont soumis à des restrictions plus ou moins similaires à celles imposées aux recours visant les décisions d'engagements s'agissant de la renonciation au droit de recours et du risque, pour les parties, de ne pas avoir qualité à agir.

28. En règle générale, les différents ordres juridiques n'appliquent pas les mêmes règles s'agissant de la possibilité de contester les décisions constatant une infraction ou les décisions administratives procédurales, en particulier s'agissant de la possibilité que ces décisions soient attaquées par des personnes autres que les parties visées par l'enquête. Cette possibilité dépend de facteurs tels que le régime applicable à la procédure en cause (pénal, civil ou administratif), les règles relatives à la qualité à exercer un recours, les procédures judiciaires et des règles de procédure spéciales applicables en raison des spécificités du contrôle des affaires de droit de la concurrence par rapport aux règles de droit commun applicables dans le pays.

3.3. Les différentes normes d'examen applicables aux décisions définitives rendues en matière de concurrence

29. Qu'elles soient rendues par une autorité judiciaire ou par une autorité administrative, les décisions de première instance en matière de concurrence peuvent toujours faire l'objet d'un examen par un juge. La norme d'examen retenue diffère selon la juridiction et selon la nature de la décision. Les deux normes les plus communément appliquées sont l'examen complet au fond et le contrôle de légalité.

30. Pour qu'un examen soit possible, il faut que les décisions de première instance présentent clairement les faits et l'évaluation juridique et que les conclusions soient motivées. Le défaut de motivation est généralement considéré comme un vice de procédure à sanctionner quelle que soit la norme d'examen. L'examen des juges a pour but, entre autres, d'apprécier de manière précise le raisonnement de l'autorité et de vérifier si ce raisonnement est pertinent et repose sur une méthodologie solide. En l'absence de motivation détaillée, le tribunal qui réexamine la décision est dans l'incapacité d'exercer ce contrôle. Dans la plupart des régimes de concurrence, les autorités de la concurrence sont tenues de motiver leurs décisions.

Encadré 3. Obligation de motivation des décisions prises en matière de concurrence : l'exemple du Royaume-Uni et du Canada

Dans une affaire portant sur les tarifs demandés par **Dwr Cymru**, propriétaire d'installations de traitement de l'eau, au fournisseur d'eau **Albion Water** pour le transport et le traitement de l'eau, l'autorité de réglementation du secteur de l'eau au Royaume-Uni (UK Water Services Regulatory Authority) a conclu à l'absence de position dominante.

Saisi d'un recours par le fournisseur d'eau, le Tribunal de la concurrence (Competition Appeal Tribunal, CAT) a infirmé la décision de l'autorité pour défaut de motivation et absence d'informations détaillées sur, par exemple, le calcul des coûts et les méthodes utilisées dans la décision attaquée. Le CAT a estimé que ces oublis l'empêchaient de calculer et de vérifier les coûts et, de manière générale, d'apprécier le raisonnement et les motifs qui avaient conduit à la décision. Il a donc écarté plusieurs parties de la décision de l'autorité pour ce motif.

Source : [2006] CAT 23, affaire : 1046/2/4/04

Les décisions procédurales doivent elles aussi être motivées. Dans **Bell Canada**, la Cour fédérale du Canada a publié les motivations d'ordonnances déjà rendues à la suite de demandes *ex parte* formées par le Commissaire de la concurrence pour obtenir des réponses écrites de personnes susceptibles de détenir des informations utiles pour une enquête menée par le Bureau de la concurrence du Canada. Elle a publié ces motivations pour que *« le public ait connaissance de l'évolution de la position de la Cour vis-à-vis des demandes formées par le Commissaire de la concurrence en vertu de l'article 11 de la loi. Pour renforcer la transparence, la sécurité juridique et la prévisibilité dans ce champ du droit, la Cour continuera en tant que de besoin à motiver les ordonnances rendues en vertu de l'article 11. »*

Source : Bell Canada, 2015 CF 990

3.3.1. Examen au fond

31. Dans certaines juridictions, les décisions rendues en matière de concurrence peuvent faire l'objet d'un examen au fond, c'est-à-dire d'un examen complet possible pour tout motif juridique. Cet examen peut comporter une nouvelle appréciation du bien-fondé de la décision, auquel cas les tribunaux peuvent se prononcer sur le point de savoir si la décision attaquée était ou non celle qui devait être prise (Bailey, 2004). Ils peuvent confirmer la décision ou l'infirmer partiellement ou totalement. En cas d'infirmation, ils peuvent la renvoyer devant l'instance qui a statué en première instance ou statuer eux-mêmes de nouveau, selon que les règles applicables en matière d'examen et/ou les faits de l'espèce le permettent ou non.

Encadré 4. Examen au fond en Belgique

En **Belgique**, la Cour des marchés a le pouvoir de procéder à un examen complet au fond. Elle peut non seulement infirmer la décision de l'autorité, mais aussi statuer en ses lieu et place. Elle réexamine totalement les décisions constatant une infraction, à savoir qu'elle examine et évalue l'ensemble des preuves en faisant abstraction de l'interprétation et de l'évaluation de l'autorité.

Il existe cependant des exceptions : la Cour a seulement le pouvoir d'infirmer (et doit renvoyer l'affaire devant l'autorité) les affaires relatives aux fusions, les décisions d'engagements en matière de fusion et les affaires dans lesquelles elle conclut, contrairement à l'autorité de la concurrence, à une infraction aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). En cas de renvoi, il appartient

au Collège de la concurrence de se prononcer, mais sa composition doit être différente de ce qu'elle était quand il a rendu la première décision (celle qui a été annulée).

Source : Contribution de la Belgique en vue de la table ronde sur la norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence, www.oecd.org/daf/competition/standard-of-review-by-courts-in-competition-cases.htm

32. Au Royaume-Uni, le Tribunal de la concurrence (CAT) statue au fond dans certaines affaires, tandis que dans d'autres, il ne se livre qu'à un contrôle de légalité. Il procède à un examen au fond complet des décisions de la Competition and Markets Authority (CMA) dans les affaires d'entente et d'abus de position dominante, de même que des décisions par lesquelles la CMA impose des sanctions pour manquement aux règles de procédure. Le CAT contrôle donc les conclusions de fait de la CMA, son évaluation économique et la manière dont elle applique la loi, et il peut substituer ses propres conclusions à ses décisions[5].

33. La CJUE exerce une compétence de pleine juridiction pour réexaminer les décisions par lesquelles la Commission a infligé des amendes ou des astreintes, conformément à l'article 31 du règlement 1/2003[6], qui lui permet d'annuler, de réduire ou d'augmenter le montant de l'amende ou de l'astreinte. Par définition, l'exercice d'une compétence de pleine juridiction permet à la Cour d'examiner de nouveau les décisions par lesquelles la Commission à imposé des amendes et d'y substituer sa propre décision sur ce point.

34. Lorsqu'il est conduit par un juge spécialisé impartial, l'examen au fond peut garantir un contrôle effectif des décisions (dans le cadre de l'examen au fond, le juge jouit en effet d'une grande latitude pour évaluer, constater et corriger les erreurs) et améliorer la fiabilité, la cohérence et la prévisibilité des décisions rendues en matière de concurrence.

35. La difficulté à laquelle se heurtent les systèmes qui prévoient un réexamen au fond des décisions prises en matière de concurrence, et en particulier les modèles administratifs, tient à la nécessité de respecter la séparation des rôles et des compétences entre l'autorité administrative chargée de la concurrence et les tribunaux et au fait qu'il faut contrôler la manière dont l'autorité exerce ses pouvoirs sans pour autant réduire la marge d'appréciation dont la loi applicable lui permet de disposer. Les autorités de la concurrence ont vocation à appliquer le droit de la concurrence en permettant à la société de tirer parti de leurs connaissances et de leur expertise en la matière. C'est, implicitement, en raison de cette expertise que les systèmes qui relèvent du modèle administratif font confiance aux autorités et leur confient le soin de faire respecter le droit de la concurrence. En conséquence, une certaine retenue à l'égard de leurs décisions peut se justifier (Bernatt, 2017).

3.3.2. Contrôle de légalité (juridictionnel)

36. Destiné à vérifier si l'autorité qui a statué a agi conformément à la loi, le contrôle de légalité (parfois qualifié de contrôle juridictionnel) n'est possible que pour certains motifs. Ces motifs englobent en général la légalité (absence d'abus de pouvoir), le caractère raisonnable de l'appréciation (l'absence d'erreur d'appréciation manifeste) et le respect des règles de procédure (respect des règles de procédure et des droits de la défense des différentes parties) dans le cadre de la procédure qui a conduit à l'adoption de la décision attaquée[7].

37. Ce type de contrôle est généralement vu comme moins intrusif qu'un examen au fond complet. Les juges ne procèdent pas à un nouvel examen de l'affaire et se bornent à

apprécier certains aspects du processus décisionnel (OCDE, 2011 ; OCDE, 2016b). Il peut donc arriver qu'une décision qu'ils auraient pu infirmer s'ils avaient procédé à un examen au fond soit confirmée s'ils constatent qu'elle a été prise comme prévu par la loi, qu'elle n'est pas manifestement erronée ou mal fondée et que les règles de procédure ont été respectées.

38. Au sein de l'UE, l'article 263 du TFUE pose le principe d'un contrôle de légalité et précise les motifs pour lesquels un recours peut être introduit pour contester la légalité d'une décision de la Commission européenne. Le Tribunal de l'Union européenne, qui connaît des recours en première instance, est compétent pour se prononcer sur la légalité d'une décision de la Commission en cas de recours « pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir ». En appel, la CJUE peut réexaminer les décisions rendues par le Tribunal sur les points de droit (et non de fait) (article 256 du TFUE). Il n'en reste pas moins que le contrôle de légalité réalisé au niveau de l'UE implique un examen rigoureux des faits et des preuves (voir également la section 3.4.2).

39. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) exige que les décisions rendues en matière de concurrence fassent l'objet d'un contrôle complet destiné à vérifier leur conformité à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit à un procès équitable.

Encadré 5. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au procès équitable : l'examen des tribunaux doit être complet et porter à la fois sur les faits et sur le droit

En 2003, l'autorité italienne de la concurrence a infligé une amende à la société Menarini Diagnostics pour infraction au droit de la concurrence. Déboutée du recours qu'elle avait formé contre cette décision devant un tribunal interne, l'entreprise a saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), alléguant une violation du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La CEDH a estimé que les tribunaux administratifs italiens compétents et le Conseil d'État italien satisfaisaient aux exigences d'indépendance et d'impartialité imposées par l'article 6. Elle a également considéré que les tribunaux administratifs de degré inférieur avaient examiné les allégations de l'entreprise en fait et en droit et les preuves sur lesquelles s'était fondée l'autorité de la concurrence. Elle a estimé qu'ils avaient pu vérifier si l'administration avait fait un bon usage de ses pouvoirs et avaient même examiné ses conclusions techniques, et ne s'étaient donc pas bornés à effectuer un contrôle de légalité. Elle a conclu que les tribunaux administratifs et le Conseil d'État jouissaient d'une compétence de pleine juridiction et auraient pu modifier l'amende s'ils l'avaient jugé nécessaire. Elle a souligné que le Conseil d'État, en particulier, ne s'était pas limité à procéder à un contrôle formel de la cohérence logique de la motivation de la décision et s'était livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction.

La CEDH a donc estimé que cet examen impartial en fait et en droit réalisé par des organes jouissant d'une compétence de pleine juridiction satisfaisait aux exigences découlant de l'article 6 et a conclu à l'absence de violation.

Source : Menarini Diagnostics c. Italie, requête 43509/08, arrêt du 27 septembre 2011 ; https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2011_09_144_FRA_894207.pdf

40. La norme d'examen peut non seulement varier d'une juridiction à l'autre, mais aussi différer au sein d'une même juridiction en fonction de la nature de l'acte. Au Royaume-Uni, les décisions par lesquelles l'autorité de la concurrence constate une infraction au droit de la concurrence peuvent faire l'objet d'un examen au fond complet du CAT (section 3.3.1). En revanche, les décisions de la CMA en matière de fusions et celles qui imposent des mesures correctives à l'issue d'une enquête de marché, de même que les décisions par lesquelles la CMA accepte des engagements ou libère une partie de ses engagements ne sont soumises qu'à un contrôle de légalité du CAT et ce contrôle n'est possible que pour trois motifs : illégalité, défaut de caractère raisonnable et vice de procédure[8]. Certaines décisions de la CMA, par exemple la décision de classer une enquête en matière de concurrence pour des raisons de priorité administrative et d'autres décisions prises dans le cadre d'une enquête et ne faisant pas partie des décisions citées dans la loi comme pouvant faire l'objet d'un recours devant le CAT ou d'un contrôle du CAT, peuvent être attaquées devant la Haute cour, qui applique alors la norme du contrôle juridictionnel[9].

41. Comme souligné plus haut, l'examen au fond et le contrôle de légalité correspondent à des degrés de contrôle différents. Toutefois, le degré de contrôle dépend *in fine* du caractère plus ou moins approfondi de l'examen (qu'il s'agisse d'un examen au fond ou d'un contrôle de légalité). Dans le cadre d'un examen au fond approfondi, le tribunal peut choisir de réexaminer entièrement la question et de substituer sa décision à celle de l'autorité. Cette possibilité n'existe pas dans le cas d'un contrôle de légalité, qui

peut tout au plus aboutir à une infirmation de la décision[10]. Toutefois, s'il est approfondi, un contrôle de légalité peut ne laisser à l'autorité à laquelle il revient de statuer qu'une latitude très limitée en ce qui concerne les possibilités de décision qui s'offrent à elle (David et al, 2014).

42. L'intensité du contrôle peut non seulement renvoyer à la question de savoir si le tribunal qui l'effectue peut ou non revoir le fond d'une décision ou, à l'inverse, ne peut examiner la décision que pour certains motifs, mais aussi à celle de savoir quelle instance est la mieux placée pour statuer. Si l'autorité qui a statué en première instance dispose d'une grande latitude pour se prononcer, soit en vertu de la loi soit en raison du principe de séparation des pouvoirs entre les organes administratifs et les tribunaux (raison particulièrement importante dans les systèmes d'application du droit de la concurrence qui relèvent du modèle administratif), les tribunaux feront preuve d'une certaine retenue à l'égard de sa décision et ne substitueront donc pas leur décision à la sienne (Frische, 2013). Il est ainsi possible que l'examen au fond soit relativement souple et que les juges fassent preuve de retenue à l'égard de l'expertise reconnue à l'autorité de la concurrence.

3.4. Des normes d'examen différentes selon les éléments de la décision considérés

43. Outre que les normes d'examen varient selon les juridictions et le type de décision, il arrive également que des normes différentes s'appliquent à différents éléments de la décision. Lorsqu'ils sont saisis d'un recours contre la décision rendue en première instance, la plupart des tribunaux examinent à la fois les questions de fait et les questions de droit. S'agissant de l'appréciation des faits, ils peuvent être tenus de réexaminer des évaluations économiques complexes. Chacune des composantes des décisions – évaluation des faits, évaluation juridique et évaluation économique – peut faire l'objet d'un examen selon une norme différente.

3.4.1. Examen des évaluations juridiques

44. En règle générale, les tribunaux ne manifestent pas de retenue à l'égard des conclusions de droit de l'autorité qui a statué en première instance, qu'il s'agisse de l'autorité de la concurrence ou d'un tribunal de degré inférieur, étant donné qu'ils ont précisément pour tâche de s'assurer que le droit a été correctement appliqué.

45. Le juge européen ne fait pas preuve de retenue à l'égard de l'appréciation des points de droit faite par la Commission et de l'application du droit aux faits. De même, aux États-Unis, l'appréciation des points de droit par les tribunaux de première instance fait l'objet d'un réexamen complet en appel. Si la cour d'appel estime que le juge de première instance s'est trompé, elle infirme sa décision et renvoie l'affaire devant lui, généralement avec des instructions, afin qu'il puisse appliquer la règle effectivement applicable (OCDE, 1996 ; CNUCED, 2015). En Australie, des tribunaux de première instance aux cours d'appel, les recours portent sur des questions de droit et toutes les erreurs de droit peuvent faire l'objet d'un examen. Il peut s'agir d'erreurs relatives à l'appréciation des faits. Parmi les erreurs les plus souvent commises par les tribunaux de première instance dans l'appréciation des faits figurent : l'erreur de principe ; la prise en compte de considérations non pertinentes ; la non-prise en compte de considérations pertinentes ; la constatation de faits qu'aucun enquêteur raisonnable n'aurait pu constater ; la mauvaise application de la jurisprudence établie ou le défaut d'application de la jurisprudence établie (OCDE, 1996).

46. Savoir si un élément est une question de droit revêt donc une importance capitale pour le contrôle des décisions rendues en matière de concurrence. Or, dans bon nombre de

cas, il est difficile de déterminer si une problématique relève des faits ou du droit parce que c'est à travers leur application à l'ensemble des faits d'une cause donnée que les concepts juridiques trouvent leur sens. Il peut en découler des difficultés s'agissant de l'intensité du contrôle de certains aspects des décisions rendues en matière de concurrence, cette intensité n'étant pas la même selon que ces aspects sont considérés comme des points de droit ou de fait.

47. La définition du marché, par exemple, est l'un de ces aspects : elle exige le recueil d'une grande quantité d'informations factuelles, mais ces faits sont appréciés selon une méthode d'analyse définie par la loi. Certains tribunaux et chercheurs considèrent que la définition du marché (et, par conséquent, d'autres éléments tels que la facilité d'entrée sur le marché, l'existence d'un pouvoir de marché et l'évaluation des effets anticoncurrentiels) comprend deux dimensions, l'une en lien avec les faits et l'autre en lien avec le droit. Selon eux, le choix du cadre d'analyse à retenir pour statuer est une question de droit, tandis que l'application de ce cadre aux faits de l'espèce est une question de fait ou une question mélangée de fait et de droit (OCDE, 1996).

3.4.2. Examen des conclusions de fait

48. Dans les affaires de concurrence, les conclusions de fait font parfois l'objet d'un examen plus superficiel que les conclusions de droit, souvent parce que le juge compétent se fie à l'expertise de l'autorité de la concurrence ou du tribunal de première instance en ce qui concerne le choix des éléments pertinents, le recueil des preuves et l'évaluation de leur adéquation[11]. Cette approche ne s'applique pas à l'évaluation des conclusions de droit, qui relève à l'évidence du domaine d'expertise des tribunaux. Dans les systèmes d'application du droit de la concurrence relevant du modèle administratif, le fait que l'enquête et la décision procèdent de la même autorité peut conduire les tribunaux à se livrer, dans une certaine mesure, à un examen des faits pour s'assurer que le processus décisionnel respecte le droit au procès équitable, même si les garanties procédurales prévues au niveau de l'enquête et du processus qui conduit à la décision jouent également ce rôle.

49. Aux États-Unis, où les décisions de première instance sont prises par un tribunal, les conclusions de ce tribunal quant aux faits sont généralement confirmées dès lors qu'elles sont étayées par les preuves versées au dossier. Par ailleurs, les cours d'appel fédérales sont compétentes pour réexaminer en droit et en fait les injonctions de cessation et d'abstention émises par la FTC en vertu de l'article 5 de la loi relative à la FTC (FTC Act) et peuvent les réformer ou les infirmer. Toutefois, les conclusions de la FTC quant aux faits sont considérées comme établies dès lors qu'elles sont étayées par des preuves[12]. Elles ne peuvent être écartées que si elles ne sont pas étayées par des preuves pertinentes. Si deux conclusions concurrentes sont possibles, c'est celle à laquelle est parvenue la FTC qui est confirmée dès lors qu'elle est étayée par des preuves suffisantes (Bernatt, 2017).

50. L'examen des conclusions factuelles qui sous-tendent la décision de l'autorité administrative ou du juge de première instance porte sur le caractère suffisant, concluant et pertinent des preuves sur lesquelles repose la décision. Si l'examen révèle que les preuves sont insuffisantes ou manquent de pertinence, la décision attaquée peut être annulée.

Encadré 6. Les preuves doivent être pertinentes par rapport à la décision

L'autorité espagnole de la concurrence (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ou CNMC) a infligé une amende de 120 millions EUR à **Orange, Vodafone** et **Telefónica** pour abus de position dominante sur le marché de gros des messages SMS.

Saisi d'un recours par les opérateurs de téléphonie mobile, le tribunal de première instance espagnol *(*Tribunal national ou *Audiencia nacional)* a infirmé la décision au motif que la CNMC s'était fondée sur une évaluation du marché existante alors qu'elle aurait dû effectuer sa propre appréciation dans le cas d'espèce. La CNMC a contesté cette décision du tribunal, faisant valoir que celui-ci avait outrepassé ses compétences en analysant, non seulement les preuves sur lesquelles la décision étaient fondée, mais aussi leur pertinence pour la décision.

La CNMC a été déboutée par la Cour suprême *(Tribunal Supremo)*, qui a estimé que le Tribunal national avait compétence pour examiner la pertinence et l'adéquation des preuves qui avaient conduit à la décision : *« en somme, le contrôle des juges peut porter, non seulement sur "la qualité matérielle des preuves invoquées, sur leur fiabilité et leur cohérence", mais aussi sur leur pertinence et leur capacité à étayer les conclusions auxquelles l'autorité est parvenue. En conséquence, si le [Tribunal national] constate que les conclusions n'ont pas une base suffisante et fiable ou qu'il n'existe pas de lien logique entre la décision et les données sur lesquelles elle repose, il peut annuler la décision de [l'autorité]. »*

La Cour suprême a donc estimé que le Tribunal national avait le pouvoir d'infirmer la décision de l'autorité de la concurrence.

Source : Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, décision 1867/2018, 21/12/2018 ; https://globalcompetitionreview.com/article/1179258/spanish-enforcer-suffers-another-loss

51. Il existe parfois une retenue à l'égard des évaluations économiques de l'autorité qui a statué ou des modèles économiques qu'elle utilise dès lors que ces évaluations et ces choix sont étayés par des preuves suffisantes et par une analyse adaptée (impliquant dans certains cas un débat avec les parties).

Encadré 7. La Commission jouit d'une certaine marge pour apprécier les aspects économiques, mais l'utilisation de cette marge d'appréciation est soumise à un contrôle

Lorsque la Commission prend des décisions reposant sur l'évaluation de questions économiques techniques, les juges européens lui reconnaissent une certaine marge d'appréciation et, à moins qu'elle n'ait commis une erreur manifeste, ne remettent pas en cause ses conclusions dès lors que celles-ci sont étayées par des preuves suffisantes.

Ils examinent cependant la manière dont la Commission fait usage de cette marge d'appréciation et peuvent infirmer sa décision si celle-ci ne satisfait pas à certaines conditions relatives au caractère suffisant des preuves ou si la procédure suivie comporte des failles. Plus précisément, pour que l'analyse économique soit retenue, il faut non seulement que les preuves soient suffisantes et qu'un débat ait eu lieu avec les parties, mais aussi que les droits de la défense aient été scrupuleusement respectés.

Le Tribunal de l'UE a ainsi infirmé une décision par laquelle la Commission avait interdit la fusion entre Tetra Laval, entreprise suédoise de conditionnement, et la société française Sidel. Saisie d'un pourvoi par la Commission, la CJUE s'est exprimée ainsi : *« Si la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. »* (§ 39). La Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal et débouté la Commission de son pourvoi.

Sources : Affaire C-12/03 P, Commission c. Tetra Laval BV

En 2012, United Parcel Service, Inc. (UPS) a notifié à la Commission son intention d'acquérir son concurrent TNT Express NV (TNT) (les deux entreprises sont présentes sur les marchés des services internationaux de distribution expresse de petits colis). En 2013, la Commission s'est opposée à la fusion. UPS a introduit un recours, s'estimant victime d'une violation des droits de la défense parce que la Commission avait statué en se fondant sur un modèle économétrique différent de celui ayant fait l'objet d'un débat pendant la procédure administrative. Le Tribunal s'est rallié à cet argument et a infirmé la décision de la Commission.

Saisie par la Commission, la CJUE a confirmé la décision du Tribunal et débouté la Commission de l'intégralité de son pourvoi. Elle a considéré que le fait de ne pas révéler les choix méthodologiques sur lesquels reposait le modèle économétrique utilisé pour analyser les effets de la fusion envisagée emportait violation des droits de la défense. Elle s'est exprimée ainsi : *« c'est sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé, au point 210 de l'arrêt attaqué, que "les droits de la défense de la requérante ont été méconnus, de sorte qu'il y a lieu d'annuler la décision [litigieuse], pour autant que la requérante a suffisamment démontré non que, à défaut de cette irrégularité procédurale, la décision [litigieuse] aurait eu un contenu différent, mais bien qu'elle aurait pu avoir une chance, même réduite, de mieux assurer sa défense. »* (§ 56).

Affaire C-265/17 P United Parcel Service, Inc. c. Commission

4. Conclusions

52. Qu'elle se fasse dans le cadre d'un système judiciaire ou administratif et quelles que soient les caractéristiques de ce système, l'application du droit de la concurrence ne peut être efficace et crédible que s'il existe, en plus des mécanismes de contrôle internes et garanties procédurales intervenant en amont de la décision, une possibilité de soumettre a posteriori les décisions à l'examen d'un tribunal indépendant, qu'il soit de droit commun ou spécialisé. Cet examen doit porter à la fois sur les décisions et sur les actes de procédure, par exemple sur les demandes de renseignements et les décisions d'ordonner des inspections.

53. Dans certaines juridictions, les décisions rendues en matière de concurrence peuvent faire l'objet d'un examen au fond complet, et cette possibilité est ouverte pour tous motifs juridiques et pour tous les aspects de la décision. Un examen au fond peut impliquer un réexamen complet du bien-fondé de la décision et permettre au juge d'identifier les erreurs et, selon les règles applicables et les faits de l'espèce, de les corriger. Les systèmes qui permettent un examen au fond complet doivent veiller à respecter un juste équilibre entre les pouvoirs de l'autorité de la concurrence, qui est une autorité administrative (et qui jouit en général d'une certaine marge d'appréciation pour statuer) et ceux des tribunaux, ce qui n'est pas chose aisée, en particulier pour les systèmes qui relèvent du modèle administratif.

54. Dans d'autres juridictions, les décisions rendues en matière de concurrence peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité, pour certains motifs seulement – en général défaut de légalité de l'acte attaqué, défaut de caractère raisonnable et vices de procédure. Ce contrôle est jugé moins intrusif, les tribunaux ne réexaminant pas la totalité de l'affaire et se limitant à évaluer certains aspects du processus décisionnel. Ce contrôle de légalité peut néanmoins être approfondi. La loi et la jurisprudence précisent parfois les conditions auxquelles il est subordonné et sont susceptibles de permettre un examen relativement complet de différents aspects des décisions rendues en matière de concurrence.

55. Les conclusions en fait peuvent faire l'objet d'un examen moins approfondi que les évaluations juridiques, souvent parce que les tribunaux se fient aux compétences de l'autorité de la concurrence ou du tribunal de première instance en ce qui concerne le choix et l'appréciation des faits pertinents. Dans bien des cas, il est difficile de déterminer si une problématique relève des faits ou du droit parce que c'est à travers leur application à l'ensemble des faits d'une cause donnée que les concepts juridiques trouvent leur sens. Dans tous les cas, y compris lorsque les conclusions de fait font l'objet d'un examen plus superficiel que les conclusions de droit, l'absence de preuves factuelles ou leur insuffisance ou l'utilisation de modèles économiques sans présentation de la méthodologie ou des hypothèses sur lesquelles ils reposent emportent illégalité de la décision, laquelle peut être infirmée.

56. Pour pouvoir être réexaminées, les décisions de première instance doivent comporter une description détaillée des faits de l'espèce, ainsi qu'une présentation des règles applicables et des motivations des conclusions de droit et de fait.

Notes

[1] *« Dans certaines affaires, la [FTC] se prononce dans le cadre d'une procédure administrative ; les décisions sont alors susceptibles d'appel devant une juridiction fédérale. Dans d'autres, elle utilise une procédure hybride : ses agents agissent comme une autorité de poursuite devant les tribunaux fédéraux afin d'obtenir l'adoption de mesures provisoires pour lui permettre de trancher ensuite l'affaire dans le cadre de sa procédure administrative ; elle statue alors au fond. Dans d'autres affaires, en particulier lorsqu'il existe des normes juridiques bien établies et que seul un tribunal peut imposer la mesure corrective nécessaire, la FTC peut saisir un tribunal sans avoir à passer par la procédure administrative. »* (CNUCED, 2015)

[2] *« La "norme d'examen" est parfois appelée "contrôle juridictionnel". Comme le terme lui-même l'indique, la norme d'examen est donc une norme utilisée pour réexaminer une décision prise par une autre personne »* (Vesterdorf, 2005).

[3] Dans les systèmes de *common law*, la norme de la preuve généralement applicable aux procédures civiles visant à faire respecter le droit de la concurrence est celle de la prépondérance des probabilités à savoir qu'il doit être « plus probable qu'improbable » qu'une règle ait été enfreinte ; le degré de probabilité et les critères à retenir pour l'établir varient d'un système d'application du droit de la concurrence à l'autre et d'une affaire à l'autre. En manière pénale, la norme appliquée est celle (plus exigeante) de la certitude juridique, à savoir qu'il faut démontrer au-delà de tout doute raisonnable qu'il y a eu manquement à une règle, ou une norme similaire (OCDE, 2016c).

[4] Contribution de la Belgique en vue de la table ronde, www.oecd.org/daf/competition/standard-of-review-by-courts-in-competition-cases.htm

[5] Dans l'affaire [2008] CAT 319 de novembre 2008, le CAT a conclu à un abus de position dominante, infirmant ainsi la décision de l'autorité de régulation, qui était parvenue à la conclusion contraire.

[6] L'article 263 du TFUE dispose que la CJUE exerce une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les sanctions prévues par les réglements, dont le règlement 1/2003.

[7] *« Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions rendues en matière de droit de la concurrence donne lieu à un examen minutieux du processus de décision afin de vérifier que les décisions sont fondées sur des preuves exactes et fiables, n'outrepassent par les limites des prérogatives de l'autorité de la concurrence et qu'aucune erreur de droit n'a été commise »* (OCDE, 2011), Résumé de la Table ronde de l'OCDE sur les aspects institutionnels et procéduraux des rapports entre les autorités de la concurrence et les tribunaux, et point sur les évolutions en cours en matière d'équité.

[8] *« On peut, par commodité, ranger dans trois catégories les motifs pour lesquels une décision administrative peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. La première est ce que j'appellerais "l'illégalité", la deuxième "l'irrationnalité" et la troisième "l'erreur de procédure" ».* Lord Diplock dans Council of Civil Service Unions et autres (requérants) contre Minister for the Civil

Service (partie défenderesse), [1985] AC 374 [Chambre des Lords] www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1984/9.html

[9] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/781151/Letter_from_Andrew_Tyrie_to_the_Secretary_of_State_BEIS.pdf

[10] *« (...) la décision de la Cour quant au caractère raisonnable de l'interprétation faite par le commissaire de sa compétence à l'égard d'arrangements étrangers ne représenterait pas le point de vue de la Cour quant à la pertinence de cette interprétation »*, Rakuten Kobo Inc c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2017 CF 382.

[11] *« Dans certains pays, l'autorité de la concurrence jouit de certains égards de la part de l'instance judiciaire en raison de ses « compétences d'expert », indispensables aux analyses juridiques et économiques complexes que nécessitent les affaires de concurrence. En revanche, dans d'autres pays, le périmètre et l'objet du contrôle juridictionnel peuvent être plus étendus. Ce contrôle peut dès lors comporter un examen des évaluations économiques et factuelles qu'a effectuées l'autorité de la concurrence. »* (OCDE, 2011).

[12] 15 U.S.C. § 45(c) *Review of order; rehearing.*

Bibliographie

Ainsworth, J. (2015), « Legal Discourse and Legal Narratives: Adversarial versus Inquisitorial Models », *Language and Law*, vol. 2, n° 1.

Bailey, D. (2004), « Scope of Judicial Review under Article 81 EC », *Common Market Law Review*, vol. 41, pp. 1327-1360.

Bernatt, M. (2017), « McWane and Judicial Review of Federal Trade Commission decisions - Any Inspirations for EU Competition Law? », *European Competition Law Review,* vol. 38, n° 6, p. 288, https://ssrn.com/abstract=3006294.

Bernatt, M. (2014), « The Compatibility of Deferential Standard of Judicial Review in the EU Competition Proceedings with Article 6 of the European Convention on Human Rights », *Institute for Consumer Antitrust Studies Working Papers*, Loyola University Chicago, https://ssrn.com/abstract=2447884 et http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447884.

Bronckers, M. et A. Vallery (2012), « Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for Authorities and Which Role for the Courts after Menarini? », *European Competition Journal*, vol. 8, n°2, pp. 283-299.

Castillo de la Torre, F. et E. Gippini Fournier (2017), *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Edward Elgar.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2015), Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et la politique de la concurrence, table ronde sur le « renforcement de la certitude juridique dans la relation entre les autorités de la concurrence et les juges », contribution de la FTC des États-Unis, https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp2016c08_ccUS_en.pdf.

da Cruz Villaça, L.J. (2018), « The Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters – Recent Competition Law Judgements of the Court of Justice of the EU », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, pp. 173-188.

David, E. et al. (2014), *Judicial Scrutiny of Financial Penalties in Competition Law: A Comparative Perspective*, Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series 4/2014, www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles-4-2014.

Fetzer, T., Y. Huang et C.S. Yoo (à paraître), *Due Process in Antitrust Enforcement: China, Europe and the US.*

Forrester, I. (2010), « A Bush in Need of Pruning: The Luxuriant Growth of 'Light Judicial Review' » in Claus-Dieter Ehlermann et Mel Marquis (dir. pub.), *European Competition law Annual 2009*.

Fox, E. et M. Trebilcock (dir. pub.) (2015), *The Design of Competition Law Institutions – Global Norms, Local Choices*, Oxford University Press.

Frische, A. (2010), « Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law », *Common Market Law Review,* vol. 47, pp. 361-403.

Gryllos, G. (2016), « Discretion and Judicial Review in EU Competition Law », *Concurrences*, vol. 4, pp. 1-16.

Laguna de Paz, J.C. (2013), « Understanding the limits of judicial review in European competition law », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n° 1, avril, pp. 203-224, https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnt014.

Lianos, I. (2009), «'Judging' Economists : Economic Expertise in Competition Law Litigation - A European View », *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series*, 1/2009, www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles_1_2009new.pdf.

Martyniszyn, M. (2016), « 'Foreign States' Amicus Curiae Participation in U.S. Antitrust Cases », *The Antitrust Bulletin*, vol. 61, n° 4, pp. 611-642, http://dx.doi.org/10.1177/0003603X16677782.

Nazzini, R. (2016), *Competition Enforcement and Procedure* (2ème édition), Oxford University Press.

Nazzini, R. (2012), « Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective », *Common Market Law Review*, vol. 49, pp. 971-1006.

OCDE (2018a), « Scoping Note on Transparency and Procedural Fairness as a long-term theme for 2019-2020 », DAF/COMP/WD(2018)6, OCDE, Paris.

OCDE (2018b), *Competition Law in Asia-Pacific: A Guide to Selected Jurisdictions*, www.oecd.org/daf/competition/Competition-Law-in-Asia-Pacific-Guide-2018.pdf.

OCDE (2017), *Perspectives judiciaires sur le droit de la concurrence*, http://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/perspectives-judiciaires-droit-de-la-concurrence.htm.

OCDE (2016a), Commitment Decisions in Antitrust Cases, www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm.

OCDE (2016b), The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experience, www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016.pdf.

OCDE (2016c), Agency Decision-Making in Merger Cases, www.oecd.org/daf/competition/agency-decision-making-in-merger-cases.htm.

OCDE (2016d), Commitment Decisions in Antitrust Cases, www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm.

OCDE (2011), Procedural Fairness and Transparency, www.oecd.org/competition/mergers/50235955.pdf.

OCDE (2008), Presenting Complex Economic Theories to Judges, www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf.

OCDE (1996), Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence, www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf.

Oster, J.S. (2008), The Scope of Judicial Review in the German and US Administrative Legal System, *German Law Journal*, vol. 9, n° 10, pp. 1267-1297.

Reeves, T. et N. Dodoo (2005), « Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 29, n° 5.

Sidak, G.J. (2013), « Court-Appointed Neutral Economic Experts », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 9, n° 2, pp. 359-394.

Sokol, D. et A. Guzman (dir. pub.) (2019), *Antitrust Procedural Fairness*, Oxford University Press.

Vallindas, G. (2018), « Amicus Curiae: An overview of EU and national case law », *Concurrences*, www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/amicus-curiae/amicus-curiae-an-overview-of-eu-and-national-case-law-en.

Vesterdorf, B. (2005), « Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts », *European Competition Journal*, vol. 1, n° 1, pp. 3-33.

Wils, W. (2010), « The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR », *World Competition*, vol. 33, n° 1, pp. 5-29.