



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
17 août 2016
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Quinzième session

Genève, 19-21 octobre 2016

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux
du droit et de la politique de la concurrence, examen de la loi type
sur la concurrence et études relatives aux dispositions de l'Ensemble
de principes et de règles**

Le renforcement de la sécurité juridique dans la relation entre les autorités de la concurrence et les instances judiciaires

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

La sécurité juridique est un principe fondamental reconnu par la plupart des juridictions du monde. Cet élément de l'état de droit est un des besoins fondamentaux des acteurs économiques qui opèrent sur un marché donné et fait donc partie de leurs attentes légitimes. Par conséquent, pour renforcer la sécurité juridique de la relation entre autorités de la concurrence et instances judiciaires, il faut que les décisions rendues par les autorités de la concurrence (dotées de pouvoirs de décision) et celles prises par les juges soient cohérentes, non seulement pour des raisons d'efficacité, mais surtout pour que les acteurs du marché considèrent que le système est légitime, comme on le verra dans la présente note¹.

Il convient de relever à cet égard les importants défis que les régimes de concurrence créés depuis peu vont avoir à relever : il faudra que les instances judiciaires aient une vision plus complète du droit de la concurrence et des politiques qui le sous-tendent, et que les nouvelles autorités de la concurrence connaissent mieux les procédures juridiques et sachent présenter des preuves économiques complexes d'une manière qui facilite leur évaluation par des personnes qui ne sont pas expertes en économie.

¹ Le présent document n'a pas été revu par les services d'édition.



Les activités menées par la CNUCED dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence visent principalement à aider les régimes de concurrence récents à relever ces défis.

Introduction

1. En juillet 2015, la septième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives a appelé l'attention sur le renforcement de la sécurité juridique dans la relation entre autorités de la concurrence et instances judiciaires, estimant que ce sujet pourrait être étudié par le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence. La sécurité juridique est un principe fondamental de l'état de droit, reconnu par la plupart des juridictions du monde. Pour être applicable dans la pratique, la définition de la sécurité juridique doit évoquer l'application concrète de la loi en mettant l'accent sur le principe directeur de la prévisibilité des décisions, qui englobe à la fois la notion des attentes légitimes et celle de la non-rétroactivité de la loi. Il convient de noter à ce sujet que la sécurité juridique de la relation entre autorités de la concurrence et instances judiciaires peut être renforcée par la cohérence des décisions rendues par les autorités et les juges, de sorte que la prévisibilité de ces décisions garantisse le fonctionnement d'un système d'application du droit de la concurrence efficace et, surtout, qu'elle en assure la légitimité aux yeux des acteurs du marché.

2. Les autorités de la concurrence et les instances judiciaires peuvent dialoguer lors de la phase d'enquête, des processus décisionnels ou après qu'une décision a été prise par une autorité. L'analyse exposée dans la présente note porte sur le dialogue qui a lieu lorsque l'organisme de la concurrence a pris une décision, à la fois complexe et pertinente par son efficacité et son efficience, pour le système de concurrence, ainsi que sur la capacité des instances judiciaires d'élaborer des politiques de concurrence et sur les stratégies que les autorités de la concurrence ont mises en place pour améliorer de façon opportune et cohérente le caractère exécutoire de leurs décisions.

I. La sécurité juridique

3. Les organismes dotés d'instances décisionnelles ont la responsabilité de prendre des décisions qui seront finalement confirmées par les instances judiciaires afin de garantir un régime de concurrence efficace et prévisible. Ces organismes relèvent de la troisième catégorie de la loi type des Nations Unies sur la concurrence². Tout d'abord, il faut veiller à assurer la cohérence fonctionnelle de la définition du terme « concurrence » utilisé par les praticiens du droit, le personnel des organismes chargés de la concurrence (juristes ou économistes) et les juges, de manière à assurer un certain niveau de sécurité juridique dans l'application des règles en matière de concurrence. Par exemple, les économistes considèrent plutôt la concurrence comme un processus assurant l'efficacité de la répartition des ressources, permettant de fournir la plus grande quantité possible de biens et de services aux consommateurs au prix le plus bas, tandis que les juristes la perçoivent plutôt comme une forme de rivalité, qui doit faire l'objet de règles conçues pour garantir un minimum d'équité entre les concurrents, petits ou grands. Certains voient dans la concurrence une

² Les organismes chargés de la concurrence appartiennent pour la plupart à l'un des trois modèles institutionnels d'organisation des processus décisionnels ci-après : un modèle judiciaire dans lequel l'autorité est habilitée à enquêter et doit saisir des tribunaux de droit commun ; un modèle d'organe spécialisé dans lequel l'autorité est habilitée à enquêter et doit saisir des organes décisionnels spécialisés dans les affaires de concurrence, avec possibilité de faire appel auprès d'autres juridictions d'appel spécialisées ou de cours d'appel générales ; un modèle d'organe intégré dans lequel l'autorité est dotée de fonctions d'enquête et de décision, avec possibilité de faire appel auprès d'organes d'appel généraux ou spécialisés.

menace plutôt qu'un atout et craignent sa force destructrice ainsi que sa capacité de perturber le fonctionnement des entreprises et de provoquer des déplacements de travailleurs, conséquence au coût social et humain très élevé.

A. Logique formaliste et logique économique

4. Dans certaines juridictions, que le régime de concurrence y soit récent ou bien établi, le droit et la politique de la concurrence sont devenus un outil à l'appui du bien-être des consommateurs et de l'efficacité de la répartition des ressources. Les parties prenantes perçoivent de plus en plus la concurrence comme un processus dynamique concernant des marchés spécifiques. Dans un tel contexte, il faut avoir une compréhension plus approfondie de la nature de la dynamique de la concurrence et du fonctionnement des marchés pour poser des diagnostics exacts de l'utilisation d'une position de force sur le marché ou de l'abus de position dominante.

5. L'approche économique postule que les décideurs examinent ce qui pourrait se produire sur un marché en dehors de la situation faisant l'objet de l'enquête, ainsi que le scénario contrefactuel, et prennent une décision en se fondant sur des éléments de preuve, des faits et des données, plutôt que sur des présomptions ou des analyses purement formelles déconnectées du contexte du marché. Il convient donc de définir un critère de référence pour garantir que le principe de la sécurité juridique est bien appliqué par les organismes chargés de la concurrence dotés d'instances décisionnelles au niveau administratif, et de déterminer si ces organismes retiennent la logique formaliste ou la logique économique, et voir quelle logique est retenue par les tribunaux compétents pour garantir la sécurité juridique aux entreprises.

6. Dans les régimes de concurrence récents, il faut d'abord que les juges connaissent les principes économiques et les fondements de l'application des lois relatives à la concurrence avant que l'on puisse passer de la logique formaliste à la logique économique. Par exemple, l'Union européenne a appliqué un système formaliste de droit de la concurrence pendant quarante ans, avant d'évoluer vers une logique plus économique, décrite dans l'encadré 1 ci-dessous. Cependant, dans les régimes de concurrence récents, des difficultés peuvent aussi se présenter lorsque les juges comprennent les effets de l'économie sur les marchés et la concurrence. Il peut donc être souhaitable de passer par deux étapes, en suivant d'abord la logique formaliste, pour ensuite évoluer vers une perspective économique. Dans les régimes de concurrence récents dotés de fonctions de réglementation, les instances judiciaires peuvent comprendre plus facilement les décisions administratives lorsqu'elles sont fondées sur des raisonnements économiques. Si l'on souhaite que la sécurité juridique soit garantie dans la relation entre autorités de la concurrence et instances judiciaires, des considérations de droit quant au fond (calcul du montant des amendes) et à la procédure (critères de preuve et autres aspects) devraient figurer dans les évaluations. Ces aspects sont examinés dans les paragraphes suivants.

Encadré 1

Application des règles de concurrence dans l'Union européenne : changement de logique

Jusqu'en 2003, l'Union européenne s'est appuyée dans une large mesure sur un système *ex ante* d'application des lois relatives à la concurrence. La légalité d'une pratique donnée était généralement contrôlée à partir d'un système de listes, comprenant une liste noire des pratiques interdites (par exemple, la clause du client le plus favorisé) et une liste blanche des mesures autorisées (tels les accords de distribution sélective). Les considérations économiques liées aux circonstances particulières d'une situation examinée – telles que la définition d'un marché et la position de force sur un marché – étaient, sinon absentes, en tout cas moins importantes qu'elles n'auraient pu l'être.

Il est utile de souligner le rôle des juges dans l'évolution vers une application accrue de la logique économique dans l'Union européenne. Des affaires qui ont fait date, comme les affaires *Delimitis* et *Woodpulp*, ont mis en avant le fondement économique des décisions de la Commission européenne. Par exemple, dans cette deuxième affaire, le tribunal a estimé que l'allégation selon laquelle les évolutions parallèles des prix observés sur un marché oligopolistique n'était pas un élément suffisamment probant de l'existence d'une collusion. En 2002, plusieurs décisions de la Commission européenne faisant jurisprudence, en particulier dans le domaine du contrôle des fusions, ont été invalidées par le Tribunal de l'Union européenne.

Source : Contribution fournie lors d'une activité de la CNUCED sur le renforcement des capacités en matière judiciaire, 2012.

B. Calcul du montant des amendes

7. Une enquête réalisée par l'International Competition Network auprès de 17 organismes chargés de la concurrence a évalué le rôle des instances judiciaires et leur dialogue avec les autorités de la concurrence dans la mise en œuvre de la politique de concurrence. Les organismes interrogés ont indiqué que les principaux motifs invoqués par les instances judiciaires pour infirmer leurs décisions étaient généralement les suivants : « il existe des problèmes de calcul du montant des amendes », « les critères de preuve utilisés dans les affaires de concurrence ne sont pas jugés appropriés », « il existe des problèmes de procédure »³. Les autorités de la concurrence indiquent généralement qu'elles ne sont pas en mesure de percevoir immédiatement les amendes en raison des contrôles juridictionnels en cours. Il est donc essentiel d'accélérer l'examen des affaires de concurrence en expliquant aux juges le mode de calcul des amendes et le critère de référence accepté, lequel doit être conforme au principe de proportionnalité des amendes et à d'autres principes connexes.

1. Détermination des sanctions appropriées

8. Le choix législatif consistant à adopter un certain système de sanctions (administratives ou pénales, ou voies d'application privée), et le niveau d'application, c'est-à-dire l'adoption d'une sanction dans une affaire de concurrence concrète, est essentiel pour déterminer les sanctions appropriées⁴. Cependant, toute sanction, quelle que soit sa nature, ne produira l'effet de dissuasion escompté que si la probabilité de déceler le comportement illicite et de traduire son auteur en justice est suffisamment élevée, et que le montant des amendes infligées est important. Le cadre juridique doit prévoir que le montant d'une amende s'élève au minimum au total des gains financiers résultant du comportement anticoncurrentiel.

³ International Competition Network, 2006, Report on a survey on the relationship between competition authorities and the judiciary.

⁴ Bien que la plupart des lois sur la concurrence prévoient des sanctions administratives ou civiles en cas de comportement anticoncurrentiel, la tendance générale semble être d'ériger certains comportements en infraction. Jusqu'à présent, seuls les États-Unis imposent aux individus des sanctions pénales sous forme de peines d'emprisonnement en cas de violations du droit de la concurrence, même si, dans plusieurs autres pays, des dispositions similaires existent mais ne sont pas mises en application. Aujourd'hui, d'autres pays (notamment le Canada, Israël, le Japon et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) imposent des sanctions pénales aux individus afin de lutter contre les ententes caractérisées. Les débats à ce sujet se poursuivent.

2. Sanctions appropriées dans une affaire donnée

9. Calculer le montant approprié des amendes à infliger est une entreprise difficile. L'amende devrait s'élever au minimum au montant des gains financiers résultant du comportement anticoncurrentiel afin de réellement produire son effet dissuasif. Dans la plupart des pays, la loi ne prévoit pas de montant fixe pour les amendes et ne fait que préciser leur montant maximal. Ce faisant, elle confère à l'autorité de concurrence un certain pouvoir discrétionnaire quant au calcul du montant approprié de l'amende à infliger selon les circonstances de chaque affaire⁵. Plusieurs autorités de concurrence ont adopté des directives établissant la méthode à suivre pour calculer les amendes. Ces directives contribuent à garantir la transparence et l'égalité de traitement. Elles citent souvent la valeur des ventes de biens ou de services auxquels se rapportent l'infraction (directement ou non) comme point de départ du calcul de l'amende appropriée. Des facteurs aggravants, tels que la continuité ou la répétition de l'infraction ou un élément important de sa commission, peuvent entraîner une augmentation de l'amende, tandis que des circonstances atténuantes se traduiront par une diminution de celle-ci. Mais le plus important est que, dans le cadre d'un programme de clémence, la coopération du contrevenant au droit de la concurrence justifie une réduction de l'amende qui lui a été infligée.

3. Comment appliquer les sanctions de manière efficace ?

10. Les autorités de concurrence créées depuis peu, en particulier dans les pays en développement, rencontrent de grandes difficultés à faire appliquer leurs décisions. Lorsque les sanctions imposées ne sont pas respectées, certaines de ces autorités ne disposent pas du pouvoir légal d'y remédier. En Indonésie et à Maurice, par exemple, ces autorités tablent sur l'intervention des tribunaux lorsqu'une société ne paie pas l'amende qui lui a été infligée. En pareille situation, le fonctionnement du système judiciaire du pays influe également sur les objectifs d'application de son autorité de la concurrence. En d'autres termes, un mauvais fonctionnement du système judiciaire en général peut constituer un obstacle à l'application efficace du droit de la concurrence. Par exemple, le Kenya a fait savoir que son autorité de concurrence ne disposait pas du pouvoir de rendre une décision contraignante en cas de violation du droit de la concurrence, et dépendait de l'action du ministre à cet égard, tandis que le Pérou a indiqué que la durée des procédures judiciaires durant lesquelles le juge pouvait ordonner la suspension d'une décision posait un sérieux problème pour l'application efficace du droit de la concurrence. Même lorsqu'une autorité de concurrence jouit légalement du pouvoir de faire appliquer ses décisions, dans la pratique le savoir-faire et les autres moyens nécessaires peuvent lui faire défaut.

C. Critères de preuve dans les affaires relatives à la concurrence

11. Les règles relatives aux questions de procédure énoncent les principes de la garantie d'une procédure régulière et équitable. Les questions de procédure et le droit de la preuve ne peuvent donc pas être analysés séparément des questions de fond du droit de la concurrence. Le principal outil dont dispose les tribunaux est le règlement de procédure, les règles de la preuve étant sans doute l'élément le plus important de ces dispositions. La procédure est déterminante dans les conclusions d'une affaire, et le droit de la preuve détermine souvent qui seront les gagnants et les perdants devant les tribunaux. Il n'est pas nécessaire que le droit de la concurrence et les données économiques soient convaincants ; il n'est pas plus problématique ou plus difficile de statuer sur des questions de droit de la

⁵ Par exemple, en droit de la concurrence de l'Union européenne, le montant final d'une amende ne saurait dépasser 10 % du chiffre d'affaires total réalisé lors du précédent exercice par l'entreprise ou le groupe d'entreprises participant à l'infraction.

concurrence que sur toute autre forme de litiges complexes, comme les affaires portant sur l'environnement, la santé ou des questions fiscales complexes. Les tribunaux doivent être dûment conseillés par des experts, notamment des économistes, avant de formuler des constatations et de tirer des conclusions, et ils doivent garantir une procédure régulière et régler les différends conformément à la loi.

12. Un des principaux objectifs de la politique de concurrence au niveau mondial (et, par exemple, dans l'Union européenne) est de faire en sorte que le droit de la concurrence tienne compte de considérations d'ordre économique, le contenu de la loi ayant une incidence importante à cet égard, ce qui implique l'évolution d'une logique formaliste, juridique – presque littéraire – vers une forme dynamique et plus contextualisée d'évaluation, d'ordre économique, fondée sur des preuves et des données factuelles. On juge aujourd'hui légitimes ou, du moins, ne nécessitant pas l'intervention de l'État, certaines pratiques considérées naguère anticoncurrentielles et donc illégales. À l'inverse, avec l'apparition d'outils économiques sophistiqués, des pratiques anticoncurrentielles qui, auparavant, auraient pu ne pas être repérées ou qui échappaient d'une autre manière au contrôle, sont maintenant considérées comme illégales.

13. Concilier droit de la concurrence et considérations économiques n'est qu'un aspect de la question, et d'autres intérêts sont en conflit. Le droit de la concurrence ne peut être réduit à un exercice de casuistique ; pour être comprise et appliquée efficacement, en particulier par les tribunaux, la législation doit être prévisible et transparente. Par exemple, les ententes sont maintenant considérées comme une forme de conspiration « quasi pénale » (ou sont érigées en infraction pénale dans certains États) et sévèrement sanctionnées. En raison du caractère répressif du droit sur les ententes, les litiges de ce domaine se limitent à des questions de procédure ou de régularité de la procédure et ne prennent pas en considération les perspectives économiques. Les tribunaux devraient s'efforcer d'appliquer la loi de telle façon que le système reste ouvert à tous, fiable, efficace, prévisible et équitable.

14. Dans d'autres domaines, la fonction du degré de preuve est de « donner des instructions à l'enquêteur concernant le degré de confiance qu'il devrait avoir, selon notre société, s'agissant de l'exactitude des conclusions de fait pour un type particulier d'arbitrage » (Cour suprême, affaire *Re Winship* 397 US358, 370 (1970)). Le degré de preuve sert à répartir les risques d'erreur entre les parties et à signifier l'importance relative accordée à la décision finale. Le degré de persuasion d'un élément de preuve nécessaire pour que l'élément soit considéré comme déterminant dans l'établissement d'une violation du droit de la concurrence, et les critères d'examen appliqués par un tribunal, ainsi que l'ampleur du contrôle exercé par les tribunaux, varient selon le type de procédure. La charge légale de la preuve n'est pas la même dans les procédures administratives (visant à contrôler la légalité des décisions rendues par les autorités administratives), les procédures quasi pénales (visant à statuer sur les sanctions imposées aux auteurs d'infractions à la législation antitrust) et les actions civiles (relatives aux demandes d'indemnisation fondées sur le droit de la concurrence, présentées par exemple par les victimes d'une entente).

1. Détermination des critères de preuve dans les affaires de concurrence

15. La question de la détermination des critères de preuve applicables dans les affaires de concurrence a fait l'objet de controverses et de débats théoriques dans les pays développés. Des notions telles que l'hypothèse la plus vraisemblable (critère de preuve en matière civile), la preuve emportant l'intime conviction (dans les affaires pénales) et les éléments de preuve convaincants et décisifs (dans d'autres domaines intermédiaires) sont

des tentatives de transposer des notions de la tradition juridique anglo-américaine dans des systèmes de droit civil⁶.

2. Présentation d'éléments de preuve économiques devant les tribunaux

16. Les juges ayant une expérience juridique ont parfois des compétences économiques limitées et il convient donc de leur présenter l'analyse et les éléments de preuve économiques de manière claire et simple. Les incidences des modèles théoriques et des statistiques doivent être expliquées de manière approfondie. Il est recommandé que les éléments de preuve économiques soient illustrés par des graphiques et d'autres moyens. L'élément de preuve économique appuie le raisonnement juridique mais ne le remplace pas. Dans son arrêt du 29 juin 2012 concernant Publigroupe, la Cour suprême suisse a fait observer que « l'analyse du marché est complexe et les bases de données, souvent incomplètes. Par conséquent, les éléments de preuve tendant à prouver des corrélations économiques et/ou statistiques ne peuvent pas être utilisés de manière trop étendue. Il est donc impossible d'obtenir par ce biais une preuve au sens strict du mot. Toutefois, la logique de l'analyse économique et la probabilité de son exactitude doivent être convaincantes et compréhensibles ». Dans l'affaire *Rhône-Poulenc S.A. c. Commission des Communautés européennes* (1991), l'avocat général a fait observer que « les analyses économiques constituent souvent une part importante du matériel de preuve dans les affaires de concurrence et elles peuvent avoir une grande valeur pour la compréhension du contexte économique par le Tribunal. Ainsi, il est important d'obtenir des informations sur la façon dont on peut estimer qu'un marché oligopolistique réagit à différents facteurs. Mais [...] les expertises économiques ne peuvent remplacer l'appréciation et la solution juridiques ».

3. Preuve directe ou indirecte dans les affaires de concurrence

17. L'analyse de la concurrence adopte une approche *per se* pour certaines conduites et une approche fondée sur la règle de raison pour d'autres. Une preuve indirecte peut être une preuve circonstancielle et porter sur des communications ou des éléments de preuve économiques ; dans le premier cas, la preuve indique que les opérateurs d'entente se sont réunis ou ont communiqué d'une quelconque autre manière, mais elle ne décrit pas le fond de ces communications. La preuve d'une conduite est un élément essentiel car elle comprend la preuve de conduites parallèles par les membres présumés d'une entente, telles que des augmentations de prix identiques et simultanées ou des modalités suspectes de soumission aux appels d'offres.

4. Preuve directe dans les affaires d'entente

18. Par définition, il ne peut y avoir de preuve directe d'un accord tacite (contrat) entre concurrents. Dans la plupart des cas, il n'existe aucune preuve directe d'un accord anticoncurrentiel explicite. Si un accord de type horizontal n'est pas interdit *per se* par le droit de la concurrence, une évaluation doit être effectuée pour déterminer s'il s'agit d'une pratique anticoncurrentielle. Par exemple, certains échanges d'informations sont anticoncurrentiels, mais d'autres sont favorables à l'efficacité, tandis qu'un accord de

⁶ L'existence d'une doctrine des critères de preuve a été rejetée par certains commentateurs juridiques car une telle doctrine n'est pas d'application dans certaines traditions juridiques européennes. Voir H. Legal, 2006, « Standards of proof and standards of judicial review in European Union competition law », dans B. Hawk, éd., *International Antitrust Law and Policy : Fordham Corporate Law 2005* (Juris Publishing) ; E. Gippini-Fournier, 2011, « The elusive standard of proof in European Union competition cases », et F. Castillo de la Torre, « Evidence, proof and judicial review in cartel cases », dans C. D. Ehlermann, et M. Marquis, éd., *European Competition Law Annual 2009* (Hart Publishing, Oxford).

coopération en matière de recherche et développement peut être anticoncurrentiel ou non. La preuve circonstancielle (indirecte) est utilisée dans les affaires sur les ententes. Les éléments de preuve économiques peuvent être ambigus et doivent être interprétés correctement par les enquêteurs, les organismes chargés de la concurrence et les tribunaux⁷.

II. Les normes du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

19. La CNUCED a abordé la question du contrôle juridictionnel sous l'angle de l'exigence de la procédure régulière et de l'état de droit, qui peut empêcher que des décisions imparfaites rendues dans des affaires de concurrence ne portent atteinte aux droits des destinataires et des tiers⁸.

A. Les différents systèmes de contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

20. Comme le montre le tableau ci-après, dans de nombreuses juridictions, soit l'examen judiciaire est réservé aux tribunaux administratifs, soit ceux-ci font office de première instance. Certains pays ont constitué des cours d'appel spécialisées dans les affaires de concurrence (c'est le cas de l'Afrique du Sud et de Singapour). Dans d'autres cas, les décisions issues du contrôle juridictionnel de la concurrence ont été annulées par l'exécutif pour des raisons d'ordre exceptionnel (cas de la Croatie)⁹.

Aperçu des différents types d'entités chargées du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence

<i>Tribunaux administratifs</i>	<i>Cours de justice</i>	<i>Tribunaux/Cours de la concurrence</i>	<i>Cour/Tribunal de dernière instance</i>
Colombie	Algérie	Australie	Bulgarie
Croatie	Allemagne	Autriche	Chypre
Estonie	Australie	Canada	France
Grèce	Belgique	Danemark	Turquie
Italie	Brésil	El Salvador	
Lettonie	Côte d'Ivoire	Finlande	
Slovénie	France	Inde	
Suisse	Malte	Kenya	

⁷ La question de savoir si les tribunaux de l'Union européenne doivent se fonder exclusivement sur des preuves directes ou s'ils peuvent parvenir à des conclusions sur la base de preuves indirectes a reçu une réponse qui, apparemment, est définitive ; dans le contexte quasi pénal des ententes, où la probabilité que cette question soit soulevée est la plus grande, les tribunaux acceptent régulièrement l'utilisation de preuves circonstancielle ou indirectes.

⁸ Voir TD/RBP/CONF.7/3 et TD/RBP/CONF.7/5.

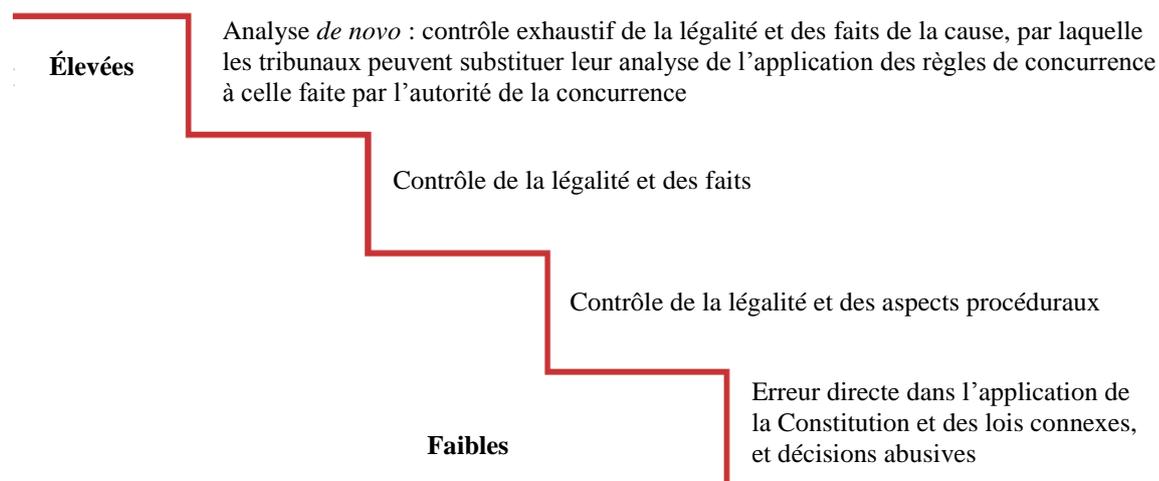
⁹ Voir TD/RBP/CONF.7/5.

<i>Tribunaux administratifs</i>	<i>Cours de justice</i>	<i>Tribunaux/Cours de la concurrence</i>	<i>Cour/Tribunal de dernière instance</i>
Tunisie	Panama	Pérou	
Venezuela (Rép. bolivarienne du)	Pays-Bas	Pologne	
	Roumanie	Rép. tchèque	
	Slovaquie	Royaume-Uni	

Source : CNUCED, 2007, *Loi type sur la concurrence* (publication des Nations Unies, New York et Genève).

21. En tout état de cause, les principes de l'indépendance et de la séparation des pouvoirs, ainsi que l'existence d'un contrôle juridictionnel des décisions de l'autorité de la concurrence par des tribunaux ordinaires ou par des tribunaux administratifs, doivent garantir l'équité et l'intégrité des décisions. Or, les normes relatives au contrôle juridictionnel varient largement d'une juridiction à l'autre. La CNUCED a relevé au moins quatre niveaux d'examen différents dans les régimes nationaux de la concurrence, qui sont résumés dans la figure ci-après. Les quatre normes adoptées par les systèmes judiciaires sont décrites dans les paragraphes ci-après.

Normes relatives à l'examen des affaires de concurrence par les instances judiciaires



22. Dans l'analyse *de novo*, il est procédé à l'examen exhaustif de la légalité et des faits de la décision prise par l'autorité de la concurrence. Les tribunaux peuvent, par exemple, remplacer l'évaluation faite par l'autorité de la concurrence. Le principe de la retenue judiciaire n'est pas particulièrement applicable à cette norme¹⁰. Comme il est expliqué dans l'encadré 2, l'affaire *Menarini* (et ses effets sur l'application des règles de concurrence dans l'Union européenne), est un exemple historique de cette approche et du point de vue du secteur privé, qui souhaite que l'affaire fasse l'objet d'un examen judiciaire complet¹¹.

¹⁰ Le principe de la retenue judiciaire par rapport aux interprétations administratives de la loi renvoie à la séparation des pouvoirs et donne à penser que l'interprétation des règles techniques par l'autorité

Encadré 2

Norme de contrôle des affaires de concurrence de la Cour de justice de l'Union européenne

L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mise en œuvre des règles de concurrence en Europe continue de susciter la controverse et de poser des difficultés. Elle trouve son origine dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *A. Menarini Diagnostics c. Italie* (arrêt du 27 septembre 2011), dans lequel la Cour rappelle que le droit fondamental à un procès équitable oblige les tribunaux à examiner, sans restriction, la décision des autorités de la concurrence d'imposer des sanctions pénales ou quasi pénales. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une approche pragmatique, notant que même si les règles de procédure imposaient une forme de norme de retenue en vertu de laquelle les tribunaux ne devaient pas entraver la marge d'appréciation des autorités de la concurrence, l'application de ces règles dans la pratique était pour elle l'aspect qui importait.

Selon la jurisprudence de l'Union européenne, lorsqu'ils traitent des évaluations techniques ou économiques complexes, les tribunaux se rangent normalement à l'avis de la Commission européenne, la loi conférant à la Commission une vaste marge de manœuvre pour appliquer les règles de concurrence, et les tribunaux choisissent en général de ne pas s'ingérer dans la stratégie de la Commission. Malgré cela, en 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a été priée de réexaminer cette position à la lumière de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Menarini* et a déclaré que, d'un point de vue pragmatique, le devoir du tribunal de première instance de l'Union européenne était d'exercer une forme de contrôle sur les décisions d'imposer des amendes excluant la retenue et éventuellement, s'il le jugeait approprié, de fixer directement le montant des amendes. Autrement dit, il pourrait s'orienter vers une norme d'analyse *de novo*.

Cela a conduit les tribunaux de l'Union européenne à abandonner la norme de retenue s'agissant du contrôle lorsqu'il y a des sanctions quasi pénales et l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme a amené les tribunaux, dans la pratique, à appliquer une norme ressemblant étroitement à la norme de la preuve au-delà du doute raisonnable, qu'ils évoquent même parfois expressément, comme par exemple dans l'affaire *Dresdner Bank et al c. Commission des Communautés européennes*, où il a été indiqué que « l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Le juge ne saurait donc conclure que la Commission a établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question », notamment dans le cadre d'un recours tendant à l'annulation d'une décision d'infliger une amende.

de la concurrence convient mieux, dans certaines affaires, que les interprétations génériques globales faites par les tribunaux et que, dans de tels cas, le tribunal soumettra son jugement à celui d'une autre partie légitime, telle que le pouvoir exécutif, dans les affaires relevant de l'application du droit de la concurrence. (voir <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>)

¹¹ « Pour qu'il remplisse son rôle et surmonte les difficultés inhérentes à de telles affaires, qui touchent non seulement aux intérêts essentiels des parties mais souvent, aussi, à leurs droits fondamentaux, le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence doit comporter un examen complet et approfondi du bien-fondé factuel et juridique des décisions contestées. En particulier, le recours engagé contre une décision prise par une autorité étant la première occasion où l'affaire est examinée par un organe judiciaire indépendant dans les affaires que nous examinons ici, il convient que le tribunal chargé d'examiner l'affaire ait une compétence pleine et illimitée. Un examen complet permet au tribunal d'évaluer le bien-fondé des décisions de l'autorité, et pas seulement leur légalité. Il lui permet aussi de procéder à un contrôle complet de la sanction imposée. » (Comité consultatif économique et industriel, 2011, Organisation de coopération et de développement économiques, Comité de la concurrence, DAF/COMP (2011) 122).

Compte tenu de l'accent mis sur les instruments relatifs aux droits de l'homme tels que la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il semble peu probable que les tribunaux de l'Union européenne seront enclins, à l'avenir, à s'écarter de cette approche.

Source : Contribution à l'activité de renforcement des capacités de la CNUCED en matière judiciaire, 2012.

24. Examen de la légalité et des faits. Cette norme diffère de l'analyse *de novo* en ce que les tribunaux ne remplacent pas la décision de l'autorité de la concurrence mais y renvoient, en indiquant que l'autorité doit réévaluer l'affaire conformément à leurs orientations et instructions. Le point de vue des juges varie. Certains préfèrent une approche plus exhaustive, comportant des instructions précises sur la façon dont l'autorité doit réévaluer l'affaire, tandis que d'autres lui laissent à ce sujet un pouvoir discrétionnaire. Par exemple, la Bulgarie (en tant qu'État membre de l'Union européenne) a signalé qu'au cours des dernières années, peu d'affaires avaient été annulées par les tribunaux et que ces annulations étaient fondées sur des motifs concernant les normes de preuve d'atteinte à la concurrence, en application desquelles les procédures avaient été renvoyées à la Commission de la concurrence pour examen, principalement lorsque la juridiction d'examen avait confirmé l'existence d'atteintes aux règles de procédure lors de la procédure administrative devant l'autorité de la concurrence¹².

25. Contrôle de légalité et aspects procéduraux. D'autres tribunaux, moins nombreux, se limitent à vérifier si l'acte administratif de la décision de l'autorité est conforme au principe de légalité et d'équité procédurale. Dans de nombreuses juridictions, les jeunes autorités de la concurrence peuvent préférer cette norme, parce que les juges ne dominent pas l'analyse du droit de la concurrence ni l'économie. Le principe de la retenue judiciaire est utilisé pour justifier le pouvoir discrétionnaire qu'un organisme technique devrait avoir sur le plan technique lorsqu'il se prononce sur une affaire de concurrence. Dans son enquête, l'International Competition Network a constaté que la plupart des juridictions étaient favorables à un examen procédural des affaires de concurrence, dans lequel l'organe de recours se limite à examiner la loi et les procédures adoptées par l'autorité de la concurrence dans l'exercice de ses fonctions d'enquête et de décision, plutôt que d'examiner *de novo* les éléments probants et les arguments juridiques¹³. Ainsi, au Chili, l'autorité de la concurrence est assumée par l'Office national des poursuites et par un tribunal spécial de la concurrence (une chambre spécialisée de la Cour suprême) et, compte tenu de cette répartition institutionnelle, les praticiens du droit de la concurrence estiment que le contrôle de la Cour suprême peut se limiter au contrôle de la légalité des décisions du tribunal¹⁴.

¹² Contribution de la Commission de la concurrence de Bulgarie, 2016.

¹³ En conséquence, l'intention n'est pas pour les tribunaux de faire prévaloir leur propre appréciation, mais de vérifier si l'autorité de la concurrence a abusé de son pouvoir discrétionnaire. Dans ce contexte, le contrôle juridictionnel est généralement considéré comme une étape ultime, où sont jugés les résultats ou les actes passés, c'est à dire les décisions déjà prises par l'autorité de la concurrence, selon que les pouvoirs de décision sont confiés au directeur général, à des commissaires ou à un organe quasi judiciaire distinct sous la forme d'un tribunal spécial de la concurrence (Afrique du Sud, Brésil, Pérou et Royaume-Uni). Voir International Competition Network (2006).

¹⁴ Une disposition sur le droit de la concurrence appuie cette compréhension en énumérant les sujets pouvant faire l'objet de recours. Toutefois, les décisions de la Cour suprême montrent que celle-ci peut annuler toute décision d'un tribunal sur le fond et sur différents critères, notamment en modifiant (augmentation ou réduction) les sanctions imposées.

26. Erreur directe dans l'application de la Constitution et des lois connexes, et décisions abusives. L'applicabilité de cette approche et la préférence en sa faveur sont le résultat d'une approche plus formaliste et plus classique de la concurrence par les praticiens du droit. En vertu de cette norme, les juges sont tenus de n'intervenir, à titre subsidiaire, que s'il y a une erreur constitutionnelle directe et flagrante ou une décision abusive prise par une autorité de la concurrence dans l'application du droit de la concurrence. Les motifs de l'intervention sont souvent l'incompétence, les vices de procédure et l'erreur de droit, les défauts de raisonnement, l'erreur manifeste d'appréciation et l'erreur de fait. Cette norme est considérée par les juridictions bien établies comme une première forme d'application des règles de concurrence mais est encore envisagée par d'autres juridictions, où le droit et la politique de la concurrence sont moins bien connus des juges et des praticiens du droit. Dans de tels cas, la CNUCED met l'accent sur la mise en place de programmes spéciaux de renforcement des capacités et d'initiatives d'assistance technique (voir le chapitre III). On trouve un exemple d'un tel contrôle juridictionnel dans les évaluations des décisions de la Commission européenne par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵. Dans son arrêt du 29 juin 2010 dans l'affaire *Alrosa Company Ltd c. Commission des Communautés européennes*, la Cour a précisé que le Tribunal ne pouvait donner sa propre appréciation des circonstances économiques complexes et donc substituer sa propre appréciation à celle de la Commission, et empiéter ainsi sur la marge d'appréciation de celle-ci, au lieu d'examiner la légalité de son évaluation et de préciser que, au regard de l'article 9 du Règlement du Conseil européen n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, le contrôle juridictionnel se limite à l'établissement d'erreurs manifestes. Le caractère volontaire des engagements et des principes d'économie de procédure semblent être les principaux fondements de l'arrêt de la Cour¹⁶.

B. Difficultés du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence et incidences sur le principe de la sécurité juridique

27. Le contrôle juridictionnel façonne de manière positive le principe de la sécurité juridique. La première question à examiner est celle de savoir si le cadre juridique et institutionnel d'une juridiction est expressément et suffisamment clair pour répartir l'action entre les tribunaux et les autorités en ce qui concerne l'application des règles de concurrence. Cela est essentiel pour les régimes de concurrence récents qui déterminent comment mettre en œuvre les règles de concurrence et souhaitent que la légitimité du système soit acceptée par les praticiens.

28. Dans certaines juridictions, la norme de contrôle du régime de la concurrence manque de clarté. Différents acteurs peuvent se dire légitimes pour traiter les affaires de concurrence et l'attribution de ce mandat varie d'un pays à l'autre. À cet égard, les autorités de la concurrence réclament souvent l'application intégrale du principe de la retenue judiciaire, en vertu duquel les tribunaux ne contrôlent que la légalité de l'acte administratif, comme indiqué au paragraphe 25. De leur côté, malgré leurs difficultés à comprendre la dynamique de la concurrence et l'analyse du droit de la concurrence – lorsque, par exemple, il s'agit de déterminer un marché pertinent dans une affaire donnée – les tribunaux font souvent valoir que le contrôle juridictionnel ne doit pas seulement couvrir l'examen de la légalité mais aussi celui des faits. La CNUCED a constaté que les régimes

¹⁵ N. Harsdorf, 2011, Article 9 commitment decisions : Some comments on key questions in light of the recent case law of the Court of Justice of the European Union, *Austrian Competition Journal*, 3 (5).

¹⁶ Défini comme l'efficacité d'exécution bénéfique en termes de coûts et de temps, non seulement pour les parties, mais aussi pour le système judiciaire et donc pour les ressources publiques, d'une manière générale.

de concurrence récents avaient donc un important défi à relever, apparemment exacerbé lorsque les juges ayant une formation juridique traditionnelle méconnaissaient des notions économiques du droit de la concurrence telles que les pratiques restrictives de concurrence, le verrouillage des marchés ou encore l'abus de position dominante. Dans de telles circonstances, les juges ont tendance à utiliser les principes traditionnels de l'interprétation, en analysant la signification des termes ou en appliquant une interprétation stricte de la langue juridique, ce qui, dans l'évaluation des affaires de concurrence, ne correspond pas à l'application du droit de la concurrence. Cette situation crée souvent des divergences de vues entre les autorités de la concurrence et les instances judiciaires en ce qui concerne l'interprétation des règles de la concurrence dans une affaire donnée. Parmi les autres difficultés, on retiendra aussi les vices de procédure ou encore les problèmes concernant le niveau de preuve appliqué aux affaires de concurrence, qui sont fréquents dans le travail des juges qui traitent de telles affaires.

III. L'assistance technique de la CNUCED à l'appareil judiciaire

29. Depuis l'adoption de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, en 1980, la CNUCED offre son assistance technique et ses programmes de renforcement des capacités aux autorités judiciaires des pays en développement ou en transition. Ces programmes et les activités de formation connexes dans le domaine de l'économie s'adaptent aux caractéristiques particulières de chaque système judiciaire. En particulier, la séparation des pouvoirs entre les autorités de la concurrence et le pouvoir judiciaire doivent être respectés dans la préparation et la conduite des activités de formation. La CNUCED axe ses stratégies sur la mise au point de modalités particulières de contacts institutionnels avec les instances judiciaires ne passant pas nécessairement par l'assistance d'une autorité de la concurrence dans une juridiction donnée, étant entendu qu'il pourrait ne pas être opportun, pour les autorités de la concurrence, de contacter les autorités judiciaires à des fins de formation alors que celles-ci ont vocation à examiner leurs décisions¹⁷. Les activités de formation sont souvent menées par des entités spéciales de formation dans le pouvoir judiciaire même, telles qu'une école de la magistrature, dont le mandat est d'instruire les juges sur un certain nombre de sujets pertinents et intéressant leurs travaux, cette instruction étant prodiguée par des juges placés plus haut dans la hiérarchie judiciaire. L'assistance de la CNUCED comprend la préparation d'activités de formation dans les programmes officiels de ces écoles.

30. En association et/ou partenariat avec des entités judiciaires locales, la CNUCED réalise trois étapes pour aider à garantir la transparence et la légitimité des ateliers de formation à l'intention des juges. La première étape consiste à établir un mémorandum

¹⁷ Toutefois, les cours suprêmes sont parfois favorables à la formation spécifique des organismes chargés de la concurrence, comme, par exemple, en Indonésie et au Nicaragua. La Cour suprême d'Indonésie a appuyé l'organisme chargé de la concurrence en indiquant, de manière non officielle, que les juges de district traitant des objections en droit de la concurrence pouvaient participer aux ateliers de l'organisme (à cette occasion, les juges reçoivent un certificat de la Cour suprême et de l'organisme de la concurrence attestant leur participation). À ce jour, plus de 300 juges ont participé à ces ateliers. Au Nicaragua, l'autorité de la concurrence participe activement à l'organisation d'ateliers, avec des juges de la Cour suprême et d'autres cours supérieures. Dans les deux États, les juges se sont félicités de la participation de l'autorité de la concurrence à la conception et à la tenue de cours de formation. Les examens collégiaux volontaires de la CNUCED sur le droit et la politique de la concurrence contribuent à définir des stratégies de contact avec les autorités judiciaires. Par exemple, en Albanie, l'examen par les pairs a donné lieu à un certain nombre de recommandations sur les modalités de contact avec les juges, et un certain nombre d'ateliers de formation ont été organisés en 2015-2016.

d'accord avec l'École de la magistrature dans une juridiction donnée, pour établir une coopération sur la formation des juges à l'application du droit de la concurrence. La deuxième étape consiste à examiner les sujets, par le biais de réunions virtuelles, et à décider ceux qui sont pertinents pour les juges. Les sujets traités comprennent généralement les quatre grands domaines suivants : aperçu du rôle des juges dans l'application du droit de la concurrence ; multiplicité des critères dans les affaires de concurrence ; normes de contrôle juridictionnel des affaires de concurrence ; méthodes de détermination des sanctions et des amendes. La troisième étape consiste à définir la stratégie d'organisation de la formation, à concevoir des incitations pour les participants et à choisir les formateurs (normalement un autre juge du même niveau de compétence, en accord avec l'institution bénéficiaire). La sélection des formateurs et des participants a une incidence importante sur les effets concrets du programme de renforcement des capacités. Par exemple, si les juges des juridictions supérieures doivent être formés, la stratégie suivie diffère de celle qui est appliquée dans le cas des juges des tribunaux de district (juridiction inférieure). En outre, la CNUCED a conçu une stratégie spéciale pour former des juges de la Cour suprême, adaptée aux particularités locales et à la dynamique du pays bénéficiaire.

IV. Conclusion

31. On trouvera ci-après une liste des modalités que les juges devraient suivre pour faire respecter les règles de concurrence, et garantir la sécurité juridique de la relation entre les organismes chargés de la concurrence et les instances judiciaires :

Examiner en toute indépendance les éléments probants utilisés pour étayer les accusations et les apprécier à la lumière des éléments soumis par la défense. Le juge doit avoir la faculté de vérifier l'exactitude et la fiabilité des preuves dans toute la mesure prévue par les règles nationales de procédure, par exemple en soumettant des témoins à des interrogatoires et contre-interrogatoires, avant de tirer ses propres conclusions ; évaluer les faits dans le contexte des éléments juridiques et économiques qui constituent l'infraction, dont l'examen complet des preuves et de l'analyse économiques ; vérifier que la charge de la preuve est respectée ; vérifier que les garanties d'une procédure régulière et le principe de transparence ont été respectés ; vérifier que toute sanction est appropriée (juste et proportionnée à la gravité de l'infraction et à la participation personnelle du défendeur à toute violation), par rapport aux sanctions imposées pour des infractions économiques comparables, et justifiée par les torts réels causés aux consommateurs ou par la nécessité avérée d'assurer un effet dissuasif¹⁸.

32. Le rôle des juges dans l'application des règles de concurrence diffère néanmoins sensiblement, en fonction du niveau du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence et du cadre institutionnel de la juridiction donnée. On ne peut proposer de solution unique comme référence dans ce domaine, mais les attentes qui peuvent être légitimement placées dans les praticiens du droit peuvent contribuer à renforcer le principe de sécurité juridique et à déterminer la manière dont on peut favoriser une répartition des tâches efficace et productive, qui assure une relation positive entre les instances judiciaires et les autorités de la concurrence¹⁹. Que le régime de la concurrence soit récent ou bien établi, le pouvoir

¹⁸ Comité consultatif économique et industriel (2011).

¹⁹ Par exemple, en 2011, le Mexique a réformé son système pour parvenir à un équilibre optimal de la répartition de l'action entre le pouvoir judiciaire et les organismes chargés de la concurrence. Le système du droit de la concurrence est désormais doté d'un cadre d'application plus équilibré et plus fort et d'un contrôle juridictionnel plus poussé. D'une part, l'autorité de la concurrence a le pouvoir de mener des perquisitions inopinées et d'imposer des amendes et des sanctions pénales plus élevées. D'autre part, le mécanisme de contrôle juridictionnel des affaires de concurrence est renforcé et

judiciaire doit jouer un rôle important dans le développement du droit de la concurrence ; en effet, un tel rôle peut favoriser des améliorations dans l'analyse et la prise de décisions des organismes, ainsi que dans les interactions entre l'appareil judiciaire et l'autorité de la concurrence, interaction qui trouve toute son efficacité lorsque les procédures judiciaires sont toutes suivies et que le raisonnement suivi par l'autorité dans ses décisions repose sur des analyses juridiques et économiques claires et rationnelles.

33. Compte tenu des difficultés connexes, en particulier dans les régimes de concurrence créés depuis peu, les participants à la quinzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence voudront peut-être examiner plus avant les questions suivantes :

a) Comment l'efficacité d'un régime de concurrence peut-elle être évaluée au mieux (les décisions des organismes chargés de la concurrence doivent être sensées et argumentées, et reposer sur des notions économiques et juridiques solides, et les juges doivent être pleinement capables de traiter les affaires de concurrence) ?

b) Comment peut-on améliorer le niveau de compréhension des notions économiques par les juges (le principe de retenue judiciaire doit-il être appliqué, de sorte que les juges n'aient plus à traiter sur le fond les affaires de concurrence) ? Est-ce nécessaire ?

c) L'examen en première instance par un juge spécialisé est-il une solution pour les pays désireux de rationaliser le contrôle juridictionnel ? Faut-il inclure le droit économique au programme des matières de l'examen de la magistrature dans les régimes de concurrence créés il y a peu ?

d) Si une juridiction décide de se doter d'un tribunal spécialisé pour les questions économiques, la révision du mécanisme du contrôle juridictionnel peut être l'occasion d'améliorer l'efficacité, mais quels risques ce choix entraîne-t-il ?

e) La spécialisation des magistrats permettant un contrôle plus nuancé des décisions d'application des règles de concurrence, quelle peut être l'analyse coûts-avantages pour les régimes de concurrence récents ?

f) Quels sont les risques supplémentaires qu'entraîne, pour les régimes de concurrence récents, la mise en place de tribunaux spécialisés dans les affaires de concurrence (sachant que les règles de procédure spécialisées permettent de gagner en clarté, mais qu'il y a un risque de retard si des affaires sont soumises à de multiples contrôles, notamment des cours constitutionnelles, et que les contrôles judiciaires sur le fond peuvent faire évoluer les procédures de recours du formalisme juridique vers une logique axée sur le fond, tandis que les groupes d'intérêts peuvent faire pression et tenter de modifier l'équilibre d'un contrôle en faveur des parties privées) ?

dispose de tribunaux spécialisés dans le domaine de la concurrence, de la possibilité d'un examen complet sur le fond et de la possibilité de procéder directement au contrôle juridictionnel, sans plus passer par l'étape intermédiaire du contrôle administratif (Mexique, 2011, Organisation de coopération et de développement économiques, Comité de la concurrence (DAF/COMP(2011) 122)).