

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT « *TELE 2 POLSKA* » C-375/09 DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Nicolas PETIT* et Charlotte LOUSBERG**

En se fondant sur une lecture littéralement et téléologiquement discutable du Règlement 1/2003 pour conclure que seule la Commission, à l'exclusion des autorités nationales de concurrence, est compétente pour constater l'absence de pratique abusive, la Cour omet de tenir compte des implications pratiques de la limitation qu'elle impose aux compétences des ANC.

Introduction

Alors que s'ouvrait la période des examens à l'université, la Cour de Justice (« la Cour ») de l'Union Européenne rendait le 3 mai 2011 son arrêt dans l'affaire *Tele 2 Polska*.¹ Tout comme auraient pu l'être les étudiants d'un cours de droit de la concurrence, les juges de Luxembourg étaient interrogés sur le Règlement 1/2003 (« le Règlement »), et notamment sur son article 5 relatif à la « *compétence des autorités de concurrence des Etats Membres* ». En l'espèce, la Cour était saisie par une juridiction nationale d'une question de droit institutionnel de la concurrence, comme dans les récentes affaires *X BV*² et *VEBIC*.³ Dans la procédure au principal, l'autorité nationale de concurrence (« ANC ») polonaise, constatant que le comportement d'un opérateur dominant ne remplissait pas les critères matériels de l'abus, avait pris une décision déclarant l'absence de violation du droit national de la concurrence. Dans la même décision, toutefois, l'ANC polonaise prononçait un non-lieu à statuer s'agissant de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), au motif que l'article 5 du Règlement ne lui permettrait pas d'adopter une décision déclarative négative,⁴ équivalente à celle prise en vertu du droit national. La juridiction d'appel polonaise

* Professeur, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (ULg), Directeur du Global Competition Law Centre (« GCLC »), Collège d'Europe et de la Brussels School of Competition (« BSC »). Nicolas.petit@ulg.ac.be.

** Assistante, Faculté de droit et de science politique de l'Université de Liège (ULg).

¹ Voir CJ, C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contre Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA.*, 3 mai 2011, non encore publié au Recueil.

² Voir CJ, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst contre X BV*, 11 juin 2009, Rec. 2009, p. I-4833, relatif à la possibilité d'utiliser la procédure d'*amicus curiae* prévue à l'article 15(3) du Règlement en matière d'amendes et d'astreintes.

³ Voir CJ, C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers (VEBIC) VZW*, 7 décembre 2010, non encore publié au Recueil, relatif à l'obligation, pour les Etats membres, d'autoriser les ANC à participer, en tant que partie défenderesse, à la procédure d'annulation dirigée contre les décisions dont elles sont l'auteur. Voir N. PETIT, « The Judgment of the European Court of Justice in VEBIC: Filling a Gap in Regulation 1/2003 », *Journal of Competition Law and Practice*, 2011.

⁴ Les praticiens parlent souvent de décisions positives. L'expression décision déclarative est employée pour désigner une décision qui révèle, affine ou précise une réalité juridique préexistante et certaine, mais ignorée ou

annula la décision de l'ANC, au terme d'un raisonnement ancré dans le bon sens: par parallélisme, l'ANC aurait également du adopter une décision concluant à l'absence de violation de l'article 102 TFUE. En désaccord, l'ANC forma un pourvoi en cassation, arguant que le Règlement ne lui conférait pas une telle compétence décisionnelle. Et la Cour de cassation de se trouver face à une difficulté majeure d'interprétation du droit européen: d'une part, dans une interprétation littérale, les décisions déclaratives négatives ne font pas partie des décisions prévues au premier paragraphe de l'article 5, qui régit la compétence des ANC ;⁵ d'autre part, dans une interprétation téléologique et fonctionnelle, le Règlement semble ne pas exclure que les ANC prennent des décisions déclaratives négatives.⁶ Après tout, l'article 5(2) reconnaît que les ANC peuvent décider « *qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir* ».

La Cour de cassation adressa donc deux questions préjudicielles aux juges de Luxembourg. Premièrement, l'article 5 du Règlement empêche-t-il une ANC d'adopter une décision constatant l'absence de pratique restrictive au sens de l'article 102 TFUE ? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'ANC doit-elle s'appuyer sur le dernier paragraphe de l'article 5 du Règlement, et prendre, le cas échéant, une décision de non-lieu à intervenir ?

Simple dans leur formulation, les questions soumises à la Cour n'en étaient pas moins compliquées dans leurs implications au fond. Étaient en effet en cause la lettre (II), l'économie (III) et les finalités (IV) du Règlement 1/2003. Avant de nous intéresser à chacune de ces problématiques et de dire quelques mots des conséquences pratiques de la solution retenue (V), parcourons rapidement l'arrêt de la Cour (I).

I. L'arrêt de la Cour

L'arrêt commenté est un modèle de concision. En une dizaine de considérants, il règle la première question : seule la Commission peut prendre des décisions concluant à l'absence de violation de l'article 102 TFUE, à l'exclusion des autorités nationales.⁷ Pour atteindre cette conclusion, la Cour tire d'abord justification du *libellé* du Règlement. L'article 5, paragraphe

mal discernée jusque-là. Voir, J-P GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 1994, p.287. La décision déclarative négative est comparable à l'acquittement, connu du droit pénal, qui déclare, en fin de procédure, l'innocence du prévenu.

⁵ Voir l'arrêt commenté, préc., §16.

⁶ *Idem*, §17.

⁷ Voir l'arrêt commenté, préc., §30.

premier, prescrit les compétences des ANC et, c'est du moins ce qui ressort implicitement de son jugement et des conclusions de l'Avocat Général MAZÁK,⁸ ne dit rien des décisions négatives.⁹ L'article 5(2) prévoit uniquement la décision de *non lieu* lorsque les conditions d'une interdiction ne sont pas remplies.¹⁰ Cette dernière disposition limite donc les compétences des ANC, comme le confirme d'ailleurs l'article 10 du Règlement qui attribue expressément des pouvoirs plus larges à la Commission, et spécialement celui de prendre des décisions déclaratives négatives.¹¹

Puis, la Cour change de mode argumentatif. S'intéressant à l'*économie* du Règlement, elle juge qu'autoriser les ANC à prendre des décisions déclaratives négatives « *remettrait en cause le système de coopération instauré par le Règlement* ». ¹² Sur ce point, la Cour est plutôt avare d'explications. Pour comprendre le sens de ces propos, il y a lieu de rappeler que le Chapitre IV du Règlement, notamment son article 11,¹³ impose aux ANC de communiquer préalablement à la Commission leurs projets de décisions positives, et permet à celle-ci de déposséder les ANC d'une affaire, en cas de risque d'application incohérente du droit européen. Mais l'article 11 ne prévoit aucun mécanisme de transmission – et *a fortiori* d'évocation – des projets de décisions négatives. Si la compétence d'adoption de décisions négatives était reconnue aux ANC, tout un pan de l'activité décisionnelle du réseau européen de la concurrence (« REC ») se trouverait soustrait aux mécanismes de surveillance du Règlement 1/2003. Des interprétations divergentes des conditions d'inapplicabilité des articles 101 et 102 TFUE pourraient se développer sans contrôle à travers l'Union.

Enfin, la Cour se place sur le terrain des *finalités* du Règlement. Elle rappelle que le tout premier considérant du Règlement s'assigne pour objectif d'œuvrer à l'application uniforme des articles 101 et 102 TFUE. Jusque là, on suit la Cour sans difficultés. En revanche, le reste de son raisonnement est moins évident. La Cour nous dit sans plus d'explication que reconnaître compétence décisionnelle négative aux ANC engendrerait un problème d'uniformité car cela empêcherait « *la Commission de constater ultérieurement que la*

⁸ Voir Conclusions de l'avocat général MAZAK présentées le 7 décembre 2010 dans l'affaire C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contre Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, non encore publiées au Recueil, §27.

⁹ Voir l'arrêt commenté, préc., §21

¹⁰ *Idem*, §22.

¹¹ *Id.*, §§24 et 25

¹² *Id.*, §§26-27.

¹³ La Cour renvoie au §20 de l'arrêt *X BV*, préc., qui lui-même renvoie au Chapitre VI du Règlement.

pratique en cause constitue une infraction à ces dispositions du droit de l'Union ». ¹⁴ Derrière l'écume des mots, la Cour semble avoir à cœur de maintenir l'égalité des conditions de concurrence dans le marché intérieur. Elle cherche à préserver la capacité d'intervention de la Commission, au cas où certaines ANC appliqueraient *moins* le droit européen de la concurrence que d'autres ANC, causant le cas échéant une distorsion des conditions de concurrence entre les Etats de l'UE. ¹⁵ Or, cette capacité d'intervention résiduaire pourrait être entièrement neutralisée en présence d'une compétence, dans le chef des ANC, de décision négative, compte tenu du principe *ne bis in idem*.

La deuxième question préjudicielle est tranchée de manière encore plus expéditive. Même si le droit national lui permet uniquement de prendre une décision négative sur le fond, l'ANC estimant qu'une pratique ne réunit pas les conditions de l'article 102 TFUE doit adopter une décision de non lieu en vertu de l'article 5(2) du Règlement. ¹⁶ Car, selon la Cour, qui énonce à cet effet un principe inédit – et assène un nouveau coup de pioche à l'autonomie procédurale des Etats membres – une ANC peut uniquement appliquer ses règles nationales « *lorsque le droit de l'Union ne prévoit pas de règle spécifique* ». ¹⁷ Or, l'article 5(2) du Règlement prescrit bien une règle spécifique, qui plus est d'effet direct en application de l'article 288 TFUE. ¹⁸

II. La lettre du Règlement 1/2003

La première difficulté de l'interrogation soumise à la Cour résidait dans la lecture de l'article 5 du Règlement. Sans trop douter semble-t-il, la Cour s'inspire de la lecture que lui avait soufflée son Avocat Général: l'article 5 énonce expressément « *de quelle manière les ANC doivent appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE dans des cas individuels (c'est-à-dire en précisant quels types de décisions peuvent être adoptées)* ». ¹⁹ Or, puisque l'article 5, et en particulier, l'article 5(1) n'introduit pas les décisions négatives dans la liste des décisions que

¹⁴ Voir l'arrêt commenté, préc., §28.

¹⁵ Cette *ratio* est éclairée par les conclusions de l'Avocat Général MAZAK, qui lui-même convoque les conclusions de l'Avocat Général KOKKOTT dans l'affaire T-Mobile. Voir Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 19 février 2009 dans l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Rec. 2009, p. I-4529, §§85-86.

¹⁶ Voir l'arrêt commenté, préc., §32.

¹⁷ *Idem*, §33.

¹⁸ *Id.*, §34.

¹⁹ Voir Conclusions de l'Avocat Général MAZAK, préc., §30.

peuvent prendre les ANC,²⁰ c'est bien que le Règlement a voulu limiter leur compétence en la matière. Cette lecture est au demeurant celle que soutient une partie importante de la doctrine.

La lecture de la Cour, fondée prétendument sur le « libellé » du Règlement n'en reste pas moins discutable. Car si l'on s'en tient à la seule lettre de l'article 5(1), comment cette disposition pourrait-elle prévoir une décision d'inapplicabilité, elle qui énumère les décisions que peuvent prendre les ANC « pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE dans des cas individuels (nous soulignons) » ? De plus, la formulation utilisée – « les ANC peuvent adopter » – suggère que l'article 5 n'est pas exhaustif, ou limitatif, pour reprendre un mot proche de ceux de la Cour et de son Avocat Général.²¹ L'utilisation d'un verbe de faculté indique qu'à côté des décisions expressément prévues à l'article 5, les ANC gardent la faculté d'en adopter d'autres.²² Enfin, il est inexact de lire dans l'autorisation expresse de la Commission d'adopter des décisions négatives en vertu de l'article 10, une exclusion implicite d'une même compétence au profit des ANC. Car les décisions dont il est question à l'article 10 ne sont pas des décisions déclaratives négatives prises dans des affaires individuelles. Il s'agit de décisions prises *ex officio* par la Commission dans l'intérêt public pour proclamer, dans des termes généraux, la légalité de certaines pratiques.²³

En bref, il est parfaitement possible de s'appuyer sur une lecture littérale pour considérer que l'article 5 n'est rien d'autre qu'une liste des compétences minimales dont doivent jouir les ANC.²⁴ Et, puisque qui peut le plus peut le moins, si les ANC peuvent dire une pratique

²⁰ Voir, pour une opinion similaire, B. van de Walle de Ghelcke, « Limits to the Power of National Authorities in the Application of European Competition Law », *Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, 2 (5).

²¹ De même, la version anglaise contient les mots « *may take* ».

²² Le récent rapport sur le fonctionnement du Règlement 1/2003 de 2009, qui qualifie l'article 5 de disposition « rudimentaire », le confirme et précise que de nombreuses incertitudes demeurent à propos des implications concrètes de l'article 5. Rapport que cite au demeurant l'Avocat Général, et que la Cour a donc lu. Voir Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Brussels, 29.4.2009, SEC (2009) 574 final, §199.

²³ Elles sont comparables à des instruments de *soft law* à caractère général. Voir également Commission Staff Working Paper, préc., §113, dans lequel la Commission précise expressément que les décisions de constatation d'inapplicabilité ont uniquement pour but d'être utilisées dans l'intérêt général de l'Union européenne, afin de corriger la politique décisionnelle d'une ANC ou de transmettre des directives d'interprétation au REC. L'article 10 ne vise donc pas les situations individuelles. Il est dès lors inexact de dire, comme le fait la Cour, que l'interdiction faite aux ANC de rendre des décisions négatives découle de cette disposition. De plus, l'article 10 constitue un mécanisme correcteur de l'action des autorités nationales et permet de prévenir le risque d'interprétations divergentes du droit européen.

²⁴ Voir U. LOEWENHEIM, K. MEESEN, et A. RIESENKAMPFF, *Kartellrecht – Band 1 Europäisches Recht – Kommentar*, C. H. Beck Verlag, Munich, 2005, p. 740, cité par l'Avocat Général MAZAK au sein de ses conclusions, préc., note 45. Ces auteurs estiment que le règlement n° 1/2003 ne contient pas de catalogue de

interdite, c'est bien qu'implicitement, par parallélisme des compétences, elles peuvent aussi dire qu'une pratique n'est pas interdite. Dans la pratique, cela semble d'ailleurs être la lecture des ANC, qui adoptent des décisions négatives et se rendent, de ce fait, coupables, depuis sept années, de violations du Règlement.²⁵

III. L'économie du Règlement 1/2003

Les propos de la Cour relatifs à l'économie du Règlement 1/2003 n'appellent en première analyse aucune critique. Il est ainsi exact de dire, comme elle le fait, que l'économie du Règlement est d'instaurer un système de coopération entre la Commission et les ANC, afin de garantir la cohérence d'application des articles 101 et 102 TFUE.

Tout n'est pas parfait pour autant. Ainsi, affirmer que la reconnaissance d'une compétence décisionnelle négative aux ANC irait à l'encontre du système de coopération – en inoculant le venin de l'incohérence au sein du REC – est assurément excessif et, en toute hypothèse, n'est pas insurmontable. Car certes, en pareille hypothèse, les décisions déclaratives négatives, dont le Règlement ne dit mot, ne seraient pas assujetties à l'article 11(4), qui prévoit, en fin de procédure, la transmission à la Commission de certains projets de décisions positives. Ceci étant, l'ensemble des autres mécanismes d'information,²⁶ de consultation²⁷ et d'évocation²⁸ de l'article 11 sont applicables et garantissent déjà un certain filtrage du risque d'incohérences.

En outre, la *Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence* prévoit en ses §§48 et 49 que les ANC informent le REC (et donc la Commission) des décisions clôturant des procédures, ce qui pourrait inclure les décisions déclaratives négatives.²⁹

décisions (« *Entscheidungskatalog* ») contraignant pour les ANC, un aspect laissé à la compétence du législateur national.

²⁵ Pour ne prendre qu'un exemple, en 2005, le Conseil belge de la concurrence a, dans l'affaire de la vente par la Ligue Professionnelle de Football belge des droits de retransmission des matchs du championnat national de football, conclu que l'article 81 CE (devenu l'article 101 TFUE) avait été observé. Voir Décision nr. 2005-I/O-40 du 29 juillet 2005.

²⁶ Voir Articles 11(2) et (3) du Règlement 1/2003, préc..

²⁷ Voir Article 11(5) du Règlement 1/2003, préc.

²⁸ Article 11(6) du Règlement 1/2003, préc. Laisser entendre, à l'instar de la Cour, que l'évocation par la Commission n'est possible qu'après la transmission des projets de décisions en vertu de l'article 11(4) est inexact. L'évocation n'est soumise à aucun impératif de délai et peut jouer à tout moment de la procédure. Ainsi, la Commission, informée d'un risque d'interprétation divergente ou de sous-application du droit européen, pourrait évoquer un projet de décision négative. C'est ici que le rôle du REC est crucial.

²⁹ Voir Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JO C 101 du 27 avril 2004, §§48 et 49.

Enfin, rien n'empêchait la Cour, en l'espèce, de combler les carences textuelles du Règlement 1/2003 en introduisant, dans l'article 11(4), une obligation de transmission des projets de décisions négatives. Après tout, la Cour n'a-t-elle pas démontré, dans l'arrêt *VEBIC*, qu'elle était prête à ajouter à la lettre du Règlement, y compris pour imposer aux ANC des sujétions aussi lourdes qu'une obligation de comparution dans le cadre de la procédure d'annulation ?³⁰ Une solution de cet ordre aurait assurément conduit à amplifier la coopération au sein du REC.

IV. Les finalités du Règlement 1/2003

Nonobstant les propos qui précèdent, c'est l'interprétation téléologique que fait la Cour du Règlement 1/2003 qui appelle les plus sérieuses réserves. Sans motiver davantage son propos, la Cour déclare qu'accorder une compétence décisionnelle négative aux ANC menacerait l'uniformité du droit de la concurrence en empêchant la Commission d'intervenir ultérieurement pour constater une infraction. Or, l'un des objectifs du Règlement est d'assurer l'uniformité d'application des règles de concurrence au sein de l'UE.

C'est uniquement à la lecture des conclusions de l'Avocat Général MAZÁK qu'il devient clair que la Cour est sensible au risque de sous-application générale – carence de l'ANC – et/ou sélective – capture de l'ANC (par exemple, protectionnisme) – du droit européen de la concurrence dans certains Etats membres. Les économistes parlent en la matière d'erreurs de type II (faux-négatifs). C'est pourquoi la Commission doit conserver un pouvoir d'intervention résiduaire, afin d'éliminer les erreurs de type II en se substituant aux ANC défaillantes, pour rétablir des conditions égales de concurrence dans l'UE. Le problème, évidemment, est que la substitution de la Commission est impossible quand l'erreur de type II se concrétise dans une décision déclarative négative. Le principe *ne bis in idem* bloque en effet toute possibilité d'intervention de la Commission.³¹ Cela n'est pas le cas des décisions de non-lieu à intervenir.

³⁰ Voir N. PETIT, « The Judgment of the European Court of Justice in *VEBIC*: Filling a Gap in Regulation 1/2003 », préc.

³¹ Voir conclusions de l'Avocat Général MAZAK, préc., §30, qui évoque le principe. Celui-ci est prévu à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux. Selon W. WILS, il s'accommoderait mal d'une double décision portant sur la même infraction. Aujourd'hui, la Charte a la même valeur que les dispositions du Traité, ce qui n'était pas le cas lorsque l'article cité a été écrit. Voir W. WILS, « The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement: A legal and economic analysis », *Concurrences*, 1-2004, p. 7.

En soi, l'aspiration de la Cour à garantir l'uniformité du droit européen de la concurrence n'est pas discutable. Mais il n'était sans doute pas nécessaire d'aller aussi loin pour y parvenir. Car, en deuxième analyse, la solution de la Cour paraît disproportionnée. Si une ANC manque de manière générale à sa mission d'appliquer le droit européen de la concurrence, la Commission peut agir sur le fondement du recours en manquement pour violation du principe d'effectivité des ANC prévu à l'article 35 du Règlement.³² Si, par ailleurs, une ANC omet ponctuellement d'appliquer le droit européen dans une situation où il s'applique (par exemple, parce qu'elle est « capturée » par les opérateurs visés par une plainte), les voies de recours internes contre la décision permettent de corriger l'erreur de type II. Ce que fait l'arrêt, ici, en interdisant tout de go les décisions déclaratives négatives, c'est assimiler toute décision d'inapplicabilité à une marque, suspecte, d'ineffectivité.³³ Comment, pourtant, exclure que certaines décisions négatives des ANC soient purement et simplement justifiées ?

De surcroît, si l'arrêt protège l'objectif d'uniformité en maintenant une possibilité d'intervention résiduaire de la Commission, il dénature dans le même temps l'esprit même du Règlement, en trahissant une certaine défiance vis-à-vis des ANC.³⁴ Or, lors de la modernisation des règles de concurrence en 2004, le législateur avait jugé que les ANC étaient capables d'appliquer le droit européen de manière autonome.³⁵ L'intention des rédacteurs du Règlement était d'assurer une plus grande implication des ANC dans la mise en œuvre des règles européennes de concurrence afin de remédier aux inefficiences nées du système centralisé du Règlement 17/62.³⁶ Pour prévenir les risques de contradictions

³² Voir article 35 du Règlement 1.2003, préc. Une telle action est pourtant hautement improbable.

³³ Voir N. PETIT, « The Judgment of the European Court of Justice in VEBIC: Filling a Gap in Regulation 1/2003 », préc. Voir aussi M MEROLA and D WAELBROECK eds, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, GCLC Annual Conference 2009, 2010, Bruylant, pp. 58 et s. La Cour, en outre, fait un amalgame. Elle semble estimer que les décisions de non-*applicabilité* du droit sont des décisions de non-*application* du droit. Or, une décision négative constitue également une application du droit qui a une réelle valeur d'exemple, tout comme une décision d'interdiction. L'inapplicabilité n'est donc pas nécessairement synonyme d'ineffectivité, comme semble le penser la Cour.

³⁴ De plus, dans une perspective pratique, cette solution menace la sécurité juridique. Les entreprises ne sont pas, à l'issue d'une décision de non-lieu à intervenir, fixées sur la légalité de leurs pratiques par rapport au droit européen. En effet, la Commission pourrait se saisir de l'affaire et considérer, au contraire de l'ANC, que la situation est constitutive d'une infraction.

³⁵ Le Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence ainsi que le premier considérant du Règlement évoquent tous deux l'éclosion d'une culture européenne de concurrence permettant aux ANC d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE dans leur ensemble. Voir Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE JO C 132 du 12.05.1999.

³⁶ Voir considérant 4 du préambule du Règlement. Voir également C.D. EHLERMANN, « La modernisation de la politique antitrust de la CE ; une révolution juridique et culturelle », *Rev. droit de l'Union européenne*, 2000.13.

décisionnelles à travers l'UE, le législateur instaura un système proche de celui de la « *reconnaissance mutuelle* », fondé sur l'intervention d'une ANC pour l'ensemble du territoire européen.³⁷ Lorsque l'ANC, dont il a été décidé, en concertation au sein du Réseau, qu'elle était la mieux placée pour connaître de l'affaire, rend sa décision, elle est présumée légale et jouit, après épuisement des voies de recours, de l'autorité de chose décidée dans l'ensemble du REC.³⁸ En dehors du principe *ne bis in idem* – qui protège les intérêt de personnes privées – il est donc parfaitement conforme à l'esprit du Règlement que, dès lors qu'une ANC a rendu une décision au fond, ni la Commission, ni aucune autre ANC n'aient compétence pour rendre une nouvelle décision. Toute solution maintenant la possibilité d'intervention de la Commission revient en revanche à postuler – *quod non* – que la première ANC s'est trompée, est mal placée, ou est soumise à un contrôle juridictionnel ineffectif.

V. Considérations pratiques

La jurisprudence de la Cour et du Tribunal en droit de la concurrence est habituellement imprégnée de pragmatisme.³⁹ En l'espèce, cependant, la Cour paraît indifférente aux conséquences potentiellement désastreuses que comporte le refus de reconnaître une

³⁷ Voir à ce sujet, M. DE VISSER, *Network-based Governance in EC Law – The example of EC competition and EC communications law*, Hart Publishing, Oxford 2009. Ce principe ne figure pas explicitement dans le Règlement. Cependant, l'article 13§2 stipule que lorsqu'une ANC ou la Commission est saisie d'une plainte contre une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité, elle peut la rejeter. Le considérant 18 ajoute que l'objectif est que « *chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité* ». Par ailleurs, admettre la possibilité, pour une ANC, de poursuivre une infraction qui a déjà été sanctionnée affecterait l'efficacité du fonctionnement du REC. En effet, si une autre ANC désire prendre une nouvelle décision, c'est que la première décision ne la satisfait pas (par exemple, la première ANC n'a tenu compte que des effets de l'infraction sur son propre territoire). Il faut donc agir en amont, au moment de la désignation de l'ANC la mieux placée pour traiter du cas (afin de désigner celle qui, dans notre exemple, aurait la faculté de ne pas prendre uniquement en compte les effets de l'infraction ayant eu lieu sur son territoire). Toute autre solution permettrait à chaque ANC satisfaisant les conditions de « l'autorité bien placée » (elles peuvent être nombreuses, en raison du caractère vague de ces critères) de traiter le cas. Une bonne allocation des cas peut éviter le coût d'une seconde procédure. L'application du principe *ne bis in idem* (et donc, l'interdiction des doubles procédures) a donc pour effet de forcer les ANC à utiliser les mécanismes prévus par le Règlement pour assurer que le cas soit traité par l'autorité ayant les moyens d'infliger une sanction optimale. Voir W. WILS, « The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement: A legal and economic analysis », préc., p. 9.

³⁸ C'est le principe dit du *one-stop-shop* selon lequel il est préférable qu'une seule et unique autorité soit compétente pour traiter d'un même cas. Voir Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *supra*, §11 : « [...] *même si plusieurs autorités peuvent être considérées comme bien placées, l'intervention d'une seule autorité est parfois indiquée dès lors qu'elle est suffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction* ».

³⁹ Que l'on songe, notamment, au réalisme dont la Cour fait preuve lorsqu'elle est confrontée aux largesses de la définition des concepts contenus dans les articles 101 et 102 TFUE. C'est l'exemple de la doctrine de *minimis*, développée dans l'arrêt *Völk*. Voir CJ, C-5/69, *Franz Völk contre S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, 9 juillet 1969, *Rec.*, 1969 p. 295, §7. Voir aussi la solution trouvée par la Cour pour éviter que la notion d'entreprise n'englobe des activités non économiques dans l'arrêt CJUE, C-49/07, *MOTOE contre Elliniko Dimosio*, 1 juillet 2008, *Rec.* 2008, p. I-4863, §25.

compétence décisionnelle négative aux ANC. A ce stade, trois conséquences négatives au moins semblent se dégager de l'arrêt *Tele 2 Polska*.

Primo, l'arrêt est susceptible de conduire les ANC à instruire uniquement des affaires simples, c'est-à-dire celles dans lesquelles la probabilité de preuve d'une infraction est élevée. Car à quoi bon affecter des ressources à une affaire incertaine risquant de déboucher sur une décision sommaire de non-lieu sans le moindre intérêt (i) pédagogique pour les entreprises ; et (ii) professionnel pour les fonctionnaires ?⁴⁰

Secundo, pour éviter qu'une procédure vorace en ressources administratives ne se solde par une décision à valeur quasi-nulle (la décision de non-lieu), les ANC pourraient développer une interprétation restrictive de la condition d'affectation du commerce entre Etats membres afin de contourner le droit européen de la concurrence, et avec lui l'interdiction de la décision négative. Esquivant l'obstacle du droit européen, les ANC appliqueraient le seul droit national et le cas échéant, redeviendraient compétentes pour adopter une décision négative.

Tertio, l'arrêt commenté interdit aux ANC de prendre des décisions d'inapplicabilité, et exige qu'elles y substituent des décisions de non lieu à intervenir. Mais qu'en est-il des décisions dont les motifs établissent que l'infraction n'est pas constituée au fond (et non faute de preuves suffisantes),⁴¹ mais qui, dans le dispositif, concluent que, dans ces circonstances, il n'y a pas lieu pour elles de statuer ?⁴² Ces décisions de non-lieu en droit relèvent-elles de la catégorie des décisions négatives interdites, ou de celle des décisions de non lieu autorisées ?⁴³ Quid encore des procédures hybrides, dans lesquelles certaines pratiques ne constituent pas des infractions, tandis que d'autres violent le droit de la concurrence? Enfin, que doit faire une ANC confrontée à une pratique relevant de la doctrine *de minimis*,⁴⁴ ou à un

⁴⁰ Les fonctionnaires des ANC éprouvent divers biais et notamment le biais rétrospectif (« *hindsight bias* »), qui les conduit à tenter de justifier les efforts passés. Voir W. WILS, « The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis » *World Competition*, 27 (2), pp. 201-224.

⁴¹ C'est par exemple le cas lorsque l'entreprise en cause ne peut être qualifiée d'entreprise au sens du droit européen, ou que l'article 101 TFUE ne trouve pas à s'appliquer en raison du fait que le comportement incriminé est en réalité de nature unilatérale.

⁴² Voir S BRAMMER, « Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law », Hart Publishing, Oxford, 2009, p.67, cité par B. van de Walle de Ghelcke, « Limits to the Power of National Authorities in the Application of European Competition Law », préc.

⁴³ Une telle décision constate bel et bien que le droit européen n'est pas applicable, mais sans faire mention de cette réalité dans la partie dispositive.

⁴⁴ Voir Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JO C 368 du 22.12.2001.

accord restrictif au sens de l'article 101 TFUE, mais susceptible de bénéficier de l'exception de l'article 101(3) TFUE ? A prendre la Cour au pied de la lettre, même la compétence de mise en œuvre de l'article 101(3) TFUE, qui permet de « *déclarer inapplicables* » les dispositions de l'article 101(1), pourrait être confisquée aux ANC.⁴⁵ Cette solution serait contraire au Règlement.⁴⁶

Conclusions

La seule épreuve que réussit indéniablement la Cour est la course de vitesse, son arrêt réglant une difficile question de principe en quelques considérants. Pour le reste, l'arrêt fait une lecture discutable de l'article 5, dénature les finalités du Règlement, et refuse de faire œuvre prétorienne en colmatant une lacune dans le texte de l'article 11(4) du Règlement 1/2003.

Le bilan est donc sévère. Il l'aurait été encore davantage si nous avions examiné l'arrêt de la Cour à l'aune d'autres considérations. On aurait ainsi pu s'émouvoir du biais répressif de la Cour, imperméable à l'idée qu'un système de concurrence « *effectif* », dans lequel les entreprises agissent en conformité avec les règles de concurrence, passe par la combinaison d'activités décisionnelles *punitives* et *éducatives*. Or, en supprimant les décisions d'inapplicabilité de la boîte à outils des ANC, la Cour a amputé la politique européenne de concurrence d'un instrument éducatif utile.⁴⁷ On aurait encore pu souligner l'incohérence d'un arrêt qui prive les ANC d'un pouvoir que les juridictions ordinaires détiennent et mobilisent, elles qui rejettent ponctuellement des demandes pour absence de violation du droit de la concurrence.⁴⁸ Enfin, dans une simple optique de « *bonne gouvernance* », voire de bon sens, il apparaît à tout le moins normal qu'une administration publique soit tenue de (i) gérer les ressources qui lui sont confiées avec un maximum d'efficacité (donc, en atteignant des

⁴⁵ Ce qui serait grandement problématique, car les ANC ont appliqué l'article 101(3) TFUE dans de nombreux domaines, tels que les transports, l'énergie, les produits pharmaceutiques, les services financiers, les cosmétiques, les médias, etc.

⁴⁶ Voir considérant 4 du Préambule du Règlement : « *Il convient dès lors de remplacer ce régime par un régime d'exception légale, reconnaissant aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres le pouvoir d'appliquer non seulement l'article 81, paragraphe 1, et l'article 82 du traité, directement applicables en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais également l'article 81, paragraphe 3, du traité* ».

⁴⁷ Qui conteste, par exemple, que les décisions d'autorisation prises en matière de contrôle des concentrations à l'issue d'une procédure dite de phase I ou II, chronophage et vorace en ressources humaines, contiennent de précieux éclaircissements sur l'état du droit ? En outre, on observera plus généralement que le volet punitif de l'application du droit est bien en mal d'avoir la moindre portée éducative. En effet, même les décisions d'infraction se transforment en décisions d'engagements dont la richesse pédagogique est particulièrement pauvre.

⁴⁸ Or, ceci est difficilement compréhensible, au regard du pouvoir de contrôle bien inférieur dont dispose la Commission à l'égard des juridictions. Voir B. van de Walle de Ghelcke, « *Limits to the Power of National Authorities in the Application of European Competition Law* », préc., parlant de « *sharp contrast* ».

résultats tangibles) ; et (ii) de rendre compte de son activité. Or, clôturer une procédure parfois longue et coûteuse en actant sommairement l'impossibilité d'intervenir là où une décision complète aurait pu être adoptée, s'inscrit en porte à faux avec les principes de responsabilité démocratique et de bonne gestion administrative.

C'est sur ces considérations critiques que vient s'achever ce commentaire. En témoignage de déférence, il nous faut maintenant laisser au lecteur la liberté d'attribuer une note à la Cour... Car nous n'aurions pas l'outrecuidance de nous poster en juges des juges et de ne pas reconnaître que, si les juridictions européennes sont parfois en proie à l'influence de divers biais, nous ne le sommes pas moins. Le plus tenace de ces biais étant le réflexe évaluateur auquel est inévitablement soumise la communauté académique.

*

* *