

**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

Compte rendu de la table ronde sur la norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence

Annexe au compte rendu succinct de la 129^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

4 juin 2019

Ce document établi par l'OCDE présente un résumé détaillé de la table ronde sur la norme d'examen par les tribunaux dans les affaires de concurrence tenue durant la 129^e réunion du Groupe de travail n° 3 le 4 juin 2019.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :
www.oecd.org/daf/competition/standard-of-review-by-courts-in-competition-cases.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Despina Pachnou
[+33 1 45 24 95 25; despina.pachnou@oecd.org]

JT03455356

Compte rendu de la table ronde sur la norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence

Le 4 juin 2019, le Groupe de travail n° 3 a organisé une table ronde sur la norme d'examen appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence. Cette table ronde était présidée par **Makan Delrahim, Procureur général adjoint**, ministère de la Justice des États-Unis.

Le **président** rappelle que la table ronde a pour but d'examiner les normes appliquées par les tribunaux pour examiner les décisions rendues en première instance en matière de concurrence, qu'elles l'aient été par une autorité de la concurrence dans un système administratif ou par un tribunal dans un système judiciaire. Il rappelle qu'un contrôle de la procédure d'enquête, des constatations factuelles, des conclusions de droit et des décisions finales, réalisé de manière rigoureuse par des juridictions compétentes et qualifiées, constitue un élément fondamental du respect des droits de la défense et renforce la légitimité des organes chargés de faire respecter le droit de la concurrence. La table ronde a pour but d'établir un état des lieux des approches adoptées par les pays membres de l'OCDE et les participants au Comité de la concurrence en matière de normes d'examen : l'examen est-il un contrôle au fond ou un contrôle de légalité ? Porte-t-il sur le droit ou sur les faits ? Le juge examine-t-il les arguments économiques et tient-il compte de modèles économiques ?

Les trois experts sont **Paul Crampton**, juge en chef de la Cour fédérale du Canada, **Ian Forrester**, juge au Tribunal de l'Union européenne, et **Jonathan Jacobson**, associé du cabinet Wilson Sonsini Goodrich and Rosati.

Le juge **Crampton** commence par présenter le processus décisionnel suivi au Canada dans les affaires de concurrence. Le Commissaire de la concurrence, qui dirige le Bureau de la concurrence, n'a quasiment pas de fonction décisionnelle. Il doit renvoyer les affaires pénales devant le Directeur des poursuites pénales et les autres devant le Tribunal de la concurrence, auxquels il appartient de statuer.

Dans son intervention, le juge Crampton se concentre sur le contentieux non pénal et fournit des informations sur le Tribunal de la concurrence, où il siège. Cette juridiction créée en 1986 comprend six membres judiciaires au maximum, tous issus de la Cour fédérale, et des membres n'appartenant pas à la magistrature ; ce sont en général des économistes ou des spécialistes du monde de l'entreprise. Cette composition est censée permettre au Tribunal de disposer d'une expertise suffisante pour trancher des questions économiques complexes.

Les décisions du Tribunal de la concurrence peuvent être contestées sur des points de droit ou de fait devant la Cour d'appel fédérale, et ce sans restriction. La norme d'examen des questions de droit est la norme de la décision correcte, tandis que celle applicable aux questions mélangées de fait et de droit est la norme de la décision raisonnable. Selon la Cour suprême, cette deuxième norme d'examen commande la déférence, en ce sens que le juge chargé de l'examen doit, plutôt que substituer sa propre appréciation à la solution retenue, déterminer si celle-ci fait partie d'un éventail de solutions possibles acceptables, pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Toute décision ayant un fondement rationnel et aboutissant à l'une de ces solutions possibles est en principe confirmée.

Le juge Crampton précise ensuite que la Cour d'appel fédérale applique la norme de la décision raisonnable et fait preuve de déférence à l'égard des conclusions du Tribunal de

la concurrence relatives aux faits et aux questions mélangées de fait et de droit. En revanche, elle applique la norme de la décision correcte s'agissant des moyens de droit et a déjà dans ce cadre eu l'occasion d'infirmier une décision du Tribunal de la concurrence, même dans des affaires dans lesquelles l'expertise du tribunal avait joué un rôle central dans la décision prise sur le point de droit tandis que le juge qui siégeait à la Cour d'appel fédérale n'avait jamais eu à connaître d'affaires de concurrence.

Le juge Crampton cite quatre exemples, également décrits dans la note rédigée pour la table ronde, d'affaires dans lesquels la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du Tribunal de la concurrence concernant la définition du marché, l'interprétation des actes anticoncurrentiels, l'évaluation des effets anticoncurrentiels d'une fusion sous l'angle du critère du surplus total et l'évaluation des gains d'efficacité engendrés par une fusion.

Il ajoute qu'au Canada, il est possible d'interjeter appel sur des points de droit et de fait sans aucune restriction. En conséquence, les recours contre les décisions du Tribunal de la concurrence sont très nombreux, ce qui ne fait qu'accroître les délais, le coût et l'incertitude liés à la contestation des décisions rendues en matière de concurrence. Il est donc fréquent que les parties optent pour un règlement par transaction avec le Commissaire de la concurrence, en particulier pour les fusions dans lesquelles le calendrier et la sécurité sont déterminants. Le Commissaire est alors à la fois organe d'instruction et de décision. Le juge Crampton souligne que les parties sont tentées de soulever des moyens larges qui ne l'ont pas été ou n'ont pas fait l'objet d'une évaluation suffisante en première instance parce qu'elles savent que ces arguments ont des chances d'être mieux accueillis par les juges non spécialisés qui statuent en appel. De ce fait, les procédures contestées risquent d'être plus coûteuses, de prendre plus de temps et d'être moins prévisibles.

Le juge Crampton s'interroge sur le point de savoir si, de manière générale, il est bon que des cours d'appel non spécialisées appliquent la norme de la décision correcte pour contrôler les décisions rendues sur des points de droit par des tribunaux de la concurrence spécialisés. Selon lui, mieux vaudrait qu'elles statuent selon la norme de la décision raisonnable. Il estime que des juges de première instance spécialisés en droit de la concurrence et indépendants de l'autorité de la concurrence sont mieux placés pour évaluer des problèmes de concurrence que des juridictions d'appel non spécialisées, dont les connaissances en matière de concurrence sont limitées voire nulles. Il ajoute qu'au Canada, réduire la portée de l'examen par la juridiction d'appel des décisions rendues par le Tribunal de la concurrence réduirait les délais, les coûts et l'incertitude associés à la contestation des décisions rendues en première instance et encouragerait les parties à contester beaucoup plus souvent les constatations au lieu d'opter pour un règlement avec le Commissaire de la concurrence.

Le président ouvre ensuite le débat sur les différents systèmes en place pour l'application du droit de la concurrence.

1. Systèmes en place pour l'application du droit de la concurrence

Au **Brésil** l'application du droit de la concurrence repose sur un modèle administratif. L'autorité de la concurrence, le CADE, est compétente en matière d'enquête et statue en première instance. Toutes ses décisions (décision définitive, documents à charge, actes de procédure) sont susceptibles d'appel devant un tribunal fédéral dans l'un quelconque des États fédérés du Brésil.

Au **Chili**, l'application du droit de la concurrence se fait dans le cadre d'un système accusatoire depuis 15 ans. L'architecture institutionnelle est la même qu'au Canada, à savoir que deux institutions sont compétentes pour appliquer le droit de la concurrence : Fiscalía, le parquet national économique, compétent en matière d'enquête, et le Tribunal de la concurrence, qui statue en première instance sur les affaires portées devant lui par Fiscalía ou par les parties privées. Le Tribunal de la concurrence est une juridiction spécialisée indépendante composée de cinq membres, dont trois sont juristes et deux économistes. Ses décisions sont susceptibles de recours devant la Cour suprême, qui peut réexaminer les questions de droit et de fait ainsi que le bien-fondé de la décision. La Cour suprême fait généralement preuve de déférence à l'égard des décisions du Tribunal, infirmant seulement 15 % environ des décisions rendues en première instance.

La **France** est dotée d'un système dual dans le cadre duquel le juge administratif, le juge civil et, dans certains cas, le juge pénal sont compétents pour contrôler certaines décisions rendues en matière de concurrence. Plus précisément, les juridictions civiles contrôlent les décisions relatives au comportement, le juge administratif (le Conseil d'État, juridiction suprême de l'ordre administratif) contrôle celles relatives aux fusions et le juge pénal exerce un contrôle sur les actes d'instruction.

La cour d'appel de Paris (service civil) est compétente pour connaître de toutes les affaires économiques. Deux chambres connaissent des affaires de comportement, ainsi que des décisions rendues par d'autres autorités de régulation économique. Ainsi, bien que les juges ne soient pas spécialistes du droit de la concurrence, ils n'ont à traiter que des problématiques spécialisées et sont souvent confrontés à des affaires de concurrence, si bien qu'ils acquièrent une expertise en la matière. La décision de faire relever le contrôle des comportements de la compétence des juridictions civiles a été prise en 1986. Il a alors été jugé plus constructif et plus efficace que le contentieux de la concurrence soit traité avec d'autres litiges économiques plutôt qu'avec des litiges administratifs.

La **Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis** présente ensuite son processus décisionnel interne. Elle peut saisir d'un recours administratif le juge administratif qui siège en son sein, à charge pour lui de statuer. La procédure est la même que celle suivie devant un tribunal de première instance fédéral. La décision rendue en première instance peut être contestée par l'une ou l'autre des parties devant les commissaires de la FTC, qui se prononcent à la fois sur le droit et les faits. Leur décision peut elle-même être attaquée devant la juridiction d'appel fédérale compétente, qui statue à nouveau sur les questions de droit, mais fait preuve de déférence concernant les conclusions relatives aux faits dès lors qu'elles reposent sur des preuves suffisantes. Le pourcentage de décisions de la FTC confirmées en appel est relativement élevé, s'établissant à 80 %. Aux États-Unis, les tribunaux considèrent la FTC comme un organe spécialisé.

Le processus décisionnel interne est utilisé pour les affaires complexes, plus précisément pour clarifier les faits de la cause et leur appliquer la loi. Il a été utilisé dans des affaires qui se trouvaient au carrefour du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, par exemple pour le règlement de litiges relatifs à des brevets pharmaceutiques (Schering-Plough), de litiges impliquant des organisations de normalisation (Rambus) ou encore de litiges en matière de marques. Il a également été utilisé dans des affaires de fusions menées à bien sans déclaration (Evanston), de restrictions à la concurrence en lien avec des campagnes de publicité (California Dental Association), ainsi que pour délimiter le contour de la responsabilité des États fédérés en matière de concurrence, c'est-à-dire la responsabilité des États au titre d'actes qui, dans certaines circonstances, peuvent être contraires au droit de la concurrence. Il est également

loisible à la FTC de porter d'entrée de jeu une affaire devant les juridictions de première instance au lieu d'utiliser sa procédure lorsque cette affaire exige une analyse moins approfondie et que son objectif est simplement de faire respecter le droit de la concurrence.

La FTC souligne que l'application de procédures de droit commun, à savoir le fait que les litiges puissent être tranchés par des juges non spécialisés s'appuyant sur des connaissances économiques, s'est révélée globalement satisfaisante.

Le président ouvre ensuite le débat principal, qui porte sur la norme d'examen des décisions rendues en matière de concurrence.

2. Normes d'examen par les tribunaux des décisions rendues en matière de concurrence

En **Allemagne**, les décisions sont rendues en première instance par l'autorité de la concurrence, le Bundeskartellamt, et peuvent être contestées devant la cour d'appel de Düsseldorf, qui est une juridiction civile. Le fait qu'une seule cour d'appel soit compétente pour connaître des affaires de concurrence permet aux juges d'acquérir des connaissances dans ce domaine.

La cour d'appel peut réexaminer le droit et les faits, ainsi que le bien-fondé des décisions. Elle peut par exemple retenir une autre définition du marché, différente de celle retenue par l'autorité de la concurrence. Elle peut réexaminer les preuves, auditionner de nouveau les témoins et demander au Bundeskartellamt de recueillir d'autres données et de compléter son analyse pour faciliter son contrôle. Elle peut également infirmer ou réformer des décisions en matière d'amende, notamment augmenter le montant de l'amende, ce qui est fréquent. S'agissant de la norme de la preuve, les juges doivent se forger une conviction au-delà de tout doute raisonnable, y compris sur les preuves économiques.

Le président du Bundeskartellamt explique que dans l'affaire *booking.com*, la cour d'appel a demandé à l'autorité de conduire une nouvelle enquête. Le Bundeskartellamt a consacré un an et demi à recueillir les réponses à la trentaine de questions supplémentaires posées par la cour, notamment en réalisant un sondage auprès des consommateurs. Pourtant, le 4 juin 2019, la cour d'appel a infirmé sa décision, estimant que la clause de parité tarifaire restreinte qu'il avait interdite était une disposition licite, nécessaire au fonctionnement du modèle économique de *booking.com*.

La cour procédant à un réexamen approfondi des décisions du Bundeskartellamt, celui-ci mène lui aussi des enquêtes complètes parce qu'il sait qu'il aura à défendre chaque élément de sa décision devant la cour. Selon le président du Bundeskartellamt, comme l'affaire est entièrement réexaminée, ce contrôle approfondi de la cour contrebalance le fait que les agents chargés de l'instruction sont aussi membres du collège qui prend la décision. La décision de la cour d'appel peut être contestée sur des points de droit devant une chambre spécialisée de la Cour fédérale de justice.

L'**Autriche** est dotée d'un système accusatoire. L'autorité de la concurrence conduit l'instruction, mais ne statue pas. Elle porte les affaires devant un tribunal de la concurrence spécialisé, qui tranche les litiges au vu de l'ensemble des preuves. Les décisions de ce tribunal peuvent être contestées devant la Cour suprême de la concurrence. Jusqu'en 2017, celle-ci ne pouvait pas réexaminer les faits sur lesquels reposait la décision, même s'il existait déjà une jurisprudence lui permettant de contrôler le caractère raisonnable de l'évaluation des faits. Une nouvelle loi, adoptée en 2017, l'autorise à réexaminer les faits dans certains cas et élargit légèrement le champ du contrôle qu'elle exerce. En Autriche,

les procédures judiciaires sont efficaces et la durée totale de la procédure visant à faire respecter le droit de la concurrence, phase judiciaire comprise, n'est pas très longue.

En **Israël**, pendant des années, le Tribunal israélien de la concurrence, une juridiction spécialisée ayant une bonne connaissance du droit de la concurrence, pouvait examiner à nouveau le fond d'une décision prise par l'autorité de la concurrence. En 2006, la Cour suprême israélienne a rendu un arrêt dans lequel elle dit que le Tribunal de la concurrence doit prendre pour point de départ la décision de l'autorité, compte tenu des connaissances et de l'expérience acquises par celle-ci. Le Tribunal de la concurrence n'en a pas moins des pouvoirs de contrôle très larges. Il réexamine le fond des affaires de manière approfondie, examine les preuves et contrôle l'analyse de l'autorité.

Le **Taipei chinois** explique que depuis quelques années, les tribunaux procèdent à un réexamen plus approfondi, par exemple dans des affaires dans lesquelles des banques ont été condamnées à de lourdes amendes. Ils peuvent infirmer la décision de l'autorité s'ils estiment que les calculs sont erronés ou les preuves insuffisantes.

Le **Royaume-Uni** explique qu'en février 2019, la Competition and Markets Authority (CMA) a remis au secrétaire d'État une proposition dans laquelle elle préconise une réforme du droit national de la concurrence et formule notamment deux propositions concernant l'examen de ses décisions. Le Royaume-Uni applique deux normes d'examen des décisions rendues en matière de concurrence : un examen au fond complet pour les décisions rendues en matière de comportements et un contrôle de légalité, circonscrit à certains motifs, pour les décisions relatives aux fusions et celles imposant des mesures correctives à la suite d'enquêtes sur le fonctionnement des marchés. S'agissant du contrôle des comportements, le Tribunal de la concurrence a pleine compétence pour réexaminer les conclusions relatives aux faits, l'évaluation économique et l'applicabilité des dispositions juridiques sur lesquelles la CMA a fondé sa décision. Il peut infirmer celle-ci, renvoyer l'affaire devant la CMA, imposer, alléger, alourdir ou annuler une sanction.

Les deux propositions sont les suivantes : (1) imposer des restrictions concernant la recevabilité en appel des preuves nouvelles, non présentées à la CMA durant la procédure administrative, et réduire le poids des témoignages oraux ; et (2) passer d'un contrôle exhaustif au fond à un contrôle de légalité ou à une nouvelle norme d'examen définissant des motifs de recevabilité des recours pour tous les types d'affaires.

La première proposition vise à garantir que toutes les preuves pertinentes soient présentées durant la phase administrative et soient prises en compte par la CMA dans sa décision. Elle a été formulée dans un contexte où les appels interjetés dans des affaires devant faire l'objet d'un examen complet au fond donnent lieu à un examen qui va au-delà du contrôle des conclusions et des preuves et du raisonnement qui sous-tend les conclusions. Les parties utilisent en effet cette voie de recours pour soulever de nouveaux moyens et présenter de nouvelles preuves, alors qu'elles auraient pu et dû le faire pendant la phase administrative. De plus, la présentation orale des conclusions des experts a allongé la durée des audiences tenues en appel.

La deuxième proposition vise à étendre à toutes les décisions rendues en matière de concurrence la norme prévoyant un examen plus restreint, qui s'apparente à la norme de la décision raisonnable appliquée au Canada. La proposition a globalement pour but d'améliorer le traitement des infractions à la loi sur la concurrence et de mettre le contrôle des décisions en conformité avec la pratique internationale. La CMA souligne par exemple que pour infirmer une décision de la Commission européenne, le Tribunal de l'UE doit se fonder sur l'un des quatre motifs susceptibles de justifier un contrôle juridictionnel. En

outre, s'il infirme la décision de la Commission, il ne peut pas y substituer la sienne (ce qui est possible au Royaume-Uni) : il peut simplement demander à la Commission européenne de prendre les mesures nécessaires à l'exécution du jugement qu'il a rendu. Le Royaume-Uni indique que le gouvernement n'a pour l'heure pas donné suite aux propositions de la CMA.

Le **juge Forrester** présente ensuite le système d'examen en place dans l'UE. Le Tribunal de l'UE s'efforce d'effectuer un examen complet, portant sur les faits et sur le droit. Il s'est parfois montré très interventionniste, mais il est aussi arrivé qu'il estime que les exigences de forme avaient été respectées et n'intervienne pas plus avant. Le juge Forrester relève qu'une intervention visant à faire respecter le droit de la concurrence s'entend de l'ensemble de la procédure, depuis l'ouverture d'une enquête jusqu'à la décision finale, et qu'il est indispensable que le processus d'examen dans son ensemble garantisse le droit à un procès équitable. Si un contrôle juridictionnel satisfaisant en fin de procédure est source de légitimité, il n'en demeure pas moins que c'est l'intégralité de la procédure visant à faire appliquer le droit de la concurrence qui doit être conduite selon les normes du procès équitable.

Jonathan Jacobson présente ensuite la norme d'examen en vigueur aux États-Unis, où les lois sont rédigées dans des termes qui laissent une large marge d'interprétation aux tribunaux. Ainsi, l'article 1 de la loi Sherman dispose que tout contrat entravant le commerce est illicite. L'article 2 dispose que quiconque monopolise les échanges ou le commerce est réputé coupable d'une infraction. La loi portant création de la FTC investit celle-ci de la mission de lutter contre la « concurrence déloyale ». Le législateur a laissé le soin aux tribunaux de définir le sens précis de ces concepts généraux, si bien que c'est la jurisprudence et non la législation qui constitue la principale source de construction du droit de la concurrence. Dans le domaine du contrôle des fusions, l'autorité de la concurrence a adopté des directives qui décrivent précisément les différentes étapes des interventions et les critères retenus. En revanche, dans les autres domaines, les tribunaux jouissent d'une large marge d'interprétation.

Le ministère de la Justice ne peut agir qu'en portant une affaire devant un tribunal. En revanche, la FTC a le choix : elle peut saisir une juridiction ou utiliser sa procédure décisionnelle interne, présentée au début de la discussion. M. Jacobson insiste sur l'importance de cette procédure interne dans les affaires portant sur des problématiques uniques ou inédites et qui exigent de nombreuses preuves. Elle permet de rendre une décision sur la base d'un dossier complet.

M. Jacobson souligne que lorsque le ministère de la Justice ou la FTC saisit la justice, celle-ci fait preuve d'une grande déférence, bien qu'elle n'y soit pas officiellement contrainte. Les tribunaux font même preuve de davantage de déférence à l'égard des décisions du ministère qu'à l'égard de celles de la FTC. Les actes correspondant aux différentes étapes d'une instruction, par exemple les assignations, les demandes d'enquête civile et les demandes de renseignements complémentaires, sont pratiquement systématiquement confirmés. Les appels interjetés contre ces actes ne sont pas accueillis quand bien même, techniquement, la norme d'examen est la même que pour le fond des décisions, à savoir qu'il s'agit de déterminer si la loi a été correctement appliquée. Les autorités de la concurrence ont donc toute latitude ou presque en ce qui concerne la programmation des actes d'instruction et les questions procédurales.

M. Jacobson fait valoir qu'il n'est pas facile d'engager une action privée. La grande majorité de ces actions s'achèvent après une requête en irrecevabilité ou une demande de jugement sommaire, et seuls les dossiers réellement solides franchissent ces deux étapes et

parviennent au procès. Autrefois, les procédures sommaires n'étaient pas privilégiées. Depuis 2007 et l'affaire *Twonbly*, les tribunaux sont encouragés à se prononcer sur la recevabilité avant la phase de production forcée de preuves (*discovery*), celle-ci étant coûteuse, et à ne laisser prospérer que les affaires théoriquement fondées. M. Jacobson souligne que les actions engagées par la FTC ou le ministère de la Justice connaissent un sort nettement meilleur.

M. Jacobson insiste sur le fait que le contrôle juridictionnel est au cœur de la politique de la concurrence menée aux États-Unis parce que le législateur légifère rarement en la matière. Dans l'ensemble, les arrêts de la Cour suprême fédérale et toutes les décisions des tribunaux sont acceptées par la population. Il conclut en disant que dans le domaine de la politique de la concurrence, l'appareil judiciaire est respecté dans son rôle d'arbitre en dernier ressort et qu'il existe un consensus quant au fait que le système d'application du droit de la concurrence est globalement équitable et contient des mécanismes de contrôle appropriés.

La **FTC** ajoute qu'après l'adoption des premières lois sur la concurrence par le Congrès, il est apparu souhaitable qu'un organisme spécialisé exprime son avis sur l'application de concepts juridiques vagues. C'est ainsi que la FTC a été instituée avec pour mission d'observer le fonctionnement des marchés et de détecter les obstacles à la concurrence. Elle fait donc respecter le droit de la concurrence conformément à ce large mandat.

Le président précise qu'aux États-Unis, le pouvoir exécutif a pour tâche de faire respecter le droit de la concurrence, tandis que le Congrès a pour mission de définir la politique de la concurrence en général et d'examiner si des réformes législatives sont nécessaires. Le système a été conçu pour qu'il soit difficile de modifier les lois selon le bon vouloir des partis politiques.

Le **juge Forrester** prend la parole pour répondre à une question sur le point de savoir si le nombre d'affaires portées devant le Tribunal de l'UE est en baisse. Il répond par l'affirmative et avance trois explications. Premièrement, depuis 2004, année de l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, l'application du droit de la concurrence est décentralisée au profit des autorités de la concurrence et juridictions nationales. Deuxièmement, la Commission européenne règle un plus grand nombre d'affaires par transaction. Les affaires concernées ne sont donc pas traitées par la voie contentieuse et ne sont pas portées devant le Tribunal. Troisièmement, le nombre d'affaires traitées par la Commission est lui aussi en baisse depuis 2004, c'est-à-dire depuis que la Commission a décidé de concentrer son effort sur les plus grosses affaires et d'encourager la généralisation de l'application du droit de la concurrence par les États membres. Actuellement, les demandes de décisions préjudicielles sur l'interprétation du droit de l'UE envoyées à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sont plus nombreuses que les recours contre une décision de la Commission européenne.

Le **juge Crampton** cite une décision d'une cour d'appel de l'Alberta sur laquelle il s'est appuyé pour refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de statuer sur une affaire dans laquelle la procédure de contrôle juridictionnel semble être utilisée pour contourner les restrictions légales au droit d'interjeter appel. La cour d'appel avait estimé qu'elle n'autoriserait pas cette procédure dès lors qu'une décision a été prononcée à l'issue d'une procédure menée dans le respect de la loi parce que si elle agissait autrement, ce contrôle risquerait d'être utilisé pour obtenir le réexamen d'une décision en appel alors que cela n'était pas prévu par la législation.

Le président déclare en conclusion que la discussion a mis en lumière l'importance variable de l'examen des décisions par les tribunaux et ouvre la discussion sur l'examen des décisions procédurales.

3. Examen de certaines décisions procédurales

La **Hongrie** décrit la procédure qui permet de contester la décision par laquelle l'autorité de la concurrence a qualifié une information de secret commercial ou a mis fin à cette protection. Cette décision peut être prise par l'agent chargé du dossier ou par le Conseil de la concurrence, organe décisionnel de l'autorité. Elle peut être contestée devant le tribunal régional de Budapest et devant la Curia, juridiction suprême de la Hongrie. La Curia n'entend les recours formés contre les décisions de première instance qu'en présence d'une question importante tenant à la théorie juridique.

La **Lituanie** présente l'article 32 de la loi lituanienne sur la concurrence, qui autorise les entreprises ou autres personnes dont les droits ont été violés à former devant le Conseil de la concurrence – l'autorité lituanienne de la concurrence – une plainte contre les actes exécutés par ses agents ou les décisions qu'ils ont prises au cours d'une procédure administrative visant à faire respecter le droit de la concurrence. En cas de désaccord avec la décision du Conseil de la concurrence ou si le Conseil de la concurrence ne statue pas dans les dix jours suivant le dépôt de la plainte, les plaignants peuvent saisir le tribunal administratif régional de Vilnius. La décision du tribunal régional peut elle-même être attaquée devant la Cour suprême administrative de Lituanie. L'introduction d'un recours n'emporte pas suspension de l'enquête. En 2018, la Cour suprême a confirmé que des actes d'enquête tels que les saisies pouvaient être contestés, infirmant une décision par laquelle le tribunal régional administratif de Vilnius avait dit que des actes de procédure ne pouvaient pas être contestés isolément parce qu'ils n'étaient que des actes intermédiaires dépourvus d'effets juridiques. La Cour suprême a estimé que refuser de statuer sur des actes de procédure serait contraire aux principes de justice et d'égalité des parties. Néanmoins, plus tard au cours de l'année 2018, la Cour suprême a considéré que les actes de procédure ne pouvaient pas être contestés isolément et ne pouvaient l'être que dans le cadre de la décision définitive et en même temps que cette décision définitive.

La **Fédération de Russie** décrit l'article 52 de la loi russe sur la protection de la concurrence, qui dispose que les décisions de l'autorité de la concurrence peuvent être contestées devant le tribunal compétent en matière commerciale dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle elle a été rendue. Les recours formés par des tiers ne sont pas très fréquents.

M. Jacobson souligne que selon lui, dans les juridictions où il est difficile d'engager des actions privées, il est très important que les tiers aient la possibilité de saisir l'autorité de la concurrence et de demander réparation devant une cour d'appel, même s'il existe un risque d'abus. Il émet l'idée que les plaintes des consommateurs sont peut-être plus fondées que celles des concurrents.

Le **juge Forrester** s'exprime ensuite sur les demandes de respect de la confidentialité dont peut être saisi le Tribunal de l'UE. Les juges ont pour pratique de tenir des réunions informelles avec les parties pour déterminer ce qui est réellement confidentiel. D'après le juge Forrester, cette méthode informelle fonctionne bien et encourage à la raison.

Le président souligne que dans beaucoup de pays, l'autorité de la concurrence a toute latitude pour décider d'ouvrir ou de classer une enquête, tandis que dans d'autres, les parties

intéressées peuvent contester ses décisions. Il invite ensuite la Belgique à s'exprimer sur ce point.

En **Belgique**, toutes les décisions de l'autorité de la concurrence peuvent être contestées devant la Cour des marchés, section spécialisée de la cour d'appel de Bruxelles. Les décisions par lesquelles la division des enquêtes de l'autorité de la concurrence décide de mettre fin à une procédure (par exemple parce qu'elle avait été ouverte sur la base d'une plainte qui s'est révélée infondée ou parce que l'autorité a d'autres priorités) peuvent être contestées devant le Collège de la concurrence, organe décisionnel de l'autorité. Celui-ci examine si les enquêteurs ont commis des erreurs en droit ou dans l'évaluation des faits ou si la décision de classer l'affaire au motif que l'autorité a d'autres priorités n'était pas manifestement déraisonnable. C'est pourquoi les procès-verbaux d'enquête sont souvent détaillés, l'autorité voulant l'emporter en cas de plainte de cette nature.

En 2013, le **Mexique** a créé des juridictions spécialisées et a limité aux décisions finales et décisions sans effet suspensif les décisions pouvant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ; certains actes ou décisions intermédiaires ne peuvent être contestés qu'en même temps que la décision définitive. Selon les données du COFECE, la création des juridictions spécialisées et la limitation aux décisions définitives des décisions susceptibles d'appel ont réduit le nombre d'affaires de 60 % et ont fait passer le temps moyen de résolution d'une affaire de 18 à 8.7 mois dans les secteurs relevant de la compétence de ces juridictions. Les juridictions spécialisées font preuve de déférence vis-à-vis de la compétence technique des autorités de la concurrence, qui suivent des normes particulières pour établir un comportement anticoncurrentiel. Les juges s'appuient sur l'opinion d'experts en ce qui concerne les aspects techniques et ne suivent pas toujours la jurisprudence.

En **Ukraine**, il est arrivé que les parties fassent usage de clauses constitutionnelles pour contester des décisions rendues en matière de concurrence et passer outre les limites imposées à l'examen par les tribunaux. La Constitution ukrainienne contient en effet deux articles applicables à la concurrence, invoqués par les parties contre des actes de l'autorité de la concurrence. Certaines des actions engagées à ce titre portaient sur la procédure d'enquête et sur les mesures provisoires, par exemple sur l'ouverture de l'enquête ou les actes d'enquête, c'est-à-dire sur des questions normalement exclues du champ de l'examen effectué par les tribunaux. Ces actions sont engagées devant les tribunaux administratifs et non devant les juridictions économiques normalement compétentes pour connaître d'affaires de concurrence. La Cour suprême ukrainienne devrait statuer prochainement sur la recevabilité de ce type de procédure et sur la compétence des tribunaux dans les affaires de concurrence, ce qui devrait clarifier la situation.

La **Corée** prend ensuite la parole pour présenter les normes suivies d'une part en matière civile et d'autre part en matière pénale. En matière civile, la norme appliquée est celle de la prépondérance des preuves, tandis qu'en matière pénale, c'est la norme de la preuve au-delà de tout doute raisonnable qui vaut. Du fait de cette différence, dans certaines affaires dans lesquelles une sanction administrative est appliquée, il n'est pas possible d'obtenir une condamnation pénale.

Le président passe ensuite au dernier thème à l'ordre du jour de la table ronde, à savoir la manière dont les tribunaux accèdent à l'expertise nécessaire en matière de concurrence lorsqu'ils ont à examiner des affaires complexes.

4. Accès à l'expertise en matière de concurrence

Le président ouvre ce dernier volet de la table ronde en précisant que beaucoup de pays confient le soin de faire respecter le droit de la concurrence à des tribunaux de droit commun, tandis que d'autres ont créé des tribunaux spécialisés.

En **Israël**, il existe un tribunal spécialisé, composé à la fois de juges dotés d'une expérience en matière de concurrence et de représentants des entreprises et des consommateurs. Ces représentants n'ont pas d'expérience en droit de la concurrence mais leur présence garantit que les décisions rendues tiennent compte de tous les points de vue. En cas de conflit d'intérêts direct, le membre du tribunal concerné se récuse.

Le président évoque des initiatives prises pour former les juges au droit de la concurrence et à l'économie.

L'**autorité italienne de la concurrence** et l'autorité française ont formé des juges au droit de la concurrence de l'UE dans le cadre d'un projet de formation financé par l'UE. Cette formation était jugée nécessaire parce que les affaires se complexifient et requièrent de plus en plus souvent des compétences en économie. Or, en Italie, la formation initiale des juges ne contient que peu voire pas de cours sur l'analyse économique. Les juges ont beaucoup apprécié la formation et le fait qu'elle se déroule sous la forme d'ateliers. La participation de l'école nationale de la magistrature italienne, qui assure la formation initiale des magistrats, et du Conseil d'État italien à sa conception a également contribué à son succès. Enfin, le fait que le projet ait été le fruit d'une coopération entre deux autorités de la concurrence a facilité son acceptation par les juges.

La **République slovaque** propose également aux juges une formation au droit de la concurrence et à l'économie et fait de la formation continue une obligation. La plupart des affaires portées devant les tribunaux concernent des ententes, lesquelles ne nécessitent en principe pas d'évaluer des questions économiques complexes. Dans les affaires où une telle analyse est nécessaire, par exemple dans les affaires d'abus de position dominante, les tribunaux, qui connaissent souvent mal les concepts économiques qui sous-tendent la décision de l'autorité et ne sollicitent pas l'aide d'experts en économie, tendent à infirmer les décisions de l'autorité pour insuffisance de preuves. Il est donc utile que les juges et l'autorité puissent s'appuyer sur la jurisprudence de la CJUE pour clarifier des questions techniques. Les tribunaux posent également des questions préjudicielles à la CJUE lorsqu'ils ont besoin d'une clarification. Enfin, ils ont déjà invité la Commission européenne à soumettre son avis en tant que tiers intervenant, ce qui a facilité la résolution des affaires.

L'**Espagne** explique que la loi espagnole sur la concurrence adoptée en 2007 permet à l'autorité de la concurrence, lorsque les affaires portent sur des questions techniques complexes, de participer aux procédures judiciaires en soumettant des observations orales ou, plus souvent, écrites soit de sa propre initiative soit à la demande des juges. Bien que cette pratique soit de plus en plus fréquente, elle reste relativement rare.

Le **ministère de la Justice des États-Unis** explique que depuis fort longtemps, le ministère et la FTC interviennent en tant que tiers dans les affaires portées devant la Cour suprême, souvent à la demande de celle-ci, et le font aussi occasionnellement devant les cours d'appel. Le ministère n'intervenait toutefois que rarement dans les affaires examinées par les cours d'appel et encore plus rarement dans celles examinées par les tribunaux de première instance. En 2017, il a décidé d'intervenir plus souvent dans les affaires dont sont saisies les juridictions fédérales auxquelles il n'est pas partie. En conséquence, il s'intéresse

de très près aux affaires portées devant les tribunaux de première instance et les cours d'appel et essaie de saisir des occasions de contribuer à orienter l'évolution du droit de la concurrence en améliorant leurs compétences. Une loi permet au Procureur général, dont les pouvoirs en matière de concurrence sont délégués au Procureur général adjoint, de soumettre des observations aux tribunaux de première instance dès lors que les États-Unis ont un intérêt quelconque à faire valoir. Le ministère a usé de ce pouvoir plus d'une dizaine de fois dans diverses affaires portant sur des questions de fond comme sur des aspects juridictionnels ou procédurux. Les résultats ont été très positifs. Le ministère a ainsi pu exploiter ses ressources et participer à des actions privées ou donner son avis dans des affaires portées en justice par d'autres organismes fédéraux, et ce sans avoir à ouvrir de procédure et à conduire d'enquête. Ainsi, en mai 2019, il a participé à une action privée portant sur un accord de non-débauchage et opposant l'Université Duke et l'Université de Caroline du Nord ; pour la première fois, il a été partie à la transaction conclue entre les parties et a ainsi pu s'assurer que les dispositions prévues étaient respectées.

La **Lettonie** indique que les tribunaux se tournent parfois vers le Conseil de la concurrence, autorité lettone de la concurrence, pour avoir un avis spécialisé. Ils l'ont fait à cinq reprises au cours des cinq dernières années. Peut-être ne savent-ils pas quand ils doivent demander cet avis, par exemple en raison d'une méconnaissance des infractions au droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence organise des ateliers de formation pour les juges. Les tribunaux peuvent également demander à la Commission européenne d'intervenir en tant que tiers et poser une question préjudicielle à la CJUE. Ils le font cependant rarement.

La **Suisse** fait observer que la durée des procédures en justice est longue. Récemment, le Tribunal administratif fédéral a statué sur une affaire qui était pendante depuis plus de huit ans. La longueur des procédures est pénible pour les parties et empêche la bonne application du droit de la concurrence, les questions non tranchées étant préjudiciables à la sécurité juridique. Il pourrait être envisagé de fixer une date butoir pour la résolution des affaires d'entente. Le Parlement suisse examine par ailleurs la possibilité de simplifier les procédures devant les tribunaux et de les accélérer en introduisant dans la législation des délais à respecter.

Le président remercie les experts et les délégués pour la richesse des débats.