



Droit de l'Union européenne

Laurence Idot

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ 2022/3 N° 3**, PAGES 695 À 703
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995522033

DOI 10.3917/rsc.2203.0695

Date de mise en ligne : 18/10/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2022-3-page-695?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Chronique internationale

Droit de l'Union européenne

Laurence Idot
Professeur émérite de l'Université
Paris II-Panthéon Assas

Procédures quasi répressives en droit de la concurrence

1. La présente chronique couvre le premier semestre 2022 dominé, hormis une prise de position du Réseau européen de concurrence sur la guerre en Ukraine¹, par l'adoption de nouveaux textes. En dehors de l'avancée notable des travaux sur le *Digital Markets Act*², le nouveau règlement d'exemption sur les restrictions verticales accompagné de nouvelles Lignes directrices est entré en vigueur³. La révision des autres règlements d'exemption poursuit son cours⁴ tandis que, sur le plan procédural, une révision du règlement n° 1/2003 a été lancée⁵.

2. Cette intense activité « législative » compense le fait que la Commission a adopté une seule décision d'acceptation d'engagements dans le secteur de l'assurance⁶, alors qu'au cours de la même période l'Autorité de la concurrence a adopté onze décisions sur le fond⁷, dont cinq sont fondées sur le droit de l'Union et visent toutes l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), parmi lesquelles les deux décisions d'acceptation d'engagements émanant respectivement de Meta et de Google⁸. Deux décisions de nature

- (1) Joint Statement by the European Competition Network (ECN) on the application of competition law in the context of the war in Ukraine, 20 mars 2022. Les autorités reconnaissent que cette situation exceptionnelle peut justifier des coopérations entre entreprises pour lutter contre les pénuries de certains produits.
- (2) Les deux textes (DMA et DSA) ont été approuvés par le Parlement le 5 juillet 2022, v. IP/22/4313.
- (3) Règl. (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE n° L 134, 11 mai 2022 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° C 248, 30 juin 2022. Adde, A.-S. Choné, M. Thill-Tayara, Regards croisés sur le nouveau règlement d'exemption relatif aux accords verticaux., Europe 2022. Étude 6.
- (4) V. Europe 2022, comm. 178.
- (5) Ares (2022)4783198 - 30/06/2022.
- (6) Comm. UE, déc. 30 juin 2022, aff. AT.40.511, *Insurance Ireland*.
- (7) On relève une décision d'irrecevabilité (déc. 22-D-09, 10 mars 2022, *agrégats Saint-Pierre-et-Miquelon* : défaut d'éléments probants pour établir le non-respect d'engagements), deux décisions de rejet (déc. 22-D-03, 18 janv. 2022, fourniture d'électricité aux petits clients non résidentiels ; déc. 22-D-07, 23 févr. 2022, édition et distribution de contenus audiovisuels), quatre décisions d'interdiction d'ententes horizontales fondées sur le droit français (deux visant des huissiers de justice : déc. 22-D-01 et 22-D-02, 13 janv. 2022 ; une condamnant des ambulanciers à la suite d'un refus de transaction avec le ministre de l'Économie pour des pratiques de dimension locale : déc. 22-D-04, 2 févr. 2022 ; une soumission concertée en matière d'appels d'offres : déc. 22-D-08, 3 mars 2022), deux décisions d'interdiction à la suite de transactions fondées sur l'application parallèle de l'art. 102 TFUE et de l'art. L. 420-2 C. com. (déc. 22-D-05, 15 févr. 2022, transports d'animaux vivants par fret aérien ; déc. 22-D-06, 22 févr. 2022, pratiques d'EDF, refus d'accès à des bases de données clientèle) ; deux décisions d'acceptation d'engagements (déc. 22-D-12, 16 juin 2022, publicité sur Internet ; déc. 22-D-13, 21 juin 2022, pratiques de Google dans le secteur de la presse).
- (8) Déc. 22-D-12 et 22-D-13, préc.

procédurale illustrent par ailleurs l'alignement progressif du droit français sur le droit de l'Union⁹.

3. Les cours de contrôle ont été proportionnellement plus actives¹⁰, y compris en matière de contrôle des concentrations¹¹, où la possibilité d'infliger des sanctions distinctes pour violation des deux obligations de notification et de suspension a été confirmée¹². En antitrust, le Tribunal est intervenu dans neuf affaires, tandis que la Cour de justice a rendu quatre arrêts sur questions préjudicielles, dont un en matière de *private enforcement* sur le champ d'application temporel de la directive 2014/104/UE¹³, et cinq sur pourvoi, dont quatre dans la même affaire du cartel des disques optiques. Sur le terrain substantiel, les débats ont surtout porté

sur l'application de l'article 102 TFUE et la qualification de pratiques abusives¹⁴, des annulations ayant été prononcées par le Tribunal dans les emblématiques affaires *Intel*¹⁵ et *Qualcomm*¹⁶. Toujours à propos des pratiques abusives, le Tribunal a rejeté le recours dirigé contre la décision d'acceptation d'engagements visant Gazprom, qui illustre le contrôle approfondi exercé par le Tribunal sur l'adéquation des engagements et le respect du principe de proportionnalité¹⁷.

Quant à la mise en œuvre des règles, indépendamment des questions habituelles soulevées par les affaires de cartels, la période a été dominée par le contentieux consécutif à des annulations antérieures et, plus encore, par des difficultés liées à l'intervention des autorités.

- (9) Usant de leur nouveau pouvoir d'engager d'office une procédure pour obtenir des mesures conservatoires à la suite de la transposition de la directive 2019/1, dite ECN+, les services d'instruction ont vu leur demande rejetée (décis. 22-D-11, 7 juin 2022), mais l'instruction se poursuit au fond. Une double infraction procédurale en matière de contrôle de concentrations a par ailleurs été sanctionnée à la suite d'une procédure de transaction (décis. 22-D-10, 12 avr. 2022).
- (10) Le constat est moins net en France. La cour d'appel de Paris a rendu sept arrêts, dont cinq confirment l'analyse au fond de l'Autorité (Paris, 7 avr. 2022, RG n° 20/03811, *Alphabet* [publicité en ligne liée aux recherches, decis. 19-D-26] ; Paris, 30 juin 2022, droits de diffusion de Ligue 1 [decis. 21-D-12] ; Paris, 30 juin 2022, *Optical center* [decis. 20-D-10]). Dans l'affaire des vins d'Alsace (decis. 20-D-12), la cour (Paris, 12 mai 2022, RG n° 20/15606, *Association des viticulteurs d'Alsace*) examine d'office les conditions d'application des nouvelles dispositions des art. 210 et 172 ter du Règl. (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles, issues du Règl. (UE) n° 2021/2117 et réforme partiellement le montant des amendes. Dans l'affaire de la commercialisation de champagne aux Antilles (decis. 20-D-16), la cour (Paris, 9 juin 2022, RG n° 20/16288, *Distillerie Dillon*) rejette l'argument d'incompatibilité de l'art. L. 420-2-1 C. com. avec le droit de l'Union au motif que ce dernier n'est pas applicable, faute d'affectation du commerce entre États membres. Les deux derniers arrêts portent sur des questions procédurales (Paris, 16 juin 2022, protection des secrets d'affaires dans les décisions publiées [decis. 19-MC-0] ; Paris, 12 mai 2022, RG n° 20/18325, *Sté des brasseries du Pacifique*, procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime et statut de l'autorité polynésienne de concurrence [decis. 20-D-18]). La Cour de cassation a de son côté rendu trois arrêts rejetant des pourvois contre les arrêts de cour d'appel qui avaient validé l'analyse au fond de l'Autorité (Com. 26 janv. 2022, n° 20-14.000, *Sté ADLP Holding*, accords exclusifs d'importation [Paris, 20 févr. 2020, déc. n° 18-D-21], D. 2022. 212 ; Com. 26 janv. 2022, n° 19-24.464, *Sté Stihl*, interdiction pour le distributeur de vendre en ligne [Paris, 17 oct. 2019, decis. n° 18-D-23] ; Com. 1^{er} juin 2022, *Sté Fentanyl*, entrave au développement de génériques [Paris, 11 juill. 2019, decis. 17-D-25]).
- (11) Les recours contre deux décisions d'incompatibilité ont été rejetés par le Tribunal sur le projet d'acquisition d'Aurubis Rolled Products et de Schwermetal par Wieland [decis. 5 févr. 2019, M. 8900], Trib. UE, 18 mai 2022, aff. T-251/19, *Wieland-Werke*, Europe 2022, comm. 241 ; sur le projet, Tata Steel/Thyssenkrupp/JV [decis. 11 juin 2019, M.8713], Trib. UE, 22 juin 2022, aff. T-584/19, Europe 2022, comm. 306]. Sur une action en responsabilité de l'Union à la suite d'une décision d'incompatibilité annulée par le juge (Trib. UE, 7 mars 2017, aff. T-194/13, *UPS*, RSC 2017. 639, n° 6), rejetée faute de lien de causalité entre la faute (violation des droits procéduraux) et les préjudices invoqués, Trib. UE, 23 févr. 2022, 2 arrêts, aff. T-834/17, *United Parcel Services*, aff. T-540/18, *ASL Aviation Holding*, Europe 2022, comm. 122.
- (12) Trib. UE, 18 mai 2022, aff. T-609/19, *Canon*, Europe 2022, comm. 240
- (13) CJUE, 22 juin 2022, aff. C-267/20, *Volvo et DAF Trucks*, D. 2022. 1260, Europe 2022, comm. 289.
- (14) V. sur des pratiques dans le secteur de l'énergie, sur renvoi préjudiciel, CJUE, 12 mai 2022, aff. C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, Europe 2022, comm. 239.
- (15) Trib. UE, 26 janv. 2022, aff. T-286/09 RENV, *Intel*, D. 2015. 943, obs. D. Ferrier ; AJCA 2014. 276, note R. Maulin ; RTD eur. 2014. 939, obs. L. Idot ; *ibid.* 949, obs. L. Idot ; Europe 2022, comm. n° 83.
- (16) Trib. UE, 15 juin 2022, aff. T-235/18, *Qualcomm*, Europe 2022, comm. 290.
- (17) Trib. UE, 2 févr. 2022, aff. T-616/18, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo*, Europe 2022, comm. 119. Les requérants ont également invoqué en vain des arguments de nature politique et la contrariété de la décision à la politique énergétique de l'Union.

I - L'intervention des autorités de concurrence

Absence d'intervention de la Commission et rejet de plainte

4. Les trois affaires se déroulent en Pologne. Plus que l'arrêt de la Cour¹⁸ sur pourvoi contre un arrêt du Tribunal¹⁹ ayant rejeté un recours en annulation contre une décision de rejet de plainte dans une affaire *Velux*, l'on retiendra les deux arrêts du Tribunal de février 2022 qui comportent des développements originaux.

5. Le premier est une autre facette de l'affaire *Gazprom*²⁰. En parallèle à la procédure ayant abouti à une décision d'acceptation d'engagements en mai 2018, un grossiste polonais en gaz avait déposé un an plus tôt une plainte dénonçant des pratiques abusives de *Gazprom* qui rejoignait les préoccupations exprimées par la Commission dans la communication des griefs envoyée à l'opérateur russe. Cette dernière a finalement rejeté la plainte en avril 2019 en faisant une distinction entre les comportements couverts par la décision d'acceptation d'engagements et d'autres pratiques. Pour ces dernières, étaient en particulier en cause des comportements relatifs aux « conditions en matière d'infrastructure », *Gazprom* ayant subordonné la conclusion d'un contrat d'approvisionnement supplémentaire en 2009 et 2010 à des conditions visant à renforcer son influence sur la gestion du tronçon polonais du gazoduc *Yamal*. Pour rejeter la plainte, la Commission avait invoqué deux justifications : la possible application de l'exception dite de l'action étatique, une

décision de certification délivrée par le régulateur polonais de l'énergie à un opérateur de gaz gestionnaire de l'infrastructure.

Aucun des motifs n'est jugé justifié. Dans la mesure où l'exception dite de l'action étatique fait l'objet d'une interprétation restrictive, la Commission aurait dû avertir le plaignant dès la première lettre d'intention de rejet de plainte imposée par l'article 7, § 1, du règlement n° 773/2004 qu'elle entendait invoquer cette raison pour que ce dernier puisse s'exprimer sur ce point. En l'absence de cette information, le Tribunal identifie une violation des droits procéduraux du plaignant, qui aurait pu conduire à une décision finale de rejet de plainte différente, ce qui justifie l'annulation. La deuxième justification retenue tenant à la décision de certification du régulateur polonais de l'énergie n'est pas davantage jugée fondée. La décision de rejet de plainte est en conséquence annulée.

6. Le deuxième arrêt doit encore plus retenir l'attention²¹. Un opérateur polonais de services d'expédition, qui s'était vu opposer un refus de conclure un contrat de coopération pluriannuel aux conditions du marché, a dénoncé les pratiques abusives de l'entreprise publique *PKP Cargo* sur le marché des services de transport ferroviaire en Pologne. La Commission a rejeté la plainte au motif principal que l'autorité polonaise était mieux placée pour la traiter. Pour contester cette décision, la plaignante a invoqué sans succès une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable, principe qui s'applique également aux procédures d'examen des plaintes, ainsi que diverses erreurs manifestes d'appréciation, dont le fait que les effets de la pratique se

(18) CJUE, 30 juin 2022, aff. C-149/21 P, *Fakro*, Europe 2022, comm. 304. La Cour insiste sur le fait que la Commission ne dispose pas d'une compétence exclusive pour examiner des pratiques qui touchent plusieurs États membres.

(19) Aff. AT.40026 – *Velux*, v. Trib. UE, 16 déc. 2020, aff. T-515/18, *Fakro*, RSC 2021. 177, n° 13.

(20) Trib. UE, 2 févr. 2022, aff. T-399/19, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo*, Europe 2022, comm. 120

(21) Trib. UE, 9 févr. 2022, aff. T-791/19, *Sped-Pro*, Europe 2022, comm. 121.

manifestaient au-delà du territoire polonais, ce qui justifiait l'intervention de la Commission. Aucun de ces arguments n'a convaincu le Tribunal, qui a néanmoins donné satisfaction à la requérante pour une raison inédite.

Cette dernière invoquait l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), lu conjointement avec l'article 19, § 1, 2^e alinéa, et l'article 47 de la Charte pour dénoncer les défaillances systémiques et généralisées de l'État de droit en Pologne et notamment le manque d'indépendance de l'autorité de concurrence polonaise et des juridictions nationales. Le Tribunal reconnaît que les principes dégagés en matière de mandat d'arrêt européen²² sont transposables en droit de la concurrence pour déterminer si, au sein du Réseau européen de concurrence, une autorité est bien placée pour traiter une plainte. Par ailleurs, la jurisprudence impose déjà à la Commission, avant de rejeter une plainte, de vérifier que les autorités et juridictions nationales sont en mesure de respecter les droits du plaignant. Le respect des exigences de l'État de droit est en conséquence un facteur pertinent pour déterminer l'autorité bien placée pour examiner une plainte. Le principe étant ainsi affirmé, son application requiert un raisonnement en deux étapes : identification sur la base d'éléments objectifs, fiables, précis et actualisés, de l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable, puis appréciation de manière concrète des risques dans le cas examiné. En l'espèce, la Commission s'était bornée à la deuxième étape en se contentant

d'affirmer que les allégations de la plaignante dénonçant le manque d'indépendance de l'autorité polonaise et son incapacité à agir à l'encontre d'une entreprise publique étaient non étayées. Sans entrer dans le débat de fond, le Tribunal constate que la motivation de la décision de rejet de plainte est insuffisante et ne lui permet pas d'exercer son contrôle, ce qui justifie l'annulation. La solution est pour le moins inédite.

Cumul d'interventions d'autorités nationales et principe *ne bis in idem*

7. Les deux arrêts de la Cour de justice rendus en grande chambre dans les affaires *bpost* et *Nordzucker* le 22 mars 2022²³ dominant indéniablement la période, puisqu'ils précisent le régime du principe *ne bis in idem*, consacré tant par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux que l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, en droit de la concurrence. Pour des raisons historiques, ce dernier avait conservé une singularité quant à la définition de l'*idem* fondée sur la triple identité du contrevenant, des faits et de l'intérêt juridique protégé, alors que dans d'autres branches du droit de l'Union, comme le mandat d'arrêt européen ou la convention d'application des accords de Schengen, la Cour de justice avait progressivement aligné les solutions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un pas décisif ayant été franchi avec les arrêts

(22) CJUE, gr. ch., 25 juill. 2018, aff. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c/ LM*, AJ pénal 2018. 475, obs. B. Nicaud ; Europe 2018, comm. 360, D. Simon.

(23) CJUE, gr. ch., 22 mars 2022, aff. C-117/20, *bpost*, AJDA 2022. 1080, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic ; D. 2022. 607 ; CJUE, gde. ch., 22 mars 2022, aff. C-151/20, *Nordzucker*, AJDA 2022. 1080, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic ; D. 2022. 607. *Addé, L. Idot*, L'application du principe *ne bis in idem* en droit de la régulation économique. À propos des arrêts de la Cour de justice *bpost* et *Nordzucker* du 22 mars 2022, Europe 2022. Étude 5.

du 20 mars 2018, dite « jurisprudence *Menci* »²⁴, laquelle consacre une définition souple de l'*idem* tout en admettant une limitation du droit fondamental via l'article 52, § 1 de la Charte.

8. Dans l'affaire *bpost*, tous les faits étaient cantonnés dans un seul État membre, la Belgique. L'on était en présence d'un cumul de deux procédures administratives, l'une diligentée par l'autorité de régulation du secteur postal, qui avait abouti à une condamnation de l'opérateur historique postal pour infraction à la règle de non-discrimination en matière tarifaire, l'autre postérieure intentée par l'autorité belge de concurrence qui avait sanctionné le même opérateur pour abus de position dominante, tout en tenant compte dans le montant de l'amende infligée de celle précédemment prononcée par le régulateur postal. La décision a été annulée par la cour d'appel de Bruxelles, mais l'arrêt a été cassé, et saisie sur renvoi la juridiction belge a préféré saisir la Cour de justice.

Dans l'affaire *Nordzucker*, à la suite d'une demande de clémence de ce producteur allemand de sucre auprès des autorités allemandes et autrichiennes pour dénoncer un accord de répartition de marchés en Allemagne impliquant deux autres producteurs allemands, dont l'un, *Südsucker*, opérait également en Autriche, le *Bundeskartellamt* a condamné le cartel contraire à l'article 101, § 1, TFUE en 2014. Les autorités autrichiennes sont intervenues parallèlement, mais le juge autrichien a refusé d'infliger une amende à *Südzucker* au motif qu'une nouvelle sanction serait contraire au principe *ne bis*

in idem. L'affaire est allée jusqu'à la Cour suprême autrichienne qui a saisi la Cour de justice. L'on était par conséquent en présence de deux procédures concurrentes se déroulant dans deux États membres, ce qui écartait en toute hypothèse le jeu de l'article 4 du protocole n° 7 de la Conv. EDH, lequel ne joue que pour les procédures cantonnées à un seul État, contrairement à l'article 50 de la Charte qui couvre les procédures à l'intérieur de l'Union.

9. Dans les deux cas, les mêmes principes, tirés de la jurisprudence *Menci*, sont applicables. La Cour de justice confirme tout d'abord l'applicabilité du principe *ne bis in idem*. Tant la procédure devant l'autorité de régulation que la procédure « concurrence », y compris en présence d'une demande de clémence, appartiennent à la « matière pénale », au regard de la nature de l'infraction et du degré de sévérité de la sanction encourue.

Les deux conditions d'application du principe sont ensuite jugées remplies. La première condition du *bis*, soit une décision antérieure définitive rendue à la suite d'une appréciation au fond de l'affaire, ne fait pas de doute, qu'il s'agisse de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles prononçant un non-lieu dans l'affaire *bpost*, ou de la décision du *Bundeskartellamt* devenue définitive dans l'affaire *Nordzucker*. La Cour était surtout attendue sur la définition de l'*idem*. Elle met fin par ces arrêts à l'approche dite mosaïque et opte clairement en facteur de l'*idem factum*. Le critère de l'intérêt juridique protégé est définitivement abandonné. Le seul critère pertinent est désormais celui de l'identité des faits,

(24) CJUE, gde ch., 20 mars 2018, 3 arrêts, aff. C-524/15, *Menci*, AJDA 2018. 602 ; *ibid.* 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 616 ; *ibid.* 2259, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginesstet, S. Mirabail et E. Tricoire ; Rev. sociétés 2018. 731, note H. Matsopoulou ; RTD eur. 2019. 405, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 419, obs. A. Maitrot de la Motte ; aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, AJDA 2018. 602 ; *ibid.* 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 617 ; *ibid.* 2259, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginesstet, S. Mirabail et E. Tricoire ; Rev. sociétés 2018. 731, note H. Matsopoulou ; RSC 2018. 524, obs. F. Stasiak ; RTD eur. 2019. 405, obs. F. Benoît-Rohmer ; aff. jtes C-596/16 et 597/16, *Di Puma / Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, AJDA 2018. 602 ; *ibid.* 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 616 ; Rev. sociétés 2018. 731, note H. Matsopoulou ; RSC 2018. 524, obs. F. Stasiak ; RTD eur. 2019. 405, obs. F. Benoît-Rohmer ; Europe 2018, comm. 169, obs. D. Simon.

soit « un ensemble de circonstances concrètes découlant d'événements qui sont en substance les mêmes, en ce qu'ils impliquent le même auteur, et sont indissociablement liés entre eux dans le temps et dans l'espace ». Dans l'arrêt *bpost*, le juge national doit vérifier les faits et les périodes infractionnelles alors que, dans l'arrêt *Nordzucker*, la Cour ajoute le territoire couvert, le marché des produits, la localisation du chiffre d'affaires pris en compte pour le calcul de l'amende.

Dans l'hypothèse où les deux conditions sont jugées remplies, la Cour admet enfin des limitations au principe conformément à l'article 52, § 1, de la Charte. Ces limitations doivent être prévues par la loi et respecter le contenu essentiel des droits et libertés. Dans l'affaire *bpost*, les deux réglementations différentes applicables dans un seul et même État membre peuvent être cumulées si elles poursuivent des objectifs légitimes et distincts. Le juge doit s'assurer de l'existence de règles claires et précises en amont qui permettent de prévoir que les actes sont susceptibles de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions. Il doit également vérifier que les deux procédures ont été menées de manière coordonnée dans un intervalle de temps rapproché et que les sanctions sont proportionnées. Tel n'est pas le cas de deux procédures concurrence introduites dans deux États membres. Les autorités nationales appliquent toujours les articles 101 et 102 TFUE, plus leur législation qui doit être alignée sur le droit de l'Union. Elles poursuivent le même objectif d'intérêt général. En conséquence, un cumul de poursuites et de sanctions ne peut être justifié au titre de l'article 52, § 1 de la Charte.

10. Cet alignement sur la jurisprudence de la CEDH ne paraît pas justifié en droit

de la régulation économique. Sur le plan pratique, le résultat est paradoxal. La Cour admet un cumul du droit de la concurrence et du droit de la régulation, parce qu'ils sont appliqués par deux autorités administratives différentes, alors que l'on serait en présence d'un cumul d'infractions si les mêmes règles étaient appliquées par un seul juge. À l'inverse, en droit de la concurrence, la Cour condamne le fait qu'une affaire dépassant le territoire d'un État membre puisse être traitée au sein du Réseau européen de concurrence par plusieurs autorités nationales, comme cela avait été prévu lors des discussions sur le règlement n° 1/2003, tout simplement parce que ces autorités sont limitées dans leur action par le principe de territorialité. Sur le plan théorique, cet alignement ne paraît pas davantage justifié puisque l'article 4 du protocole n° 7 de la Conv. EDH ne couvre que les situations internes. Il est désormais nécessaire de traiter par un texte de droit dur ces hypothèses de répartition des cas. Le processus de révision du règlement n° 1/2003 qui vient d'être engagé permettra, on l'espère, d'éliminer cette difficulté.

II - La mise en œuvre des règles par la Commission

Déroulement de la procédure

11. En dehors de la compétence de la Commission dans le domaine des transports aériens évoquée à l'occasion des treize recours contre la nouvelle décision dans l'affaire du fret aérien adoptée à la suite de l'annulation pour des erreurs de motivation de la décision initiale²⁵, plusieurs affaires ont permis d'apporter des précisions tant sur la procédure

(25) Par une série de treize arrêts (Trib. UE, 16 déc. 2015, aff. T-9/11 e.a., RTD eur. 2016. 667, obs. L. Grard ; RSC 2016. 145, n° 14) le Tribunal avait annulé pour des contradictions dans la motivation la décision initiale du 9 nov. 2010 (aff. COMP/39258). Tirant les conséquences de cette annulation, la Commission a adopté une nouvelle décision le 17 mars 2017, qui a fait l'objet à nouveau de treize recours (Trib. UE, 30 mars 2022, 13 arrêts, aff. T-323/17 e.a., *Martinair e.a.*, Europe 2022, comm. 166).

ordinaire, que sur des procédures particulières.

12. S'agissant de la procédure ordinaire, l'arrêt *Qualcomm* du Tribunal²⁶ contient des éléments intéressants sur l'application de l'article 19 du règlement n° 1/2003, déjà évoqué dans l'affaire *Intel*. En l'espèce, la Commission avait eu des échanges avec les tiers, sous forme de réunions et d'échanges téléphoniques, qui n'avaient fait l'objet que de simples notes non enregistrées dans le dossier de l'affaire. Certains avaient eu lieu avant la communication des griefs, d'autres avant le premier acte d'enquête. Le Tribunal confirme tout d'abord que la première catégorie d'échanges devait faire l'objet d'un enregistrement, à peine de violer l'article 19. Pour la seconde catégorie non couverte par l'article 19, il s'agissait d'éléments à charge qui devaient figurer dans le dossier. Dans les circonstances particulières de l'affaire, le Tribunal identifie une violation des droits de la défense.

13. Dans cette même affaire, le Tribunal identifie une seconde violation des droits de la défense qui tient aux différences sur des éléments essentiels relevées entre la communication des griefs initiale et la décision attaquée, en particulier les marchés retenus, ce qui avait une incidence sur l'analyse économique présentée par l'entreprise.

La discordance entre la communication des griefs et la décision finale justifie une autre annulation dans l'affaire du cartel des lecteurs de disques optiques à l'occasion de quatre pourvois contre les arrêts du Tribunal qui avaient rejeté les recours en annulation²⁷. La diffi-

culté venait du fait que la communication des griefs visait uniquement une infraction unique et continue alors que la décision finale retenait à la fois une infraction unique et quatre infractions distinctes. Pour le Tribunal, chacun des comportements composant l'infraction unique devait être nécessairement qualifié d'infraction distincte, ce qui est qualifié d'erreur de droit par la Cour. Les entreprises ne pouvaient comprendre à la lecture de la communication des griefs que la Commission entendait leur reprocher à la fois l'infraction unique et les quatre infractions distinctes la composant²⁸. Il y a dès lors une violation des droits de la défense, à laquelle s'ajoute en l'espèce un défaut de motivation. Les arrêts du Tribunal sont en conséquence annulés. Statuant définitivement sur l'affaire, la Cour annule également la décision de la Commission en ce qu'elle visait quatre infractions distinctes, mais maintient intégralement les amendes initialement infligées.

14. L'arrêt *Scania*, dans l'affaire du cartel des camions²⁹, permet au Tribunal de rappeler les règles en matière d'accès au dossier. La requérante critiquait le refus d'accès aux réponses à la communication des griefs des autres entreprises. Ces réponses ne figurent pas en principe dans le dossier d'instruction, sauf si la Commission entend se fonder sur un élément pour établir l'existence d'une infraction, solution dont on trouve au même moment une application dans l'affaire du cartel du fret aérien³⁰. Par ailleurs l'étendue de l'accès au dossier dépend du moment où le document a été ajouté au dossier. L'accès aux éléments ajoutés postérieurement n'est ni automatique, ni illimité. Sur tous ces

(26) Trib. UE, 15 juin 2022, aff. T-235/18, *Qualcomm*, préc.

(27) Comm. UE, déc. 21 oct. 2015 (aff. AT.39639 – Lecteurs de disques optiques) et sur recours, Trib. UE, 12 juill. 2019, aff. T-762/15, *Sony et Sony Electronics* ; aff. T-763/15, *Sony Optiarc et Sony Optiarc America* ; aff. T-772/15, *Quanta Storage* ; aff. T-8/16, *Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea*, RTD eur. 2019. 903, obs. L. Idot ; RSC 2019. 721, n°s 10, 13 s.

(28) CJUE, 16 juin 2022, 4 arrêts, aff. C-697/19 P, *Sony Corporation et Sony Electronics* ; aff. C-698/19 P, *Sony Optiarc et Sony Optiarc America* ; aff. C-699/19 P, *Quanta Storage* ; aff. C-700/19 P, *Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea*, Europe 2022, comm. 288.

(29) Trib. UE, 2 févr. 2022, aff. T-199/17, *Scania*, Europe 2022, comm. 118.

(30) Trib. UE, 30 mars 2022, aff. T-324/17, *SAS Cargo Group*.

points, l'arrêt s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour³¹.

15. Ce même arrêt *Scania* présente surtout un intérêt pour cette procédure particulière qu'est la transaction en droit de l'Union. Conformément aux affaires *Timab* et *ICAP*³², le Tribunal confirme tout d'abord la possibilité pour la Commission d'avoir recours à une transaction hybride lorsqu'une entreprise décide de se retirer de la procédure de transaction, sous réserve du respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense de l'entreprise en cause. En l'espèce, vérifiant le contenu de la décision de transaction, le Tribunal n'identifie aucun passage permettant d'identifier la requérante ou le fait que la Commission aurait préjugé de sa responsabilité. La reconnaissance de leur responsabilité par les entreprises qui transigent n'a aucun effet sur celle qui se retire. Il y a une *tabula rasa* et l'affaire repart à zéro dans le cadre de la procédure ordinaire qui suit. Le Tribunal écarte de même l'argument selon lequel la défense de *Scania* aurait été vaine. Toutes les garanties procédurales ont été respectées et le fait que la requérante n'ait pu s'exprimer sur la décision de transaction est indifférent dès lors qu'elle n'est nullement visée par cette dernière.

16. Au titre des procédures particulières, l'on mentionnera également les treize nouveaux arrêts dans l'affaire du cartel du fret aérien³³. Même si le principe en est de nouveau confirmé³⁴, la reprise d'une décision annulée soulève de nombreuses difficultés. En l'espèce, trois compagnies de pays tiers ont pu bénéficier de la prescription décennale prévue par l'article 25, § 5, du règlement n° 1/2003 pour des comportements

infractionnels sur les liaisons intra-EEE et Union-Suisse, qu'elles n'avaient pas contestés lors des recours contre la première décision. L'effet suspensif de la prescription en cas de recours judiciaire prévu par l'article 25, § 6, du règlement ne joue qu'*inter partes*. Par ailleurs, le Tribunal confirme que la décision initiale ayant été annulée pour défaut de motivation, la Commission n'avait pas à émettre une nouvelle communication des griefs ou à procéder à une audition.

Le contenu de la décision

17. L'utilisation de la notion d'infraction unique et continue fait toujours débat dans les affaires de cartels. Dans l'affaire du cartel du camion³⁵, *Scania* faisait valoir que l'identification d'une infraction unique et continue supposait l'identification de plusieurs infractions manifestement liées entre elles et que les trois niveaux de contacts collusoires retenus par la Commission fonctionnaient de manière indépendante. Insistant sur l'existence d'un plan d'ensemble indispensable à la qualification, le Tribunal rejette tous les arguments et confirme la décision.

De même, dans l'affaire du fret aérien, presque toutes les requérantes ont mis en cause l'existence d'une infraction unique et continue et contesté tant sa dimension matérielle que sa dimension géographique. Certaines ont également nié la valeur probante des pièces retenues pour l'établissement de l'infraction, mais les éléments les plus intéressants concernent l'imputation de l'infraction unique et continue. Pour se voir reprocher l'intégralité de l'infraction, la Commission devait établir que

(31) CJUE, 14 mai 2020, aff. C-607/18 P, *Verwaltung et NKT*, RSC 2020. 759, n° 11.

(32) CJUE, 12 janv. 2017, aff. C-411/15 P, *Timab*, RSC 2017. 141, n° 5 ; CJUE 10 juill. 2019, aff. C-39/18 P, *ICAP*, RSC 2019. 721, n° 22.

(33) Trib. UE, 30 mars 2022, 13 arrêts, aff. T-323/17 e. a., *Martinair e. a.*, préc.

(34) Trib. UE, 30 mars 2022, aff. T-323/17, *Martinair Holland* ; aff. T-324/17, *SAS Cargo Group*, aff. T-325/17, *KLM*, aff. T-341/17, *British Airways*.

(35) Trib. UE, 2 févr. 2022, aff. T-199/17, *Scania*.

les compagnies avaient connaissance de la dimension mondiale de l'entente dans ses différentes composantes qui étaient au nombre de trois (surtaxe sur le carburant, surtaxe sur la sécurité et refus de paiement des commissions). Plusieurs requérantes ont obtenu satisfaction sur ce terrain en faisant juger que leur participation était moindre que celle retenue par la Commission.

18. La responsabilité au sein des groupes n'a été évoquée que dans l'affaire *Air France/KLM*³⁶. La société faïtière du groupe a été tenue responsable des pratiques des anciennes sociétés Air France et KLM. Le Tribunal a confirmé la responsabilité de la holding financière en rappelant que la Commission n'était pas obligée de faire jouer la présomption dite capitalistique dès lors qu'elle démontrait l'absence d'autonomie de la filiale. Par ailleurs, il a confirmé la continuité juridique entre l'ancienne société Air France et la société faïtière du groupe.

19. Quant aux amendes, l'on trouvera dans l'arrêt *Scania* une discussion sur le jeu de la prescription, tous les autres arguments visant à contester le montant étant rejetés. Il en est de même des nombreux moyens portant sur la légalité des amendes dans l'affaire du fret aérien. En l'espèce, le taux de gravité, de même que le montant additionnel, avait été fixé à 16 %. La récidive a été retenue pour une entreprise³⁷, tandis que les prétendus suiveurs n'ont pas obtenu satisfaction. Le refus d'une clémence de deuxième rang à British Airways,

qui venait en neuvième position..., a été confirmé sans surprise³⁸. Dans cette même affaire du fret aérien, le Tribunal exerce sa compétence de pleine juridiction, mais maintient intégralement le montant des amendes pour les entreprises qui n'ont pas obtenu d'annulation partielle, soit sept entreprises. Pour les six autres, il ne voit pas de raison de s'écarter des Lignes directrices de 2006, la réduction du montant découlant automatiquement de la participation moindre à l'infraction, mais plusieurs d'entre elles obtiennent une réduction supplémentaire, en particulier British Airways et Air Canada et plus encore Latam Airlines, pour laquelle elle se monte à 56 %.

20. On se bornera à mentionner pour conclure deux arrêts qui illustrent la complexité du contentieux sur les amendes lorsque le juge annule la décision de la Commission. Dans la saga des stabilisants thermiques, où la deuxième décision modificative fait toujours l'objet d'un recours devant le Tribunal, le groupe GEA a demandé en vain le remboursement de l'amende payée à la suite de la décision initiale de 2009³⁹. Une telle situation soulève le problème des intérêts moratoires. Dans l'affaire *Deutsche Telekom*, où l'amende avait été simplement réduite, la Commission avait restitué le montant indu, mais refusé de verser des intérêts moratoires. Elle a engagé de ce fait la responsabilité de l'Union, le Tribunal reconnaissant le bien-fondé de cette action et annulant la décision de refus⁴⁰.

(36) Trib. UE, 30 mars 2022, aff. T-337/17, *Air France/KLM*.

(37) Trib. UE, 30 mars 2022, aff. T-324/17, *SAS Cargo Group*.

(38) Trib. UE, 30 mars 2022, aff. T-341/17, *British Airways*.

(39) Trib. UE, 9 févr. 2022, aff. T-195/19, *GEA Group*, Europe 2022, comm. 138.

(40) Trib. UE, 19 janv. 2022, aff. T-610/19, *Deutsche Telekom*, Europe 2022, comm. 82.