

INGRIDA LABUCKA*

Les « facilitateurs » en droit de la concurrence de l'Union européenne

Dans sa version originelle de 1810, l'article 59 du code pénal français disposait que « [l]es complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement », ce qui avait laissé dire au doyen Carbonnier, qui y a vu là, avec d'autres, la consécration d'un système dit de 'criminalité d'emprunt', que « le complice est cousu dans le même sac que l'auteur principal ».¹

Certes, en droit de la concurrence de l'Union, les décisions de la Commission infligeant une amende « n'ont pas un caractère pénal ».² Même si cette question pourrait être discutée, en particulier à l'aune des exigences de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH),³ dont l'interprétation fournie par la Cour européenne des droits de l'homme aura pu révéler qu'une amende infligée pour violation du droit de la concurrence d'un État partie à la CEDH, peut « rel[e]ve[r], par sa sévérité, de la matière pénale ».⁴ Il n'en demeure pas moins que, à ce jour, la

* Membre du Tribunal de l'Union européenne, l'auteur s'exprime à titre personnel. La jurisprudence prise en compte est celle au 15 décembre 2015. L'auteur remercie M^{lle} Julie Brousseau et M. Etienne Thomas pour leur assistance dans la préparation de cette contribution.

¹ CARBONNIER, J.: « *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal* », La Semaine juridique (JCP), 1952, I, 1034.

² Article 23, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 TFUE] et [102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1); voy., antérieurement, les termes identiques de l'article 15, paragraphe 4, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [101 TFUE] et [102 TFUE] (JO 1962, 13, p. 204). Sur cette question, voy., notamment, conclusions de M. le juge VESTERDORF B. faisant fonction d'avocat général sous l'arrêt du Tribunal du 24 octobre 1991, Rhône-Poulenc/Commission (T-1/89, Rec, EU:T:1991:38), ainsi que LENAERTS K.: « *Réflexions sur la preuve et sur la procédure en droit communautaire de la concurrence* » in Baudenbacher, C., Gulmann C., Lenaerts K., Coulon E. et Barbier de la Serre É. (dir.), *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf, Bruylant, Bruxelles, 2007*, p. 475, et IDOT L.: « *Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles* », *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2010, n° 2, p. 1.

³ Voy., notamment, BOMBOIS T., *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, préf. WAELBROECK D., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 31 à 57, n° 30 à 57.

⁴ Cour eur. D.H., arrêt Menarini Diagnostics/Italie, du 27 septembre 2011 (req. n° 43509/08, point 42); sur cet arrêt, voy., notamment, MUGUET-POULLENEC G., et DOMENICUCCI D., « *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la*

Cour pas tranché la question de la qualification « pénale » d'une amende infligée pour violation du droit de la concurrence de l'Union.⁵

Pour autant, le droit pénal n'en finit plus de colorer le droit de la concurrence, dans la mesure où ce dernier entend désormais cibler non seulement les auteurs et co-auteurs d'une infraction, mais, aussi des « complices ». Il en va ainsi en certains droits nationaux de la concurrence.⁶ Cependant, c'est, avant tout, en droit de la concurrence de l'Union au niveau de cette dernière que la question s'est posée, avec une acuité grandissante, de savoir si une « société » n'opérant pas sur un marché — de produits ou de services — cartellisé peut constituer, en relation avec ce cartel, une « entreprise », au sens de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).⁷ Et, *a fortiori*, se voir, en application du règlement n° 1/2003, non seulement imputer une infraction, mais, aussi et surtout, se voir infliger une amende.⁸

À ce jour, cette question s'est posée à au moins deux reprises devant le Tribunal et ce, dans deux affaires dans lesquelles siégeait le récipiendaire de notre modeste contribution: l'affaire *AC-Treuhand I*⁹ et l'affaire *AC-Treuhand II*, dans laquelle ce dernier présidait la chambre dans laquelle j'étais rapporteur.¹⁰

CEDH », Revue Lamy de la concurrence, 2012, n° 30, n° 1988; BOMBOIS T.: « *L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme. Droit antitrust, champ pénal et contrôle de pleine juridiction* », ces Cahiers, 2011, n°2, pages 541 à 589; sur la nature pénale des amendes au sens de la CEDH, voy., notamment, BERNARDEAU L. et CHRISTIENNE J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel*, préf. JAEGER M., avant-propos LENAERTS K., postface LABUCKA I., Larcier, Bruxelles, 2013, p. 500 à 502, n° II-1095 à II-1097, ainsi que p. 14 et 15, n° 15. Adde: VALLINDAS G. : « *Sanction, juges de l'Union, juges nationaux et CEDH: nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence* », in Mahieu S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne – Questions choisies*, préf. Lenaerts K., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 191.

⁵ BERNARDEAU, L., et THOMAS, E. « *M. Jourdain: juge pénal?* » à paraître aux Cahiers de droit européen, 2016-1.

⁶ Voy., notamment, décisions de l'autorité néerlandaise de la concurrence [Nederlandse Meedingingsautoriteit (devenue Autoriteit Consument en Markt)], du 12 juin 2009, offres concertées dans le secteur de la peinture, et du 25 mai 2012, poivrons.

⁷ Aux termes de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, (ex-articles 85, paragraphe 1, du traité CE et 81, paragraphe 1, CE), « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ».

⁸ Sur les amendes, voy., not., BERNARDEAU L. et CHRISTIENNE J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel*, préf. JAEGER M., avant-propos LENAERTS K., postface LABUCKA I., Larcier, Bruxelles, 2013, p. 500 à 502, nos II-1095 à II-1097, ainsi que p. 14 et 15, n° 15.

⁹ Voy arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand/Commission* (T-99/04, Rec, ECLI:EU:T:2008:256); sur cet arrêt, très remarqué, voy., notamment, WHELAN, P., « *CFI confirms that cartel facilitators can be fined by the European Commission for violating EC cartel law - AC-Treuhand AG v Commission* », Bulletin of international legal developments, 2008, vol. 15, p. 169; ALBRECHT, St., et VON DEM BUSSCHE, J.: « *Kartell, Beratungsunternehmen, Beihilfe, Bußgeld/AC-Treuhand AG* », Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 2008, p. 489; FREIIN VON DEM BUSSCHE, J., et ALBRECHT, St. : « *Die Strafbarkeit der Kartellbeihilfe nach dem EuG-Urteil AC-Treuhand/Kommission* », Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht – EWS, 2008, p. 416; IDOT, L. : « *Ententes horizontales, principe de légalité des délits et des peines et responsabilité pénale* », Europe, 2008, oct., comm. n° 332, p. 32; DAWES, A. : « *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. AC-Treuhand AG contre Commission des Communautés européennes* », Revue du droit de l'Union européenne, 2008, n° 3, p. 632; SARRAZIN, C.: « *Ententes* », Concurrences: revue des droits de la concurrence, 2008, n° 4 p. 77; MAYER, M.: « *Haftung von Beratungsunternehmen nach Art. 81 EG wegen Kartellbeteiligung* », Ecolex, 2008, p. 937; NEUMAYR, Fl., et SIMON, E.: « *EuG: Geldbuße gegen Beratungsunternehmen wegen Beihilfe zur Durchführung eines Kartells* », ÖZK aktuell: Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht 2008, p. 156; SCHUHMACHER, Fl.: „*Das Urteil AC-Treuhand als Teil der schutzzweckbezogenen*

Plus précisément, la question que soulèvent ces affaires nous amène à nous interroger sur le sort des « facilitateurs » en droit de la concurrence: une « société » qui « facilite », par la fourniture de moyens matériels ou humains, par une assistance technique ou par la fourniture de services, la mise en place et la pérennité d'une infraction aux règles de la concurrence peut-elle être sanctionnée au même titre que les « auteurs » d'une infraction ?

En d'autres termes, l'article 101 TFUE permet-il d'appréhender lesdits comportements ? D'aucuns pourraient certes faire valoir que, d'un point de vue moral, un « facilitateur » doit pouvoir être sanctionné pour son rôle dans un cartel. Il n'en demeure pas moins que le fait, pour un « facilitateur », telle une société de conseil, de ne pas exercer d'activités sur le marché cartellisé peut constituer un obstacle à l'imputation de l'infraction et, surtout, à l'infliction d'une amende.

À cet égard, si l'affaire *AC-Treuhand I* a été l'occasion pour le Tribunal de poser, en premier lieu, les jalons du principe de la responsabilité d'un « facilitateur » de cartel (I), la Cour a, en second lieu, validé la motivation du Tribunal, dans son arrêt prononcé le 22 octobre 2015,¹¹ dans l'affaire *AC-Treuhand II* (II).

L'affaire AC-Treuhand I

Dans sa décision *peroxydes organiques*,¹² la Commission avait pris le parti de sanctionner une société de conseil suisse, AC-Treuhand, pour sa participation à une entente. Bien qu'AC-Treuhand ne fût pas active dans le secteur cartellisé, la Commission soulignait que cette dernière avait pris part aux accords collusoires, à la fois par ses décisions et par ses actions, jouant ainsi un rôle clé dans l'entente.

La Commission avait à cet effet relevé qu'AC-Treuhand avait exercé une autorité sur les membres du cartel et accomplissait par ailleurs des tâches de sa propre initiative, permettant de qualifier à son encontre un comportement infractionnel à part entière. Selon la Commission, AC-Treuhand s'était comportée non seulement comme un organisateur, mais également comme le garant du bon fonctionnement des accords anti-compétitifs, assurant ainsi la réalisation et la pérennité du cartel, notamment en œuvrant pour la 'transparence' — toute relative — et la stabilité de l'entente.

Auslegung des Kartellverbots“, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht, 2009, p. 9; KOCH, J.: « Kartellgehilfen als Sanktionsadressaten », Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2009 p. 370; HOWE, D., LAWRENCE, J., et WHITEFORD, E.: « The AC-Treuhand Case - The CFI Expands the Scope of both Public and Private Enforcement of Article 81 », Global Competition Litigation Review 2009, Vol. 2, n° 2, p. 83; WEITBRECHT, A., BAUDENBACHER, L. M.: « Bußgeld wegen Beihilfe zu einem Kartell? Zum Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 (Rs. T-99/2004 - AC-Treuhand) », Europarecht, 2010, p. 230; DANNECKER, G.: « Die Ahndbarkeit von Kartellwächtern und Beratungsunternehmen im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht », ÖZK aktuell: Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht, 2010, p. 171.

¹⁰ Voy. arrêt du Tribunal du 6 février 2014, AC-Treuhand/Commission (T-27/10, Rec, EU:T:2014:59); sur cet arrêt, voy., notamment, IDOT, L.: « Cartels et participation d'une société de conseil », Europe, 2014, avr., com. n° 4, p. 29, et HUTT, R.: « Die kartellrechtliche Verantwortung von Dienstleistungsunternehmen – Haftung von „Kartell-Koordinatoren“ als Mittäter einer Kartellvereinbarung », *European Law Reporter*, 2014, p. 11.

¹¹ Voy. arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission (C-194/14 P, Rec, ECLI:EU:C:2015:717).

¹² Voy. décision de la Commission du 10 décembre 2003 relative une infraction à l'article 81 [CE] et de l'article 53 de l'EEE (COMP/E-2/37.857 – Peroxydes organiques), considérants 336 et suivants.

Il était par ailleurs indifférent pour la Commission qu'AC-Treuhand n'eût pas directement profité de la mise en œuvre des hausses de prix et de la répartition des marchés, dès lors qu'elle avait bénéficié de l'accord en percevant des revenus liés à la fourniture de services nécessaires à la réalisation et la dissimulation du cartel.

Par conséquent, la Commission a considéré qu'AC-Treuhand avait participé de manière indépendante au cartel. Une première en droit de la concurrence de l'Union... Et c'est notamment ce que soulignait le communiqué de presse de la Commission précisant que « la sanction prise contre AC-Treuhand [était], [certes], d'un montant limitée [*de facto* symbolique] en raison de la nouveauté de la politique suivie en la matière », mais que le « message [était] clair »: ceux « qui organisent ou facilitent les ententes, donc pas seulement leurs membres, d[e]v[ai]ent redouter d[ésormais] d'être découverts et de se voir infliger des sanctions très lourdes ».¹³

Toutefois, notamment face à la « nouveauté de la politique suivie en la matière » par la Commission, AC-Treuhand a contesté la légalité de la décision de la Commission devant le juge de l'Union. Au soutien de son recours, la société suisse a invoqué cinq moyens,¹⁴ dont seul le deuxième retiendra notre attention dans le cadre de la présente contribution.

Son deuxième moyen était précisément tiré d'une violation du principe de légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), dans la mesure où AC-Treuhand estimait n'avoir commis aucune infraction, au sens de l'article 101 TFUE, n'étant pas partie à l'entente intervenue entre les producteurs de peroxydes organiques.

En ce sens, elle reprochait à la Commission, d'une part, d'avoir largement surestimé son rôle alors qu'elle n'était qu'un « simple » prestataire de services et estimait, d'autre part, ne pas avoir commis d'infraction à l'article 101 TFUE, dès lors qu'elle n'était qu'un « complice non punissable » des membres de l'entente et proposait ainsi au Tribunal d'opérer une distinction entre l'« entreprise », auteure de l'infraction, au sens de l'article 101 TFUE, et l'« entreprise simple complice ». Partant, selon AC-Treuhand, la Commission avait ainsi outrepassé les limites du pouvoir qui lui était conféré par l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, lu conjointement avec l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE), et enfreint le principe de légalité des délits et des peines. Il s'agissait ici d'une question de principe, relative à la définition du champ d'application personnel de l'article 81 CE.

Le Tribunal, siégeant en formation élargie, a validé l'approche de la Commission en approuvant l'imputation de l'infraction à AC-Treuhand et ce, indépendamment du fait que cette dernière n'exerçait pas d'activité économique sur le marché pertinent affecté par la restriction de concurrence en cause et que sa participation à l'entente n'était intervenue que de manière subordonnée.¹⁵

Dans un premier temps, privilégiant, tout d'abord, une interprétation littérale des termes « accords entre entreprises » et de la notion d'« entente », le Tribunal a défini de façon extensive le terme d'« accord » et a par ailleurs relevé que la lettre de l'article 81 CE n'exigeait

¹³ Communiqué IP/03/1700, du 10 décembre 2013, « La Commission inflige une amende à des membres de l'entente sur les peroxydes organiques ».

¹⁴ La requérante invoquait également, pêle-mêle, des moyens tirés de violations des droits de la défense et du droit à un procès équitable, du principe de protection de la confiance légitime, du principe de sécurité juridique et du principe de précision de la loi pénale.

¹⁵ Voy. arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, AC-Treuhand/Commission (T-99/04, Rec, ECLI:EU:T:2008:256, points 128 à 136).

pas de concordance entre le marché sur lequel l'« entreprise » opère et le marché sur lequel la restriction a lieu¹⁶. À cet égard, nous pouvons relever que l'article 101 TFUE permet de sanctionner à la fois des « entreprises » exerçant leurs activités sur un même marché, et également sur des marchés différents, ce qui était le cas dans cette affaire.

Ensuite, s'agissant d'une approche contextuelle de l'article 81 CE, le Tribunal a considéré que la nécessaire restriction de l'autonomie commerciale vis-à-vis des concurrents était uniquement requise au stade de la démonstration de l'existence de l'accord (contrairement au simple comportement parallèle ou aux mesures unilatérales qui ne sont pas sanctionnés par l'article 101 TFUE).¹⁷ Le Tribunal en a conclu qu'il fallait tenir compte du cadre dans lequel cet accord déployait ses effets et a considéré qu'il ne pouvait être exclu qu'une « entreprise » puisse participer à la mise en œuvre d'une telle restriction même si elle ne restreignait pas sa propre liberté d'action sur le marché sur lequel elle était active.

Enfin, d'un point de vue téléologique, le motif principal du Tribunal a été celui de la préservation de l'effet utile de l'article 81 CE, afin de maintenir une concurrence non faussée à l'intérieur du marché commun.¹⁸ Ce motif est ainsi venu justifier l'application de l'article 81 CE, non seulement aux « entreprises » ayant contribué de manière active au cartel, mais également aux « entreprises » l'ayant facilité.

D'aucuns auront pu, certes, souligner l'approche extensive de l'article 81 CE adoptée par le Tribunal dans cette affaire; il n'en demeure pas moins que cette approche permet de garantir une concurrence saine en sanctionnant les « entreprises » qui participent, par leur comportement, à l'établissement et au maintien d'une entente.

Dans un second temps, le Tribunal a entendu préciser le cadre juridique applicable aux « facilitateurs ». Le Tribunal a, à cet effet, dégagé deux conditions en vue de sanctionner le « complice » d'une infraction au droit de la concurrence: l'une, objective, tenant à la contribution à la mise en œuvre de l'entente,¹⁹ et, l'autre subjective, requérant que l'« entreprise » souscrive, même tacitement, aux objectifs de l'entente.²⁰ Et le Tribunal d'ajouter que la seule circonstance que l'« entreprise » eût « participé selon des formes qui lui [fussen]t propres »²¹ ne permettait pas d'exclure la responsabilité des « entreprises » qui ont partagé le même objet ou le même effet anticoncurrentiel, permettant *in fine* de sanctionner les activités d'une société de conseil, telle que AC-Treuhand, en application de l'article 81 CE.

En l'absence de pourvoi devant la Cour contre l'arrêt du Tribunal dans cette affaire, d'aucuns auraient pu considérer que le principe de la responsabilité d'un « facilitateur » était acquis en droit de la concurrence de l'Union et ce, même si l'amende demeurait symbolique. En tout état de cause, un an après le premier arrêt AC-Treuhand du Tribunal, AC-Treuhand était de nouveau dans le viseur de la Commission.

¹⁶ *Ibid.*, points 118 à 123.

¹⁷ *Ibid.*, points 124 et 125 ainsi que la jurisprudence citée.

¹⁸ *Ibid.*, point 127.

¹⁹ *Ibid.*, points 130 à 133.

²⁰ *Ibid.*, point 134.

²¹ *Ibid.*, point 131.

L'affaire AC-Treuhand II

Dans le cadre du cartel des stabilisants thermiques,²² la Commission a, six ans après sa première décision sanctionnant AC-Treuhand, une nouvelle fois sanctionné la société de conseil suisse pour son implication dans un cartel, réitérant ainsi qu'un « animateur » de cartel pouvait être « cousu dans le même sac » que les cartellistes. Même rôle d'organisateur des réunions et de mise à disposition de locaux, notamment, mais deux amendes désormais conséquentes pour AC-Treuhand (toute proportion gardée) à hauteur de 174 000 euros chacune.

Dans cette affaire, il était reproché à AC-Treuhand d'avoir organisé, modéré et assisté de manière active aux réunions des « entreprises » opérant sur le marché des stabilisants thermiques visant à fixer les prix et à se répartir les marchés et la clientèle.

Or, le Tribunal, avec plusieurs références explicites à l'arrêt AC-Treuhand I, a confirmé sa position en rejetant le recours consacrant par là même le principe de la responsabilité d'un « facilitateur », au regard de l'article 101 TFUE, dans la mesure où celle-ci contribue « activement et de propos délibéré à une entente entre producteurs actifs sur un marché distinct de celui sur lequel elle opère elle-même ».²³

Eu égard, notamment, au caractère « moins symbolique » des amendes, AC-Treuhand a cette fois-ci formé un pourvoi, invitant ainsi la Cour à préciser si une société de conseil n'opérant pas sur les marchés en cause ou sur des marchés liés pouvait être poursuivie pour infraction aux règles en matière de concurrence au motif qu'elle aurait facilité la mise en œuvre de l'entente.

En substance, AC-Treuhand faisait valoir que le Tribunal ne pouvait retenir que le comportement d'une société de conseil qui fournit des services à un cartel tombait dans le champ d'application de l'article 81 CE et qu'une telle interprétation était en tout état de cause imprévisible au moment de l'infraction.

L'avocat général dans cette affaire, M. Nils Wahl, résume ainsi la question posée à la Cour: la portée de l'interdiction des ententes consacrée par les règles des traités en matière de concurrence et la nature des comportements susceptibles de tomber sous le coup de cette interdiction.²⁴ À cet égard, l'avocat général M. Wahl considère que « l'identification d'une restriction de concurrence suppose qu'il soit avéré, au terme de l'analyse économique, que l'entreprise visée a, par son comportement, renoncé, en tout ou en partie, à constituer une contrainte, caractéristique d'une concurrence effective, pour les autres opérateurs du ou des marchés concernés – et ce en définitive au détriment de l'efficacité économique et du bien-être des consommateurs. Un comportement non restrictif de concurrence, au sens précédemment rappelé, aussi moralement ou éthiquement répréhensible soit-il, ne peut, en revanche, tomber sous le

²² Décision de la Commission du 11 novembre 2009 [C(2009)8682, COMP/38589 – Stabilisants thermiques].

²³ Arrêt du Tribunal du 6 février 2014, AC-Treuhand/Commission (T-27/10, Rec, ECLI:EU:T:2014:59, point 44).

²⁴ Conclusions de l'avocat général M. WAHL du 21 mai 2015 dans l'affaire AC-Treuhand/Commission (C-194/14 P, Rec, ECLI:EU:C:2015:350, point 4). Voy., à cet égard, BERNARDEAU L., « L'avocat général M. Nils Wahl exclut qu'un "facilitateur" puisse constituer une "entreprise" au sens de l'article 101 TFUE et être sanctionné à ce titre », *Concurrences—Revue des droits de la concurrence*, n° 2015, n° 3, p. 67.

coup des prohibitions consacrées par le droit de l'Union et, en particulier, relever de l'interdiction des ententes visée à l'article 81 CE »,²⁵

Telle était la pierre angulaire des conclusions de l'avocat général Wahl, invitant la Cour à annuler l'arrêt du Tribunal qui avait confirmé la décision de la Commission sanctionnant AC-Treuhand pour son rôle de facilitateur dans le cartel des stabilisants thermiques.

Certes, à la suite des conclusions de l'avocat général dans cette affaire, un revirement de jurisprudence n'était pas exclu. Il n'en demeure pas moins que la Cour en a décidé autrement dans un arrêt rendu le 22 octobre 2015, par lequel cette dernière valide l'approche de la Commission et du Tribunal relative à l'engagement de la responsabilité du complice d'une infraction à l'article 101 TFUE.²⁶ Elle confirme ainsi l'arrêt du Tribunal validant l'infliction d'une amende à la société de conseil, pour avoir facilité, contre rémunération, l'établissement et le maintien d'un cartel sur deux marchés distincts de stabilisants thermiques.²⁷

À cet égard, la Cour considère, tout d'abord, que, ni la lettre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, ni la jurisprudence antérieure, n'indique que l'existence d'un accord anticoncurrentiel ou de pratiques concertées présuppose que les « entreprises » qui y prennent part doivent être actives sur le même marché, un marché lié (en amont ou en aval) ou des marchés voisins.²⁸ En effet, selon la Cour, il ressort d'une jurisprudence constante que la Commission doit démontrer, afin de pouvoir conclure à la participation d'une « entreprise » à l'infraction et à sa responsabilité pour tous les différents éléments qu'elle comporte, que l'« entreprise » concernée a, d'une part, entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et, d'autre part, qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres « entreprises » dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque.²⁹

Ensuite, elle affirme, opportunément selon nous, qu'une telle interprétation de l'article 101 TFUE permet de préserver l'effectivité de la disposition dans la mesure où une lecture contraire n'aurait pas permis de faire échec à la contribution active d'une « entreprise » à une restriction de concurrence du seul fait que cette contribution ne concerne pas une activité économique relevant du marché pertinent sur lequel cette restriction se matérialise ou a pour objet de se matérialiser.³⁰

Enfin, s'agissant de la question tout aussi importante de la détermination du montant des amendes, la Cour considère l'imposition d'amendes forfaitaires à AC-Treuhand conforme aux principes de sécurité juridique, d'égalité de traitement et de proportionnalité. En effet, elle souligne que les lignes directrices de 2006 de la

²⁵ Conclusions de l'avocat général M. WAHL précitées, point 1.

²⁶ Voy. arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission (C-194/14 P, Rec, ECLI:EU:C:2015:717).

²⁷ *Ibid.*, point 46.

²⁸ *Ibid.*, point 34.

²⁹ *Ibid.*, point 30. Sur les conditions de la responsabilité d'une « entreprise » en général, voy. également arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, Commission/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, points 86 et 87), ainsi que du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 83).

³⁰ Arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission (C-194/14 P, Rec, ECLI:EU:C:2015:717, point 36).

Commission pour le calcul des amendes³¹ ont pour but d'assurer un effet dissuasif en imposant des amendes reflétant l'importance économique et la participation de l'« entreprise » à l'infraction.³² Selon ces lignes directrices, la Commission combine un pourcentage de la valeur des ventes du produit ou service concerné avec la durée de l'infraction. Par ailleurs, si les lignes directrices constituent un cadre pour la Commission dans la fixation du montant des amendes, cette dernière est cependant autorisée à s'en départir lorsqu'elle le juge nécessaire, au vu des circonstances propres à chaque affaire et au regard de l'objectif de dissuasion.

En l'espèce, la Cour confirme que la Commission pouvait imposer des amendes forfaitaires à la société de conseil, notamment au regard du fait que AC-Treuhand n'était pas active sur les marchés des stabilisants thermiques et que le calcul des amendes ne pouvait être basé sur un chiffre d'affaires réalisé en relation avec le produit concerné par l'infraction. De plus, la rémunération de la société de conseil pour la fourniture de services aux membres du cartel ne reflétait pas l'importance économique de l'infraction et la contribution d'AC-Treuhand. Par conséquent, le chiffre d'affaires réalisé par la société suisse ne pouvait servir de base au calcul des sanctions et le recours à une méthode alternative s'avérait indispensable.

Au final, cet arrêt de la Cour confirme la position de la Commission sur le rôle d'AC-Treuhand, qui, loin de fournir des services uniquement périphériques, a joué un rôle essentiel et déterminant dans le cartel et pouvait de ce fait être tenue comme responsable, au titre de l'article 101 TFUE.

Cependant, la Cour n'a pas encore eu à se prononcer sur la question du degré d'implication de « tiers » nécessaire pour engager leur responsabilité, en tant que « facilitateurs », notamment lorsque ces tiers collectent et fournissent des informations de marché, interagissant (parfois à leur insu) avec des cartellistes. Cette question pourrait toutefois devoir être tranchée à l'occasion de l'affaire ICAP encore pendante devant le Tribunal.³³

En effet, après avoir ciblé le comportement d'AC-Treuhand, la Commission s'est attachée au rôle joué par une société de courtage, ICAP, dans le cadre du cartel de l'EURIBOR et du LIBOR, dans lequel quatre banques se sont entendues dans le secteur des produits dérivés afin de fausser l'évolution normale des composants du prix de ces produits.³⁴ ICAP aurait, à l'instar d'AC-Treuhand, facilité les ententes notamment en communiquant des renseignements dénaturés à certaines banques, en utilisant ses

³¹ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (J.O., 2006, C 210, p. 2).

³² Arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission (C-194/14 P, Rec, ECLI:EU:C:2015:717, point 67).

³³ Voy. affaire T-180/15, ICAP e.a./Commission (JO 2015, C 245, p. 37). Voy., pour un premier commentaire et les enjeux de cette affaire, BERNARDEAU L. : « Facilitateur' : la Commission européenne sanctionne lourdement un 'facilitateur' de cartels dans le secteur financier (ICAP) », Concurrence — Revue des droits de la concurrence, 2015, n°2, p. 84.

³⁴ Voy., communiqué de presse IP/15/4104 concernant la décision (non publique) de la Commission du 4 décembre 2013 (affaire AT.39861 – Dérivés du taux d'intérêt du Yens).

contacts afin d'influencer les décisions des traders, ainsi qu'en jouant le rôle de courroie de transmission entre certains d'entre eux afin de permettre la réalisation de pratiques anticoncurrentielles. ICAP a ainsi écopée d'une amende, de près de quinze millions d'euros, qu'elle conteste devant le Tribunal.

Cette affaire fournira peut-être l'occasion pour le Tribunal de se prononcer sur les éléments matériel et personnel d'une infraction imputée à une société qualifiée de « facilitateur » et pourrait ainsi contribuer à dessiner plus précisément les contours de cette infraction selon la lecture qu'il privilégiera de l'article 101 TFUE.

Ajoutons que les implications d'une telle interprétation de la notion d'« entreprise », au sens de l'article 101 TFUE, pour inclure également les « facilitateurs » pourraient s'avérer conséquentes, notamment dans le cadre des actions privées en réparation des préjudices causés par une infraction concurrentielle faisant l'objet de la récente directive « dommages ».³⁵

Cette directive, permettant d'obtenir réparation d'un dommage résultant d'une pratique anticoncurrentielle commise par une ou plusieurs « entreprises » devant les juridictions nationales, pourrait donner lieu à de nombreuses actions privées, venant, le cas échéant, encore alourdir les sanctions supportées par les complices de cartellistes.

On le voit bien, même depuis 1810, et même en droit de la concurrence, il ne saurait être difficile de ne pas faciliter les « facilitateurs ».

INGRIDA LABUCKA

“FACILITATORS” IN THE COMPETITION LAW
OF THE EUROPEAN UNION

(Summary)

EU Competition law has recently welcomed a new type of infringement under Article 101 TFEU: a company which provides material or human resources, with the view to offer technical assistance to a cartel, may be fined for its involvement as a “facilitator”. This interpretation of Article 101 TFEU has emerged following two landmark cases which will be reviewed in this contribution: AC-Treuhand I and AC-Treuhand II, in which the EU judges agreed on an extensive interpretation of the terms “agreement” and “undertaking” included in Article 101 TFEU, in order to encompass companies which are not active in the cartelized market. In the present author's view, this new reading of Article 101 TFEU will allow to fine companies which are engaged in morally blameworthy behaviors in the market, thus preserving the effectiveness of the EU Competition law.

³⁵ Directive n° 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages-intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres (JO 2014, L 349, p. 1).