



**HAL**  
open science

**“ Le contentieux indemnitaire de la concurrence à l’épreuve du procès équitable. Note sous CJUE, 6 novembre 2012, Communauté européenne c/ Otis e.a., aff. C-199/11 ”, in Chronique Droit européen du marché intérieur / dir. Éric Carpano**

Loïc Robert

► **To cite this version:**

Loïc Robert. “ Le contentieux indemnitaire de la concurrence à l’épreuve du procès équitable. Note sous CJUE, 6 novembre 2012, Communauté européenne c/ Otis e.a., aff. C-199/11 ”, in Chronique Droit européen du marché intérieur / dir. Éric Carpano. Revue Lamy Droit des affaires, 2013, 2013/79 (Repères n° 4465), p. 47-51. hal-04040271

**HAL Id: hal-04040271**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04040271v1>**

Submitted on 18 Jan 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# DROIT EUROPÉEN DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Sous la direction scientifique d'Éric CARPANO, Professeur agrégé de droit public, Université Jean Moulin – Lyon 3, Centre d'études européennes, Membre de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EDIEC – EA 4185), Université Jean Moulin – Lyon 3

*La période sous commentaire (octobre-décembre 2012) est une nouvelle fois marquée par la diversité des thèmes développés dans le cadre du marché intérieur : marché de l'énergie, marché des transports, marché bancaire, marché des capitaux et droit de la concurrence. L'arrêt Otis mérite une attention toute particulière en ce qu'il constitue une illustration des difficultés que peut soulever le contentieux indemnitaire de la concurrence que la Commission souhaite promouvoir en Europe sur le modèle américain. En l'espèce, les difficultés provenaient de la dualité fonctionnelle de la Commission, à la fois autorité supérieure de concurrence dont les décisions lient les autorités nationales de la concurrence et les juridictions nationales, et initiatrice devant les juridictions nationales d'un recours en responsabilité à l'encontre d'entreprises qu'elle a elle-même sanctionnées pour entente illicite. Pour la Cour, cette dualité fonctionnelle ne constitue pas une atteinte au procès équitable (Loïc Robert). L'arrêt Nelson constitue quant à lui une nouvelle pierre à la construction jurisprudentielle d'un régime protecteur des passagers aériens qui voient leur droit à indemnisation en cas de retard de nouveau renforcé par la Cour de justice (Mathieu Combet). L'arrêt Test Claimants démontre que la souveraineté fiscale des États est de plus en plus entamée par le droit de l'Union comme l'illustre ici la question de l'imposition des dividendes au Royaume-Uni jugée discriminatoire par la Cour de justice (M. Chastagnaret). Le marché bancaire n'échappe pas non plus à l'emprise de l'Union européenne qui souhaite proposer la séparation des activités risquées des banques de celles traditionnelles de banque des dépôts faisant échos aux propositions du nouveau Gouvernement français. Néanmoins, le rapport Liikanen très ambitieux risque de se heurter à divers obstacles politiques et économiques dans une Union dominée par le credo libéral du laissez-faire (S. Adalid). Et à cet égard, pas plus que le marché bancaire, le marché de l'énergie n'échappe pas à cette logique libérale qui sous-tend le développement du marché intérieur de l'énergie et, selon la Commission, la réussite de la transition énergétique, confirmant la logique du marché qui conditionne les choix et le cadre de la politique énergétique de l'Union (B. Le Baut-Ferrarese).*

Éric CARPANO



Par Loïc ROBERT

Doctorant contractuel  
Centre d'études  
européennes  
Membre de l'Équipe  
de droit international,  
européen et comparé  
(EDIEC – EA 4185)  
Université Jean Moulin  
– Lyon 3

## Le contentieux indemnitaire de la concurrence à l'épreuve du procès équitable

La dualité fonctionnelle de la Commission, à la fois autorité de concurrence et initiatrice d'un recours en responsabilité à l'encontre d'entreprises qu'elle a elle-même sanctionnées pour entente illicite, n'est pas contraire à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit d'accès à un tribunal et le respect de l'égalité des armes.

L'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Communauté européenne contre Otis et autres* offre une belle occasion de voir comment un contentieux subjectif peut venir au soutien du contentieux objectif du droit européen de la concurrence, ainsi que les difficultés qui en résultent en matière de respect des droits fondamentaux.

RUDA 4465

CJUE, 6 nov. 2012, aff. C-199/11, Communauté européenne c/ Otis et autres,

À l'origine de cette affaire, se trouve la décision de la Commission du 21 février 2007 sanctionnant les quatre principaux fabricants européens d'ascenseurs et escaliers mécaniques pour ententes illicites en vertu de l'article 81, paragraphe 1 CE (devenu 101 TFUE). Les quatre sociétés ont alors saisi le Tribunal d'un recours en annulation, qui a rejeté les moyens des requérantes, à l'exception de celui d'une d'entre elles concernant le montant de l'amende.

Estimant avoir subi un préjudice de plus de 7 000 000 € du fait de cette pratique anticoncurrentielle, la Communauté, représentée par la Commission, a saisi les juridictions belges d'un recours en indemnité. La Communauté avait en effet conclu des contrats d'installation, d'entretien et de rénovation d'ascenseurs dans différents bâtiments des institutions. Le Rechtbank van koophandel te Brussel a décidé de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice. Deux questions distinctes étaient ainsi posées à la Cour.



La première visait en substance à déterminer s'il appartenait à la Commission de représenter l'Union devant les juridictions nationales dans le cadre d'un recours en indemnité, ou si chacune des institutions lésées étaient les seules à être habilitées à ester en justice pour demander la réparation du préjudice subi. La seconde question portait quant à elle sur la possibilité pour la Commission, au regard de l'article 47 de la Charte et de l'article 6 CEDH garantissant le droit à un procès équitable, d'agir en réparation d'un préjudice dont elle avait elle-même établi le fait générateur, à savoir l'entente illicite des sociétés requérantes.

La première question, rapidement examinée par la Cour, ne posait guère de difficulté. Aux termes de l'article 282 CE (devenu 335 TFUE), « dans chacun des États membres, la Communauté possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales ; elle peut notamment (...) ester en justice. À cet effet, elle est représentée par la Commission ». Si les articles 274 et 279 CE ainsi que les articles 103 et 104 du règlement financier « définissent (...) les pouvoirs des institutions en matière d'établissement et d'exécution du budget » et « contiennent des règles relatives à la passation et l'exécution de marchés publics », cela ne les habilite pas à ester en justice. S'il est arrivé que cela se produise, c'est uniquement par délégation de la Commission. En conséquence, c'est bien à la Commission que revenait la tâche de représenter l'Union dans cette affaire.

La seconde question, « plus singulière et comparativement plus complexe » (Conclusion de l'Avocat général. Pedro Cruz Villalon, pt. 3), appelait la Cour « à résoudre la question de savoir si l'Union a d'une certaine manière vocation à former une demande en réparation devant les juridictions nationales lorsque le préjudice subi a pour origine un comportement anticoncurrentiel constaté par l'une des institutions de l'Union ». C'est sur ce point qu'il conviendra de s'attarder dans le cadre de ce commentaire. C'est en effet la première fois que l'Union formait une demande de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice financier lié à une pratique anticoncurrentielle sanctionnée par la Commission. L'affaire soulève évidemment la question du respect du principe d'une protection juridictionnelle effective contenue à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et ce pour deux raisons. En raison tout d'abord de l'obligation pesant sur les juridictions nationales de ne pas adopter de décisions qui iraient à l'encontre de la décision de la Commission, le juge belge voyait sa marge de manœuvre restreinte, puisqu'il ne pouvait que constater l'existence d'une entente illicite (I). Par ailleurs, le fait que la Commission soit à la fois autorité de la concurrence en charge de sanctionner l'entente illicite et partie au litige né de la constatation de cette entente, oblige nécessairement à se poser la question de l'égalité des armes entre les parties (II).

### I. – LE DROIT D'ACCÈS À UN TRIBUNAL : UNE GARANTIE OFFERTE AUX SOCIÉTÉS DÉFENDERESSES ET À L'UNION

La Cour devait dans un premier temps répondre à la question de savoir si le juge national, privé de sa compétence pour évaluer le caractère illicite du fait générateur du dommage, pouvait néanmoins être considéré comme un tribunal au sens de l'article 47 de la Charte. En d'autres termes, « la constatation d'une infraction à l'article 81 CE lui serait imposée par une décision prise par l'une des parties au litige, ce qui empêcherait la juridiction nationale d'examiner souverainement l'un des éléments ouvrant le droit à réparation, à savoir la survenance d'un fait dommageable » (pt. 38 de l'arrêt). La Cour rejette toute

atteinte à la protection juridictionnelle des quatre sociétés en invoquant tout d'abord le droit d'accès à un tribunal dont doit pouvoir bénéficier l'Union (A), avant de montrer en quoi il n'a pas été porté atteinte à ce même droit s'agissant des sociétés défenderesses (B).

#### A. – La nécessité de reconnaître à l'Union un droit d'accès à un tribunal

Alors que les sociétés soulevaient la violation de leur droit au juge, la Cour prend le contrepied de cet argument en soulignant que l'Union aussi doit se voir garantir ce droit. Victime d'un préjudice liée à une pratique anticoncurrentielle, l'Union détient en effet, « comme toute personne (...) le droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 81 CE et, partant, de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article » (pt. 40), ce qui ressort notamment de la jurisprudence *Manfredi* (CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-295/04 à C-298/04, Manfredi e.a.). Plus encore, afin de garantir l'effet utile de l'interdiction posée par l'article 81, paragraphe 1 CE (devenu 101 TFUE), toute personne doit pouvoir agir en réparation du préjudice subi par une telle pratique.

Or l'Union, en tant que personne morale, doit pouvoir bénéficier, aux termes même de l'article 282 CE, de « la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales ». Si le recours en responsabilité doit être ouvert à toute personne, il n'y a donc pas lieu d'écarter l'Union, ce qui ressort d'ailleurs d'une jurisprudence constante de la Cour (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, Courage et Crehan). Or, c'est à cela que reviendrait en substance la satisfaction des demandes des sociétés, qui invoquaient le principe selon lequel nul ne peut être juge de sa propre cause. Le Tribunal de commerce bruxellois l'avait d'ailleurs bien envisagé, lorsqu'il demandait, comment, en cas d'impossibilité pour la Commission de réclamer réparation de son préjudice, « la victime (...) d'un acte illicite (la formation du cartel) doit-elle faire valoir en droit de l'Union son droit à indemnisation, qui est un droit fondamental » (pt. 26).

Il faut d'ailleurs voir dans la requête introduite par la Commission, la volonté d'encourager de tels recours de la part des autres victimes de l'entente frauduleuse. Dans son livre blanc du 2 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, la Commission relevait en effet qu'« une amélioration des conditions de réparation des victimes produirait donc aussi, intrinsèquement, des effets bénéfiques du point de vue de la dissuasion d'infractions futures, ainsi qu'un plus grand respect des règles de concurrence communautaires ». C'est d'ailleurs ce que souligne la Cour pour qui « les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans l'Union » (pt. 42). Ce faisant, la Cour rappelle implicitement à toutes les entreprises qui pourraient avoir la tentation de conclure des ententes illicites au sens de l'article 81, paragraphe 1 CE, qu'elles encourent non seulement une forte amende de la part de la Commission, mais aussi des condamnations à répétition de la part des juridictions nationales, saisies par les victimes, sans doute nombreuses, réclamant la réparation de leur préjudice. Cela amène d'ailleurs nécessairement à reposer la question de l'opportunité d'introduire un système de recours collectif comparable à celui existant outre atlantique. Dans le livre blanc du 2 avril 2008, la Commission notait en effet que « les consommateurs individuels, mais aussi les petites entreprises, en particulier celles qui ont subi de manière sporadique des

dommages de faible valeur, sont souvent dissuadés d'engager des actions individuelles en dommages et intérêts en raison des coûts, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes que cela suppose. Il en résulte qu'à l'heure actuelle, nombreuses sont les victimes qui ne sont pas indemnisées ». L'instauration d'un mécanisme d'action collective pourrait sans doute constituer un remède et c'est la raison pour laquelle la Commission a lancé en février 2011 une consultation publique portant sur les recours collectif. À défaut d'avoir pu imposer pour le moment un mécanisme européen d'action collective, la Commission entend donc montrer de façon empirique qu'il est possible, pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, d'obtenir réparation.

Cependant, comme le rappelle la Cour, le droit au juge dans le chef de l'Union ne saurait porter atteinte à ce même droit dans le chef des sociétés défenderesses.

### B. – La préservation du droit d'accès à un tribunal des sociétés requérantes

Le droit au procès équitable, prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial ». Dans sa question préjudicielle, le juge belge semblait s'interroger sur sa propre indépendance, dans la mesure où il ne lui était pas possible de remettre en cause la décision de la Commission, à l'origine de l'action en responsabilité de la Communauté. Fort justement, l'avocat général Pedro Cruz Villalon fait remarquer que ce n'est pas l'indépendance ou l'impartialité de la juridiction nationale qui est en cause ici. Présument qu'« aucune des parties à la présente procédure ne doute de l'impartialité de la juridiction de renvoi », il considère à raison que « les doutes portent, plus exactement, dans les circonstances de l'espèce, sur la portée du pouvoir juridictionnel de la juridiction de renvoi, qui serait restreint du fait d'une décision de la Commission qui la lie » (conclusions de l'A. G., pt. 43). En réalité, c'est la qualification même de « tribunal » de la juridiction belge qui est en cause dans cette affaire, au sens de la jurisprudence de la Cour EDH.

Il convient dans un premier temps de revenir sur la portée des décisions de la Commission. L'article 16 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence, reprenant la jurisprudence de la CJCE (CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-344/98, *Masterfoods et HB*), énonce clairement que les juridictions nationales « ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission ». En d'autres termes elles sont bien liées par cette décision et ne peuvent donc que constater l'existence de la pratique anticoncurrentielle. Il ne s'agit là que de la traduction de la jurisprudence *Foto-Frost* qui interdit aux pouvoirs publics nationaux d'apprécier la validité des actes de l'Union, au profit d'un monopole des juridictions européennes (CJCE, 22 oct. 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*).

Mais il serait erroné de croire, comme le font les quatre sociétés en cause, que cela remet en cause leur droit à un procès équitable. Car si la juridiction de renvoi est bien liée par la décision de la Commission, ces dernières ont par ailleurs accès à un tribunal afin de juger la licéité de la décision de la Commission. Par le biais d'un renvoi préjudiciel au cours d'une

instance devant le juge national, ou par celui d'un recours en annulation, elles pouvaient parfaitement contester la sanction de la Commission devant les juridictions de l'Union. Elles ne s'en sont d'ailleurs pas privées (et on peut les comprendre au vu du montant de l'amende infligée), avec peu de succès certes, mais cela ne saurait constituer une atteinte à leur droit au procès équitable. En d'autres termes, les défenderesses ont bien droit à ce qu'un tribunal se prononce sur chacun des éléments constitutifs de la responsabilité civile (faute, dommage et lien de causalité), mais ne sauraient exiger que ce soit nécessairement le même tribunal qui se prononce sur chacun de ces points.

Au regard tant du droit d'accès au juge dont doit pouvoir bénéficier l'Union que de la possibilité pour les défenderesses de contester devant les juridictions de l'Union la décision de la Commission, il était donc parfaitement justifié de réfuter toute violation de l'article 47 de la Charte quant à l'étendue des pouvoirs juridictionnels de la juridiction de renvoi. Il en va sans doute différemment de la question du respect de l'égalité des armes.

« À défaut d'avoir pu imposer un mécanisme européen d'action collective, la Commission entend montrer qu'il est possible, pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, d'obtenir réparation ».

### II. – LE RESPECT DE L'ÉGALITÉ DES ARMES : LA DUALITÉ FONCTIONNELLE DE LA COMMISSION AU REGARD DE LA THÉORIE DES APPARENCES

La Cour européenne des droits de l'homme définit dans sa jurisprudence l'égalité des armes comme la nécessité d'assurer l'équilibre entre les parties à la procédure, en garantissant ainsi que tout document fourni à la juridiction puisse être évalué et contesté par toute partie à la procédure (CEDH, 27 juin 1968, aff.

série A n° 8, *Neumeister c. Autriche*). Or, la dualité fonctionnelle de la Commission dans cette affaire n'est pas sans poser question, dans la mesure où cette dernière disposait d'informations confidentielles recueillies durant l'enquête préalable à sa décision de 2007. La Cour de justice valide cependant cette dualité fonctionnelle au regard de la Charte et de l'article 6 CEDH (A), mais il pourrait en être différemment si son homologue strasbourgeoise devait un jour être saisie de cette question (B).

### A. – La validation de la dualité fonctionnelle de la Commission par la Cour de justice

La Cour devait examiner si la double casquette de la Commission ne la plaçait pas « dans une situation privilégiée par rapport à celles-ci [les sociétés défenderesses], ce qui lui aurait permis de recueillir et d'utiliser des informations, y compris confidentielles et donc protégées par le secret des affaires, dont toutes les parties défenderesses ne disposent pas ». La question en réalité n'est pas seulement de savoir s'il existait une inégalité concrète entre la Commission et les défenderesses. D'après la théorie des apparences développée notamment par la Cour EDH dans son arrêt *Kress contre France* au sujet de la position du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives, un tribunal ne doit pas seulement être impartial, mais renvoyer une telle image aux justiciables (CEDH, 7 juin 2001, aff. 39594/98, *Kress c/ France*). Dans son arrêt *Guja contre Moldavie*, la Cour EDH affirme notamment « qu'il est dans l'intérêt général de maintenir la confiance des citoyens dans l'indépendance et la neutralité politique des autorités de poursuite d'un État » >

(CEDH, 12 févr. 2008, aff. 14277/04, *Guja c/ Moldavie*). Il n'est donc pas uniquement nécessaire que l'égalité des armes soit respectée, il convient également de s'assurer que les justiciables aient la conviction qu'elle le soit, au nom de l'indispensable confiance légitime que doivent avoir les citoyens envers la justice. « *Un déséquilibre objectif et abstrait peut aussi être suffisant pour constater une infraction au principe de l'égalité des armes* ». La Cour de justice a largement repris cette jurisprudence (CJCE, 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*). Dès lors, le principe d'égalité des armes et son corollaire qu'est la théorie des apparences font partie intégrante des règles dont la Cour assure le respect.

Les défenderesses estimaient qu'elles n'étaient pas sur pied d'égalité avec la Commission pour trois raisons. Elles affirmaient en premier lieu que la Commission avait pu rédiger sa décision de 2007 de manière à favoriser la réussite d'une future action en responsabilité. Elles estimaient par ailleurs que la faculté de la Commission de prendre des décisions contraignantes qui prédéterminent l'existence du délit entraînait un déséquilibre dans la procédure, contraire à l'article 6 CEDH. Elles considéraient enfin que la Commission pouvait avoir eu recours à des informations confidentielles collectées pendant l'enquête et dont les défenderesses ne disposaient pas.

Les premier et troisième moyens peuvent être regroupés puisqu'ils portent tous les deux sur l'utilisation, par la Commission, des informations recueillies dans le cadre de la procédure d'infraction à l'appui de son recours en responsabilité effectué au nom de l'Union. La Cour se contente de rappeler que conformément à l'article 28 du règlement 1/2003, les informations obtenues au cours d'une procédure d'infraction « *ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies* ». Par ailleurs, la Commission n'a pas transmis au Tribunal de commerce de Bruxelles les informations confidentielles qu'elle avait collectées. Enfin, comme le souligne l'avocat général, demander à la Commission de prouver qu'elle n'avait pas utilisé de documents confidentiels dans le cadre de son recours en responsabilité revenait à lui imposer une *probatio diabolica*. Dès lors que la Commission était soumise à une interdiction légale d'utiliser des documents confidentiels, c'est aux parties défenderesses qu'il incombait de prouver la méconnaissance de cette interdiction. La Cour en conclut que « *le droit de l'Union contient suffisamment de garanties pour assurer le respect du principe d'égalité des armes* » (pt. 75). Le second argument des défenderesses s'appuyait principalement sur l'affaire *Yvon contre France* jugée par la Cour EDH (CEDH, 24 avr. 2003, aff. n° 149862/98, *Yvon c/ France*). Dans cet arrêt, la juridiction strasbourgeoise avait condamné la France pour violation de l'article 6, paragraphe 1, en raison du rôle joué par le commissaire du Gouvernement français dans une procédure d'appel contre la fixation de l'indemnité d'expropriation. La Cour remarquait en effet que le droit français obligeait le juge, tant en première instance qu'en appel, à indiquer « *spécialement* » les motifs de sa décision dans le cas où il écartait la proposition du commissaire du Gouvernement. Les juges du plateau du Kirchberg réfutent tout parallélisme avec l'arrêt *Yvon contre France*, estimant que les conclusions du commissaire du Gouvernement français « *n'étaient pas assorties, à la différence des éléments caractérisant la présente affaire au principal, d'un contrôle juridictionnel* » (pt. 76). Autrement dit,

« *Si la Cour de justice a validé de la sorte la dualité fonctionnelle de la Commission, il est toutefois permis de s'interroger sur l'attitude qu'aurait la Cour EDH si elle était saisie d'une question semblable* ».

il ne serait pas porté atteinte à la théorie des apparences et au principe de l'égalité des armes dans la mesure où les sociétés défenderesses pouvaient contester la décision de la Commission devant les juridictions de l'UE si elles l'estimaient illicite. Si la Cour de justice a validé de la sorte la dualité fonctionnelle de la Commission, il est toutefois permis de s'interroger sur l'attitude qu'aurait la Cour EDH si elle était saisie d'une question semblable. L'hypothèse n'est certes pas encore d'actualité, mais l'adhésion programmée de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme invite à se livrer à une analyse prospective de ce que pourrait être la position de la Cour EDH.

### B. – La remise en cause possible de la dualité fonctionnelle de la Commission par la Cour EDH

La Cour de justice et l'avocat général Pedro Cruz Villalon accordent une importance particulière à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cela n'est guère étonnant au vu de l'activité jurisprudentielle prolifique de cette dernière s'agissant du droit au procès équitable. Il est clair également que dans la perspective de l'adhésion prochaine de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme

oblige à évaluer la situation de la présente affaire au regard des décisions rendues par les juges strasbourgeois.

L'avocat général Pedro Cruz Villalon reconnaît dans ses conclusions que « *la jurisprudence de la Cour ne semble pas avoir accueilli la "théorie des apparences" avec un enthousiasme démesuré* », prenant soin d'exiger « *dans la majorité des cas la preuve d'un préjudice effectif résultant du déséquilibre entre les parties* » (concl., pt. 59). Si cela ne

l'empêche pas de conclure que « *le niveau de protection est, en substance, équivalent à celui de la Cour européenne des droits de l'homme* », il n'en reste pas moins que la divergence de vues entre la Cour de justice et la Cour EDH semble bel et bien exister. Il suffit pour s'en convaincre de souligner deux éléments.

Le premier réside dans le raisonnement pour le moins alambiqué de l'avocat général dans sa tentative de justifier la dualité de fonction de la Commission au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il considère en effet que l'arrêt *Yvon contre France* prend en considération trois éléments pour caractériser l'atteinte au droit à un procès équitable. En sus de l'influence du commissaire du Gouvernement sur le juge de l'expropriation, la Cour aurait par ailleurs pris en compte l'impression, forcément subjective du justiciable d'être « *confronté à la fois à l'administration expropriatrice et au commissaire du Gouvernement* » et que ce dernier disposait « *d'informations précieuses dont ne dispose pas l'exproprié* » (concl. pts 64-65). En définitive « *c'est la somme de ces trois circonstances (conditionnement de l'organe judiciaire, double défense de l'administration et accès aux informations), et non chaque circonstance prise individuellement, qui constituait, selon la Cour européenne des droits de l'homme, une violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme* » (concl., pt. 66).

Ce raisonnement n'est pas repris par la Cour qui se contente de constater la possibilité pour les sociétés d'ascenseur de contester la décision de la Commission. L'exercice laborieux auquel se livre l'avocat général traduit en réalité sa préoccupation d'éviter une remise en cause ultérieure par la Cour EDH de la

position singulière de la Commission dans ce type d'affaire. Il est certain en effet que la Cour européenne des droits de l'homme adopte une conception très stricte de l'égalité des armes et de la théorie des apparences, ce qui n'est pas sans susciter des résistances de la part des États quant à la mise en conformité de leur système juridictionnel au regard de ces principes. Il suffit pour s'en convaincre de songer à la question du commissaire du Gouvernement français.

Le second élément tient à la méfiance strasbourgeoise envers la dualité fonctionnelle. La Cour de Strasbourg ne goûte que modérément le fait qu'un seul et même organe soit en charge de deux fonctions distinctes pouvant nuire à la protection juridictionnelle des justiciables. C'est ainsi que la dualité fonctionnelle du Conseil d'État luxembourgeois a été sanctionnée par la Cour dans son arrêt *Procola contre Luxembourg* (CEDH, 28 sept. 1995, aff. 14570/89, *Procola c/ Luxembourg*). Était en cause ici la participation des mêmes conseillers d'État à l'adoption d'un avis sur un règlement puis à l'examen contentieux invoquant l'irrégularité de ce règlement. Il n'est pas nécessaire de s'appesantir plus avant sur cette affaire qui a fait l'objet de multiples commentaires de la part de la doctrine. Il suffit de souligner que cet arrêt était pleinement transposable au Conseil d'État français, que ce dernier a donc mis en place une barrière « *étanche* » entre sa section contentieuse et ses autres sections pour éviter qu'un même magistrat n'ait à se prononcer deux fois successivement sur le même acte. Le juge administratif a par la suite rejeté toute

violation de l'article 6 le concernant (CE, 16 avr. 2010, aff. 320667, *Alacly et autres*), en interprétant notamment en sa faveur le dispositif de l'arrêt *Sacilor Lormines contre France* (CEDH, 9 nov. 2006, aff. 65411/01, *Sacilor Lormines c/ France*).

Les parties à la Convention tentent donc de préserver les spécificités de leur structure juridictionnelle tout en cherchant à se conformer aux exigences de l'article 6 CEDH, tel qu'interprété par la Cour EDH. Ce faisant, ils marchent sur une ligne de crête particulièrement étroite. L'Union, qui applique d'ores-et-déjà la Convention et qui devrait bientôt y adhérer, n'a donc d'autres choix que de se frayer un chemin sur cette même ligne de crête. Or, il se pourrait bien que la juxtaposition d'un contentieux objectif – la vérification par la Commission de la conformité d'une pratique avec les règles de concurrence européenne – et d'un contentieux subjectif – le recours en indemnité de la Commission victime devant le juge national – ne satisfasse pas pleinement les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière pourrait en effet exiger qu'un cadre juridique plus précis régitte cette dualité fonctionnelle, en particulier s'agissant de la séparation nécessaire entre les services chargés de préparer le recours en responsabilité et ceux ayant préalablement travaillé sur la procédure d'infraction. En attendant que la Cour de Strasbourg ne se prononce sur cette question, celle de Luxembourg valide la démarche de la Commission, incitant ainsi les entreprises à réfléchir à deux fois avant de s'entendre sur le dos des institutions de l'Union. ♦