



**HAL**  
open science

**“ Entrepreneurs : méfiez vous des avocats et des autorités nationales de la concurrence. Note sous CJUE, 18 juin 2013, Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG e.a., aff. C-681/11 ”, in Chronique Droit européen du marché intérieur / dir. Éric Carpano**  
Loïc Robert

► **To cite this version:**

Loïc Robert. “ Entrepreneurs : méfiez vous des avocats et des autorités nationales de la concurrence. Note sous CJUE, 18 juin 2013, Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG e.a., aff. C-681/11 ”, in Chronique Droit européen du marché intérieur / dir. Éric Carpano. Revue Lamy Droit des affaires, 2013, 2013/85 (Repères n° 4737), p. 79-82. hal-04047144

**HAL Id: hal-04047144**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04047144v1>**

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.

- Entrepreneurs : méfiez-vous des avocats et des autorités nationales de la concurrence !

[Entrepreneurs méfiez-vous des avocats et des autorités nationales de la concurrence !](#)

[I. – LE PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME : CAUSE D’EXONÉRATION DE LA SANCTION EN DROIT DES ENTENTES A. –](#)

[L’inapplicabilité au droit de la concurrence du principe nulla poena sine culpa](#)

[I. – LE PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME : CAUSE D’EXONÉRATION DE LA SANCTION EN DROIT DES ENTENTES B. –](#)

[L’applicabilité au droit de la concurrence du principe de confiance légitime](#)

[II. – LE STRICT ENCADREMENT DU PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME EN DROIT DES ENTENTES A. – L’inapplication](#)

[logique du principe de confiance légitime à l’avis d’un cabinet d’avocats](#)

[II. – LE STRICT ENCADREMENT DU PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME EN DROIT DES ENTENTES B. – L’inapplication](#)

[sévère du principe de confiance légitime aux décisions des autorités nationales de la concurrence](#)

Une entreprise ne peut se prévaloir de l’avis d’un cabinet d’avocats ou d’une décision d’une autorité nationale de concurrence affirmant la licéité d’une entente pour s’exonérer d’un comportement anticoncurrentiel et de l’amende qui en découle. Le principe de confiance légitime cède devant la nécessité d’assurer l’efficacité du droit de l’Union européenne en matière d’entente.

[ [CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11](#), Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG e.a.]

Les avocats et les autorités nationales de la concurrence ne sont pas toujours de bon conseil. C’est ce qu’ont appris à leurs dépens les transporteurs autrichiens au centre de l’affaire jugée par la Cour de justice dans son arrêt précité du 18 juin 2013.

À l’origine de cette affaire, une quarantaine d’entreprises autrichiennes de transport ont constitué une « communauté d’intérêts », dit « SSK », au sein de laquelle, elles avaient notamment conclu des accords sur les tarifs du transport national de colis groupés. L’objectif était « *d’offrir aux expéditeurs et au consommateur final des tarifs plus avantageux (...) et, en créant des conditions de concurrence identiques, de favoriser une concurrence loyale entre ses membres* » (pt. 16 de l’arrêt précité).

Certainement conscientes que de tels accords pouvaient entrer en contradiction avec les règles nationales et européennes de la concurrence, les entreprises concernées ont demandé au *Kartellgericht* (juridiction autrichienne traitant des affaires d’entente) « *de constater que la SSK était une entente mineure au sens de l’article 16 de la loi de 1988 sur les ententes et pouvait donc être mise en œuvre sans autorisation* ». Par une ordonnance du 2 février 1996, le *Kartellgericht* a fait droit à la demande de la SSK. En l’absence de recours, cette ordonnance a acquis l’autorité de la chose jugée (pt. 18). Une demande d’avis a par ailleurs été effectuée auprès d’un cabinet d’avocat « *fiable et expérimenté en droit de la concurrence* » (pt. 25) qui a également confirmé la licéité de l’entente une première fois en 1996, puis en 2007 à la suite d’une évolution législative. Ce n’est qu’en novembre 2007 qu’ont été exprimées pour la première fois des « *réserves quant à la légalité du statut d’entente mineure* » au regard du droit de l’Union, entraînant la dissolution immédiate de la SSK.

Le 18 février 2010, la *Bundeswettbewerbsbehörde* (autorité fédérale de la concurrence autrichienne) a saisi l’*Oberlandesgericht Wien* (juridiction de première instance), soutenant qu’« *en s’accordant sur les tarifs du transport national de colis groupés en Autriche, les défenderesses avaient participé à une infraction unique, complexe et multiforme au droit national et de l’Union relatif aux ententes* » (pt. 24). L’autorité fédérale de la concurrence réclamait l’infliction d’une amende aux entreprises de la SSK, mise à part pour l’une d’entre elles, l’entreprise *Schenken*, cette dernière ayant coopéré avec l’administration dans le cadre d’un programme de clémence.

La juridiction de première instance a rejeté les conclusions de l’autorité de la concurrence, estimant que les entreprises concernées pouvaient se prévaloir de l’ordonnance du *Kartellgericht* et de l’avis préalable du cabinet d’avocat jugeant ainsi qu’elles n’avaient pas commis de faute.

La *Bundeswettbewerbsbehörde* a interjeté appel devant l’*Oberster Gerichtshof*, qui a décidé de surseoir à statuer pour interroger la Cour de justice sur deux points. La première question vise à déterminer si une entreprise peut se voir infliger une amende en raison d’une violation de l’[article 101 TFUE](#), dans le cas où cette violation résulte d’une erreur de droit ne pouvant lui être reprochée. Subsidiairement, la juridiction d’appel autrichienne souhaite savoir si l’avis d’un

cabinet d'avocat ou la décision d'une autorité nationale de la concurrence concluant à la licéité de l'entente, peuvent conduire à exonérer l'entreprise. La seconde question quant à elle, a pour but de clarifier la compétence des autorités nationales de la concurrence pour exonérer d'amende une entreprise ayant coopéré dans le cadre d'un programme national de clémence.

Cette dernière question est rapidement évacuée par la Cour. Depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, les autorités nationales de la concurrence ont vu leurs pouvoirs renforcés. Au titre de l'article 5 du règlement, elles peuvent en effet ordonner la cessation d'une infraction, accepter des engagements ou encore infliger des amendes. La Cour relève que si la condamnation sans amende n'est pas expressément prévue, elle n'est pas non plus exclue (pt. 47). Il en découle que les autorités nationales sont bien compétentes, mais dans les mêmes limites que celles encadrant les programmes de clémence de la Commission. La Cour transpose par analogie aux autorités nationales de la concurrence la pratique de la Commission européenne en la matière. L'exemption d'amende doit donc rester « *exceptionnelle* » et réservée aux cas dans lesquels les entreprises témoignent « *d'un véritable esprit de coopération* » (CJCE, 28 juin 2005, aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission, pts 393, 395 et 396). La clémence doit donc être limitée aux hypothèses dans lesquelles « *la coopération d'une entreprise a été déterminante pour la détection et la répression effective de l'entente* » (pt. 49).

La première question mérite en revanche que l'on s'y attarde plus avant, puisqu'elle met parfaitement en lumière la tension qui peut exister entre le principe de confiance légitime, reconnu depuis longtemps comme un principe général du droit de l'UE (CJCE, 5 mai 1981, aff. 112/80, Dürbeck, pt. 48) et la nécessité de garantir l'efficacité du droit de l'Union. Recherchant un équilibre, la Cour reconnaît l'applicabilité du principe de confiance légitime au droit des ententes (I), mais encadre très strictement son application (II).

## **I. – LE PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME : CAUSE D'EXONÉRATION DE LA SANCTION EN DROIT DES ENTENTES**

Si la Cour fait bien référence au principe général du droit de l'Union européenne de confiance légitime (B), elle refuse néanmoins de reprendre à son compte l'argumentation de l'avocat général Kokott s'agissant de l'applicabilité du principe de droit pénal selon lequel il n'y a pas de peine sans faute (A).

### **A. – L'inapplicabilité au droit de la concurrence du principe *nulla poena sine culpa***

Dans ses conclusions, l'avocat général Kokott part du caractère quasi pénal du droit des ententes pour en déduire l'applicabilité de principes bien connus des pénalistes (sur le caractère pénal, au sens de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, CEDH, des amendes prononcées en droit des ententes, cf. notamment Cour EDH, 27 sept. 2011, Menarini Diagnostics c/ Italie, pts. 38-45). Il en va ainsi du principe *nulla poena sine culpa*, au titre duquel on exonère de responsabilité pénale toute personne agissant sur ordre de la loi, en état de nécessité, de légitime défense ou encore sous la contrainte. Tout en remarquant que « *la Cour n'a pas encore examiné [ce principe] de manière détaillée* », l'avocat général considère ce dernier comme un « *droit fondamental commun aux traditions constitutionnelles des États membres* » qui serait « *implicitement contenu à l'article 48, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la charte et à l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH* » (pt. 41 des conclusions). Partant, il conviendrait d'appliquer ce principe en droit des ententes.

Cet argument soulevé par Mme Kokott semblait d'ailleurs confirmé par les dispositions du règlement 1/2003, notamment son article 23 qui prévoit l'infliction d'une amende à une entreprise uniquement en cas d'infraction « *de propos délibéré ou par négligence* » à l'article 101 TFUE. *A contrario*, une infraction commise par une entreprise de façon non délibérée et en ayant « *fait tout ce qui était raisonnablement en son pouvoir pour éviter l'infraction qui lui est reprochée au regard du droit des ententes de l'Union* » (pt. 46 des conclusions), ne saurait donc entraîner l'imposition d'une amende.

L'avocat général n'a cependant pas convaincu la Cour sur ce point. Pour celle-ci, la condition énoncée par l'article 23 « *est remplie dès lors que l'entreprise en cause ne peut ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement, qu'elle ait eu ou non conscience d'enfreindre les règles de concurrence du traité* ». La Cour reprend ici une jurisprudence bien établie selon laquelle l'appréciation subjective de la licéité d'une entente n'est pas pertinente dès lors que le comportement en cause est objectivement contraire au principe de la libre concurrence (cf. not. CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08 P, Deutsche Telekom c/ Commission, pt. 124). Dès lors qu'un comportement est anticoncurrentiel et même si l'entreprise pense respecter l'article 101 TFUE (estimant bénéficier des exonérations de l'article 101, paragraphe 3, TFUE notamment), la Cour fait peser sur elle une présomption irréfragable, si ce n'est de violation délibérée, du moins de négligence.

### **B. – L'applicabilité au droit de la concurrence du principe de confiance légitime**

La Cour se montre cependant favorable à l'applicabilité du principe de confiance légitime au droit des ententes. Cette applicabilité ne fait pas disparaître la faute de l'entreprise mais l'exempte des sanctions qui en découlent. Selon la

Cour en effet, « *les autorités nationales de concurrence peuvent exceptionnellement décider de ne pas infliger une amende alors même qu'une entreprise a violé de propos délibéré ou par négligence l'article 101 TFUE* », citant expressément le cas dans lequel « *un principe général du droit de l'Union, tel que le principe de protection de la confiance légitime, s'oppose à l'infliction d'une amende* » (pt. 40 de l'arrêt).

Ce droit, « *corollaire subjectif de la sécurité juridique* » (Calmes S., Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Dalloz, Paris, 2001), « *bénéficie à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration (...), en lui fournissant des assurances précises, a fait naître dans son chef des espérances fondées* » (TPICE, 9 févr. 1994, aff. T-3/92, Latham c/ Commission, pt. 58). Ce principe n'est pas reconnu dans l'ordre juridique français. Le Conseil d'État a bien fait de la sécurité juridique un principe général du droit (CE, 24 mars 2006, Sté KPMG) dont la proximité avec le principe de confiance légitime, en tout cas d'un point de vue matériel, est avérée. Le Conseil d'État n'applique néanmoins le principe de confiance légitime, en tant que principe général du droit de l'Union européenne, « *que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire* ». Il est en revanche fortement affirmé en droit allemand et la Cour de justice l'applique régulièrement. Pour autant, cette application est strictement encadrée.

## **II. – LE STRICT ENCADREMENT DU PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME EN DROIT DES ENTENTES**

Si la Cour accepte que le principe de confiance légitime puisse être invoqué pour exonérer d'amende les entreprises de la SSK, elle se montre très stricte sur les conditions dans lesquelles une telle exonération peut avoir lieu. Elle refuse tout d'abord logiquement d'appliquer le principe de confiance légitime à l'avis du cabinet d'avocats (A), avant de refuser sévèrement son application aux décisions des autorités nationales de la concurrence (B).

### **A. – L'inapplication logique du principe de confiance légitime à l'avis d'un cabinet d'avocats**

C'est tout d'abord assez logiquement que la Cour refuse d'appliquer le principe de confiance légitime à l'avis donné par le cabinet d'avocats. En aucun cas un tel avis, aussi brillant soit son auteur, ne saurait avoir une quelconque incidence sur la licéité du comportement entrepreneurial. Pour la Cour, « *nul ne peut invoquer une violation du principe de protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration compétente* ». Aussi, « *un avis juridique d'un avocat ne saurait, en tout état de cause, fonder une confiance légitime dans le chef d'une entreprise de ce que son comportement ne viole pas l'article 101 TFUE ou ne donnera pas lieu à l'infliction d'une amende* » (pt. 41). Le principe de confiance légitime protège donc les personnes privées contre l'administration, qui est le seul débiteur de ce droit. La Cour rejette toute application horizontale, si bien qu'un opérateur privé ne saurait faire naître une quelconque espérance légitime.

En outre, il est quoi qu'il en soit permis de s'interroger sur la fiabilité et l'expertise du cabinet d'avocat dont il est question dans cette affaire. L'avis donné à la SSK n'examinait en effet à aucun moment « *la compatibilité de cette entente mineure avec le droit de l'Union relatif aux ententes* ». Cet oubli semble pour le moins surprenant, tant il est difficilement concevable de conseiller une entreprise en droit de la concurrence en faisant abstraction des règles européennes...

### **B. – L'inapplication sévère du principe de confiance légitime aux décisions des autorités nationales de la concurrence**

Si le refus d'appliquer le principe de protection de la confiance légitime à l'avis du cabinet d'avocat semblait logique, celui concernant la décision de l'autorité nationale de la concurrence apparaît bien plus sévère, pour ne pas dire contestable. On comprend bien en effet le souci de garantir l'effectivité du droit européen des ententes et l'importance que revêt l'imposition d'une amende à ce titre. Il n'en demeure pas moins que la justification apportée par la Cour de justice apparaît quelque peu déconnectée de la réalité quotidienne des citoyens en général et des entrepreneurs en particulier.

La Cour rappelle en effet que les autorités nationales de la concurrence « *ne sont pas compétentes pour prendre une décision négative, à savoir une décision concluant à l'absence d'une violation de l'article 101 TFUE* » (CJUE, 3 mai 2011, aff. C-375/09, Tele 2 Polska, pts. 19 à 30). Elle en déduit qu'« *elles ne peuvent pas faire naître dans le chef des entreprises une confiance légitime de ce que leur comportement n'enfreint pas ladite disposition* » (pt. 42 de l'arrêt). Autrement dit, pour la Cour, tout entrepreneur devrait avoir en tête la répartition des compétences entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence. Dans l'absolu, on s'accordera à penser avec la Cour que le droit européen de la concurrence mériterait d'être connu de l'ensemble des opérateurs économiques du marché intérieur. Cette perspective apparaît cependant fortement illusoire, en tout cas aujourd'hui. Reprocher à des entreprises de s'être fiées à une ordonnance passée en force de chose jugée paraît donc discutable.

En définitive, les entreprises de la SSK ne pourront échapper à l'amende. Elles pourront néanmoins tenter de faire jouer la responsabilité du cabinet d'avocat. Elles pourront par ailleurs, ironie de l'histoire, engager la responsabilité de l'État

autrichien pour violation du principe de confiance légitime, ce principe étant reconnu en droit administratif autrichien (Pfersmann O., Regard français, *in* Fromont M. (dir.), Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne, 2000, p. 132) !

**Par Loïc ROBERT**

*ATER en droit public Centre d'études européennes*

*Membre de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EDIEC – EA 4185) Université Jean Moulin Lyon 3*