

## ***L'évaluation de l'élément subjectif dans l'illicite antitrust pour l'imposition de sanctions*** <sup>(1)</sup>

Je vais essayer d'apporter une contribution à la question posée, à savoir la pertinence que **l'élément intentionnel** doit garder dans l'infraction à la loi antitrust pour l'imposition de sanctions, du point de vue du système juridique italien, eu égard aux acquis jurisprudentiels jusqu'ici atteints dans le domaine du droit de la concurrence.

À partir de la prospective européenne, je suis bien conscient que selon l'art. 23 § 2 du règlement 1/2003, la Commission européenne peut prendre une décision infligeant une amende aux entreprises et associations d'entreprises si celles-ci transgressent « intentionnellement ou par négligence » les articles 101 ou 102 du TFUE. Une violation antitrust nécessite également un élément subjectif (intentionnel) qui permet à la conduite en question d'être qualifiée de comportement illicite et imputable à un agent, selon le principe *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

Ce principe a été jugé applicable aux amendes appliquées en conformité avec le traité, en dépit de leur caractère controversé, comme un principe général du droit communautaire. Dans ce but, il semble approprié de citer la présentation de l'avocat général Slynn dans l'affaire Estel NV contre la Commission, c. 270/82, que - sur le rappel de la présentation de l'avocat général P. Verloren van Themaat dans l'affaire 188/82 Thyssen / Commission, grâce à laquelle le principe « *nulla poena sine culpa* » doit être renvoyé à des amendes appliquées en conformité avec le traité - a ajouté que le principe est assez consolidé dans les systèmes juridiques de l'État membre pour faire partie intégrante des principes du droit communautaire.

Toujours dans le système italien, un élément subjectif est nécessaire pour tenir une entreprise pour responsable d'une violation de la loi antitrust; la façon dont cet élément est en fait « déterminé » peut être comprise en examinant les verdicts jurisprudentiels actuels rendus dans cette affaire.

La loi n° 287/1990 introduit des dispositions dans le système juridique italien, correspondant à celles de la concurrence communautaires, visant à contraster la modification de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ou dans une partie pertinente de celui-ci.

---

1 « Le contrôle judiciaire des sanctions administratives et les délits dans le droit européen de la concurrence - Forum de discussion », Réseau Européen de Formation Judiciaire, Cours virtuel et séminaire présentiel destinés aux juges sur le droit européen de la concurrence –Barcelone, Mai 2014.

D'une manière générale, étant donné que l'art. 31 de la loi rappelle l'art. 3 de la loi n° 689/1981 (sur l'élément subjectif dans des infractions administratives), il est courant que pour qu'existe un fait illicite, la preuve concrète de l'intention ou de la négligence n'est pas nécessaire, mais le fardeau de la preuve d'avoir agi sans négligence revient à l'auteur de la conduite, et donc dans l'affaire *Mercato del calcestruzzo* (marché du béton), le juge de première instance (TAR du Latium, le 13 septembre 2012, n. 4873) a déclaré que, afin d'avoir l'élément subjectif, il n'est pas nécessaire que l'entreprise soit consciente d'empiéter sur les règles de concurrence, « il suffit pour cela que celle-ci ne puisse pas ignorer que l'objet son comportement est la restriction de la concurrence ».

De même dans l'affaire *Consorzio Parmigiano Reggiano* (TAR du Latium, le 2 Août 2011 n° 6917), la Cour a jugé que, pour des violations frappées par une sanction administrative, la conscience et la volonté du comportement actif ou manquant, « sans que la preuve concrète de malveillance ou de négligence ne soit nécessaire, selon l'art. 3 de la loi 689/1981, il est réfutablement présumé que le comportement illicite a eu lieu intentionnellement, faisant retomber le fardeau de la preuve d'avoir agi sans négligence à l'auteur de la conduite ».

De plus, le Conseil d'Etat (le juge de deuxième instance) a confirmé le principe consolidé selon lequel, pour l'élément subjectif de violation des lois antitrust, la conscience d'enfreindre une interdiction légale ponctuelle n'est pas nécessaire, la conscience de l'effet anticoncurrentiel des comportements qui, dans le cas des tests *Diagnostici par diabetici* (Conseil d'État, le 16 mars 2006 n° 1396), a été impliqué dans le boycott systématique et planifiée des offres, étant suffisante.

En ce qui concerne spécifiquement les accords restreignant la concurrence, le Conseil d'État - dans l'affaire *Costa Container Lines / Sintermar - Terminal Darsena Toscana* - a rappelé que la preuve de l'élément subjectif doit être assumée de manière présumée à partir d'éléments objectifs: la durée, l'uniformité et le parallélisme du comportement; l'existence de rencontres entre entreprises; des engagements de stratégies et de politiques communes; des signaux et informations réciproques; le succès pratique du comportement, qui ne pouvait pas découler d'initiatives unilatérales, mais uniquement de pratiques concertées (Conseil d'État, le 13 mai 2011, n° 2925).

Le juge d'appel a confirmé la tendance nationale et communautaire sur l'évaluation de l'élément subjectif dans l'illicite antitrust, en déclarant que « pour fonder un jugement de l'intentionnalité d'une violation des règles du droit de la concurrence du traité, il suffit d'observer que la société ne pouvait ignorer que son comportement visait à restreindre la concurrence, sans exiger également la conscience certaine de violer les règles mentionnées (Conseil d'État, le 20 avril 2011, n° 2438 – affaire Tele2/TIM-Vodafone-Wind; Cons. St., 2 mars 2004, n° 926, rappelant la Cour de justice CE,

8 novembre 1983, affaires j. de 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, IAZ, p. 45 ; Trib. Ce, 6 avril 1995, affaire T-141/89, Trefileurope, p. 176, et 14 mai 1998, affaire T-310/94, Gruber + Weber, punto 259 ; 12-7-2001, British Sugar quot. P.127) » (Conseil d'État, le 20 avril 2011, n° 2438 - Tele2/TIM-Vodafone-Wind).

Dans l'affaire *Consiglio nazionale dei geologi - restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi* (restrictions aux déterminations de frais), la gravité de l'accord a été jugée comme renforcée par la circonstance que l'accord avait été signé dans un contexte juridique « déterminant la libéralisation à l'échelle du secteur des services professionnels, ce dont l'association professionnelle était consciente » (TAR du Latium, le 25 Février 2011, n° 1757).

En matière d'abus de position dominante, la jurisprudence a précisé que la définition de certains marchés, selon le règlement, ne préjuge pas de l'individuation d'autres marchés dans des cas spécifiques d'application des règles de concurrence.

Dans un autre rapport, le juge national a jugé que l'autorisation, de la part de l'Autorité de réglementation, de clauses contractuelles qui seront appliquées par l'opérateur dominant dans les relations avec les clients, n'empêche pas en soi un jugement du caractère abusif des clauses mêmes d'une concurrence future, car si l'Autorité de la concurrence « peut ne pas appliquer des dispositions législatives, elle peut bien ne pas tenir compte des dispositions administratives, si elles ont autorisé des comportements visant à des fins anticoncurrentielles ».

Dans ces cas, toutefois, l'Autorité tient compte de l'incidence de l'autorisation sur l'élément subjectif de l'abus et de sa gravité, l'autorisation exclut le caractère malveillant de la conduite et de sa gravité, de sorte qu'il sera possible d'imposer que la sommation et pas et uniquement la sanction pécuniaire (affaire *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, Conseil d'État, le 10 mars 2006 n° 1271).

***Rosa Perna***

***Juge de la Cour Administrative de Rome***