EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION

AFFAIRE A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIE

(Requête n° 43509/08)

ARRÊT

STRASBOURG

27 Septembre 2011

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie,

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

Françoise Tulkens, *présidente,*
David Thór Björgvinsson,
Dragoljub Popović,
Giorgio Malinverni,
András Sajó,
Guido Raimondi,
Paulo Pinto de Albuquerque, *juges,*
et de Stanley Naismith, *greffier de section,*

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 30 août 2011,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 43509/08) dirigée contre la République italienne et dont une société de cet Etat, A. Menarini Diagnostics S.R.L. (« la requérante »), a saisi la Cour le 10 septembre 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La société requérante a été représentée par Mes G. Romano, avocat à Bénévent, et A. Mascia, avocat à Vérone. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, Mme E. Spatafora, et par son coagent Mme P. Accardo.

3. La société requérante se plaint du manque de « pleine juridiction » des juridictions administratives dans le système national, ce qui selon elle pose problème sous l'angle de l'accès à un tribunal.

4. Le 20 avril 2010, le président de la deuxième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. La requérante, A. Menarini Diagnostics S.R.L., est une société italienne ayant son siège social à Florence.

6. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

7. La société requérante commercialise de nombreux tests de diagnostic du diabète. En 2001, l'autorité italienne de régulation de la concurrence, l'AGCM (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), autorité administrative indépendante, diligenta une enquête contre la société requérante et quatre autres sociétés pharmaceutiques pour avoir mis en place des pratiques anticoncurrentielles, sur le fondement de l'article 2 de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales.

8. En 2003, l'AGCM reprocha à la requérante d'avoir participé à une entente ayant eu pour objet la fixation des prix et le partage des marchés de tests diagnostiques pour le diabète.

9. Par une décision du 30 avril 2003, notifiée à la société requérante le 15 mai 2003, l'AGCM infligea à la société requérante une sanction pécuniaire de six millions d'euros pour des pratiques anticoncurrentielles sur le marché des tests diagnostiques pour le diabète, sur le fondement des règles de concurrence prescrites par la loi n° 287 du 10 octobre 1990. En particulier, l'AGCM affirma que la sanction devait être dissuasive pour toute société pharmaceutique.

10. La requérante paya la somme le 26 janvier 2004.

11. Le 8 juillet 2003, la société requérante forma un recours contre cette décision devant le tribunal administratif du Latium (ci-après TAR). A l'appui de son recours elle contesta le fait d'avoir participé à une entente ayant pour objet la fixation des prix des tests diagnostiques et critiqua l'analyse retenue contre elle. En outre, la société contesta l'exposé et la qualification des faits retenus par l'AGCM.

12. De plus, la société contesta le montant de l'amende et excipa de l'inconstitutionnalité de l'article 33 de la loi n° 287 de 1990 dans sa partie excluant un contrôle de pleine juridiction de la part des tribunaux. La société requérante demanda au tribunal de suspendre la décision de l'AGCM, de l'annuler sur le fond et de diminuer la sanction de 10 %.

13. Par un jugement du 3 décembre 2003, le TAR rejeta le recours de la requérante. Il rappela que le contrôle du tribunal sur les décisions de l'AGCM était exclusivement un contrôle de légalité. Dans la mesure où le grief de la société requérante portait sur l'excès de pouvoir de l'autorité administrative, le juge administratif pouvait contrôler exclusivement la pertinence et la motivation de l'acte de l'administration, mais il n'avait pas le pouvoir de se substituer à l'AGCM.

14. Le TAR souligna que son contrôle était complet sur l'évaluation des faits et sur l'application de la sanction, mais que s'agissant de la qualification juridique des faits retenue par l'AGCM, le contrôle était limité exclusivement à la légalité de l'acte administratif.

15. Quant à la sanction, le TAR confirma l'application de l'article 15 de la loi n° 287 de 1990. En particulier, le TAR énonça que lorsque le grief porte sur l'excès de pouvoir, le juge administratif peut vérifier si la décision attaquée est logique, appropriée, raisonnable, correctement motivée et ne peut pas substituer ses propres évaluations sur le bien-fondé à celles de l'AGCM. Il affirma que le contrôle juridictionnel est alors « faible » car il s'agit d'un contrôle du bon sens ainsi que de la cohérence technique de la décision adoptée, sans que le juge puisse faire prévaloir sa propre appréciation technique sur celle de l'AGCM. Dans ce contexte, le TAR souligna qu'il y avait « sûrement une perte quant à l'effectivité de la défense, attendu qu'il est interdit au juge d'effectuer un contrôle intrinsèque ». De plus, selon le TAR « le juge ne peut pas substituer ses propres appréciations à celles de l'AGCM ; de même, le juge ne peut appliquer que des normes identifiées par l'AGCM et il ne peut pas les remplacer par d'autres ; il ne peut pas modifier les caractéristiques de l'enquête, et par conséquent même pas non plus la décision adoptée. Il peut seulement en vérifier la légalité ».

16. Le 15 juillet 2004, la requérante attaqua l'arrêté devant le Conseil d'Etat.

17. La société requérante faisait valoir que le TAR, en se limitant à contrôler la légalité de l'acte de l'AGCM, avait omis d'évaluer le comportement de la société requérante sanctionné par l'AGCM. Elle soutenait en outre que la sanction appliquée était illégale. En particulier, elle faisait valoir que le contenu de la norme qui définissait l'infraction n'avait pas été déterminé par le législateur et que l'AGCM avait le pouvoir d'en déterminer le contenu au moment de l'évaluation du cas d'espèce. Enfin, elle se plaignait du manque de « pleine juridiction » dans le système national des juridictions administratives.

18. Par un arrêt du 16 mars 2006, le Conseil d'Etat rejeta le recours de la société requérante. Il observa que la compétence du juge administratif est limitée à un contrôle de légalité mais que l'accès au tribunal ne s'en trouvait pas restreint, dans la mesure où le juge administratif pouvait évaluer les éléments de preuve recueillis par l'AGCM. De plus, le Conseil d'Etat rappela que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante ; toutefois, il peut vérifier si l'administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs. Quant à la sanction, le Conseil d'Etat rappela que son contrôle était de pleine juridiction dans la mesure où il pouvait vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant remplacer la sanction.

19. Le Conseil d'Etat estima que le contrôle du juge administratif était compatible avec la Constitution.

20. Le 10 juillet 2006, la société requérante se pourvut en cassation.

21. Par un arrêt déposé au greffe le 17 mars 2008, la Cour de cassation déclara irrecevable le recours de la société requérante. La haute juridiction confirma l'arrêt du Conseil d'Etat et affirma que, s'agissant des décisions de l'AGCM, le contrôle exercé par les juridictions administratives était un contrôle de pleine juridiction, puisque le juge administratif peut vérifier la véracité des faits à la base de la sanction. Toutefois, lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante ; mais il peut vérifier la logique et la cohérence du pouvoir exercé par l'administration. Selon la Cour de cassation, la question soulevée par la société requérante ne concernait pas la fonction juridictionnelle du juge administratif mais l'exercice de celle-ci. Dans le cas d'espèce, les juridictions administratives avaient exercé correctement leur pouvoir d'évaluation des faits.

22. En conclusion, rappelant qu'elle n'exerçait qu'une compétence de nature juridictionnelle, la Cour déclara irrecevable le recours de la société requérante.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

23. L'autorité de régulation de la concurrence est une « autorité indépendante » créée par la loi n° 287 du 10 octobre 1990 (loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales – « la loi »). En tant qu'autorité indépendante, elle a le statut d'organe public et ses décisions sont prises en vertu de la loi sans aucune possibilité d'ingérence du gouvernement. Cette autorité a pour tâche de statuer sur les pratiques et les ententes restreignant la libre concurrence ainsi que sur les publicités mensongères et comparatives. De plus, elle est chargée de trancher les conflits d'intérêt en vertu de la loi n° 215 du 20 juillet 2004.

24. Loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales

Article 2 – Ententes restreignant la libre concurrence

> « 1. Sont considérés comme des ententes : les accords et/ou les pratiques convenus entre entreprises, ainsi que les décisions, même fondées sur des dispositions statutaires ou réglementaires, adoptées par des consortiums, des associations d'entreprises ou des entités similaires.
>
> 2. Sont prohibées les ententes entre entreprises ayant pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible le jeu de la concurrence au sein du marché national ou d'une part importante de celui-ci, notamment au moyen d'actes consistant à :
>
> a) fixer directement ou indirectement les prix d'achat ou de vente, ou d'autres conditions contractuelles ;

b) entraver ou limiter la production, les débouchés commerciaux ou l'accès au marché, les investissements, le développement technique ou le progrès technologique ;

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;

d) appliquer, dans les relations commerciales avec d'autres partenaires, des conditions objectivement différentes pour des transactions équivalentes, infligeant ainsi à ces partenaires un désavantage concurrentiel injustifiable ;

e) assujettir la conclusion de contrats à l'acceptation par les autres partenaires d'obligations complémentaires qui, eu égard à leur nature ou aux pratiques commerciales, sont sans rapport avec l'objet de tels contrats.

3. Les ententes prohibées sont nulles et de nul effet. »

Article 15 – Avertissements et sanctions

« 1. Si l'enquête prévue à l'article 14 révèle une infraction à l'article 2 ou à l'article 3, l'Autorité impartit aux entreprises et aux entités concernées un délai pour remédier à l'infraction en question. En cas d'infraction sérieuse, elle inflige, en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction, une amende d'un montant maximal équivalent à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé par chacune des entreprises ou entités concernées lors du précédent exercice (...), et impartit aux entreprises un délai pour le règlement de l'amende.

2. En cas d'inobservation de l'avertissement visé au paragraphe 1 ci-dessus, l'Autorité inflige une amende d'un montant maximal équivalent à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé ou, si la sanction prévue au paragraphe 1 a déjà été prononcée, d'un montant correspondant au moins au double de l'amende déjà infligée, dans la limite de dix pour cent du chiffre d'affaires tel que défini au paragraphe 1. L'Autorité fixe de plus un délai pour le règlement de l'amende. En cas d'inobservation répétée, l'Autorité peut ordonner à l'entreprise concernée de suspendre ses activités pendant une durée pouvant aller jusqu'à trente jours.

2-bis. L'Autorité, conformément au droit de l'Union européenne, définit au moyen d'une disposition générale propre les cas dans lesquels, sur la base de la collaboration fournie par les entreprises visées par une enquête pour déterminer les infractions aux règles de la concurrence, l'amende pourrait ne pas être appliquée ou être réduite dans les cas prévus par le droit de l'Union européenne. »

Article 33 – Compétence juridictionnelle

« 1. Les recours contre les mesures administratives adoptées en vertu des dispositions figurant aux titres I à IV de la présente loi relèvent de la compétence exclusive des juridictions administratives. Pareils recours doivent être déposés auprès du Tribunal administratif régional du Latium.

2. Les recours en annulation et actions en réparation, ainsi que les recours tendant à l'obtention de mesures d'urgence dans le contexte d'une infraction aux dispositions

figurant aux titres I à IV doivent être déposés auprès de la cour d'appel compétente sur le plan territorial. »

25. Le droit interne pertinent à l'époque des faits[1]

Trois types de juridiction sont attribués aux tribunaux administratifs :

a) La juridiction générale de légalité ;
b) La juridiction spéciale de plein contentieux ;
c) La juridiction spéciale exclusive ;
d) Les autorités administratives indépendantes (AAI).

A. La juridiction générale de légalité (*Giurisdizione generale di legittimità*)

La juridiction de légalité du juge administratif est générale. Le juge administratif est compétent pour tous les contentieux concernant la légalité d'un acte administratif qui a lésé un intérêt légitime[2] à moins que lesdits contentieux soient réservés à la compétence des autres juridictions spéciales (Cour des comptes, Cour supérieure de l'eau, Commission des impôts).

Dans la juridiction de légalité, l'objet du contentieux est constitué par la mesure litigieuse et non pas par le rapport juridique qui a donné lieu au litige. À cet égard, la juridiction de légalité se différencie de la juridiction exclusive. Il convient d'ajouter que le contrôle du juge administratif, bien que limité à la protection des intérêts légitimes, peut s'étendre, *incidenter tantum* (avec des effets limités à l'affaire jugée), à des questions préjudicielles et accessoires relatives aux droits subjectifs, dont la résolution est nécessaire vis-à-vis de la question principale.

Le juge administratif, dans la juridiction de légalité, peut prononcer avec effet constitutif des jugements d'annulation des actes administratifs illégitimes, lorsque les faits ne correspondent pas à ceux que l'administration a pris en compte pour l'adoption de la mesure. Cependant, le juge ne peut pas remplacer l'autorité administrative pour adopter, à sa place, la mesure demandée par le requérant. À cet égard, la juridiction de légalité se différencie de la juridiction de plein contentieux. En dehors des

---

[1] La loi n° 134 du 2 juillet 2010 a permis le regroupement de divers textes existant en la matière et régit le procès administratif

[2] L'article 26 de la loi du 7 juillet 1924 1054 T.U. du Conseil d'État et l'article 2 de la loi 1034/1971 sur les tribunaux administratifs prévoient que les vices de légalité sont au nombre de trois: la violation de la loi, l'incompétence et le détournement de pouvoir. La violation de la loi est la contradiction entre l'acte administratif et la norme de droit concernant la forme, la procédure ou le contenu de l'acte. On dit en revanche qu'un acte est entaché d'incompétence (à raison de la matière, du grade, du territoire ou de la valeur) lorsqu'il a été pris par un organe administratif autre que celui prévu par la loi. La catégorie du détournement de pouvoir comprend, quant à elle, toutes les violations des limites internes du pouvoir administratif.

cas expressément définis par le législateur, le juge administratif n'a pas le pouvoir d'ordonner à l'administration de prendre certaines mesures.

B. La juridiction de plein contentieux (*Giurisdizione estesa al merito*)

La juridiction de plein contentieux des tribunaux administratifs constitue une exception. Elle ne peut être exercée que pour les matières strictement réglementées par la loi. Ces matières ne peuvent pas être étendues par voie d'analogie à cause de la nature exceptionnelle des normes qui prévoient la compétence de pleine juridiction. Cette dernière permet au juge d'examiner non seulement la légalité, mais aussi le bien-fondé de l'acte administratif en cause, en s'ingérant dans un domaine d'habitude soustrait à la compétence du juge administratif.

La compétence de pleine juridiction se différencie de celle de légalité par les pouvoirs plus larges qui sont accordés au juge administratif.

Celle-ci implique un examen plus large des faits, sans les limitations propres aux contentieux de légalité. En particulier, il est permis au juge de vérifier, de manière autonome, les faits, d'apprécier la correspondance entre la mesure et les besoins pris en compte par la loi et de déterminer avec précision la portée exacte du principe de droit établi par une décision.

Le juge y jouit, aussi, d'importants pouvoirs d'enquête: en plus d'exercer les pouvoirs typiques de la juridiction de légalité, il peut ordonner toutes mesures d'enquête, selon les modalités déterminées par le règlement de procédure. En général, sont admis tous les moyens de preuves recevables dans les contentieux civils, à condition qu'ils soient compatibles avec les caractéristiques de la juridiction administrative. Sont recevables, en particulier, la preuve par témoins, les inspections, les expertises et toutes autres investigations qui peuvent conduire à la découverte de la vérité.

Le juge peut non seulement annuler l'acte administratif attaqué, mais aussi le réformer et le remplacer ou se substituer à l'autorité administrative dans l'émission de l'acte administratif et, par conséquent, prendre de nouvelles mesures. Le tribunal peut également connaître de toutes les questions relatives à l'indemnisation. Par ailleurs, le juge peut prononcer un jugement de condamnation pour la somme dont l'administration est redevable.

Le domaine principal de la juridiction de plein contentieux est celui de l'exécution de la chose jugée (*giudizio di ottemperanza*). Le juge administratif, par un commissaire *ad acta*, remplace l'administration défaillante dans la prise des mesures nécessaires pour satisfaire la demande du requérant.

C. La juridiction exclusive

La juridiction administrative exclusive est instituée par la loi sur les TAR et par d'autres lois concernant des matières pour lesquelles la compétence du juge administratif ne se limite pas aux intérêts légitimes, mais s'étend aussi aux droits subjectifs.

Pour ce qui concerne les pouvoirs d'enquête, le législateur a attribué au juge administratif, dans la cadre de la juridiction exclusive, des outils analogues à ceux appartenant au juge judiciaire. L'article 7 de la loi n°205 de 2000 a introduit la possibilité d'utiliser les moyens de preuve prévus par le code de procédure civile et, en outre, de recourir à des expertises.

Dans l'exercice de la compétence exclusive, il existe d'une part des jugements constitutifs d'annulation, par lesquels le juge élimine la mesure qui lèse la position juridique du requérant ; et d'autre part des jugements d'évaluation, pour la résolution de difficultés concernant l'existence d'une situation juridique subjective. En cas d'annulation d'un acte administratif, le juge indique des directives à l'administration.

Dans le cas où le juge accueille le recours pour des raisons de fond, il peut modifier ou remplacer l'acte. Par ailleurs, le juge peut émettre des jugements de condamnation qui obligent l'administration à tenir un comportement particulier. L'article 35 du décret législatif n° 80 de 1998 permet maintenant au juge d'ordonner la *restitutio in integrum.*

Bien que le pouvoir de non-application (« *disapplicazione* ») soit prévu seulement pour les juges judiciaires selon la jurisprudence administrative (Cons. État, Sect. V, n° 154 de 1992 et 799 de 1993), le juge administratif peut, même d'office, écarter l'application des actes administratifs contraires aux normes de niveau supérieur, à condition qu'ils ne soient pas objet de contestation.

D. Les autorités administratives indépendantes (AAI)

Il n'existe aucune disposition de loi qui donne de manière générale au juge administratif une juridiction exclusive sur les actes des autorités indépendantes; au contraire, ce sont les différentes lois concernant lesdites autorités qui attribuent compétence au juge administratif dans les contentieux impliquant les autorités indépendantes. Ces autorités, en fait, jouissent d'une position particulière d'indépendance.

Le contrôle du juge administratif est limité à une évaluation technique des actes de l'autorité (pouvoir de discrétion technique).

La jurisprudence est bien établie quant à l'étendue des pouvoirs du juge en relation avec les autorités indépendantes : le contrôle juridictionnel couvre, sans limitations, l'ensemble de l'exercice de leur pouvoir par les autorités administratives indépendantes (Conseil d'État, Sect. VI, 8 février 2007, n° 515).

S'agissant des sanctions de l'AGCM concernant les ententes restrictives de concurrence, la juridiction du juge administratif est une juridiction de plein contentieux au sens de l'article 23 de la loi n° 689 de 1981, applicable sur la base de l'article 31 de la loi n° 287 de 1990. De ce fait le juge, peut annuler l'acte administratif et le modifier en ce qui concerne la sanction.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

26. La société requérante se plaint de ne pas avoir eu accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention qui, dans sa partie pertinente, se lit comme suit :

> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

27. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

1. Thèses des parties

28. Le Gouvernement soulève d'emblée une exception tirée de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec la Convention. Il fait valoir que le volet pénal de l'article 6 § 1 de la Convention n'entre pas en ligne de compte.

29. Quant aux premier des trois critères de la jurisprudence *Engel et autres c. Pays-Bas*, (8 juin 1976, série A n° 22), le Gouvernement affirme tout d'abord que les décisions de l'AGCM au niveau national sont classées parmi les « sanctions administratives » et non parmi les « sanctions pénales ». De plus, les comportements anticoncurrentiels sont sanctionnés non pas sur le fondement du droit pénal, mais sur celui de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales.

30. Quant au deuxième critère le Gouvernement observe que le but poursuivi par la loi n° 287 du 10 octobre 1990 est de préserver la libre concurrence sur le marché. Il rappelle que cette loi ne s'applique pas aux entreprises qui gèrent des services d'intérêt économique général ou exercent une activité en régime de monopole sur le marché. Elle n'affecte donc pas les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal.

En outre, le Gouvernement rappelle que les règles procédurales prévues par ladite loi sont différentes des règles pénales.

31. Quant au troisième critère, concernant la nature et le degré de sévérité de la « sanction », le Gouvernement soutient que le but principal de la mesure est d'empêcher la poursuite d'une activité particulière en violation de la concurrence et que l'application de la sanction est seulement éventuelle. Par ces raisons, le Gouvernement fait valoir que l'effet dissuasif de la sanction coexiste avec un effet réparateur. Quant à la gravité de la sanction, le Gouvernement est d'avis que celui-ci doit être proportionnel au poids économique de la société requérante, une entreprise multinationale, avec une grande envergure économique.

32. Selon le Gouvernement l'affaire *Société Stenuit c. France* (rapport de la Commission du 30 mai 1991, série A n° 232-A) n'est pas applicable au cas d'espèce. Il rappelle que dans plusieurs affaires contre la Russie (*OOO Neste St. Petersburg, ZAO Kirishiavtoservice*, *OOO Nevskaya Toplivnaya*, *ZAO Transservice*, *OOO Faeton*, *OOO PTK-Service c. Russie*, n°s 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01, 69058/01, décision du 3 juin 2004) la Cour a estimé que l'article 6 ne s'appliquait pas.

33. La société requérante conteste les arguments du Gouvernement. Elle est d'avis que la décision de l'AGCM équivaut à une décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

34. Tout d'abord, la société requérante rappelle que, s'agissant de la nature de la sanction, les indications fournies par le droit interne n'ont qu'une valeur relative. En effet, le but poursuivi par la décision litigieuse est de maintenir la libre concurrence dans le marché italien. Le fait que l'AGCM, en intervenant dans le cas d'espèce, ait réglementé le marché concernant un produit spécifique fourni par certaines entreprises pharmaceutiques ne peut pas réduire la portée de la loi n° 287 de 1990. En créant l'AGCM, avec le statut d'autorité administrative indépendante, le législateur a entendu garantir une surveillance des accords restrictifs de concurrence ainsi que des abus de position dominante.

35. Selon la société requérante, dans le système économique italien fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie, l'AGCM revêt une fonction fondamentale car elle veille à instaurer un régime de concurrence crédible pour les entreprises. En effet, les marchés ne peuvent concourir à l'efficacité économique que si des règles de droit garantissent aux opérateurs la liberté de fixer leurs prix, le libre accès au marché, mais aussi l'absence d'abus de position dominante par ceux qui la détiennent. L'AGCM est chargée de faire respecter cet équilibre. La loi n° 287 de 1990 affecte donc des intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal (voir, *mutatis mutandis*, *Stenuit c. France*, précité, § 64).

36. Quant à la gravité de la sanction, la société requérante observe que la sanction a atteint un montant de six millions d'euros, somme très élevée pour elle. De plus, elle a été obligée de la payer quelque mois après son

prononcé. En outre, comme affirmé par l'AGCM elle-même, cette mesure devait être dissuasive pour toute société pharmaceutique. La société requérante conteste l'affirmation du Gouvernement italien selon laquelle la sanction infligée par l'AGCM ne serait qu'éventuelle. Les faits litigieux démontrent que l'AGCM a identifié la sanction avec une somme importante et que l'autorité administrative indépendante lui a attribué un caractère éminemment punitif. A l'appui de sa thèse, la société requérante souligne que le caractère punitif de ce type d'infraction ressort aussi de la jurisprudence du Conseil d'Etat (voir, parmi d'autres, les affaires *Lottomatica S.p.A. et autres,* arrêt n° 6469/07, *SOGEC s.r.l. et autres,* arrêt n° 695/08 et *Cinema Orchidea s.r.l.*, arrêt n° 697/08,). Dans ces affaires, le juge administratif a souligné que la sanction « antitrust » est « typiquement punitive ». Dans l'affaire *RIVOIRA S.p.A. et autres,* arrêt n° 1006/08, le Conseil d'Etat a réaffirmé l'exigence que la sanction ait « une efficacité adéquate de dissuasion». Dans l'arrêt n° 5050 du 5 mars 2010, la Cour de cassation a souligné l'aspect punitif des sanctions « antitrust » Enfin, l'AGCM, dans son rapport annuel du 30 avril 2008, a réaffirmé la nature dissuasive de la sanction.

37. En conclusion, la décision de l'AGCM d'infliger à la société requérante une sanction pécuniaire de six millions d'euros doit être considérée, selon la société requérante, au regard de la Convention, comme une décision sur le bien-fondé d'une accusation pénale (voir, *mutatis mutandis, Stenuit c. France,* précité, § 65).

2. Appréciation de la Cour

38. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle il faut, afin de déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », avoir égard à trois critères : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction » (*Engel, précité*). Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs : pour que l'article 6 § 1 s'applique au titre des mots « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale ». Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une « accusation en matière pénale » (*Jussila c. Finlande* [GC], n° 73053/01, §§ 30 et 31, CEDH 2006-XIII, et *Zaicevs c. Lettonie*, n° 65022/01, § 31, CEDH 2007-IX (extraits)).

39. La Cour constate d'abord que les pratiques anticoncurrentielles reprochées en l'espèce à la société requérante ne constituent pas une infraction pénale au sens du droit italien. Les comportements anticoncurrentiels y sont en effet sanctionnés non pas sur le fondement du

droit pénal, mais sur celui de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales. Cela n'est toutefois pas décisif aux fins de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention, les indications que fournit le droit interne n'ayant qu'une valeur relative (*Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, § 52, série A n° 73).

40. Quant à la nature de l'infraction, il apparaît que les dispositions dont la violation a été reprochée à la société requérante visaient à préserver la libre concurrence sur le marché. La Cour rappelle que l'AGCM, autorité administrative indépendante, a comme but d'exercer une surveillance sur les accords restrictifs de la concurrence ainsi que sur les abus de position dominante. Elle affecte donc les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal (*Stenuit c. France*, précité, § 62). En outre, il convient de noter que l'amende infligée visait pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés. On peut dès lors en conclure que l'amende infligée était fondée sur des normes poursuivant un but à la fois préventif et répressif (*mutatis mutandis*, *Jussila*, précité, § 38).

41. Quant à la nature et à la sévérité de la sanction « susceptible d'être infligée » à la requérante (*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39665/98 et 40086/98, § 120, CEDH 2003-X), la Cour constate que l'amende en question ne pouvait pas être remplacée par une peine privative de liberté en cas de non-paiement (*a contrario*, *Anghel c. Roumanie*, n° 28183/03, § 52, 4 octobre 2007). Cependant, elle note que l'AGCM a prononcé en l'espèce une sanction pécuniaire de six millions d'euros, sanction qui présentait un caractère répressif puisqu'elle visait à sanctionner une irrégularité, et préventif, le but poursuivi étant de dissuader la société intéressée de recommencer. En outre, la Cour note que la requérante souligne que le caractère punitif de ce type d'infraction ressort aussi de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

42. A la lumière de ce qui précède et compte tenu du montant élevé de l'amende infligée, la Cour estime que la sanction relève, par sa sévérité, de la matière pénale (*Öztürk* précité, § 54, et, *a contrario*, *Inocêncio c. Portugal* (déc.), n° 43862/98, CEDH 2001-I).

43. Au demeurant, la Cour rappelle également qu'à propos de certaines autorités administratives françaises compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoirs de sanction, elle a jugé que l'article 6, sous son volet pénal, s'appliquait notamment à propos du Conseil de la concurrence (*Lilly c. France* (déc.), n° 53892/00, 3 décembre 2002), du Conseil des marchés financiers (*Didier c. France* (déc.), n° 58188/00, 27 août 2002) et de la Commission bancaire (*Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04, § 36, 11 juin 2009).

44. Compte tenu des divers aspects de l'affaire, et ayant examiné leur poids respectif, la Cour estime que l'amende infligée à la société requérante a un caractère pénal, de sorte que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer, en

l'occurrence, sous son volet pénal. Partant, il convient de rejeter l'exception soulevée par le Gouvernement quant à l'inapplicabilité *ratione materiae* de l'article 6 de la Convention.

45. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs que celle-ci ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

46. Le Gouvernement note tout d'abord que les juridictions administratives nationales exercent leur activité sur le plan de la légalité et que la portée de leur contrôle est indiquée dans l'arrêt du Conseil d'État déposé au greffe le 16 mars 2006. Dans le cas d'espèce les juridictions administratives avaient une juridiction exclusive qui leur a permis de connaître de l'ensemble du contentieux sans distinction entre intérêts légitimes et droits subjectifs.

47. Le Gouvernement affirme que les juridictions internes se sont livrées à un examen approfondi du fond du litige. Le fait que le contrôle du juge administratif soit qualifié de contrôle de « légalité » ne signifie pas qu'il se limite à l'aspect formel du litige. Il rappelle que le TAR limite son contrôle au caractère raisonnable de la décision et à sa cohérence technique sans substituer son appréciation technique à celle de l'administration. Le juge administratif peut examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix effectués par l'administration publique.

48. Le Gouvernement rappelle en outre que le Conseil d'Etat a rejeté les arguments de la société requérante puisque le contrôle juridictionnel sur la sanction infligée est « plein et particulièrement pénétrant ». En particulier, le juge administratif peut annuler les évaluations d'ordre technique qui ne sont pas raisonnables, logiques et cohérentes et peut annuler la décision administrative litigieuse. Dans le cas d'espèce, les juges administratifs avaient le pouvoir d'annuler les ingérences de l'AGCM et le contrôle exercé sur la sanction pécuniaire pouvait, le cas échéant, se traduire par une réduction de ses effets.

49. Le Gouvernement rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat qui reconnaît que, en ce qui concerne les évaluations techniques de l'AGCM, le juge administratif doit faire appel à des règles et des connaissances techniques appartenant à la même science que celle utilisée par l'administration. De plus, le contrôle du juge peut concerner également l'analyse faite par l'AGM et le conduire de ce fait à réévaluer ses choix techniques.

50. Par ces raisons, le Gouvernement demande à la Cour de rejeter la requête.

51. La société requérante estime que dans la présente affaire les juges administratifs n'ont effectué qu'un contrôle de légalité et que ce type de contrôle ne lui a pas permis de soumettre ses contestations à un « tribunal» répondant aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. Elle rappelle que lors d'une intervention de la part d'un organe non juridictionnel comme l'AGCM, la Cour exige que toute décision adoptée soit sujette au contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction qui satisfasse aux garanties de l'article 6 de la Convention (voir, parmi d'autres, *Öztürk c. Allemagne,* précité, § 56). Toutefois, dans le cas d'espèce, le contrôle du juge administratif s'est limité à rechercher si l'AGCM avait utilisé son pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec la loi n° 287 de 1990 (voir, *mutatis mutandis*, *Obermeier c. Autriche*, 28 juin 1990, § 70, série A n° 179).

52. La société requérante rappelle que le contrôle juridictionnel du TAR est de type « faible » et qu'il y avait « sûrement une perte quant à l'effectivité de la défense, attendu qu'il est interdit au juge d'effectuer un contrôle intrinsèque ». De plus, elle rappelle que selon le TAR le juge ne peut pas substituer ses propres appréciations à celles de l'AGCM, ne peut appliquer que des normes identifiées par l'AGCM et ne peut pas modifier les caractéristiques de l'enquête et par conséquent ne peut pas non plus modifier la décision adoptée.

53. Enfin, la société requérante remarque que la Cour de cassation a affirmé que, lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante, mais peut seulement vérifier la logique et la cohérence du pouvoir exercé par l'administration. Selon la Cour de cassation, la question soulevée par la société requérante ne concernait pas la fonction juridictionnelle du juge administratif mais l'exercice de celle-ci.

54. Le fait que les juges administratifs aient limité leur contrôle à la légalité de l'acte ne leur a pas permis d'examiner le bien-fondé de la décision adoptée par l'AGCM, car les juges administratifs nationaux ne pouvaient pas se substituer à l'AGCM ni modifier la qualification juridique des faits retenue par elle.

55. Sur ce point, la société requérante observe que le contenu de la norme qui définit l'infraction n'est pas déterminé par le législateur (« *norma penale in bianco* ») et que l'AGCM a le pouvoir d'en déterminer son contenu au moment de l'évaluation du cas d'espèce. Or, un simple contrôle de légalité, également appelé contrôle « faible » par les juridictions internes, a comme conséquence une considérable réduction des garanties, et ne peut pas fournir une protection adéquate contre l'arbitraire.

56. En conclusion, la société requérante estime n'avoir jamais bénéficié d'un examen de sa cause par un « tribunal » doté de la plénitude de

juridiction et qui aurait statué sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale dirigée contre elle (voir, *mutatis mutandis*, *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, § 32, série A n° 89, et *Stenuit c France,* précité, § 72).

2. Appréciation de la Cour

57. La Cour observe que les griefs de la société requérante ont trait au droit d'accéder à un tribunal doté de la plénitude de juridiction et au réexamen judiciaire, prétendument incomplet, de la décision administrative rendue par l'AGCM.

58. En l'espèce, la sanction litigieuse n'a pas été infligée par un juge à l'issue d'une procédure judiciaire contradictoire, mais par l'AGCM. Si confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que l'intéressé doit pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (*Kadubec v. Slovaquie,* 2 septembre 1998, § 57, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, et *Čanády c. Slovaquie*, n° 53371/99, § 31, 16 novembre 2004).

59. Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (*Schmautzer, Umlauft, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c. Autriche*, arrêts du 23 octobre 1995, série A n°s 328 A-C et 329 A-C, respectivement §§ 34, 37, 42 et 39, 41 et 38). Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (*Chevrol c. France*, n° 49636/99, § 77, CEDH 2003-III, et *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n° 47650/99, § 27, 4 mars 2004).

60. En l'espèce, la société requérante a pu attaquer la sanction administrative litigieuse devant le TAR de Rome, et interjeter appel contre la décision de ce dernier devant le Conseil d'Etat. Selon la jurisprudence de la Cour, ces organes satisfont aux exigences d'indépendance et d'impartialité qu'un « tribunal » doit posséder au sens de l'article 6 de la Convention (*Predil Anstalt S.A. c. Italie* (déc.), n° 31993/96, 8 juin 1999).

61. La Cour rappelle, tout d'abord, que seul mérite l'appellation de « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (voir, entre autres, les arrêts *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, § 95, série A n° 13 ;

Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, § 55, série A n° 43 ; *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, § 64, série A n° 132, et surtout l'arrêt *Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, § 38 et 39, série A n° 296-B).

62. Par ailleurs, la Cour rappelle que la nature d'une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d'une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application (*Valico S.r.l. c. Italie* (déc.), n° 70074/01, CEDH 2006-III).

63. La Cour note que dans le cas d'espèce, les juridictions administratives se sont penchées sur les différentes allégations de fait et de droit de la société requérante. Elles ont dès lors examiné les éléments de preuve recueillis par l'AGCM. De plus, le Conseil d'Etat a rappelé que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, même si le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante, il peut toutefois vérifier si l'administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs.

64. De ce fait, la Cour note que la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique.

65. De plus, le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction dans la mesure où le TAR et le Conseil d'Etat ont pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant auraient pu remplacer la sanction (voir, *a contrario*, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n° 47650/99, § 28, 4 mars 2004).

66. En particulier, le Conseil d'Etat, en allant au delà d'un contrôle « externe » sur la cohérence logique de la motivation de l'AGCM, s'est livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction par rapport aux paramètres pertinents, y compris la proportionnalité de la sanction même.

67. La décision de l'AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d'organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;

2. *Dit*, par 6 voix contre 1, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 septembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith Greffier	Françoise Tulkens Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

– opinion concordante du juge Sajó ;
– opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque.

F.T.
S.H.N.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SAJÓ

(Traduction)

A l'instar de la majorité des mes collègues, j'ai conclu dans cette affaire à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Il me semble toutefois nécessaire de souligner que, pour évaluer la nature du contrôle juridictionnel de décisions administratives prises par des autorités indépendantes, il est important de suivre les considérations exposées par le juge Pinto de Albuquerque dans son opinion dissidente. La raison pour laquelle je n'ai pas pu me rallier à celle-ci est purement factuelle. Il est vrai que la loi en vigueur et certains des jugements interprétatifs émanant des tribunaux italiens n'incitaient pas les tribunaux à exercer un véritable contrôle juridictionnel. Apparemment, ce contexte juridique n'autorisait qu'une analyse formelle (un contrôle de légalité ou « contrôle juridictionnel faible »). Or, en l'espèce, le Conseil d'Etat s'est lancé *de facto* dans une analyse du fond satisfaisant aux exigences de l'article 6. En outre, le Conseil d'Etat avait le pouvoir de casser la décision administrative qui entraînait une sanction pénale. Certes, en procédant à ce contrôle du fond, il a utilisé une terminologie donnant à penser qu'il exerçait un contrôle juridictionnel faible, mais le Conseil d'Etat semble ne pas avoir agi comme il annonçait qu'il le faisait. Aux fins de l'article 6, ce qui compte est qu'en l'espèce les droits énoncés par la Convention ont été effectivement protégés, et non la terminologie imposée par la législation « interprétée » par le Conseil d'Etat.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

1. L'Autorité italienne de régulation de la concurrence (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* – « l'AGCM ») condamna la société requérante à une « sanction administrative pécuniaire » (*sanzione amministrativa pecuniaria*) de 6 millions d'euros pour des pratiques anticoncurrentielles sur le marché des tests diagnostiques pour le diabète. Le fondement de la condamnation était la loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales. Les juridictions administratives successivement appelées à connaître de l'affaire, dont le tribunal administratif du Latium (« le TAR »), le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, rejetèrent les recours de la société requérante.

2. Je partage l'opinion de la majorité selon laquelle l'article 6 de la Convention est applicable dans le cas d'espèce. Il est constant que ladite « sanction administrative pécuniaire » relève, selon le droit italien, du droit administratif et se distingue nettement des sanctions du droit pénal (sur la nature et l'importance des sanctions administratives dans le cadre du mouvement de dépénalisation en droit italien et la soi-disant « théorie formelle » de distinction entre les sanctions administratives et les sanctions pénales, voir, entre autres, Giorgio Colla et Gianfranco Manzo, *Le Sanzioni Amministrative*, Milano, Giuffrè, 2001 pp. 79-107, Casetta, *Illicito amministrativo*, in Digesto delle Discipline Publicistiche, Volume VIII, Torino, UTET, 1993, pp. 89-90, et Aldo Travi, *Sanzioni Amministrative e Pubblica Ammnistrazione*, Padova, CEDAM, 1983, pp. 11-87). Nonobstant, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention, sous son volet pénal, à la procédure administrative et juridictionnelle en cause est évidente, au vu du caractère répressif et préventif de la sanction administrative pécuniaire. La sanction présentait un caractère répressif puisqu'elle visait à sanctionner un comportement contraire à la loi. D'un autre côté, elle avait aussi un caractère préventif car le but poursuivi était de dissuader la personne morale intéressée de réitérer à l'avenir la conduite censurée. En plus, l'ampleur considérable du barème abstrait de la sanction fixée par le législateur et même la sévérité du montant concret de la sanction déterminé par les tribunaux nationaux concourent à la conclusion déjà énoncée d'applicabilité de l'article 6.

3. Je m'éloigne cependant de la majorité à propos de la conclusion selon laquelle il n'y a pas eu violation dudit article. A mon avis, les juridictions administratives italiennes n'ont pas exercé, dans le cas d'espèce, un vrai pouvoir de contrôle de « pleine juridiction » sur les décisions de condamnation prises par l'AGCM.

4. Les juges nationaux ont défini exactement et à maintes reprises quelle était l'ampleur de leur compétence de contrôle à l'égard de la décision de l'AGCM. Selon leur propre interprétation de la loi italienne applicable avant

l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure administrative, les juges administratifs ne peuvent « exercer un pouvoir substitutif qui va jusqu'à remplacer par sa propre évaluation technique des faits celle de l'autorité administrative ». Cela signifie que le noyau dur du jugement est soustrait à la compétence des tribunaux administratifs italiens. Le jugement d'imputation de responsabilité appartient réellement à l'autorité administrative indépendante et non aux tribunaux administratifs.

5. La base de cette interprétation de la loi nationale est l'arrêt du Conseil d'Etat nº 2199/2002 du 23 avril 2002, qui harmonise et consolide une jurisprudence déjà énoncée dans les précédents arrêts du Conseil d'Etat n° 699 du 9 avril 1999, nº 1348 du 14 mars 2000, nº 1671 du 20 mars 2001, nº 4118 du 26 juillet 2001, n° 5287 du 6 octobre 2001, et nº 5733 du 8 novembre 2001. Selon la jurisprudence précédente définie dans les arrêts nos 1348, 1671, 4118 et 5733, le juge administratif pouvait seulement contrôler les vices classiques d'incompétence, de violation de la loi et d'excès de pouvoir commis par les autorités administratives indépendantes, sans disposer d'aucun pouvoir de contrôle sur les évaluations du fond faites par l'administration. Par ailleurs, l'arrêt n° 699 avait déjà reconnu l'extension de la compétence des juridictions administratives au pouvoir discrétionnaire technique de l'administration, en particulier sur ses évaluations techniques discutables. L'arrêt n° 5287 avait finalement introduit la fameuse distinction entre un contrôle « fort », qui se traduit par un pouvoir de substitution du juge administratif à l'évaluation technique faite par l'administration, et un contrôle « faible », restreint à une évaluation du bon sens et de la cohérence technique de la décision administrative.

Faisant la synthèse de la jurisprudence précédente, l'arrêt nº 2119/2002 établit nettement les limites de la juridiction des tribunaux administratifs sur les décisions de l'AGCM. Le Conseil d'Etat décrit la procédure décisionnelle suivie par l'AGCM, reconnaissant l'existence de quatre phases distinctes : 1) l'« établissement des faits », 2) « la « contextualisation » de la norme protectrice de la concurrence, qui, faisant référence à des « concepts juridiques indéterminés » (comme le marché pertinent, l'abus de position dominante, les accords restrictifs de la concurrence), a besoin d'une individualisation exacte des éléments de l'infraction imputée », 3) la confrontation des faits avec le paramètre déjà contextualisé, et 4) l'application des sanctions. Selon le Conseil d'Etat, le juge administratif a plein pouvoir de contrôle sur les première et dernière phases de la procédure décisionnelle administrative, mais n'a par contre qu'un pouvoir très limité sur les autres phases, où le pouvoir discrétionnaire technique de l'administration entre en jeu. Ainsi, le pouvoir de contrôle du juge administratif inclut la « véracité » des éléments de fait, ce que présuppose l'évaluation des preuves recueillies par l'AGCM et la défense. Il peut aussi évaluer la proportionnalité des sanctions appliquées. En revanche, il ne peut qu'effectuer un contrôle « faible » sur les autres

phases de la procédure décisionnelle administrative, au vu du fait que l'AGCM exerce « au moins en partie, une activité discrétionnaire technique » et que « les évaluations techniques de l'AGCM ne se fondent pas sur des règles scientifiques, exactes et indiscutables, mais sont le fruit des sciences inexactes et discutables (principalement de caractère économique) avec lesquelles sont définis les concepts juridiques indéterminés ».

L'arrêt mentionné du Conseil d'Etat fut confirmé par l'arrêt des sections unies de la Cour de cassation n° 8882 du 29 avril 2005, qui a établi la jurisprudence selon laquelle « la limite identifiée par le juge administratif se réfère à la possibilité (exclusive) d'exercer un contrôle soi-disant de type « fort » sur les évaluations techniques discutables, c'est-à-dire la possibilité de la part du juge d'exercer un pouvoir de substitution qui va jusqu'à superposer l'évaluation technique discutable du même juge à celle de l'administration ».

La Cour de cassation n'a laissé aucun doute sur sa position de principe en matière de sanctions administratives appliquées par l'AGCM : « on répète le principe que cette Cour a déjà soutenu, à savoir que la juridiction du juge administratif, quoiqu'exclusive, reste une juridiction de légalité et n'inclut pas le fond (...) Partant, le Conseil d'Etat a correctement conclu que les procédures de l'AGCM étaient contrôlables pour vices de légalité et non sur le fond ».

6. Cette interprétation « faible » du pouvoir de contrôle juridictionnel fut suivie par le TAR dans son jugement du 3 décembre 2003, par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 16 mars 2006, et finalement par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mars 2008.

Empruntant les termes mêmes du Conseil d'Etat, le TAR estima que son contrôle sur les décisions de l'AGCM était exclusivement un contrôle des vices de légalité (per i soli vizi di leggitimità). Dans son arrêt, le TAR affirma que, lorsque « un excès de pouvoir est constaté, le juge administratif peut seulement vérifier s'il ressort que la décision attaquée est logique, appropriée, raisonnable, correctement motivée et instruite (*logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito*), mais ne peut cependant substituer ses propres évaluations sur le fond à celles développées par l'AGCM, seule à pouvoir procéder à de telles évaluations. Conformément aux principes qui règlent la juridiction générale de légalité, cette affirmation acquiert un relief spécifique par rapport aux limites existantes lors de la vérification des faits qui sont à la base de la décision attaquée ». Le TAR souligna que son contrôle était complet quant à l'évaluation des faits vérifiés et à l'application de la sanction. Cependant, s'agissant de la qualification juridique des faits retenue par l'AGCM, l'examen du TAR était limité exclusivement à la légalité de la condamnation. Notamment, le TAR affirma que, quant à la deuxième et à la troisième phase de la procédure logique suivie par l'Autorité, « le contrôle juridictionnel est

« faible » car le juge se borne à effectuer un contrôle de bon sens et de cohérence technique de la décision adoptée, sans faire prévaloir sa propre appréciation technique discutable sur celle de l'AGCM ». Dans ce contexte, le TAR admit qu'il y avait « sûrement une perte quant à l'effectivité de la défense, attendu qu'il est interdit au juge d'effectuer un contrôle intrinsèque ». De plus, le TAR affirma que « le juge ne peut pas substituer ses propres appréciations à celles de l'AGCM (par exemple sur la détermination du marché) ; pareillement, le juge ne peut appliquer que des normes identifiées par l'AGCM et il ne peut pas les remplacer par d'autres ; il ne peut pas modifier des caractéristiques de l'enquête et, par conséquent, même pas la décision adoptée. Cependant, il peut en vérifier seulement sa légitimité » (pp. 14-18 de l'arrêt du 3 décembre 2003).

Dans son arrêt du 16 mars 2006, le Conseil d'Etat rappela une fois de plus son avis selon lequel « le contrôle du juge administratif (...) ne permet pas un pouvoir substitutif du juge qui va jusqu'à substituer sa propre évaluation technique discutable ou son propre modèle logique d'application du concept indéterminé à celle réalisée par l'Autorité » (p. 19 de l'arrêt du 16 mars 2006).

La Cour de cassation italienne confirma ce raisonnement, en affirmant que « ce qui n'est pas consenti au Conseil d'Etat, c'est un contrôle soi-disant du type « fort » sur les évaluations techniques discutables, c'est-à-dire l'exercice de la part du juge d'un pouvoir substitutif qui va jusqu'à substituer sa propre évaluation technique discutable à celle de l'Administration » (p. 22 de l'arrêt du 17 mars 2008).

7. Les juridictions administratives n'ont pas soutenu les principes susmentionnés in abstracto. Elles les ont appliqués *in concreto*. Dans le cas d'espèce, les juridictions administratives ont agi en stricte cohérence avec ce contrôle juridictionnel de type « faible », selon lequel il était interdit au juge d'effectuer un contrôle autonome et étendu de la décision administrative. Le TAR a récapitulé les principes de cette jurisprudence très clairement et les a appliqués strictement (voir les pages 14-17 de l'arrêt susmentionné du 3 décembre 2003). Après avoir énoncé les principes de sa jurisprudence, le Conseil d'Etat a soutenu *in concreto* plusieurs fois cette limitation gnoséologique de son propre pouvoir en disant que « la section observe que les plaintes présentées par les parties appelantes ne sont pas de nature à infirmer les conclusions de l'Autorité, <u>qui sont à examiner dans le cadre d'un contrôle ne portant pas sur le fond des évaluations techniques mentionné au paragraphe 4 ci-dessus</u> » (*da scrutinare nell' alveo del sindacato non sostitutivo del merito delle valutazioni tecniche di cui si è detto al precedente* par. 4, voir page 31 de l'arrêt du 16 mars 2006). Dans un autre passage sur la question de droit fondamentale de l'existence d'une segmentation entre la distribution directe et indirecte, le Conseil d'Etat se démet délibérément de ses pouvoirs en reconnaissant que « la prétendue segmentation entre la distribution directe et indirecte n'est en fin de compte

pas convaincante, toujours à la lumière du champ susmentionné réservé au contrôle juridictionnel » *(sempre alla luce al descritto ambito riservato al sindacato giurisdizionale*, voir page 34 de l'arrêt du 16 mars 2006).

En répétant la motivation des faits invoquée par la condamnation administrative, souvent avec les mêmes expressions et phrases, les juges administratifs ont donné un beneplacitus formel et ont réalisé un contrôle « interne » qui ne constitue aucune garantie réelle et pratique pour les sujets déjà condamnés. Une lecture attentive des motifs de la décision sur les faits révèle que l'arrêt du TAR fait plus de 60 citations et références aux paragraphes de la décision de condamnation de l'AGCM, et le Conseil d'Etat plus de 40 citations et références audit texte. Les instances juridictionnelles n'ont fait que répéter l'une après l'autre les arguments déjà soutenus par l'AGCM, renvoyant avec une insistance remarquable à la lettre même des paragraphes de la décision administrative. La prétendue analyse des arguments du recours de la requérante n'a été qu'une adhésion formelle des tribunaux à l'évaluation technique « indiscutable » et incontestable de l'AGCM. Enfin, il n'y a eu aucune évaluation autonome, concrète et détaillée de l'illicéité et de la culpabilité de la conduite de la requérante.

En conclusion, le contrôle des juridictions administratives a été simplement formel car il n'a pas touché au noyau dur du raisonnement de la décision administrative de condamnation, à savoir l'évaluation technique des faits imputés à la requérante. La requérante s'est vue privée d'une analyse autonome des motifs de son recours.

8. Pour la Cour, il n'est pas nécessaire que l'organe ou la personne ayant prononcé une sanction respecte pleinement les règles énoncées par l'article 6 dès lors que la sanction peut subir le contrôle ultérieur d'un « tribunal » présentant les garanties de cet article et ayant « pleine juridiction » sur l'affaire (voir l'arrêt-clé *Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, § 56, série A no 73, qui s'est penché pour la première fois sur les infractions administratives, Ordnungswidrigkeiten en droit allemand de la route, et a été confirmé par les arrêts *Schmautzer c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 34, série A no 328-A, *Umlauft c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 37, série A no 328-B, *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 42, série A no 328-C, *Pramstaller c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 39, série A no 329-A, *Palaoro c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 41, série A no 329-B, et *Pfarrmeier c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 38, série A no 329-C, qui se sont penchés sur les contraventions administratives, *Verwaltungsübertretungen* en droit autrichien de la route et, dans l'affaire *Pramstaller*, en droit autrichien de la construction civile ; je laisse de côté la question épineuse de savoir si la notion de « pleine juridiction » dans le domaine non pénal doit être soumise à un traitement juridique différent, voire moins exigeant, que celui donné dans le domaine pénal ; sur cette question, voir les arguments de F. Sudre, note sous Cass.com., 29 avril 1997, Ferreira c/DGI, JCP, 1997, éd. G, II, 22935).

La notion de « pleine juridiction » dans le domaine pénal a une portée élargie et illimitée puisqu'elle inclut non seulement le contrôle du quid des sanctions administratives (est-ce que les sanctions appliquées étaient prévues par la loi ?) et du quantum des sanctions administratives (est-ce que les sanctions appliquées étaient proportionnées à la gravité des faits reprochés ?), mais aussi de la réalité de l'infraction administrative (est-ce que les personnes ont, par action ou par omission, commis de façon illicite et avec culpabilité une infraction punie par la loi ?). La plénitude de juridiction suppose que le juge aille au-delà du simple contrôle des erreurs manifestes (ou « illogiques », « incohérentes », « déraisonnables ») d'évaluation et puisse écarter les erreurs d'évaluation qui ne sont pas manifestes (ou « illogiques », « incohérentes », « déraisonnables »). Toute l'opération d'évaluation des preuves, d'établissement et de qualification des faits, d'interprétation de la loi applicable et de modulation des sanctions à la gravité de l'infraction peut être annulée et refaite par le juge, indépendamment de la nature fixe ou variable de la sanction prévue par la loi, le tribunal n'ayant aucun devoir de renvoyer l'affaire aux autorités administratives. En termes classiques, le recours de « pleine juridiction » n'est pas une simple *reformatio* (réforme) de la décision administrative contestée, il est plutôt un *revisio* (réexamen) de l'affaire. Autrement dit, l'affaire est dévolue au juge administratif.

Ainsi, la restriction de l'ampleur de la juridiction administrative par le raisonnement du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation est logiquement insoutenable. Elle vide aussi de contenu réel et pratique le contrôle juridictionnel sur les faits de la décision de condamnation (sur l'importance de la sauvegarde du contenu effectif, réel et pratique du droit d'accès à un tribunal, voir Jean François Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, p. 339, Walter Goolwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren*, MRK und IPBPR Kommentar, Berlin, de Gruyter, 2005, p. 304, et Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, München, Beck, 2009, p. 355).

Le contrôle juridictionnel « plein » est justement caractérisé par sa nature exhaustive car il peut et doit inclure tous les aspects, soit de fait soit de droit, de la responsabilité imputée au sujet de l'infraction. La juridiction n'est pas « pleine » si elle n'est pas exhaustive. La « plénitude » de la juridiction implique nécessairement son exhaustivité. En pure logique, sont contradictoires des propositions qui présentent des qualités incompatibles, comme par exemple : le juge contrôle pleinement la décision administrative mais il ne peut pas substituer ses propres évaluations techniques à celles de la décision administrative. Par une implication logique élémentaire, une seule de ces propositions est vraie, l'autre est fausse. Dans le cas d'espèce, c'est la deuxième partie de la phrase donnée en exemple qui est fausse.

En suivant l'interprétation « faible », les faits sont réellement établis par les autorités administratives et dans la pratique ils ne peuvent être contestés par les condamnés devant un « tribunal ». Ainsi, les autorités administratives statuent en première et dernière instance sur les faits, surtout en ce qui concerne l'évaluation du contexte économique de la conduite reprochée et la concrétisation des concepts juridiques indéterminés. L'application des concepts juridiques fondamentaux comme le marché pertinent, l'abus de position dominante et les accords restreignant la concurrence est effectivement soustraite au contrôle juridictionnel. Le tribunal administratif se convertit de cette façon en un organe subalterne du pouvoir judiciaire qui doit s'incliner devant les toutes-puissantes autorités administratives.

Par conséquent, le contentieux des sanctions administratives ne relève pas de l'excès de pouvoir, car un recours pour excès de pouvoir ne remplit pas les exigences de l'article 6 de la Convention. Comme l'estiment Mmes Delmas-Marty et Teitgen-Colly, le recours pour excès de pouvoir se caractérise par un « déficit de contrôle en matière de sanction » (voir Delmas-Marty et Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 124). Il faut reconnaître un ample recours de plein contentieux sur le fond et la substance de tous les éléments de fait et de droit sur lesquels est basée l'imputation de responsabilité pour une infraction administrative, à l'image de la jurisprudence fondamentale de la Cour constitutionnelle allemande établie par l'arrêt du 14 octobre 1958 sur la compatibilité de la *Bussgeldverfahren* avec la *Grundgesetz*, où la Cour constitutionnelle a affirmé que la constitutionalité de cette procédure était garantie par le fait que « les tribunaux sont assez libres dans la détermination et l'évaluation juridique des faits et peuvent aussi déterminer selon leur discrétion le montant de la sanction à l'exclusion d'une *reformatio in pejus* » (voir la doctrine allemande uniforme, Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. Auflage, München, Beck, pp. 351 et 668, Rebmann, Roth et Herrmann, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stuttgart, Kohlhammer, annotation 2 au § 65, et Wolfgang Ferner, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Kommentar*, Band 1, Köln, Luchterhand, annotation 1 au § 67, et dans la doctrine française, Romain Tinière, *La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in Revue française de droit administratif, juillet-août 2009, pp. 735-737, et Catherine Mamontoff, *La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives*, in Revue française de droit administratif, 15, sept.-oct.1999, pp. 1009-1015).

L'ampleur de la notion de pleine juridiction sur les sanctions administratives est aussi confirmée par l'article 31 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 81 et 82 du traité qui prévoit une compétence de « pleine juridiction » (dans le texte anglais, *unlimited jurisdiction*) de la Cour de Justice sur les décisions de la Commission de condamnation pour des infractions à la libre concurrence. Cette pleine juridiction inclut la faculté pour la Cour de Justice de substituer ses propres évaluations sur les faits et le droit à celles de la Commission, et de le faire même en l'absence d'une erreur significative de la Commission (voir, sur l'évolution de la jurisprudence communautaire, Florian Schmidt, *Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p.144-163, Taehi Hwang, *Das Sanktionensystem des europäischen Kartellrechts nach der VO 1/2003*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2007, pp. 105-106, et Melchior Wathelet et Jonathan Wildmeersch, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 230-233).

9. La discussion sur la compatibilité de l'interprétation « faible » des pouvoirs de contrôle juridictionnel avec le barème conventionnel ne se limite pas à l'article 6 de la Convention et doit être menée à un niveau plus profond. Cette interprétation pose aussi de graves problèmes face au principe de la séparation des pouvoirs et au principe de la légalité des sanctions (article 7 de la Convention) (sous cet angle, voir les considérations judicieuses de Catherine Mamontoff, op. cit., pp. 1010 et 1021). Sur le plan des principes, l'application des sanctions publiques déborde les fonctions traditionnelles de l'administration et doit relever d'un juge. Si la vérification des conditions de fait de l'application d'une sanction publique pouvait être réservée à un organe administratif, sans un contrôle postérieur rigoureux de la part des tribunaux, lesdits principes auraient été totalement faussés. L'acceptation d'un « pseudo-droit pénal » ou d'un « droit pénal à deux vitesses », où l'administration exerce sur les administrés un pouvoir de punition, imposant parfois des sanctions pécuniaires extrêmement sévères, sans que s'appliquent les garanties classiques du droit et de la procédure pénale, aurait deux conséquences inévitables : l'usurpation par les autorités administratives de la prérogative juridictionnelle du pouvoir de punir et la capitulation des libertés individuelles devant une administration publique toute-puissante. Si des raisons tenant à l'efficacité et à la complexité technique de l'organisation administrative moderne peuvent justifier l'attribution d'un pouvoir de punition aux autorités administratives, elles ne peuvent néanmoins pas justifier que celles-ci aient le dernier mot quant à l'exercice de ce pouvoir répressif. Le mouvement souhaitable de dépénalisation ne peut pas se transformer en un chèque en blanc donné à l'administration. Il faut que, à la fin de la procédure de sanction administrative, il y ait un juge envers qui les administrés puissent se tourner pour demander justice, et ce sans aucune limite.

Le principe sous-entendu par l'interprétation « faible » des pouvoirs de contrôle des juges administratifs est encore celui du pouvoir discrétionnaire de l'administration même dans le domaine des sanctions administratives (voir le passage cité de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2199/2002). Cette position de principe est insoutenable. S'il y a un domaine où la libre discrétion du pouvoir administratif ne peut pas être admise dans un Etat de droit, c'est celui des sanctions administratives. L'Etat de droit, qui est basé sur le primat des libertés individuelles, est par sa propre nature incompatible avec la libre discrétion en matière de sanctions administratives. L'interprétation « faible » des pouvoirs des juges administratifs dans ce domaine ne peut être comprise que comme un résidu de l'Etat de police intrinsèquement contraire aux libertés individuelles.

10. Pour finir, il faut ajouter que le Gouvernement ne conteste pas le fait que l'AGCM n'est pas une autorité juridictionnelle. La discutable « indépendance » des autorités administratives indépendantes ne suffit pas pour les convertir en « tribunaux » au sens de l'article 6 de la Convention, vu les insuffisances de la procédure administrative inquisitoire devant les autorités administratives. La prétendue nature « quasi judiciaire » de certaines autorités administratives, conjuguée à une procédure administrative qui suit en partie les règles du procès équitable, ne peut pas compenser un contrôle juridictionnel moins poussé.

11. En face de la contradiction éclatante entre la jurisprudence de la Cour et les raisonnements élaborés par les instances judiciaires nationales dans leurs arrêts successifs, la conclusion est inéluctable : la requérante n'a pas eu la possibilité de soumettre ses contestations à un « tribunal » répondant aux exigences de l'article 6 de la Convention. Eu égard à la nature non juridictionnelle de l'AGCM et à l'étendue limitée de la juridiction administrative telle qu'elle a été entendue in abstracto et exercée *in concreto* par les instances judiciaires nationales, il y a eu violation de l'article 6.

12. Une note optimiste pour terminer : l'interprétation « faible » des pouvoirs de contrôle des tribunaux administratifs sur les sanctions appliquées par les autorités administratives a été finalement supprimée par le nouveau code de procédure administrative, qui prévoit explicitement dans son article 134 alinéa c) la « juridiction étendue au fond » (*giurisdizione estesa al merito*) des tribunaux administratifs sur les sanctions administratives pécuniaires, y compris celles imposées par les autorités administratives indépendantes. Dès l'entrée en vigueur du nouveau code, les juges administratifs italiens pourront contrôler *in totum* les décisions d'application des sanctions administratives. Le législateur italien a reconnu l'erreur et s'est mis dans le droit chemin.