

Analyse

ICAP, AC-Treuhand, Eturas : les facilitateurs de cartels dans le viseur des autorités de concurrence

Yves Botteman et Camille Keres^(*)

- Après des décennies de quasi-impunité, les facilitateurs de cartel sont désormais dans le viseur des autorités de concurrence.
- Cette tendance expose les entreprises fournissant des services d'intermédiation à un risque accru en matière de droit de la concurrence
- Cet article revient sur les affaires phares et examine les problématiques spécifiques soulevées par la responsabilité des facilitateurs

Introduction

Dans un arrêt récent du 10 novembre 2017, le Tribunal de l'Union européenne (« Tribunal ») a annulé l'amende record de 14,9 millions d'euros imposée par la Commission européenne (« Commission ») à ICAP, un courtier ayant facilité plusieurs ententes dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens¹. Le Tribunal a en revanche confirmé le principe de la responsabilité de ce dernier.

Cette affaire, qui se distingue par l'ampleur de l'amende imposée à ICAP par la Commission et annulée par le Tribunal, est le dernier épisode en date d'une saga jurisprudentielle qui a progressivement défini les contours et le régime de la responsabilité des facilitateurs de cartels.

La règle est maintenant claire : l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») s'applique non seulement aux membres *stricto sensu* d'un cartel, mais également à toute entreprise qui facilite, de manière délibérée, la commission de l'infraction (et ce, même si l'entreprise en cause n'est pas active sur le marché affecté par le cartel). Quant aux sanctions imposées aux facilitateurs, elles ne sont pas nécessairement symboliques, tel que l'illustre la décision de la Commission dans l'affaire ICAP.

Ce développement est susceptible d'avoir des implications importantes pour de nombreuses catégories d'entreprises agissant en qualité d'intermédiaire : sociétés de conseil, agrégateurs de données, associations professionnelles, courtiers, plates-formes en ligne, etc.

Dans ce contexte, cet article examine successivement : l'évolution de la pratique de la Commission à l'égard des facilitateurs de cartels ; les fondements juridiques de l'extension du champ d'application de l'article 101 TFUE à ces derniers ; les conditions de l'engagement de leur responsabilité ; et les difficultés pratiques soulevées par le calcul de l'amende imposée à un facilitateur.

On notera que cet article n'examine pas le scénario dans lequel une entreprise fait appel à un prestataire de service qui commet lui-même une infraction à l'article 101 TFUE. En effet, dans ce cas, le prestataire de service n'est pas un facilitateur, mais bien un membre à part entière du cartel. Sauf circonstances exceptionnelles, l'entreprise qui a fait appel à ce prestataire, en revanche, ne saurait être tenue responsable de l'infraction².

1 L'évolution de la pratique des autorités de concurrence à l'égard des facilitateurs de cartel

La pratique des autorités de concurrence à l'égard des facilitateurs de cartel a considérablement évolué au fil du temps. Si ces autorités ont initialement fait preuve d'une grande clémence, cette approche a drastiquement changé au cours des quinze dernières années, tant au niveau européen que national.

A. La pratique de la Commission dans les années 1980 et 1990 : une approche clémentine

La décision *Italian Cast Glass*³, adoptée en décembre 1980, est la première à retenir la responsabilité d'un facilitateur, sans toutefois imposer d'amende. Dans cette affaire, trois producteurs de verre s'étaient entendus pour établir des quotas de production et échanger des informations commerciales sur les quantités vendues et sur les prix pratiqués par type de produits. Un consultant externe, F-Unione Fiduciaria SpA (« Fides »), était chargé d'organiser la transmission de ces informations commerciales et de contrôler le respect des quotas de production.

La Commission a retenu la responsabilité de Fides dans l'entente, au motif que « Fides [est] une société qui exerce une activité de caractère économique, s'intégrant à celle des [trois producteurs de verre] pour atteindre des objectifs relevant du domaine de la

(*) Yves Botteman est avocat associé chez Steptoe & Johnson. Camille Keres est avocate collaboratrice au sein de ce même cabinet. Les auteurs peuvent être contactés à l'adresse ybotteman@steptoe.com et ckeres@steptoe.com. (1) Arrêt du 10 novembre 2017, *Icap e.a. c. Commission*, aff. T-180/15, EU:T:2017:795. (2) Arrêt du 21 juillet 2016, *VM Remonts e.a.*, aff. C-542/14, EU:C:2016:578. (3) Affaire V/29.869, *Italian cast glass*, décision du 17 décembre 1980 (J.O., 1980, L 383, p. 19).

production et de la vente du verre coulé et ayant, à ce titre, effectivement participé à une entente restrictive de concurrence ».

À la suite de cette décision, la pratique de la Commission à l'égard des facilitateurs de cartel semble s'être infléchie. Dans six décisions, la Commission a souligné que des consultants externes ont facilité la mise en œuvre de l'infraction, sans toutefois leur imputer une quelconque responsabilité, et partant, sans leur imposer d'amende⁴.

Dans certains cas, les faits étaient pourtant similaires à ceux de l'affaire *Italian Cast Glass*. Ainsi, dans l'affaire du carton, de 1994, la société de conseil Fides (toujours la même) avait été chargée d'assurer le secrétariat du cartel : présence aux réunions, conservation des comptes rendus de réunion dans ses locaux, transmission d'informations permettant aux membres du cartel de suivre les parts de marché de ses concurrents, etc.

B. Les affaires AC-Treuhand : premières amendes

Ce n'est qu'en 2003 que la Commission a imposé pour la première fois une amende à un facilitateur, dans l'affaire *Peroxydes organiques*⁵.

Cette affaire concernait une entente entre les principaux producteurs de peroxydes organiques en Europe, visant à relever les prix et à se répartir les marchés. Selon la Commission, cette entente avait été facilitée par la société AC-Treuhand (qui n'était autre que le successeur de la société Fides), qui avait « joué un rôle clé dans l'entente à partir de 1993 en organisant des réunions, souvent à Zurich, en produisant des documents sur feuillets "roses" et "rouges" sur lesquels figuraient les parts de marché et qui ne pouvaient sortir des locaux d'AC-Treuhand, allant jusqu'à rembourser les frais de voyage des participants afin d'éviter de laisser des traces des réunions illégales »⁶. Pour la Commission, les tâches assignées à AC-Treuhand allaient « au-delà de la collecte et du traitement d'informations statistiques ». Aussi, AC-Treuhand était-il « au courant et activement impliqué dans les accords de cartel »⁷.

Au vu de ces conclusions, la Commission a imposé à AC-Treuhand une amende symbolique d'un montant de 1.000 EUR. Dans le communiqué de presse accompagnant la décision, la Commission a toutefois lancé un message fort aux facilitateurs de cartel : « la sanction prise contre AC-Treuhand est d'un montant limité en raison de la nouveauté de la politique suivie en la matière. Le message est cependant clair : ceux qui organisent ou facilitent les ententes, donc pas seulement leurs membres, doivent redouter dorénavant d'être découverts et de se voir infliger des sanctions très lourdes »⁸.

Cette décision a été confirmée par le Tribunal dans un arrêt du 8 juillet 2008 (arrêt « AC-Treuhand 1 »)⁹. Cet arrêt établit pour la première fois la responsabilité des facilitateurs, à la fois dans son

principe et dans son régime. Nous l'examinons dans les sections suivantes.

AC-Treuhand a à nouveau été sanctionnée dans l'affaire *Stabilisants thermiques* de 2008¹⁰, dans laquelle des producteurs d'additifs plastiques avaient mis en œuvre deux cartels, visant à fixer les prix et à se partager les marchés. Là encore, la Commission avait considéré qu'AC-Treuhand avait facilité les ententes, notamment en organisant des réunions et des dîners entre membres du cartel ou en agissant comme modérateur en cas de tension entre ces derniers. Cette fois-ci, la sanction n'a plus été symbolique, puisque la société de conseil s'est vu imposer deux amendes de 174.000 EUR (une pour chacun des deux cartels ; soit un total de 348.000 EUR, supérieur à 10 % du chiffre d'affaires d'AC-Treuhand).

Cette décision a été confirmée par le Tribunal le 6 février 2014¹¹, et par la Cour de justice de l'Union européenne (« Cour ») le 22 octobre 2015 (arrêts « AC-Treuhand 2 »)¹². Ces deux arrêts réaffirment les principes établis par le Tribunal dans le cadre de l'affaire *AC-Treuhand 1*.

C. ICAP : une sanction record pour un facilitateur

L'affaire *YIRD*¹³ a marqué un tournant dans la pratique de la Commission à l'égard des facilitateurs. En effet, la Commission a imposé une très lourde amende (14,9 millions d'euros) à ICAP, un courtier ayant facilité la mise en œuvre d'une entente entre plusieurs banques.

L'entente portait sur des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens indexés sur le JPY LIBOR. Le JPY LIBOR est un panier de taux d'intérêt de référence établi et publié par la British Bankers Association (BBA) et utilisé pour de nombreux produits financiers libellés en yens. Le JPY LIBOR est calculé à partir des offres de prix présentées quotidiennement par un panel composé de membres de la BBA. Certaines banques membres de ce panel s'étaient ainsi entendues pour manipuler le taux du JPY LIBOR.

Selon la Commission, ICAP aurait facilité la mise en œuvre de cette entente de plusieurs manières. Premièrement, ICAP aurait influencé les offres quotidiennes de certaines banques membres du panel qui ne participaient pas à l'entente, en leur fournissant des informations erronées ou en utilisant ses contacts auprès de ces banques ; deuxièmement, ICAP aurait servi de courroie de transmission entre deux banques membres du cartel.

Dans le communiqué de presse accompagnant la décision, la commissaire à la concurrence Margrethe Vestager réitère l'avertissement lancé par la Commission dans l'affaire *AC-Treuhand 1* : « La décision prise ce jour d'infliger une amende au courtier ICAP envoie un signal fort indiquant que le fait d'aider des sociétés dans leurs activités collusoires a de graves conséquences »¹⁴.

(4) Affaire IV/30.064, *Cylindres en fonte et en acier moulés*, décision du 17 octobre 1983 (J.O., L 317, p. 1) ; affaire IV/29.725, *Pâte de bois*, décision du 19 décembre 1984 (J.O., 1985, L 85 p. 1) ; affaire IV/31.149, *Polypropylène*, décision du 23 avril 1986 (J.O., L 230, p. 1) ; affaire IV/31.866, *LdPE*, décision du 21 décembre 1988 (J.O., 1989, L 74, p. 21) ; affaire IV/C/33.833, *Carton*, décision du 13 juillet 1994 (J.O., L 243, p. 1). (5) Affaire COMP/E-2/37.857, *Peroxydes organiques*, décision du 10 décembre 2003 (résumé au J.O., 2005, L 110, p. 44). (6) Voy. communiqué de presse IP/03/1700. (7) Affaire COMP/E-2/37.857, *Peroxydes organiques*, décision du 10 décembre 2003, point 95. (8) IP/03/1700, « La Commission inflige une amende à des membres de l'entente sur les peroxydes organiques ». (9) Arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-99/04, EU:T:2008:256. (10) Affaire COMP/38.589, *Stabilisants thermiques*, décision du 11 novembre 2009. (11) Arrêt du 6 février 2014, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-27/10, EU:T:2014:59. (12) Arrêt du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. C-194/14 P, EU:C:2015:717. (13) Affaire AT.39.861, *Yen interest rate derivatives (YIRD)*, décision du 4 février 2015. (14) IP/15/4104, « La Commission inflige une amende de 14,9 millions d'euros au courtier ICAP pour sa participation à plusieurs ententes dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yen ».

Analyse

Cette sanction a été partiellement annulée le 10 novembre 2017 par le Tribunal¹⁵.

D. Eturas : sanction au niveau national

Dans une décision de 2012¹⁶, le conseil de la concurrence lituanien a sanctionné une entente entre agences de voyage. L'entente portait sur le niveau maximum des remises accordées pour des réservations effectuées via la plate-forme en ligne Eturas. Ces remises étaient limitées à 3 %.

Cette affaire illustre la diversité des scénarios de facilitation : en effet, selon le conseil de la concurrence, Eturas aurait facilité la mise en œuvre de l'entente, en apportant des modifications techniques à la plate-forme Eturas. Ces modifications imposaient une limitation systématique de taux de remise à 3 % (cette limitation pouvait toutefois être contournée, moyennant l'accomplissement de formalités techniques supplémentaires de la part des agences de voyage souhaitant octroyer des remises supérieures à 3 %). En conséquence, Eturas s'est vu imposer une sanction de 51.100 litas, soit approximativement 14.000 EUR.

2 Les fondements juridiques de l'extension du champ d'application de l'article 101 TFUE aux facilitateurs

L'article 101 TFUE prévoit que « [s]ont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur [...] ».

Cette formulation, qualifiée par certains de vague, a donné lieu à de nombreux débats sur l'opportunité d'étendre le champ d'application de l'article 101 TFUE aux facilitateurs de cartel. En effet, la question se pose de savoir si la notion d'accord d'entreprises au sens de cette disposition vise tous les participants ayant contribué, de quelque manière que ce soit au cartel (conception unitaire) ou bien seulement les auteurs de l'infraction, et non leurs complices actifs sur différents marchés (conception bipolaire)¹⁷.

Dans ses conclusions présentées dans le cadre de l'affaire *AC-Treuhand 2*, l'avocat général Wahl s'était fermement opposé à la reconnaissance de la responsabilité des facilitateurs. Cette position était fondée sur une interprétation téléologique de l'article 101 TFUE, qui, selon l'avocat général, a pour but la protection du libre jeu de la concurrence sur un marché donné. Aussi, « [...] l'identification d'une restriction de concurrence suppose qu'il soit avéré, au terme de l'analyse économique, que l'entreprise visée a, par son comportement, renoncé, en tout ou en partie, à constituer une contrainte, caractéristique d'une concurrence effective, pour les autres opérateurs du ou des marchés concernés —

et ce en définitive au détriment de l'efficacité économique et du bien-être des consommateurs. Un comportement non restrictif de concurrence, au sens précédemment rappelé, aussi moralement ou éthiquement répréhensible soit-il, ne peut, en revanche, tomber sous le coup des prohibitions consacrées par le droit de l'Union »¹⁸.

En d'autres termes, selon l'avocat général, la notion d'accord au sens de l'article 101 TFUE implique une limitation réciproque de la liberté d'action sur un même marché. Dans ces conditions, AC-Treuhand, qui n'était pas active sur le marché affecté par le cartel (marché de la production de peroxyde organique) n'était pas en mesure de limiter sa liberté d'action sur ce marché et, partant, ne saurait être sanctionnée sur le fondement de l'article 101 TFUE.

Dans son arrêt du 22 octobre 2015, la Cour a rejeté les arguments de l'avocat général Wahl et prôné une interprétation plus large de l'article 101 TFUE. La Cour a considéré que, contrairement aux affirmations de l'avocat général, la notion d'accord au sens de l'article 101 TFUE n'implique pas une limitation réciproque de la liberté d'action sur un marché sur lequel seraient présentes l'ensemble des parties, mais seulement une volonté concordante de deux parties au moins. Aussi, il importe peu que ces parties soient actives sur le même marché, ou soient capables d'exercer une pression concurrentielle l'une sur l'autre. Toute autre interprétation de l'article 101 TFUE serait susceptible, selon la Cour, de réduire la pleine efficacité de cette disposition¹⁹.

3 Les conditions d'engagement de la responsabilité des facilitateurs

Les conditions d'engagement de la responsabilité des facilitateurs sont identiques à celles de n'importe quel membre d'un cartel : l'entreprise concernée doit avoir « entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et [avoir eu] connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou [pouvoir] raisonnablement les prévoir et [être] prête à en accepter le risque »²⁰. On retrouve là le test élaboré dans le cadre des infractions uniques et continues²¹.

Si le test est déjà connu, son application à des facilitateurs de cartel a soulevé un certain nombre de questions spécifiques, que nous examinons ci-dessous.

A. Preuve de la connaissance ou de la capacité de raisonnablement prévoir l'existence d'une collusion

La connaissance par le facilitateur de l'existence d'une collusion doit en principe être prouvée par la Commission. Ainsi, dans l'affaire *AC-Treuhand 1*, le Tribunal a considéré que la Commission avait démontré à suffisance de droit qu'AC-Treuhand avait connaissance de l'existence du cartel. En effet, AC-Treuhand conservait une copie des accords de cartel dans ses locaux ; AC-

(15) Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a. c. Commission*, aff. T-180/15, EU:T:2017:795. (16) Décision du 7 juin 2012, Conseil de la concurrence lituanien. (17) Arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, T-99/04, EU:T:2008:256, point 117. (18) Conclusions de l'avocat Général Wahl présentées le 21 mai 2015 dans l'affaire C-194/14P, *AC-Treuhand c. Commission*, ECLI:EU:C:2015:350, point 1. (19) Arrêt du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 36. (20) Arrêt du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 30. (21) Arrêt du 8 juillet 1999, *Commission c. Anic Participazioni*, aff. C-49/92 P, EU:C:1999:356.

Treuhand calculait et communiquait aux membres du cartel les déviations des accords de quota ; AC-Treuhand assistait à certaines réunions de cartel et se chargeait du remboursement des notes de frais afférentes à ces réunions afin d'éviter la création de preuves²².

Par ailleurs, le Tribunal a considéré que, de par la nature de son activité de consultant économique, AC-Treuhand ne pouvait pas ignorer l'objectif anticoncurrentiel de l'entente²³. À cet égard, l'arrêt semble instaurer une présomption plus générale de connaissance pour les entreprises dont « l'activité économique et l'expertise professionnelle [leur] permettent de ne pas pouvoir ignorer le caractère anticoncurrentiel des comportements en cause ».

Cette formulation est vague et potentiellement large. Elle suggère que, dans de nombreux cas (à commencer, probablement, par les sociétés spécialisées dans l'agrégation de données), la Commission n'aurait pas à apporter la preuve que le facilitateur avait conscience de l'existence d'une collusion. À noter toutefois : à notre connaissance, la Commission ne s'est jamais fondée exclusivement sur cette présomption pour établir la responsabilité d'un facilitateur.

B. Deuxième condition : intention de contribuer à la collusion

La preuve de l'intention anticoncurrentielle est soumise à une exigence de preuve limitée. Ainsi, le Tribunal a rappelé que l'intention anticoncurrentielle découle de la simple approbation tacite de l'entente et de l'absence de distanciation publique²⁴.

Par ailleurs, l'intention anticoncurrentielle ne se confond pas avec le mobile du facilitateur, qui est souvent différent de celui des membres du cartel. Par exemple, dans l'affaire *YIRD*, ICAP a fait valoir devant le Tribunal que sa seule intention avait été la satisfaction du client unique de l'un de ses courtiers et non la participation à une infraction au droit de la concurrence.

Sans grande surprise, le Tribunal rejette l'argument en bloc : « l'argumentation des requérantes repose sur une confusion entre les mobiles d'ICAP, lesquels ont pu effectivement consister en le souhait de satisfaire les demandes d'un trader, et la conscience de ce que son comportement avait pour objectif de faciliter la manipulation des taux du JPY LIBOR »²⁵.

C. Troisième condition : contribution aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants

Là encore, cette condition s'apprécie de manière large. Ainsi, la simple contribution à la mise en œuvre de l'entente, « même de façon subordonnée, accessoire ou passive, par exemple par une approbation tacite et par une absence de dénonciation de cette entente aux autorités »²⁶, suffira à remplir cette condition. De même, ne pas avoir participé à tous les éléments constitutifs de l'entente, ou avoir joué un rôle mineur n'est pas pertinent dans la détermination de la responsabilité, mais sera éventuellement pris en compte au stade la détermination du niveau de la sanction.

En pratique, toutefois, la Commission semble avoir appliqué un standard de preuve plus élevé pour caractériser la contribution effective du facilitateur à l'entente. Ainsi, dans l'affaire *AC-Treuhand 1*, la Commission a relevé qu'AC-Treuhand avait joué un rôle « crucial » dans l'organisation du cartel, dans lequel il était « activement impliqué ». Ses missions « allaient au-delà du simple recueil et traitement de données [...] et au-delà du rôle de simple secrétariat », comme illustré par la présence d'AC-Treuhand à certaines réunions de cartel ou le calcul par AC-Treuhand des déviations des accords de cartels²⁷.

De la même manière, dans l'affaire *YIRD*, le Tribunal a retenu qu'ICAP avait eu un « rôle central » dans la mise en œuvre de l'infraction²⁸. En effet, comme indiqué précédemment, le cartel en cause visait à manipuler le taux du JPY LIBOR. Or, ce taux est calculé à partir des soumissions des banques membres du panel JPY LIBOR. Dès lors, la seule entente entre banques membres du panel et du cartel n'était pas suffisante pour manipuler le taux ; une coordination entre un plus grand nombre de banques membres du panel était nécessaire. ICAP avait pallié à cette difficulté, en influençant les niveaux de soumissions de certaines banques membres du panel qui ne participaient pas à l'entente. Ainsi, le Tribunal a retenu qu'il existait « une très grande complémentarité entre le comportement des banques concernées et celui d'ICAP »²⁹.

4 Calcul des amendes

L'imposition de sanctions en matière de facilitation soulève deux questions importantes : d'une part, les modalités pratiques de calcul des amendes, et, d'autre part, le niveau de ces amendes.

A. Modalités pratiques de calcul des amendes

Les lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes se fondent sur la valeur des ventes réalisées sur le marché affecté par l'infraction pour calculer le montant de base de l'amende. Cette valeur n'est pas pertinente pour déterminer le montant de l'amende imposée à un facilitateur, qui ne réalise normalement pas de ventes sur le marché affecté.

Dans ces conditions, la Commission fait usage de la possibilité prévue au paragraphe 37 des lignes directrices, qui prévoit que « les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte [des lignes directrices] ». Cette disposition est cependant totalement inutile quant à la détermination d'une approche à adopter à l'égard d'un facilitateur de cartel. Ainsi, à défaut de pouvoir s'appuyer sur une quelconque méthode prévue par les lignes directrices, la Commission n'a d'autre choix que de se référer à l'article 23.3 du règlement 1/2003³⁰, qui prévoit que « pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci ». La gravité renvoie à la fois à la gravité

(22) Arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-99/04, EU:T:2008:256, point 153. (23) Arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-99/04, EU:T:2008:256, point 156. (24) Arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-99/04, EU:T:2008:256, point 134. (25) Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a. c. Commission*, aff. T-180/15, EU:T:2017:795, point 181. (26) Arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-99/04, EU:T:2008:256, point 133. (27) COMP/E-2/37.857, *Peroxydes organiques*, décision du 10 décembre 2003, point 95. (28) Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a. c. Commission*, aff. T-180/15, EU:T:2017:795, point 171. (29) Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a. c. Commission*, aff. T-180/15, EU:T:2017:795, point 180. (30) 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 [CE] et 82 [CE] (*J.O.*, 2003, L 1, p. 1).

Analyse

du cartel et à l'étendue de la participation du facilitateur³¹. Cependant, là encore, la Commission ne dispose que de peu de paramètres tangibles pour fixer une amende à l'encontre d'un facilitateur de manière transparente et objective.

Cette absence de méthodologie détaillée pour le calcul de l'amende est susceptible de rendre le calcul des amendes particulièrement opaque pour les facilitateurs. Cette opacité a d'ailleurs été identifiée et sanctionnée dans l'affaire *YIRD*, dans laquelle ICAP avait écopé d'une amende record pour son rôle de facilitateur. En effet, le Tribunal a considéré que, si la Commission avait suffisamment motivé sa décision de s'éloigner de la méthodologie prévue par les lignes directrices, elle n'avait en revanche pas justifié à suffisance de droit sa méthode alternative de calcul. Aussi, le Tribunal a annulé l'amende imposée à ICAP³².

B. Niveau des amendes

Après l'imposition d'une amende « symbolique » à AC-Treuhand dans l'affaire *Peroxyde organique*, en raison de la nouveauté du concept de facilitateur, la Commission a ensuite fait preuve d'une sévérité marquée à l'égard des entreprises ayant facilité la mise en œuvre d'un cartel. Ainsi, dans l'affaire *Stabilisants thermiques*, elle a imposé à AC-Treuhand deux amendes de 174.000 EUR, soit un total de 348.000 EUR, supérieur au plafond de 10 % du chiffre d'affaires de la société ; de même, dans l'affaire *YIRD*, ICAP s'est vu imposer une amende record de 14,9 million d'euros.

Par ailleurs, il est peu probable que l'annulation récente par le Tribunal de l'amende imposée à ICAP mette un terme à l'augmentation progressive des amendes imposées aux facilitateurs. En effet, l'annulation n'est pas fondée sur le caractère excessif du montant de l'amende mais sur la motivation insuffisante concernant la méthodologie de calcul suivie par la Commission. En outre, l'arrêt du Tribunal n'est pas définitif, puisque la Commission a introduit un pourvoi contre cet arrêt devant la Cour.

Conclusion : une vigilance toute particulière requise pour les entreprises fournissant des services d'intermédiation

En l'état actuel de la jurisprudence, les entreprises facilitant la mise en œuvre d'un cartel font face à un risque élevé : le principe de la responsabilité des facilitateurs a été clairement établi par la Cour, et la Commission n'a pas hésité à imposer des amendes lourdes.

Cette conclusion n'est, à notre sens, pas remise en cause par l'annulation récente de l'amende imposée par la Commission à ICAP. En effet, et comme mentionné plus haut, cette annulation n'est *a priori* pas fondée sur le caractère excessif du montant de l'amende ; l'arrêt du Tribunal prononçant cette annulation est par ailleurs actuellement frappé d'un pourvoi devant la Cour.

Dans ces conditions, les sociétés fournissant des services d'intermédiation (sociétés de conseil, agrégateurs de données, courtiers, plates-formes en ligne, etc.) mais aussi les associations professionnelles doivent faire preuve d'une vigilance renforcée, et ce même alors qu'elles n'opèrent pas sur le(s) marché(s) des sociétés pour le compte desquelles elles agissent. Ainsi, ces opérateurs seraient bien avisés de former leurs équipes au droit de la concurrence et à l'identification d'ententes anticoncurrentielles ; de la même manière, il pourra être opportun pour l'intermédiaire d'évoquer en amont de la mission la question du respect des règles de la concurrence avec les entreprises qui font appel à ses services. On remarquera à cet égard qu'il est de plus en plus fréquent dans les contrats de prestation de tels services de rencontrer des clauses imposant au prestataire mais aussi aux entreprises concernées des obligations strictes en la matière.

(31) Voy. par exemple affaire COMP/38.589, *Stabilisants thermiques*, décision du 11 novembre 2009 dont un résumé est publié au *Journal officiel* du 12 novembre 2010 (J.O., C 307, p. 9), point 748. (32) Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a. c. Commission*, aff. T-180/15, EU:T:2017:795, points 286 et s.