

UN AN DE JURISPRUDENCE EN DROIT FRANÇAIS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Emmanuelle Claudel

Professeur à L'université Paris X Nanterre

Co-directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE)

Ce texte est la version écrite d'une communication plus succincte présentée par Madame le Professeur Emmanuelle Claudel, lors de la journée de l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC) du 18 janvier 2005.

1. Un mot tout d'abord pour remercier chaleureusement les organisateurs de ce colloque de m'avoir confié la tâche de vous présenter un bilan de la jurisprudence en droit français des pratiques anticoncurrentielles en 2004. C'est une tâche difficile mais passionnante, qui permet de porter un regard d'ensemble sur l'évolution de la matière.

2. Quelques chiffres, tout d'abord.

Je commencerai par le nombre de décisions rendues. J'en ai dénombré 120, 79 émanant du Conseil de la concurrence (le chiffre est stable par rapport à l'année précédente), 28 de la Cour d'appel de Paris (ce chiffre est également stable) et 13 de la Cour de cassation intervenant sur recours contre les décisions de la Cour d'appel de Paris.

Le Conseil s'est saisi 7 fois d'office ¹. Il a été saisi 27 fois par le ministre de l'économie. Les autres saisines ont été l'œuvre d'entreprises, d'associations, ou de groupements professionnels.

Sur les 79 décisions rendues par l'autorité régulatrice, 24 ont débouché sur des non lieu, 16 sur des rejets, 26 sur des sanctions pécuniaires (pour un total d'environ 43.000.000 d'euros, mais ce chiffre serait à vérifier), soit un chiffre nettement accru par rapport à l'année 2003 (19 décisions en ce sens). Parmi celles-ci, quatre ont fait application de la nouvelle procédure de transaction ². Seules deux décisions de mesures conservatoires ont été accordées ³ Il faut y ajouter deux décisions ayant décidé un transfert de l'affaire au Parquet ⁴ et quatre décisions de publication ⁵.

Parmi toutes ces décisions, neuf ont fait l'objet d'un communiqué de presse ⁶.

Des pratiques d'ententes ont été examinées dans une quinzaine de cas ; des abus de position dominante dans quatorze et des abus de dépendance économique dans deux.

3. Ces points précisés, qui donnent un premier perçu, il faut rentrer dans le vif du sujet. Un « zoom arrière » sur les décisions rendues permet de dresser les grands mouvements de cette année 2004, qui révèle un droit en mutation (I). Un « zoom avant » nous permettra ensuite de rentrer dans le détail du contentieux (II)

¹ Décisions n°04-D-6, 04-D-19, 04-D-24, 04-D-34, 04-D-49, 04-D-53 et 04-D-65

² Décisions 04-D-30, 04-D-37, 04-D-4 et 04-D-65

³ Décisions 04-MC-01 et 04-MC-02. Neuf décisions ont refusé d'accorder des mesures conservatoires (parmi lesquelles cinq sous réserve d'un examen au fond ultérieur).

⁴ Décisions 04-D-04 et 04-D-39.

⁵ Décisions 04-D-09, 04-D-25, 04-D-43 et 04-D-49.

⁶ Décisions 04-D-7, 04-D-13, 04-D-18, 04-D-32, 04-D-48, 04-D-54, 04-D-79, 04-MC-1 et 04-MC-02.

I – Perspectives du droit français des pratiques anticoncurrentielles en 2004 : un droit en mutation

4. Le droit français des pratiques anticoncurrentielles me semble avoir connu en 2004 une double mutation. Il fait, d'une part, l'objet d'une communautarisation croissante car il doit s'adapter à la « nouvelle philosophie du droit communautaire (A). Il incarne, d'autre part, la nouvelle fonction impartie au Conseil de la concurrence et les nouvelles relations qui unissent cette autorité avec les entreprises, ceci par le vecteur de la transaction (B).

A) Un droit qui s'adapte à la nouvelle philosophie du droit communautaire

5. Le droit communautaire de la concurrence a été considérablement renouvelé par le règlement 1/2003 du 16 déc. 2002⁷. Le droit français ne pouvait rester étranger à ce mouvement. Même si l'on sort ici du cadre de la jurisprudence, on ne peut manquer d'évoquer les textes d'adaptation à cette nouvelle réalité communautaire (1). La pratique décisionnelle du Conseil en est également affectée (2).

1) Une adaptation des textes : les ordonnances de 2004

6. Deux ordonnances d'importance ont été adoptées en 2004.

La première ne sera qu'évoquée, c'est l'ordonnance du 25 mars 2004⁸, qui introduit en France une règle *de minimis*. Les seuils retenus sont sensiblement les mêmes que ceux figurant dans la communication de la Commission du 22 décembre 2001 : ils sont de 10 % des parts de marché lorsque des entreprises sont concurrentes, de 15% dans le cas inverse. Cette ordonnance ajoute au Code de commerce un nouvel article L. 464-6-1, qui ouvre un nouveau cas permettant au Conseil de la concurrence de prononcer un non lieu.

7. L'ordonnance du 5 novembre 2004⁹ portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire est quant à elle très riche, sans pour autant introduire de véritable révolution. Nous la présenterons succinctement.

- L'ordonnance revient sur la création (toujours attendue) de tribunaux spécialisés en droit de la concurrence, en étendant leur compétence aux litiges relatifs à l'application des articles 81 et 82 CE (article L. 420-7 Code comm. modifié).
- Des dispositions sont introduites pour améliorer les enquêtes, perquisitions et saisies et faciliter la coopération avec la Commission et les autres autorités nationales de la concurrence (art. L. 450-4 Code comm.)
- Elle modifie les règles sur la prescription, en calquant la durée de celle-ci sur celle qui prévaut en droit communautaire, à savoir cinq ans¹⁰ (art. L. 462-6) .

⁷ JOCE du 27 avril 2004.

⁸ JORF du 25 mars 2004, p. 5871.

⁹ JO n° 287 du 14/12/04 p. 20857. Pour des commentaires de cette ordonnance, V. P. Arhel, Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence, JCP éd. E du 16 nov. 2004, n° 1857, p. 2010 ; L. Idot, Europe déc. 2004, n° 405, p. 26 ; M. Malaurie Vignal, Contrats conc. consom. déc. 2004, n° 178, p. 27 ; E. Claudel, RTDCom. 2005/1, p. 60 et s. ; C. Momège, RDLC n° 1-2005, p. 103.

¹⁰ Mais une particularité du droit français demeure : il s'agit toujours d'une prescription de l'action et non seulement de la sanction comme c'est le cas en droit communautaire

- Un nouveau cas d'interruption de la prescription est introduit, pour tenir compte du réseau européen de la concurrence qui vient d'être instauré : la prescription est désormais interrompue si les faits faisant l'objet de la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission ou une autre autorité nationale de la concurrence. (art. L. 462-7)
- Le réseau européen de la concurrence organisé par le règlement 1/2003 et la répartition des tâches entre autorités nationales de la concurrence sont également pris en compte à travers la faculté pour le Conseil de rejeter la saisine lorsqu'il est informé qu'une autre autorité nationale de la concurrence ou la Commission a traité les mêmes faits ou traite les mêmes faits lorsqu'ils relèvent des articles 81 et 82 CE (art. L. 462-8 Code com.). Le Conseil peut dans les mêmes cas prononcer la clôture d'une affaire dont il s'était saisi d'office. Par ailleurs, les textes organisent la transmission à la Commission d'un résumé de l'affaire et d'un document exprimant les orientations envisagées, étant précisé qu'il pourra s'agir de la notification des griefs ou du rapport.
- Une meilleure protection du secret des affaires est organisée : les pièces concernées seront occultées et une annexe confidentielle pourra être jointe au dossier, dont la transmission est strictement encadrée.
- Une procédure d'engagements est introduite. Il s'agit là d'une innovation majeure, qui permettra au Conseil de clore une procédure si les entreprises ont pris des engagements de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles (art. L. 464-2 modifié)¹¹.
- Le Conseil pourra prononcer des astreintes pour obliger à respecter les décisions d'injonction, ou les engagements pris.
- Enfin, le Conseil pourra être saisi pour avis par les juridictions à propos des articles 81 et 82.

2) *Une adaptation de la pratique décisionnelle*

8. La pratique décisionnelle s'adapte à cette nouvelle donne : les autorités nationales assument bien la décentralisation du droit communautaire (a) ; elles font fréquemment référence au droit communautaire (b) et notamment au seuil *de minimis* (c).

a- Une décentralisation bien assumée : un refus fréquent de surseoir à statuer¹²

9. A de nombreuses reprises, les entreprises ont tenté d'obtenir du Conseil qu'il sursoie à statuer au motif qu'elles ont notifié leurs pratiques à la Commission. Leur demande est rejetée : la notification est sans effet dès lors que la Commission n'a pas engagé de procédure

¹¹ Sur des applications récentes de cette nouvelle procédure, V. E. Claudel, RTDCom 2005-2, à paraître

¹² Décision 04-D-17 du 11 mai 2004, AOL, BOCCRF du 6 sept. 2004, p.568 ; RDLC, n° 1, p. 60, note D. Spector ; Contrats conc. consom. nov. 04, n° 26, note S. Poillot-Peruzzetto. ; Communication commerce électronique juillet août 2004, n° 95, note G. Decoq ; 04-D-19 du 19 mai 2004, *Pratiques d'électricité de France* ; 04-D-76 du 22 décembre 2004, *Saisine de la société Digitechnique contre Microsoft*, à paraître au BOCCRF, RDLC 2004 n°1, p. 62, note A. Wachsmann, RTDCom 2005-1, p.67, note E. Claudel ; Cour d'appel de Paris 21 sept. 2004, *Automobiles Peugeot*, BOCCRF du 8 nov. 2004 ; RLC n°1, p. 93, note B. Cheynel ; RDLC n°1-2005, p. 108, note C. Momège.

¹³. Le Conseil précise par ailleurs que le silence gardé par la Commission ne vaut pas approbation du système ¹⁴.

En revanche, lorsqu'il y a eu ouverture d'une procédure par la Commission, le Conseil ne peut que surseoir à statuer ¹⁵ : il l'a fait par exemple dans l'affaire *Microsoft* ¹⁶. Par ailleurs, lorsque la Commission est intervenue et a jugé que la pratique n'est pas contraire au droit communautaire, le principe de primauté joue et le Conseil ne peut que prendre acte de la décision ¹⁷.

10. Qu'en est-il lorsque ce n'est pas le Conseil qui est concerné par une demande de sursis à statuer mais une juridiction ? La réponse est apportée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004, *Automobiles Peugeot* ¹⁸. Elle estime inutile de surseoir dans cette affaire, au motif qu'il n'existe pas de risque de contrariété de décision. La réponse est conforme au règlement 1/2003, sur lequel la Cour d'appelle, et à la communication de mars 2004 concernant les relations entre la Commission et les juridictions.

b- Une référence constante au droit communautaire ¹⁹

11. L'année 2003 avait déjà été marquée par la fréquence des références au droit communautaire. Un constat similaire peut être dressé en 2004. Le Conseil de la concurrence, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation se réfèrent volontiers aux textes communautaires (règlement 1/2003, règlement 2470/99 et lignes directrices diverses) et à la jurisprudence communautaire pour justifier leurs solutions. On envisagera deux hypothèses.

12. La première est celle où l'application du droit communautaire s'impose.

On sait en effet que le règlement 1/2003 fait obligation aux autorités et juridictions nationales internes d'appliquer le droit communautaire lorsque le commerce entre Etats membres est affecté (article 3 point 1). Cette disposition oblige les instances nationales, à chaque saisine ou auto-saisine (pour le Conseil), à s'interroger sur l'applicabilité du droit communautaire.

En cas de réponse positive, deux possibilités s'ouvrent :

- le droit communautaire peut-être appliqué à titre exclusif. Le cas est rare, mais il s'est illustré dans une décision du Conseil du 22 décembre 2004 ²⁰, à propos de la livraison de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation. L'abus de position dominante invoqué n'a cependant pas été retenu dans cette affaire.

¹³ Décision 04-D-05 du 24 février 2004, *Pratiques mises en œuvre par les laboratoires pharmaceutiques*, BOCCRF du 4 mai 2004, Europe juillet 2004, note L. Idot.

¹⁴ Décision 04-D-06 du 24 février 04, *Pratiques mises en œuvre par société laboratoire Glaxomithkline*, BOCCRF du 4 mai 2004.

¹⁵ Cour d'appel de Paris 21 sept. 2004, *SPEA*, BOCCRF du 8 nov. 2004 p. 733, RLDC n°1, p. 93, note B. Cheynel.

¹⁶ Décision 04-D-76 du 22 décembre 2004, *Saisine de la société Digitechnique contre Microsoft*, précitée..

¹⁷ Pour exemple, V. décision 04-D-19, *Pratiques d'électricité de France*, BOCCRF du 8 nov. 2004, p. 660.

¹⁸ BOCCRF du 8 nov. 2004, RLDC n°1, p. 89, note V. Michel Amsellem.

¹⁹ Pour une application exclusive du droit communautaire : 04-D-77 du 22 décembre 2004, *Saisine de la société Productiv*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 204.

Pour une application parallèle du droit communautaire et du droit national : V. décisions 04-D-5, 04-D-06, 04-D-07, 04-D-19, 04-D-22, 04-D-26, 04-D-32, 04-D-48, 04-D-49, 04-D-54, 04-D-67, 04-D-73, 04-D-74

Pour un visa du règlement 1/2003 : V. décision 04-D-74

Pour des applications par la Cour d'appel de Paris du règlement 2470/99 : V. Cour d'appel de Paris 4 mai 2004, *Suzuki et autres*, BOCCRF du 8 nov. 2004, p. 715.

²⁰ Décision 04-D-77 du 22 décembre 2004, *Saisine de la société Productiv*, précitée.

- le droit communautaire peut aussi, c'est le cas le plus fréquent, être appliqué parallèlement au droit national. Les textes nationaux sont alors visés à côté des articles 81 et 82. Les illustrations sont nombreuses²¹.

13. Mais il arrive aussi que le contentieux ne relève pas du droit communautaire, et que, cependant, le Conseil et ses autorités de contrôle y fassent référence à titre de grille d'analyse. Les années précédentes avaient déjà illustré cette tendance²². On la retrouve cette année. Est ainsi utilisé le règlement 2470/99 sur les restrictions verticales²³. La communication *de minimis* est également sollicitée. Mais ici, une ambiguïté se fait jour.

c- La théorie *de minimis* entre deux ordres juridiques

14. Jusqu'à récemment, la théorie du seuil de sensibilité, si elle était consacrée en jurisprudence était sans fondement juridique en droit français. Il était alors fréquent que les autorités françaises se réfèrent à la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure du 22 décembre 2001 à titre de grille d'analyse²⁴. Il arrivait aussi que le fondement de la solution ne soit pas précisé²⁵.

15. Nous avons vu cependant que l'ordonnance du 25 mars 2004 avait consacré cette théorie²⁶. La Cour d'appel de Paris a énoncé, dans un arrêt du 26 octobre 2004, *Secteur de la boulangerie*, que les nouvelles dispositions de l'article L. 464-6-1 sont d'application immédiate²⁷. En effet, elles instituent un régime plus favorable au bénéfice des entreprises. L'embarras naît pourtant : deux décisions du Conseil du même jour, appliquent, l'une les dispositions nouvelles²⁸, l'autre à la communication de la Commission, et ce à titre de grille d'analyse²⁹. Les voies du Conseil sont quelquefois impénétrables...

B) Un droit de plus en plus négocié : le développement de la transaction

16. Rappelons que la loi Nouvelles réglementations économiques du 15 mai 2001 a introduit en France la procédure de transaction³⁰. Le nouvel article L. 464-2.II du code de commerce

²¹ Décisions 04-D-05, 04-D-06, 04-D-07, 04-D-19, 04-D-22, 04-D-26, 04-D-32, 04-D-48, 04-D-49, 04-D-54, 04-D-67, 04-D-73, 04-D-74. V. également Cour d'appel de Paris 21 sept. 2004, *Automobiles Peugeot*, précit.

²² V. cette revue

²³ La pratique a été validée par la Cour d'appel de Paris le 29 juin 2004, *Horlogerie de luxe*, BOCCRF 6 sept. 2004, p. 625.

²⁴ Pour exemple, V. décision 03-D-53, *Biotherm*, BOCCRF du 13 fév. 2004.

²⁵ V. décisions 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, BOCCRF du 4 mai 2004, communiqué de presse du 12 mars 2004 ; Contrats, conc. consom. mai 2004, note M. M-V ; RTDCom. 2004/3, p. 455, note E. Claudel, D. 2004, AJ p. 1083, note E. Chevrier ; 04-D-14 du 20 avril 2004, *Keguelin*, BOCCRF du 6 oct. 2004, p. 553, Contrats conc. consom. juillet 2004, n° 110, note M. Malaurie-Vignal.

²⁶ Cf. *supra*.

²⁷ A paraître au BOCCRF, RDLC n°1-2005, p. 57, note M. Van Der Woude. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris a cependant refusé le bénéfice *de minimis* aux entreprises au motif que leurs pratiques (fixation de prix) constituent des restrictions caractérisées à la concurrence (art. L. 464-6-2).

²⁸ Décision 04-D-63 du 30 novembre 2004, *Secteur des activités annexes des stations services*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 217 ; RDLC n°1-2005, p. 57, note E. Claudel.

²⁹ Décision 04-D-64 du 30 novembre 2004, *Secteur des appareils électrodomestiques*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 220.

³⁰ Sur cette question, V. commentaires au JCP éd. E n° 1739, note Ch. Caron et V. Michel Amselem, RDLC n°1-2004, p. 89 et s.

permet aux entreprises, lorsqu'elles ne contestent pas la réalité des griefs formulés contre elles, et prennent des engagements pour l'avenir tendant à remédier au dysfonctionnement de la concurrence, d'obtenir une réduction de la sanction encourue. Cette procédure avait fait l'objet d'une première application remarquée en 2003, dans l'affaire des *Calculatrices à usage scolaire*. Elle se développe en 2004, puisque quatre affaires se sont soldées par une transaction : la décision 04-D-30, *Marché public du transport scolaire en haute Corse*³¹, 04-D-37, *Pompes funèbres du Val de Marne*³², 04-D-42, *Marché de la construction de la cathédrale de Tréguier*³³, et 04-D-65, *Pratiques mises en œuvre par la Poste*³⁴. Les enseignements de ces décisions sont multiples (1) mais certains apports sont contestés (2).

1) Les précisions apportées en 2004

a- Quant au champ de la transaction : une application à la procédure simplifiée

17. Dans une décision du 27 juillet 2004, *Pompes funèbres du Val de Marne*, le Conseil a déclaré que la procédure de transaction s'applique à la procédure simplifiée.³⁵ Il a indiqué la méthode à suivre : il faut d'abord appliquer les règles sur la transaction (plafond de la sanction divisée par deux, calcul de l'amende qui aurait été appliquée, application du taux de réfaction) puis, si le chiffre obtenu est supérieur au plafond de la procédure simplifiée, il faut appliquer ce plafond. On peut alors se demander quel est l'intérêt de la transaction....

b- Quant aux conditions de la transaction : existence d'une communication de griefs et non contestation des griefs

18. Première condition de la transaction : l'entreprise ne doit pas contester la réalité des griefs formulés contre elles. Cette condition se dédouble. Il faut en premier lieu, et la règle est d'évidence, que des griefs aient été formulés, ce qui n'est pas le cas si c'est un non lieu qui est proposé³⁶. Il faut, en second lieu, que l'entreprise ne les contestent pas. Dans une décision 04-D-42, *Cathédrale de Tréguier*, le Conseil a précisé que l'entreprise ne devait, ni contester la réalité des griefs formulés contre elle, ni la qualification retenue au regard du droit interne et/ou du droit communautaire, ni l'imputabilité des griefs³⁷. En revanche, il est possible de

³¹ Décision 04-D-30, du 7 juillet 2004, *Marchés publics de transport scolaire en Haute Corse*

³² Décision 04-D-37 du 27 juillet 2004, *Pompes funèbres du Val de Marne*, précitée.

³³ Décision 04-D-42 du 4 août 2004, *Marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier*, précitée

³⁴ Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004, *Pratiques mises en œuvre par la Poste*, RDLC n°1-2005, p. 107, note V. Michel Amsellem ; RTDCom 2005-1, p.68, note E. Claudel, RDLC n° 1-2005, p. 68, note C. Prieto.

³⁵ Décision 04-D-37 du 27 juillet 2004, *Pompes funèbres du Val de Marne*, précitée. Depuis, la Cour d'appel de Paris a manifesté son embarras en la matière et a décidé de demander son avis à la Cour de cassation sur cette question (Cour d'appel de Paris 22 février 2005, RG n°2004/14273, à paraître au BOCCRF)

³⁶ Décision 04-D-76 du 22 décembre 2004, *Digitechnique contre Microsoft*, précitée. L'entreprise Digitechnique reprochait au Conseil de ne pas avoir incité la société Microsoft à engager des pourparlers transactionnels avec elle. La réponse du Conseil lui répond qu'il « n'est pas compétent pour organiser ou favoriser des discussions entre un saisissant ou une entreprise qu'il met en cause dans le but de réparer le dommage éventuellement subi, même dans l'hypothèse où le dommage serait causé par la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle »

³⁷ Décision 04-D-42 du 4 août 2004, *Cathédrale de Tréguier*, précitée.

contester les éléments d'appréciation de la sanction : l'entreprise peut discuter de la gravité de sa pratique, du dommage à l'économie et arguer de sa situation personnelle ³⁸.

19. Deuxième condition : l'entreprise doit prendre l'engagement de modifier ses comportements à l'avenir. Les engagements pris sont très divers : engagements de ne plus faire (ne plus se concerter, ne plus échanger d'informations stratégiques, ne plus diffuser de tarifs, ne plus pratiquer des remises de couplage...); engagements de faire (modifier ses locaux, modifier ses conditions générales de vente...). Les décisions font état également d'engagement pris par l'entreprise en cause de « communiquer » avec ses salariés ou ses partenaires afin de leur indiquer quelles sont les pratiques à éviter et qu'elles sont les « bonnes pratiques ».

c- Quant au taux de la réfaction : le pouvoir d'appréciation du Conseil

20. Le point de départ de la discussion est né avec l'affaire des *calculatrices à usage scolaire*. Dans cette affaire, le Conseil avait appliqué un taux de réfaction de 20%, alors que le rapporteur avait négocié avec les entreprises un taux de 50%. La Cour d'appel de Paris a validé cette décision, au motif que « qu'il ne se déduit pas des termes de l'article L. 464-2 II du Code de commerce que l'engagement pris par procès verbal par le rapporteur général du Conseil devait conduire la société Texas Instrument à tenir pour acquis que la proportion de réduction de la sanction émise par celui-ci serait purement et simplement entérinée par le Conseil » ³⁹. Le Conseil est donc libre de ne pas suivre les préconisations de son rapporteur.

21. Si l'on fait un bilan des décisions ayant appliqué la procédure de transaction, on constate que les taux de réfaction appliqués ont été assez divers. Un taux de 50% a été appliqué dans deux affaires ⁴⁰. Dans la décision 04-D-65, c'est un taux de 90% qui a été appliqué. Le Conseil s'en explique : « dans certaines situations de marché, les engagements pris par une entreprise en position dominante peuvent avoir, pour le respect des règles concurrentielles, une plus grande efficacité que les sanctions, en particulier si ces engagements traduisent une modification substantielle des pratiques de cette entreprise et si les autorités de concurrence sont mises en mesure d'en apprécier l'application effective ». Le taux de réfaction appliqué est donc largement imprévisible.

2) Les points contestés : une atteinte au principe du contradictoire et imprévisibilité de la décision ?

22. Ces différentes décisions ont généré des discussions assez nourries. La procédure de transaction serait tout d'abord imprévisible pour les entreprises qui s'y soumettent. Le principe du contradictoire serait en outre bafoué puisque l'entreprise a négocié sur des mauvaises bases. Ce grief a été rejeté par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire des

³⁸ Décision 04-D-37 du Conseil (précitée) et Cour d'appel de Paris 21 septembre 2004, *Calculatrices à usages scolaires*, RLC n°1, p. 94, note B. Cheynel. ; RDLC n°1-2004, p. 89, note M. Michel Amselem, RTDCom 2005-1, p.68, note E. Claudel.

³⁹ Cour d'appel de Paris 21 septembre 2004 (sur 03-D-45), précitée.

⁴⁰ Décision 04-D-30 ; décision 04-D-42. La décision 04-D-37 n'est pas révélatrice puisqu'il a été fait application de la procédure simplifiée.

*calculatrices à usage scolaire*⁴¹ : selon elle, l'entreprise a eu tout le loisir de présenter des informations utiles relativement aux éléments dont il a été tenu compte dans la détermination de la sanction.

3) *Les enseignements à tirer : une nouvelle conception des relations entre l'autorité régulatrice et les entreprises*

23. Un partenariat se noue entre les entreprises et l'autorité régulatrice. La négociation devient partie intégrante du processus décisionnel. Cela influe sur la nature même du Conseil : de plus en plus autorité régulatrice, de moins en moins juridiction.

II : Détail du contentieux français des pratiques anticoncurrentielles en 2004

24. On étudiera successivement le droit matériel de la concurrence (A), le droit processuel (B) et les sanctions (C).

A) Le droit matériel en proie à des mouvements ambivalents

25. Le droit matériel de la concurrence nous semble traversé par des mouvements ambivalents. Les logiques qui sous-tendent le droit des ententes et le droit des abus de position dominante s'éloignent : le droit des ententes fait de plus en plus référence à des concepts juridiques, opérant en cela une révolution tranquille (1), alors que le droit de la domination fait la part belle au raisonnement économique (2).

1) *Le droit des ententes : la révolution tranquille*

a- La captation du contentieux par les marchés publics

26. Soulignons tout d'abord que le droit des ententes est largement capté par le contentieux en matière de marchés publics. Environ la moitié des décisions rendue en 2004 sur le fondement de l'article L. 420-1 concerne des affaires de soumissions concertées à des appels d'offre. Cela peut surprendre, tant la pratique décisionnelle est sur ce point bien assise. Signe que l'habitude de la concertation est décidément bien ancrée en ce secteur. Ces pratiques, qui trompent le maître d'ouvrage et portent préjudice à la collectivité publique, sont jugées sévèrement par le Conseil.

b- La juridicité croissante des notions utilisées : la référence au concours de volontés

27. Le reste du contentieux en matière d'entente est plus intéressant. On se souvient des jurisprudences *Volkswagen*⁴² et *Bayer*⁴³, par lesquelles le TPICE et la CJCE ont respectivement restauré les conditions d'une lecture plus juridique de la notion d'entente, imposant à la Commission une stricte lecture du concours de volontés qui caractérise l'entente : une invitation doit être faite par l'une des parties à l'autre, qui doit l'accepter, au

⁴¹ Précité

⁴² TPICE, 3 déc. 2003, aff. T-208/01.

⁴³ CJCE, 6 janvier 2004, aff. jointes C. 2/01 et C. 3/01 P

moins implicitement. La référence au vocabulaire civiliste dans ces affaires était évidemment frappante.

28. La formulation retenue dans ces arrêts a été immédiatement adoptée par les autorités françaises, pourtant traditionnellement plus respectueuses des conditions posées à l'incrimination que leurs homologues communautaires. Différentes décisions l'illustrent précisément⁴⁴. D'autres attestent de cette rigueur juridique, dans le cadre particulier de réunions entre concurrents. Ainsi, dans l'affaire *Secteur de la boulangerie*, le Conseil marque sa différence avec les autorités communautaires : « en droit communautaire, la seule participation, même passive, d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel suffit à établir sa participation à l'entente (...). Le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris exigent cependant que le concours de volontés nécessaire à l'incrimination d'une entreprise pour entente collusive se soit manifesté par une adhésion plus explicite à l'action collective décidée lors de la dite réunion, soit par la participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, soit par l'application concrète des mesures décidées lors de cette réunion »⁴⁵. Il a d'ailleurs été rappelé dans une autre décision que la participation à une réunion ne suffit pas⁴⁶. De même, la Cour de cassation a mentionné à nouveau, dans un arrêt du 23 juin 2004, *Crédit immobilier*, que la simple démonstration d'un parallélisme de comportement est insuffisant à démontrer l'entente⁴⁷.

c- Quelques exemples d'entente⁴⁸

29. Sans développer, on mentionnera qu'au cours de l'année 2004, des ententes très diverses ont été étudiées : accords de coopération commerciale⁴⁹, fixation de prix et d'honoraires⁵⁰, accord de fermeture du marché⁵¹, accord de partage de marché⁵², pratique de boycott⁵³...

⁴⁴ Décision 04-D-05 du 24 février 2004, *Laboratoires pharmaceutiques*, BOCCRF du 4 mai 2004, Europe juillet 2004, note L. Idot; décision 04-D-12 du 7 avril 2004, *Secteur des articles de sport et de loisirs*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 547, AJ Dalloz p.1200, note E. Chevrier, JCP éd. E 2004, p. 1546, note P. Arhel, RTDCom 2004/3, p. 456, note E. Claudel.

⁴⁵ Décision 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, précitée.

⁴⁶ Décision 04-D-29 du 6 juillet 2004, *Peugeot Citroën*, BOCCRF du 8 nov. 2004

⁴⁷ Cass. com. 23 juin 2004, *Crédit immobilier*, BOCCRF du 9 déc. 2004, D. 2004, AJ p.2439, note E. Chevrier. V. également Conseil conc. 04-D-27 du 1^{er} juillet 2004 et 04-D-43, RLDC n°1, p. 33, note V.S.

⁴⁸ Pour des accords de coopération commerciale : V. Cour d'appel de Paris 21 septembre 2004, *Calculatrices à usage scolaire* ; Cour d'appel de Paris 5 oct. 2004, *SA concurrence contre Sony*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p. 838 ;

Pour des réunions et échanges d'informations : V. décisions 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans la région de la Marne*, précitée ; 04-D-12, du 7 avril 2004, *Secteur des articles de sport et de loisirs*, précitée.

Pour des fixation de prix ou d'honoraires : V. décision 04-D-25, du 23 juin 2004, *Honoraires d'architectes en Aquitaine*, BOCCRF du 8 nov. 2004, RDLC n° p. 49, note E. Claudel.

Pour des fermetures du marché : V. décision 04-D-33, du 19 avril 2004, *Produits d'électronique grand public*, BOCCRF du 9 déc. 2004.

Pour des partages du marché : V. décision 04-D-49 du 28 octobre 2004, *Secteur de l'insémination artificielle bovine*; BOCCRF du 21 janvier 2005, p. 77.

Pour des pratiques de boycott : V. décision 04-D-56 du 15 nov. 2004, *La Dépêche du midi et commissaires priseurs de Toulouse* ; Cour d'appel de Paris 22 juin 2004, *Ordre des chirurgiens dentistes de haute Savoie*, à paraître.

⁴⁹ Cour d'appel de Paris 21 sept. 2004, *Calculatrices à usage scolaire*, précité ; Cour d'appel de Paris 5 oct. 2004, *SA concurrence contre Sony*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p. 838.

⁵⁰ Décision 04-D-25 du 23 juin 2004, *Honoraires d'architectes en Aquitaine*, précitée.

⁵¹ Décision 04-D-33 du 19 avril 2004, *Produits d'électronique grand public*, BOCCRF du BOCCRF du 9 déc. 2004, p. 7747.

2) *Le droit de l'abus de domination: une sophistication croissante*

30. Deux constats peuvent être dressés : le droit de l'abus est de plus en plus économique (a) et les entreprises en position dominante sont dans une position ambivalente, entre liberté et contrainte (b).

a- Une « économisation » du droit de l'abus

31. L'approche contextuelle qui caractérise le droit de la concurrence s'épanouit particulièrement en droit de la domination⁵⁴ de même que l'approche très économique des comportements d'entreprise. En témoigne la référence croissante aux coûts incrémentaux et à l'effet de ciseau tarifaire⁵⁵. La référence aux coûts incrémentaux permet de mesurer si une entreprise dominante sur un marché, qui développe à la fois une activité de service public et des activités marchandes, pratique des prix prédateurs. Dans la décision 04-D-79, le Conseil considère que le concept de coût pertinent à prendre en compte dans cette hypothèse est le coût incrémental, défini comme le coût que l'entreprise ne supporterait pas si elle ne pratiquait pas d'activité concurrentielle⁵⁶.

La pratique de ciseaux tarifaires a quant à elle été précisée par le Conseil dans une décision 04-D-45⁵⁷. La définition s'inspire de la jurisprudence communautaire et la simplifie : « *la notion de ciseau tarifaire correspond à des situations où un opérateur en monopole ou en position dominante sur un marché amont également actif sur un marché aval ouvert à la concurrence pratique des prix sur le marché amont et avals tels qu'une entreprise concurrente sur le marché aval, même si elle est aussi efficace, n'est pas en mesure de consentir un prix compétitif à moins de consentir des pertes* ».

32. Autre signe de la sophistication du droit de la domination : la multiplication des références à la théorie des infrastructures ou facilités essentielles. On constate que, fréquemment, ces infrastructures ne sont pas des infrastructures physiques, mais par exemple des logiciels⁵⁸. Se pose évidemment la question de l'incidence de l'application des règles de concurrence aux

⁵² Décision 04-D-49 du 28 oct. 2004, *Secteur de l'insémination artificielle bovine*, précitée.

⁵³ Décision 04-D-56 du 15 nov. 2004, *La dépêche du midi et Commissaire priseurs de Toulouse*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 199 ; Cour d'appel de Paris 22 juin 2004, *Ordre des chirurgiens dentistes de Haute Savoie*, précitée.

⁵⁴ Pour exemple, décision 04-D-72 du 21 déc. 2004, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 248.

⁵⁵ Pour une référence aux deux théories, V. décision 04-D-48 du 14 oct. 2004, *Pratiques mises en œuvre par France Telecom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom*, BOCCRF du 21 janvier 2005, p. 48, communiqué de presse, RDLC n°1-2005, p. 64, note D. Spector, RLDC n°1, p. 39, note V. Selinsky.

⁵⁶ Décision 04-D-79 du 23 décembre 2004, *Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 272, RDLC n°1-2005, p. 66, note D. Spector. Le Conseil précise qu'il faut prendre en compte les seuls coûts que l'entreprise doit engager pour assurer la prestation, à l'exclusion des coûts qu'elle doit de toute façon engager pour assurer la mission de service public qui lui est confiée, et qu'elle devrait quoiqu'il en soit engager même si elle n'offrait pas de prestations en concurrence. V. également Cour d'appel de Paris 6 avril 2004, *France Telecom*, BOCCRF du 8 nov. 2004.

⁵⁷ Décision 04-D-45 du 16 septembre 2004, *NMPP*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p. 820, RLDC n°1, p. 39, note V. Selinsky. V. également décision 04-D-18, du 13 mai 2004, *9 Telecom*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 576.

⁵⁸ Décision 04-D-34 du 22 juillet 2004, *NMPP*, BOCCRF du 9/12/2004, p. 775 ; Cour d'appel de Paris 12 février 2004, *NMPP* (un logiciel informatique constitue une infrastructure essentielle pour la distribution de la presse au numéro). En revanche, le DRM Fair Play, qui permet le transfert de titres musicaux téléchargés sur baladeurs numériques, n'a pas été analysé comme une infrastructure essentielle : V. décision 04-D-54 du 9 novembre 2004, *Pratiques mise en œuvre par la société Apple Computer Inc dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numérique*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 185.

droits de propriété intellectuelle. Il est aujourd'hui devenu classique d'affirmer que le refus par un titulaire de droit de propriété intellectuelle, analysé comme une ressource essentielle, d'accorder une licence d'exploitation de son droit peut constituer un abus de position dominante. Cette règle s'applique aux logiciels⁵⁹.

b- Les entreprises dominantes entre liberté et contraintes

33. On sait que la position dominante, si elle n'est pas interdite en elle-même, est regardée avec défiance, car l'on craint qu'elle soit utilisée à des fins uniquement égoïstes. L'année 2004 en France a au contraire été marquée par une certaine indulgence à l'égard des entreprises dominantes.

34. Un droit de riposte leur a tout d'abord été reconnu. Dans une décision 04-D-22, *Commercialisation par France Telecom du tarif promotionnel Primaliste longue distance*, le Conseil a considéré qu'il n'était pas interdit à l'entreprise publique de lancer des offres couplant service de téléphonie mobile et fixe dès lors que cette pratique est autorisée aux concurrents et que ceux-ci sont en mesure d'offrir de type de service⁶⁰.

Par ailleurs, différentes décisions ont précisé qu'il n'était pas interdit pour des entreprises dominantes d'accorder à leurs partenaires des aides commerciales ou financières. Ces aides ne sont pas illicites en soi. Pour établir leur illicéité, il faut démontrer que les prix pratiqués par les bénéficiaires sont prédateurs ou que les conditions dans lesquelles ces aides ont été octroyées sont discriminatoires, ou, plus largement, que leur condition d'octroi ou leur montant sont de nature à en établir l'objet ou l'effet anticoncurrentiel⁶¹. Ont également été autorisées diverses pratiques : le prêt gratuit de matériel⁶², l'action en justice⁶³, la résiliation d'un contrat dès lors que la société connaît des difficultés financières⁶⁴, les subventions croisées, à des conditions néanmoins précises⁶⁵.

35. Mais là s'arrête la tolérance. De nombreuses pratiques émanant d'entreprises dominantes ont en effet été sanctionnées : pratiques dilatoires⁶⁶ ou discriminatoires⁶⁷, pratiques de prix

⁵⁹ V. décision 04-D-34, précitée. V. également, décision 04-D-09 du 31 mars 2004, *Société Codes Rousseau*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 535, RTDCom 2004-3 p. 458, note E. Claudel.

⁶⁰ Décision 04-D-22 du 21 juin 2004, *Commercialisation par France Telecom du tarif promotionnel Primaliste longue distance*, BOCCRF du 8 nov. 2004 ; Contrats conc. consom. oct. 2004, obs. M. Malaurie-Vignal, RLDC n°1, p. 39, note V. Selinsky. Le Conseil s'inspire ici de la jurisprudence *Akso* (CJCE 3 juillet 1991, Rec. I 3359) et *Compagnie maritime belge* du TIP en date du 8 oct. 1996 (Rec. II, 1207) : une entreprise en position dominante peut se défendre et développer sa part de marché lorsqu'elle est confrontée à l'arrivée d'un nouveau concurrent, dès lors qu'elle le fait dans les limites d'un comportement loyal et légitime.

⁶¹ Pour exemples, V. décision 04-D-19 du 19 mai 2004, *Pratiques d'électricité de France* BOCCRF du 8 nov. 2004 (aides financières accordées par EDF à certaines papeteries pour l'acquisition de certains équipements); Cour d'appel de Paris, *SPEA*, 29 juin 2004, BOCCRF du 30 sept. 2004, p. 623, RLDC n°1, p. 35, note V. Selinsky (pour des budgets frontières) ; Cour d'appel de Paris, 21 sept. 2004, *Automobiles Peugeot*, précitée (pour des aides pression import).

⁶² Décision 04-D-28, du 2 juillet 2004, *Secteur des lessives industrielles*, BOCCRF du 8 nov. 2004.

⁶³ Décision 04-D-23, du 23 juin 2004, *Marché des guides pratiques à vocation touristique*, BOCCRF du 8 nov. 2004.

⁶⁴ Décision 04-D-24 du 23 juin 2004, *Planète Câble*, BOCCRF du 8 nov. 2004

⁶⁵ Décision 04-D-73 du 21 décembre 2004, *Secteur de la fourniture d'accès à Internet*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 252. V. également décision 04-D-53 du 9 nov. 2004, *Secteur des services d'ingénierie*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 185, qui pose les conditions de la prohibition.

⁶⁶ Décision 04-D-32, du 8 juillet 2004, *Pratiques du groupe Decaux*, BOCCRF du 9 déc. 2004, RLDC n°1, p. 37, note P. Arhel.

⁶⁷ Décision 04-D-14 du 20 avril 2004, *Keguelin*, précitée.

imposés⁶⁸ ou d'éviction⁶⁹; rabais de fidélité⁷⁰; entretien d'une confusion dans l'esprit du public dans le secteur des Pompes funèbres⁷¹; remise de couplage⁷²; imposition d'un contractant⁷³; accord de fourniture exclusive⁷⁴ ou d'approvisionnement exclusif⁷⁵; pratique de tarification globale⁷⁶...

3) *Le droit de la dépendance économique : le temps de l'ouverture*

36. L'article L. 420-2 al2 est longtemps resté lettre morte. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Cet article a reçu application dans plusieurs affaires⁷⁷, ce qui a permis d'apporter d'utiles précisions quant aux conditions d'application du texte.

Première précision : il est bien nécessaire de démontrer que l'entreprise qui se dit dépendante ne dispose d'aucune solution équivalente et le fait de réaliser une part importante de son chiffre d'affaires avec son fournisseur ne suffit pas à établir cette preuve⁷⁸. Autre précision, qui s'appuie sur la lettre du texte : seule une entreprise cliente ou fournisseur peut se prévaloir de cette disposition, ce qui évince les actionnaires d'une société⁷⁹.

4) *Les prix abusivement bas et les prix prédateurs : des îlots de résistance*

37. Un article a en revanche du mal à s'imposer : il s'agit de l'article L. 420-5 du Code de commerce, qui réprime les prix abusivement bas. Dans une décision 04-D-17, le Conseil de la concurrence a rappelé ce qu'il fallait entendre par prix prédateur⁸⁰ : il s'agit « d'une pratique

⁶⁸ Décision 04-D-12 du 7 avril 2004, *Secteur des articles de sport et de loisirs*, précitée.

⁶⁹ Décision 04-D-13 du 8 avril 2004, *Producteurs de roquefort*, communiqué de presse du 8 avril 04, accessible sur le site du Conseil ; RDLC n°1, p.62, note Anne Wachsmann ; Contr. conc. consom. juin 2004, n° 95, note M. Malaurie - Vignal ; JCP ed E. 2004, n° 1195, note P. Arhel ; et décision 04-D-48 du 14 oct 2004, *Pratiques mises en œuvre par France Telecom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom*, précitée.

⁷⁰ Décision 04-D-13, précitée.

⁷¹ Décisions 04-D-21 du 17 juin 2004, *Marché des Pompes funèbres grenobloises*, BOCCRF du 8 nov. 2004, Contrats conc. consom. nov. 2004, n° 158, note M. M-V. ; 04-D-37 du 27 juillet 2004, *Pompes funèbres du Val de Marne*, précitée ; 04-D-70 du 16 décembre 2004, *Pompes funèbres de Saint Germain des Prés*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 238.

⁷² Décision 04-D-22, précitée ; décision 04-D-65 du 30 nov. 2004, précitée.

⁷³ Décision 04-D-44 du 27 sept. 2004, *Secteur de la distribution et de la commercialisation de films*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p.

⁷⁴ Décision 04-D-49 du 28 oct. 2004, *Secteur de l'insémination artificielle bovine*, précitée.

⁷⁵ Décision 04-D-44, précit.

⁷⁶ Décision 04-D-49, précit.

⁷⁷ Exemples où l'abus de dépendance économique a été reconnu : décision 04-D-26 du 30 juin 2004, *SARL Reims Bio*, BOCCRF du 8 nov. 2004; Contrats. conc. consom. oct. 2004, n° 140, note M. Malaurie- Vignal ; RTDCom juill. sept. 2004, p. 464, note E. Claudel, RDLC n°1 p. 36 et 39, note V. Selinsky et p. 36 ; décision 04-D-44 du 27 septembre 2004, *Secteur de la distribution et de la commercialisation de film*, BOCCRF du 9 déc. 2004.

Exemples où l'abus de dépendance économique n'a pas été jugé démontré : décision 04-D-11 du 6 avril 2004, *Sematec*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 546 ; décision 04-D-36 du 23 juillet 2004, *Secteur du transport des petits colis*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p. 784.

⁷⁸ Cass. Com 3 mars 2004, *SA Concurrance contre Sony*, (annulation partielle de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 avril 2002), Contr. conc. consom. juillet 2004, n° 108, note M. Malaurie - Vignal ; P.A. 18 nov. 2004, p. 11/12, note P. Arhel ; RTDCom. Juill. Sept. 2004, p. 463, note E. Claudel

⁷⁹ Cass. Com 7 janvier 2004, 02-11014, *SOFEMI*, D. 2004, AJ p. 346, note E. Chevrier, Contr. conc. consom. mars 04 n° 39, note M. Malaurie - Vignal ; RTDCom juill. Sept. 2004, p. 466, note E. Claudel

⁸⁰ Décision 04-D-17 du 11 mai 2004, *AOL*, précitée.

tarifaire consistant, pour un opérateur dominant, à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer, d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous quelque forme que ce soit les pertes accumulées délibérément. ». En 2004, il a toujours été jugé que les conditions de l'incrimination n'étaient pas remplies⁸¹.

B) Une procédure stabilisée

38. Le droit processuel de la concurrence semble aujourd'hui stabilisé. Quelques éléments intéressants ont cependant été apportés par cette année 2004. Une tendance amorcée l'année précédente se confirme : l'usage de la Convention européenne des droits de l'Homme est aujourd'hui marginalisée.

1) La CEDH marginalisée : le refus de reconnaître la longueur excessive des procédures

39. Si le contentieux de la présence du rapporteur au délibéré du Conseil laisse encore des traces⁸², on retiendra surtout le fait que les arguments tirés de la violation du droit à un procès équitable, hier efficaces, sont aujourd'hui moins entendus. En témoigne l'échec de l'argument tenant à la longueur excessive des procédures, souvent invoqué par les entreprises. Le Conseil de la concurrence et ses autorités de contrôle estiment que les entreprises ne démontrent pas en quoi la longueur des procédures a porté atteinte à leur droit de la défense et que, quoiqu'il en soit, la sanction d'une longueur excessive n'est pas l'annulation de la sanction mais l'octroi de dommages et intérêts⁸³. Par ailleurs, la Cour de cassation estime que le principe d'impartialité n'est pas atteint si le Conseil a rendu un avis sur un secteur d'activité avant de prendre une décision, dès lors que, dans cet avis, il n'a pas examiné et apprécié les pratiques soumises à sa décision⁸⁴.

2) L'autonomie mal affirmée de la procédure concurrence

⁸¹ Décisions 04-D-10 du 1^{er} avril 2004, *UGC Ciné Cité*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 541, D. 2004, AJ note E. Chevrier, 04-D-12, précitée ; 04-D-17, précitée ; 04-D-61 du 25 nov. 2004, *Commercialisation par la Poste de produits de carterie*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 215 ; 04-D-79 du 23 déc. 2004, *Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*, Communiqué de presse, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 272. Soulignons que le Conseil n'a jamais été amené jusqu'alors à constater une pratique de prix prédateurs par une entreprise en position dominante. Sur cette question, V. rapport 2003, Etude thématique n°2, Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel.

⁸² Cour d'appel de Paris 22 juin 2004 (qui annule la décision 97-D-39, *Béton prêt à l'emploi*, BOCCRF du 8 nov. 2004, RLC n°1, p.89, note V. Selinsky).

⁸³ Décisions 04-D-03 du 18 février 2004, *Pratiques relevées lors des appels d'offres lancées par la direction des douanes de Marseille*, BOCCRF du 4 mai 2004; 04-D-12 du 7 avril 2004, *Secteur des articles de sport et de loisirs*, précitée ; 04-D-74 du 22 décembre 2004, *Pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 258, D. 2004, AJ p, note E. Chevrier ; 04-D-75 du 22 décembre 2004, *Pratiques mises en œuvre sur le marché des câbles informatiques haut débit*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 261 ; Cour d'appel de Paris 22 juin 2004, *Béton du Var*, RLDC n°1, p. 89, note V. Selinsky ; Cour d'appel de Paris, 21 sept. 2004, *Automobiles Peugeot*, précitée ; Cour d'appel de Paris 21 septembre 2004, *Calculatrices à usages scolaires*, précitée.

⁸⁴ Cass. Com. 9 juin 2004, *aff. des géomètres experts*, (qui rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 juin 2003) BOCCRF du 9 déc. 2004, p 837 ; Contr. conc. consom. oct. 2004, n° 141, note M. Malaurie - Vignal, Dalloz 2004, AJ p.2227, note E. Chevrier ; Gaz Pal. 8/10 août 2004 ; P.A. 18 nov. 2004, note P. Arhel, p.8.

40. Quelles sont les règles de procédure qui s'appliquent lorsqu'un contentieux est porté devant le Conseil de la concurrence ou la Cour d'appel de Paris statuant sur appel de ses décisions (a) ? Quel droit appliquer lorsque le Conseil statue sur le fondement du droit communautaire (b) ? Ces deux questions intéressantes ont été abordées en 2004.

a- L'éviction partielle du NCPC.

41. Certaines règles de procédure sont posées par le Code de commerce (article L. 463-1 à L. 463-8), complétées par des décrets d'application, dont le décret du 30 avril 1992, fixant les conditions d'application du titre IV du Code de commerce, et le décret du 19 octobre 1987, relatif aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris. Il en découle que, en présence de ces règles particulières, le droit commun de la procédure doit s'effacer⁸⁵. C'est le cas notamment en matière de prescription. Dans une décision 04-D-26, le Conseil a précisé que, contrairement au droit commun, l'instance devant le Conseil n'est pas interrompue par l'effet d'un jugement prononçant un règlement ou une liquidation judiciaire⁸⁶. De même, il a été affirmé que la saisine des tribunaux judiciaires n'interrompt pas la prescription⁸⁷. Cette règle est en fait une conséquence de l'indépendance entre les deux ordres d'instance : le Conseil de la concurrence est le gardien de l'ordre public économique ; le juge judiciaire a pour mission la préservation des droits subjectifs. Pour cette raison également, il a été posé qu'aucune autorité de la chose jugée n'était opposable au Conseil⁸⁸. En revanche, lorsque le problème de droit processuel soulevé ne trouve pas de réponse précise dans le Code de commerce et ses décrets d'application, le droit commun retrouve son emprise. C'est le cas pour les règles de tenue de l'audience devant la Cour d'appel de Paris⁸⁹.

b- L'autonomie procédurale au regard du droit communautaire

42. Dans un arrêt *Pharma Lab* du 14 décembre 2004, la Cour de cassation a sèchement censuré la Cour d'appel de Paris qui avait cru pouvoir appliquer les conditions posées par la jurisprudence communautaire pour l'octroi de mesures conservatoires. La Cour de cassation réaffirme que les autorités nationales demeurent tenues, lorsqu'elles appliquent les articles 81 et 82, de mettre en œuvre les règles de procédures nationales⁹⁰. Ce faisant, elle assimile les règles gouvernant l'octroi de mesures conservatoires à des règles de procédure et non à des règles de fond.

3) *Le développement de l'expertise*

43. Compte tenu du développement de l'analyse économique en droit de la concurrence⁹¹, il arrive que l'autorité régulatrice recoure au service d'un expert. Ce fut le cas dans l'affaire

⁸⁵ Sur cette question, V. Dalloz 2005, panorama de droit civil de l'entreprise du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE), à paraître.

⁸⁶ 04-D-26 du 30 juin 2004, *SARL Reims Bio*, précitée.

⁸⁷ 04-D-46 du 30 sept. 2004, *Entreprise Marin Pompes funèbres*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p.826 ; Lamy n°1, p. 91, note V. Selinsky, D. AJ note E. Chevrier

⁸⁸ Décision 04-D-21 du 17 juin 2004, précitée.

⁸⁹ En ce sens, V. Cass. Com. 9 juin 2004, *aff. des géomètres experts*, précitée..

⁹⁰ Cour de cassation 14 décembre 2004, *Pharma Lab*, à paraître au BOCCRF; D. 2004, AJ p. 72note E. Chevrier.

⁹¹ V. *supra*.

*Régie départementale des passages d'eau de la Vendée du 23 décembre 2004*⁹², qui fait référence aux coûts incrémentaux. Dans une décision 01-MC-02, le Conseil avait refusé l'octroi des mesures conservatoires que sollicitait le plaignant, mais avait déclaré avoir besoin d'une expertise pour statuer au fond, conformément à la possibilité ouverte par la loi NRE (nouvel article L. 463-8 du Code de commerce). Le déroulement de l'expertise fut ensuite contestée, au motif que, en cours de procédure, le Conseil avait redéfini la mission de l'expert, et le plaignant arguait de la violation du principe de contradictoire. L'argument est rejeté, le recours à l'expertise ne privant pas le Conseil de ses pouvoirs d'instruction.

4) *Quelques précisions*

44. D'autres précisions ont été apportées en 2004 en matière processuelle. Nous les livrerons « en vrac ».

Concernant la procédure d'enquête tout d'abord, il est précisé à nouveau que le principe du contradictoire ne joue pas⁹³, alors que le principe de loyauté dans la recherche des preuves est réaffirmé⁹⁴. Concernant l'acte de saisine d'office du Conseil, il est posé qu'il ne s'agit pas d'un acte de poursuite⁹⁵. La notion de décision susceptible de recours est également précisée⁹⁶, étant affirmé que ne sont pas susceptibles de recours les décisions de transmettre au Parquet⁹⁷ ou de disjoindre des procédures⁹⁸. La pratique des griefs complémentaires est validée⁹⁹, ainsi que celle consistant pour le Conseil à présenter des observations devant la Cour d'appel de Paris¹⁰⁰. La Cour de cassation précise encore que le JEX n'a pas compétence pour assortir d'une astreinte une décision du Conseil¹⁰¹, précision qui n'a plus guère d'intérêt aujourd'hui dès lors que le Conseil de la concurrence s'est vu reconnaître par l'ordonnance du 5 novembre 2004 la possibilité d'assortir ses décisions d'une astreinte. La Cour d'appel de Paris quant à elle se voit dénier toute compétence pour appliquer l'article L.430-9 du Code de commerce, les décisions prises sur ce fondement relevant de la seule compétence du juge administratif¹⁰². Pour terminer, précisons que la notion de « ministre intéressé » a été définie par la Cour de cassation le 18 février 2004 : à ce qualificatif le ministre qui est intervenu à un

⁹² Décision 04-D-79 du 23 décembre 2004, *Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*, précitée

⁹³ La procédure d'enquête n'est pas contradictoire : Cour d'appel de Paris 26 octobre 2004, *Secteur de la boulangerie*, précité.

Sur le principe de loyauté dans la recherche des preuves : décision 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, précitée

⁹⁴ Décision 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie*, précitée.

⁹⁵ Cass. Com. 23 juin 2004, *Crédit immobilier*, précité.

⁹⁶ Cour d'appel de Paris 29 juin 2004, *CNPA*, BOCCRF du 30 sept. 2004, p. 627, *Contrats conc. consom. nov. 2004*, n° 162, note S. Poillot Peruzzetto.

⁹⁷ Cour d'appel de Paris 26 octobre 2004 (sur 04-D-07), *Secteur de la boulangerie*, précité

⁹⁸ Cour d'appel de Paris 21 septembre 2004, *Automobiles Peugeot*, précitée ; Cass. Com. 13 juillet 2004, *Entreprises du BTP*, BOCCRF du 8 nov. 2004, RLDC n°1, p. 92, note B. Cheynel, D. 2004, AJ, note E. Chevrier, RLDC n°1, p. 91, note V. Selinsky.

⁹⁹ Décision 04-D-48 du 14 oct. 2004, *Pratiques mises en œuvre par France Telecom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom*, précitée

¹⁰⁰ Cour d'appel de Paris 9 nov. 2004, 1^{ère} ch. H, *Travaux d'assainissement dans la commune de Pontacq* (qui réforme partiellement 04-D-08), BOCCRF du 21 janvier 2005, p. 105. V. également Cass. Com. 13 juillet 2004, *Entreprises du BTP*, précitée.

¹⁰¹ Cass. Com. 3 novembre 2004, à paraître au BOCCRF, D. 2004, AJ p.3064, note E. Chevrier.

¹⁰² Cass. Com. 12 juillet 2004, *Compagnie générale des eaux*, BOCCRF du 8 nov. 2004, D. 2004, AJ p.2374, note E. Chevrier, RLDC n°1, p. 92, note B. Cheynel.

moment ou à un autre dans la procédure pour « apprécier, favoriser, ou condamner les pratiques examinées par le Conseil »¹⁰³.

Il nous reste à nous pencher sur le droit des sanctions.

C) Un droit des sanctions performant grâce à des outils diversifiés

45. Les mesures conservatoires ont été strictement encadrées en cette année 2001 (1), la politique de sanction pécuniaire, remodelée en 2001, tente de trouver ses marques (2), les injonctions font l'objet d'un suivi rigoureux (3) et des armes complémentaires sont utilisées (4).

1) Des mesures conservatoires strictement encadrées

46. Les mesures conservatoires sollicitées ont été majoritairement refusées en 2004 (9 sur 11). Elles n'ont été accordées que dans deux décisions¹⁰⁴. Par ailleurs, les conditions à leur octroi ont été durcies. Dans un arrêt du 29 juin 2004, la Cour d'appel de Paris a énoncé que « *si l'autorité compétente n'est pas tenue de constater prima facie une infraction aux règles de la concurrence, avec le même degré de certitude que celui requis pour la décision sanctionnant un tel manquement, elle doit être, pour prononcer de telles mesures, convaincue de l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte (...); à tout le moins, les faits dénoncés et dont le Conseil s'estime valablement saisi au fond doivent être suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée* »¹⁰⁵.

2) Une politique d'amende entre ancien et nouveau régime

47. On sait que la loi NRE a profondément réformé la politique de sanction pécuniaire. Se pose dès lors la question de l'application de la loi dans le temps. Dans la majorité des cas, c'est la loi ancienne qui a été appliquée, les pratiques ayant été mises en œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, laquelle, plus répressive, ne saurait rétroagir.

En revanche, lorsque les pratiques litigieuses ont été mises en œuvre postérieurement à l'entrée de la loi NRE, c'est le nouveau régime qui s'applique¹⁰⁶. Mais il a parfois été fait application des deux régimes de façon cumulative, dès lors que certaines pratiques avaient cessé avant l'entrée en vigueur du nouveau régime (application de la loi ancienne) tandis que d'autres, continues, ont perduré ensuite (application du nouveau régime)¹⁰⁷. La solution a dû sembler complexe, car, dans une hypothèse assez similaire, le Conseil a fait le choix d'appliquer intégralement la loi ancienne¹⁰⁸.

¹⁰³ Cass. Com. 18 fév. 2004, *Marché de la répartition pharmaceutique* (qui rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janv. 2002), BOCCRF du 15 juin 2004, p. 460 ; Contr. conc. consom. mai 2004, note M. Malaurie - Vignal ; P.A. 18 nov. 2004 p. 7 et 14, note P. Arhel.

¹⁰⁴ Décision 04-MC-01, du 15 avril 2004, *Télévision par ADSL*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 591 ; décision 04-mesures conservatoires-02 du 9 déc. 2004, *Téléphonie mobile en Martinique, Guadeloupe et Guyane*, BOCCRF du 31 mars 2005, p. 281. Les deux décisions ont fait l'objet de communiqués de presse.

¹⁰⁵ Cour d'appel de Paris 29 juin 2004, *Free, Iliad, LDCOM et Telecom*, BOCCRF du 8 nov. 2004. V. également décision 04-MC-02 du 9 décembre 2004, *Téléphonie mobile en Martinique, Guadeloupe et Guyane*, précitée.

¹⁰⁶ Pour exemple, V. décisions 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, précitée ; décision 04-D-65 du 30 nov. 2004, *Commercialisation par la Poste de produits de carterie*, précitée.

¹⁰⁷ Pour exemple, V. décision 04-D-39 du 3 août 2004, *Abattoirs de Laval*, à paraître au BOCCRF.

¹⁰⁸ Décision 04-D-43 du 8 septembre 2004, *Transports scolaires et périscolaires*, BOCCRF du 9 déc. 2004, p. 801.

3) *Le respect des injonctions étroitement surveillé*

48. Les injonctions prononcées en 2004 ont été de nature très diverses¹⁰⁹. Mais plus intéressante est l'étude de la sanction de leur irrespect. La tendance est à la sévérité. Ainsi, le Conseil a condamné la société 9 Telecom à une amende de 20 millions d'euros pour n'avoir pas respecté l'injonction prononcée contre elle¹¹⁰. La Cour d'appel de Paris n'est pas en reste puisqu'elle a confirmé une amende de 40 millions d'euros prononcée à l'encontre de la société France Telecom¹¹¹. Dans cette affaire, le ministre de l'économie avait considéré que « la sanction doit, en cas de non respect d'injonction, garantir un niveau d'amende propre à corriger et empêcher la poursuite de telles infractions ».

Mais ce n'est pas seulement le non respect pur et simple de l'injonction qui est sanctionné. Un simple retard suffit à la sanction¹¹². Par ailleurs, il est possible de sanctionner un manquement alors même que la décision d'injonction n'est pas devenue définitive¹¹³.

4) *Des armes complémentaires toujours dissuasives*

49. Deux sanctions complémentaires sont possibles. La première est la publication de la décision. Le Conseil y a recouru en quatre occasions en 2004¹¹⁴. La seconde est la transmission de l'affaire au Parquet, lorsque les éléments de l'article L. 420-6 sont réunis. Le Conseil y avait recouru dans la décision 04-D-07, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*¹¹⁵ et dans la décision 04-D-39, *Abattoirs de Laval*¹¹⁶. Ces deux mesures sont cependant alternatives : dans une ordonnance du 22 septembre 2004, la Cour d'appel de Paris a accordé un sursis à statuer de la première décision citée, au motif que la décision du Conseil assortie de publication contenait des passages énonçant en des termes précis les charges retenues contre trois personnes physiques pour justifier le transfert au Parquet. Ce faisant, le Conseil a porté atteinte au principe de la présomption d'innocence¹¹⁷. La décision ne pourra donc être publiée qu'après retrait des mentions litigieuses.

5) *Les difficultés rencontrées*

¹⁰⁹ Pour illustrations, V. décisions 04-D-05 du 24 février 2004, *Pratiques mises en œuvre par les laboratoires pharmaceutiques*, précitée ; 04-D-07 du 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, précitée ; 04-D-12 du 7 avril 2004, *Secteur des articles de sport et de loisirs*, précitée ; 04-D-29 du 6 juillet 2004, *Peugeot Citroën et Covisint sur le secteur automobile* BOCCRF du 8 nov. 2004 ; 04-D-74 du 22 décembre 2004, *Pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes*, précitée.

¹¹⁰ Décision 04-D-18, du 13 mai 2004, *9 Telecom*

¹¹¹ Cour d'appel de Paris 6 avril 2004, *France Telecom – SAS Scoot France*, BOCCRF du 15 juin 2004, p. 470.

¹¹² V. décision 04-D-47 du 12 oct. 2004, *concernant l'exécution de la décision 03-D-12 du 3 mars 2003*, BOCCRF du 21 janvier 2005, p. 46.

¹¹³ Décision 04-D-47, précitée.

¹¹⁴ Décisions 04-D-09, précitée ; 04-D-25 du 23 juin 2004, *Pratiques mises en œuvre dans le domaine des honoraires d'architecte sur le marché de la maîtrise d'œuvre d'Aquitaine*, précitée ; 04-D-43 du 8 sept. 2004, *Transports scolaires et périscolaires*, précitée ; 04-D-49, précitée.

¹¹⁵ Précitée.

¹¹⁶ Non encore publiée.

¹¹⁷ A paraître

50. La décision prononçant une sanction pécuniaire peut être difficile à exécuter. C'est parfois le Conseil qui rencontre des difficultés, dans la mesure où l'entreprise condamnée fait l'objet d'une procédure collective ¹¹⁸, ou est située à l'étranger ¹¹⁹. Mais pour les entreprises, ce peut-être tout simplement une difficulté à payer qui se dresse. Un sursis à exécution peut alors être sollicité auprès du premier président de la Cour d'appel de Paris (art. L. 463-8 al.3 du Code de commerce). L'entreprise doit cependant démontrer que la décision du Conseil est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives. En 2004, un seul sursis a été prononcé ¹²⁰.

Voici donc une présentation, certainement lacunaire, de cette riche année 2004.

¹¹⁸ V. décisions 04-D-15 du 28 avril 2004, *Revêtements synthétiques pour sols sportifs*, BOCCRF du 6 sept. 2004, p. 556 ; 04-D-74 du 22 décembre 2004, *Pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes*, précitée.

¹¹⁹ V. décision 04-D-74 du 22 décembre 2004, précitée.

¹²⁰ Ord. Cour d'appel de Paris du 5 octobre 2004, *Secteur de la commercialisation des animaux de boucherie*, à paraître.