

# « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique économique de la concurrence »

Entretien avec Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation

**Gazette du Palais :** La Cour de cassation organise depuis quelques temps des conférences régulières sur le thème « justice et économie ». Comment analysez-vous l'évolution du droit de la concurrence, précisément sur le terrain des rapports entre le droit et l'économie en France ?

**Guy Canivet :** Le droit de la concurrence est l'un des modèles les plus achevés d'interpénétration des raisonnements économique et juridique. Ce succès tient en grande partie à la création, avec le Conseil de la concurrence, d'une autorité administrative indépendante dotée de larges pouvoirs, notamment celui de prononcer des mesures provisoires mais aussi des sanctions. L'un des atouts du Conseil est de rassembler en son sein des économistes et des juristes, ce qui lui a permis de forger sa propre politique de concurrence, et, partant, a obligé les juges à développer leur propre culture économique. Si l'on ajoute à cela la spécialisation accrue des avocats, on aboutit à la création d'un véritable corps de juristes spécialisés. L'idéal aujourd'hui serait que tout le droit de la concurrence profite de cette évolution et non pas seulement les dossiers qui sont traités par le Conseil de la concurrence. D'ailleurs, en posant le principe de l'application du droit de la concurrence par le juge de droit commun, le règlement européen I-2003 nous invite à accroître cette spécialisation. Un décret du 30 décembre 2005 <sup>(1)</sup> vient de consacrer la spécialisation d'un nombre limité de juridictions en droit de la concurrence. Je pense qu'à partir de là, nous allons franchir une étape importante. D'abord, parce que les juges vont recevoir une formation initiale en matière économique, ensuite parce que, au fur et à mesure des dossiers, ils vont affiner leur culture du droit de la concurrence et développer une véritable politique jurisprudentielle. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit à la Cour de cassation lorsque nous avons décidé d'intégrer des conseillers référendaires issus du Conseil de la concurrence ou des juridictions communautaires, ainsi que des spécialistes en service extraordinaire <sup>(2)</sup>. Tous viennent nourrir la chambre commerciale de leur culture économique. Cela donne à la jurisprudence de la Cour de cassation une autorité qui lui permet d'influencer les autres juridictions ainsi que le Conseil de la concurrence.

(1) Décret n° 2005-1756, JO du 31 décembre 2005.

(2) V. Entretien avec Frédéric Jenny, Gazette de droit de la concurrence du 1<sup>er</sup> octobre 2005, p. 5.



Photo : Philippe Cluzeau

**G.P. :** Est-ce à dire que le juge est appelé à être aussi fin connaisseur de l'économie que du droit ?

**G.C. :** Il ne s'agit pas de subordonner l'analyse juridique aux théories économiques, ni même de transformer le juge en économiste. Simplement, il doit, sur la base de la décision qui lui est soumise, s'assurer qu'il n'existe pas d'erreur de raisonnement sur le terrain économique ou juridique. Que cela s'appelle contrôle de l'erreur manifeste dans la jurisprudence communautaire ou contrôle d'opportunité devant la Cour d'appel de Paris, le juge ne se substitue pas à l'autorité de concurrence, il se positionne dans un rapport critique. De la même manière qu'en droit commun, on ne demande pas au juge d'être un expert, mais de comprendre le travail de l'expert.

**G.P. :** Les rapports entre le juge et l'autorité dont il contrôle les décisions ne vont pas sans heurts. Ainsi, on a longtemps reproché à la Cour d'appel de Paris de réduire systématiquement le montant des sanctions prononcées par le Conseil, décrédibilisant ainsi les décisions de ce dernier...

**G.C. :** Dès lors que la Cour d'appel de Paris se situe dans un contrôle de proportionnalité à l'égard des décisions du Conseil de la concurrence, dans le cadre des critères fixés dans un premier temps par la Cour de cassation avant que la loi n'intervienne, c'est au juge qu'il appartient de fixer les éléments d'appréciation. C'est pourquoi le président du Conseil, Bruno Lasserre, a raison de souligner que la Cour d'appel joue un rôle décisif et que le Conseil ne fait qu'appliquer sa jurisprudence dans ses décisions. Cela suppose une unité de conception, de compréhension et d'appréciation de l'opportunité des sanctions entre la Cour d'appel de Paris et le Conseil de la concurrence. Il est vrai que le système n'a pas toujours fonctionné de manière idéale, notamment parce que les entreprises faisaient tout pour obtenir une réduction de sanction devant la Cour. Récemment, celle-ci a modifié sa jurisprudence, montrant ainsi que le temps des réductions systématiques était révolu. En termes de politique juridictionnelle, cela devrait limiter à l'avenir les recours ayant pour seul objet de mettre en porte-à-faux le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris. C'est donc une très bonne chose que l'on parvienne à une sorte d'unité conceptuelle.

**G.P. :** *Ne faudrait-il pas que magistrats et régulateurs se rencontrent pour dialoguer ?*

**G.C. :** La Cour d'appel de Paris organise depuis plusieurs années des réunions annuelles avec le Conseil de la concurrence mais aussi l'Autorité des marchés financiers, précisément pour expliquer sa jurisprudence et pour permettre également aux régulateurs d'exposer leur politique. Nous faisons de même à la Cour de cassation avec les magistrats de la Cour d'appel et le Conseil de la concurrence.

**G.P. :** *Quelle est la place du droit européen dans le droit de la concurrence aujourd'hui ?*

**G.C. :** Elle est considérable. D'abord, parce que le champ d'application du droit communautaire prend une importance grandissante dès lors qu'il doit s'appliquer dans tous les cas où le commerce intra-communautaire est affecté. Ensuite, parce que le droit national est calqué sur le droit communautaire, de sorte que les décisions de la Cour de justice viennent nourrir le droit national et permettent de créer une continuité dans l'application du droit de la concurrence.

**G.P. :** *Si cette harmonisation verticale fonctionne, qu'en est-il de l'harmonisation horizontale qu'implique la création en mai 2004 d'un réseau des autorités nationales de concurrence ?*

**G.C. :** C'est un problème auquel je porte une atten-

tion toute particulière car l'absence d'harmonisation à l'heure actuelle crée un véritable déséquilibre. Le Conseil de la concurrence est désormais intégré dans un réseau européen gouverné par la Commission. Malheureusement, les rapports verticaux entre la Commission et les autorités nationales, de même que la répartition des rôles entre les différentes autorités n'ont pas d'équivalent en matière judiciaire. Dès lors, comment harmoniser les pratiques entre les juridictions nationales ? Si l'on éprouve le besoin de répartir les affaires entre les autorités nationales de concurrence selon celle qui est la mieux placée pour traiter une entente dans plusieurs pays, il faudra bien qu'on applique le même raisonnement en ce qui concerne les affaires portées directement devant le juge. Or, en l'état, le règlement européen ne le permet pas. Comme, par ailleurs, il n'existe pas d'autorité judiciaire supérieure susceptible de jouer un rôle équivalent en matière de justice à celui de la Commission sur les autorités nationales, cela crée un vrai déséquilibre. Bien sûr, la jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de justice exerce une influence sur les droits nationaux, mais ces juridictions ne disposent d'aucun pouvoir contraignant. Si l'on veut que le juge national soit un agent d'application du droit communautaire puissant et crédible, il faudra bien trouver une solution.

**G.P. :** *Quelles sont les pistes de réflexion en cours ?*

**G.C. :** Le règlement I-2003 permet à la Commission d'intervenir directement devant une juridiction nationale, mais elle est confrontée à des systèmes indépendants, ce qui pose la question de savoir jusqu'où elle peut aller dans ses préconisations. Elle peut certes jouer un rôle de conseil, d'expert, mais elle ne peut pas aller jusqu'à donner des instructions. Or, c'est bien ce qui risque d'arriver, non pas dans les pays comme le nôtre qui ont une culture bien ancrée en matière de concurrence, mais chez les nouveaux entrants. Il est à craindre en effet que les juges dans ces pays n'aient guère d'autonomie dès lors qu'une institution aussi puissante que la Commission décide de leur expliquer comment ils doivent appliquer les règles. C'est la raison pour laquelle un réseau de juges de la concurrence a été lancé, il y a deux ans, à l'initiative de la Grande-Bretagne. Il réunit les juges nationaux pour leur permettre de réfléchir et d'harmoniser leurs approches. C'est un premier pas dans l'édification d'une doctrine judiciaire du droit de la concurrence mais cela ne permet pas de régler les problèmes de nature organisationnelle. Or, la situation actuelle porte en elle-même le risque de susciter de la part des entreprises des attitudes de forum shopping, autrement dit de les inciter à

rechercher la juridiction nationale la plus à même de rendre une décision dans le sens de leurs intérêts. Par exemple, si l'on veut faire exempter un réseau de distribution, on ira saisir un juge dans un pays dont on sait qu'il estimera que c'est régulier et, au passage, on créera un précédent. Il faudra bien que l'on règle cette question.

**G.P. :** *Ces dernières années, le juge européen a plusieurs fois remis en cause les décisions de la Commission en matière de fusion. En décembre, le Tribunal de première instance a d'ailleurs validé l'interdiction de la fusion GE Honeywell<sup>(3)</sup> mais en soulevant de nombreuses erreurs manifestes dans la décision qui lui était soumise. Qu'en pensez-vous ?*

**G.C. :** Cela témoigne de l'évolution du droit économique. À partir du moment où le Tribunal de première instance est appelé fréquemment à examiner les décisions de la Commission, face à des avocats de plus en plus spécialisés capables de mettre en place un débat judiciaire substantiel, les juges eux-mêmes se spécialisent et finissent par construire une doctrine qui s'impose à la Commission. Ce contrôle relativement distancié de l'erreur manifeste qui se limite à vérifier qu'on a appliqué les bons éléments d'appréciation pour interpréter les données de fait et que le raisonnement économique est compréhensible et admissible, aboutit en pratique à définir une véritable politique judiciaire en matière d'aides d'État, de fusion, etc. Politique que la Commission est invitée à suivre si elle ne veut pas encourir le risque d'une annulation. C'est précisément le rôle que sont appelées à jouer en France la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

**G.P. :** *Cela signifie qu'à votre sens, le juge français doit encore évoluer ?*

**G.C. :** Les décisions du Conseil de la concurrence sont de plus en plus motivées tant en droit qu'en analyse économique. Il faudrait que les décisions de la Cour d'appel de Paris aient la même portée que celles des juridictions européennes. Cela suppose non pas que le juge devienne plus savant que l'autorité de concurrence mais qu'il soit plus exigeant vis-à-vis des décisions qui lui sont soumises, notamment sur le terrain de la transparence. En critiquant les arguments de la Commission et ses analyses économiques, le juge européen la pousse à améliorer son fonctionnement de la même manière que la Cour d'appel de Paris fait évoluer le Conseil de la concurrence. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les premières décisions du Conseil qui se limitaient à fixer le montant de la sanction. C'est la Cour de cassation qui, la première, a exigé que ces

décisions soient motivées. Désormais, les motivations sont plus développées, ce qui n'est pas sans impact sur le fond du droit puisque cela permet de faire émerger une véritable politique économique.

**G.P. :** *Autrement dit, l'intervention du juge est censée tirer vers le haut l'ensemble du système de concurrence...*

**G.C. :** En principe oui. Il est vrai qu'en France, on a pu reprocher à la Cour d'appel d'entraver le fonctionnement du Conseil en définissant des règles de procédure très exigeantes, mais en pratique, cela n'a pas posé de difficultés insurmontables. Je crois qu'il faut essayer de faire en sorte que tous les acteurs soient le plus performant possible et qu'ils élaborent une jurisprudence claire et prévisible pour que les entreprises aient le sentiment qu'il n'y a pas de décalage entre leurs pratiques et les décisions du Conseil de la concurrence ou de la Cour d'appel de Paris. Le droit de la concurrence ne doit surtout pas être perçu comme une contrainte dont on ne comprendrait pas les objectifs.

**G.P. :** *L'affaire GE Honeywell a montré qu'il pouvait y avoir des divergences d'analyse entre l'autorité américaine de la concurrence qui avait autorisé la fusion et la Commission qui l'a interdite. Faut-il regretter cette situation ?*

**G.C. :** Il ne me paraît pas anormal que les politiques de concurrence soient différentes selon les pays. La priorité de la politique américaine, compte tenu de son marché, est la lutte contre les cartels. En Europe, l'objectif est différent, nous en sommes encore au stade de la création d'un marché unique, ce qui explique que l'on se concentre sur les pratiques de sectorisation. La problématique des pays émergents est encore différente puisqu'ils doivent développer des politiques industrielles, ce qui incite à davantage de tolérance vis-à-vis de certaines pratiques anti-concurrentielles. En d'autres termes, la politique de la concurrence est étroitement liée au contexte économique, d'où l'existence de divergences entre les pays. Cela n'empêche pas que nous devons cultiver la convergence des approches théoriques. Il appartient ensuite à l'OMC de s'assurer que ces différentes politiques ne préjudicient pas à l'économie mondiale.

**G.P. :** *Quel est, à votre avis, le sujet qui va mobiliser l'attention des spécialistes de la concurrence dans les mois à venir ?*

**G.C. :** Je pense que la principale question que nous allons devoir traiter est celle de la confrontation du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle. Il faut, me semble-t-il, éviter à tout prix de paralyser l'innovation au prétexte de vouloir protéger la libre concurrence, ce qui nécessite

(3) Arrêt du 14 décembre 2005, aff. T-209/01.

de moduler l'application du droit de la concurrence, en particulier dès lors qu'il s'agit de brevets. À la Cour de cassation, la chambre commerciale statue à la fois en matière de brevets et de droit de la concurrence, ce qui facilite la définition d'une politique jurisprudentielle appropriée. À la Cour d'appel de Paris, il est possible de mélanger les compétences car les formations spécialisées ne sont pas fermées. De son côté, le Conseil de la concu-

rence va devoir s'intéresser à la politique de l'innovation s'il veut prendre en compte la problématique des brevets. C'est le grand chantier à venir pour faire évoluer le droit de la concurrence en harmonie avec les autres branches de la politique économique.

PROPOS RECUEILLIS PAR OLIVIA DUFOUR

---