



HAL
open science

Le juge du droit de la concurrence

Emmanuel Castryck Fernandez

► **To cite this version:**

Emmanuel Castryck Fernandez. Le juge du droit de la concurrence. Droit. Université de Perpignan, 2023. Français. NNT : 2023PERP0009 . tel-04125438

HAL Id: tel-04125438

<https://theses.hal.science/tel-04125438v1>

Submitted on 12 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale INTER-MED 544

Et de l'unité de recherche
Centre de Droit Économique et du Développement Yves
SERRA

Spécialité :

Droit privé

Présentée et soutenue par
M. Emmanuel CASTRYCK FERNANDEZ

LE JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Soutenue le 17 mars 2023 devant le jury composé de :

M. Christophe ALBIGES, Professeur à l'Université de Montpellier	Rapporteur du jury
M. Yvan AUGUET, Professeur à l'Université de Perpignan <i>Via Domitia</i>	Directeur
M. Nicolas DORANDEU, Professeur à l'Université de Perpignan <i>Via Domitia</i>	Suffragant
Mme. Christine HUGON, Professeure à l'Université de Montpellier	Rapporteur du jury
Mme. Vanessa VALETTE-ERCOLE, Professeure à l'Université de Perpignan <i>Via Domitia</i>	Suffragant



Remerciements

Je remercie mon directeur de thèse, Président de l'Université de Perpignan, M. Le professeur Yvan AUGUET pour m'avoir permis de mener à bien cette thèse.

Je remercie également tous ceux qui m'ont soutenu pour la mise en œuvre de la présente thèse.

Enfin, je remercie mes parents pour leur soutien indéfectible.

*« (...) Il n'y a de bonheur possible pour personne sans le soutien du courage »,
Alain, Minerve de la sagesse*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	8
I. LE JUGE, SINGULARITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE	15
II. LE JUGE NATIONAL, RESSOURCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	19
PARTIE I. LE RÔLE DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	26
TITRE I. L'ADMISSION DU RÔLE DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE	29
Chapitre 1. L'orientation institutionnelle du droit de la concurrence	31
Chapitre 2. La réorientation juridictionnelle du droit de la concurrence	79
TITRE II. L’AFFIRMATION D’UN RÔLE JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE	133
Chapitre 1. Le contrôle juridictionnel complémentaire des pratiques anticoncurrentielles ...	135
Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel cumulatif des pratiques anticoncurrentielles	173
PARTIE II. LES POUVOIRS DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	221
TITRE I. LA MATÉRIALISATION DU POUVOIR DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE	223
Chapitre 1. La compétence centralisée des juges européens au sein de l'Union	225
Chapitre 2. La compétence étendue aux juges nationaux en droit de la concurrence	272
TITRE II. LA VALORISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE	308
Chapitre 1. La légitimation du pouvoir du juge dans le jugement concurrentiel	311
Chapitre 2. Le renforcement du pouvoir du juge dans l'ordre concurrentiel	360

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. min.	Arrêté ministériel
A.	Arrêté
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
al.	Alinéa
Am.	Econ. Rev American Economic Review
AN	Assemblée nationale
anc.	Anciennement
ann.	Annexe
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière
Avis	Avis de l'Autorité de la concurrence
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull.	Joly Sociétés Bulletin Joly Sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
C. trav.	Code du travail
C.	Cour
c/	Contre

CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. entr.	Juris-Classeur périodique - Cahiers de droit de l'entreprise
cass.	Cassation
Cass.	Cour de cassation
CCA	Commission des clauses abusives
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
cf.	Confer
ch. cons.	Chambre du conseil
ch. corr.	Chambre correctionnelle
ch.	Chambre
chap.	Chapitre
chron.	Chronique
CIJ	Cour internationale de justice
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
coll.	Collection
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Comm. conc.	Commission de la concurrence
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
comm.	Commission
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
Contra	Contra
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
conv.	Convention
Conv.	EDH Convention européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile

CPC	Code de procédure civile
crit.	Critique
D. aff.	Dalloz Affaires
D.	Dalloz (Recueil)
D.	Décret
déc.	Décision
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
dir.	Directive
doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
Dr. et procéd.	Droit et procédures
Dr. et sociétés	Droit et sociétés
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Dr. Sociétés	Droit des sociétés
éd.	Édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
et a.	Et autre(s)
Ets	Établissements
Europe	Europe
fasc.	Fascicule
GAD aff.	Grands arrêts - Droit des affaires
GAJ civ.	Grands arrêts - Jurisprudence civile
GAJ com.	Grands arrêts - Jurisprudence commerciale
GAJDIP	Grands arrêts - Jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	Ibidem
id.	Idem
infra	Infra
JCP E	JurisClasseur périodique - Édition Entreprises et affaires
JCP G	JurisClasseur périodique - Édition générale
JCP N	JurisClasseur périodique - Édition notariale et immobilière

JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Sénat Journal officiel - Sénat
JO/JORF	Journal officiel (Lois et décrets)
JOAN	Journal officiel - Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Joly	Dictionnaire Joly
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Journ. Sociétés	Journal spécial des sociétés
Juris-Data	Juris-Data
Jurispr.	Jurisprudence
L. fin.	Loi de finances
L.	Loi
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État
LPA	Petites affiches (Les)
min.	Ministre
n°	Numéro
op. cit.	Opere citato
ord.	Ordonnance
p.	Page
Plén	Plénière
Propr. industr.	Propriété industrielle
PV	Procès-verbal
RD aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDIP	Revue de droit international privé
Rec. CEDH	Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
réf.	Référés
Rép. méth. Dalloz Dalloz	Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence
Rép. prat. Dalloz Dalloz	Répertoire pratique
Rev. adm.	Revue administrative

Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. UE	Revue du droit de l'Union européenne
Rev. éco. fin.	Revue d'économie financière
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
Rev. propr. com.	Revue de la propriété commerciale
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
Revue de l'arbitrage	Revue de l'arbitrage
RFD const.	Revue française de droit constitutionnel
RFDA	Revue française de droit administratif
RI conc.	Revue internationale de la concurrence
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
SA	Société anonyme
somm.	Sommaire
Sté	Société
suppl.	Supplément
supra	Supra
T. arb.	Tribunal arbitral
T. com.	Tribunal de commerce
T. confl.	Tribunal des conflits
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
UE	Union européenne

V.
vol.

Voir
Volume

INTRODUCTION

1. « Juge » et « droit de la concurrence » : la simplicité des termes ne peut éluder la difficulté d'aborder un tel sujet. Classiquement, avant de revenir sur ses composantes, il est nécessaire d'aborder sa caractéristique principale. L'utilisation de « *Le* », dans « *Le juge du droit de la concurrence* », fait partie de la catégorie grammaticale qui exprime l'unité et en même temps le caractère atypique. Les plus observateurs peuvent rétorquer que le sujet ne manque pas d'ambiguïté tant l'unité n'est pas sa principale caractéristique en droit de la concurrence. Pour autant, peut-on encore parler d'atypies ? Or, ce qui peut paraître comme un paradoxe participe de la question du choix des termes. Outre cette volonté simple de poser le thème du sujet, l'intérêt est de développer une véritable réflexion. En effet, si la question d'un juge du droit de la concurrence peut sembler anodine au premier abord, elle peut, en revanche, susciter une certaine controverse lorsqu'on la confronte à la réalité. Comme le notent Marc DESCHAMPS et René POÉSIE dans un article *Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, ils n'hésitent pas dans leurs deuxièmes parties de titrer « *L'autorité de la concurrence, juge des atteintes à l'ordre concurrentiel* » et « *Le juge judiciaire, juge des atteintes aux intérêts particuliers* »¹. À l'énoncé du terme « *juge* » pour une « *autorité* », le débat est loin d'être tranché et, en tout état de cause, va planer au-dessus de ces travaux, même s'il convient de préciser que cette question s'inscrit notablement dans notre approche. En effet, l'objectif n'est pas d'esquiver le problème, mais au contraire de se confronter à cette idée, dans la mesure où il convient d'aborder l'ensemble des interprètes du droit de la concurrence². Or, exclure les autorités de concurrence de la réflexion sur le juge du droit de la concurrence risque de priver notre sujet de son caractère général. C'est, en effet, dans toute sa dimension, que l'on s'interroge sur le domaine de la question. Il ne faut pas oublier que l'application du droit de la concurrence par le juge est la question centrale de ce sujet. Or, en droit de la concurrence, elle relève généralement d'un clivage entre de multiples interprètes que ce soit la Commission, la Cour de justice européenne, les autorités administratives de concurrence ou encore les juges nationaux. Une spécificité au droit de la concurrence qui d'ailleurs questionne sur le rôle intrinsèque de chacun.

¹ M. DESCHAMPS ET R. POÉSIE, *Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, in *Revue internationale de droit économique* 2013/4 (t. XXVII), p. 569 à 578.

² A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford univ Press, 2004.

2. **L'alternative possible.** Si le choix opéré pour l'application du droit de la concurrence a clairement favorisé les autorités administratives au détriment des juridictions, les débats restent encore vifs quant à la qualification juridictionnelle des autorités administratives. Même si les juridictions nationales ont conservé un contrôle explicite des décisions des autorités administratives et un contrôle en interne des questions relevant de la concurrence déloyale ou encore du contrôle des pratiques restrictives. Les autorités de concurrence restent un moyen efficace de protection de la concurrence, qui s'accompagne d'une volonté affirmée de réguler l'économie, en corrélation avec l'intégration du marché intérieur.

3. L'insertion d'un nouveau paradigme ne se fait pas sans heurt, quand on parle d'intégration d'un droit à composante économique dans le système juridique actuel, et qui plus est, dans le système juridique français, faisant de la séparation de la fonction répressive des règlements des litiges privés et des activités publiques un véritable dogme. La cohérence d'ensemble entre notamment le droit des ententes et de l'abus de domination, le droit des contrats, de la responsabilité et du commerce ou bien encore le droit du travail, aurait été d'autant plus facilitée si le litige correspondant avait été jugé par les juridictions compétentes existantes tout en conservant le clivage classique entre les litiges privés et publics propres à notre système juridique³. Non seulement l'intervention des autorités administratives sectorielles dans le domaine privé par l'entremise de l'Autorité de la concurrence a remis en cause la séparation des fonctions garant des libertés publiques, mais de plus a doté d'un pouvoir répressif une fonction administrative⁴. Le professeur MOURGEON d'ailleurs en a conclu que « *le temps est définitivement révolu où la solennité des audiences judiciaires pouvait seule conduire le citoyen au châtement* »⁵. Le juge n'a donc plus le monopole de la répression. Les autorités administratives cumulent les pouvoirs de réglementation et de répression. N'aurait-il pas été plus simple de répartir les instruments traditionnels des contentieux entre les juridictions dont les principaux instruments sont les sanctions, interdictions de pratiques et réparation ou encore le choix raisonnable de répression punitive, de sanctions civiles, de sanctions pécuniaires ou à terme de réparation des dommages et intérêts ? Le choix a été une rupture avec une tradition française bien ancrée pour la fonction contentieuse des autorités de régulation relevant

³ G. CANIVET, avant-propos in R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Thèse, Bruylant, Larcier, janvier 2014, p. 9-12.

⁴ A. TAIBI, *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique, Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, L'Harmattan, Collection : Logiques Juridiques, 03/2018, 658 p.

⁵ J. MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, LGDJ., 1967, p. 9.

traditionnellement du domaine public. L'intervention de l'administration dans les litiges privés - nouveaux dans sa démarche - est particulière alors même qu'un autre choix juridictionnel aurait été possible en adaptant l'appareil juridictionnel par l'intermédiaire des juridictions spécialisées déjà existantes, en formant à l'économie les juges, les procureurs et avocats, et ce, en développant un droit spécial à composante économique tout comme peut l'être, à titre d'exemple, le droit des sociétés. La préférence pour la création des autorités administratives investies de pouvoirs d'enquête, de décisions, de sanctions est apparue finalement comme un moyen privilégié d'intermédiation avec les instances existantes.

4. **Le fil conducteur.** Exclu de ces questions, le juge est pourtant capable de traiter sans trop de difficultés le contentieux de la distribution : conditions de vente, distribution sélective, exclusive, franchise... qui répondent à des préoccupations d'ordre économique. S'il apparaît sans conteste que le droit de la concurrence au sens large a été placé sous l'égide des autorités administratives en raison de son caractère essentiellement économique. La création d'une procédure juridique spécifique vise à maintenir une influence en matière de police des marchés et de politique industrielle. En vérité, l'orientation du droit de la concurrence par la Commission assistée des autorités nationales de concurrence influence les droits nationaux dans les États membres ayant pour volonté de favoriser le développement d'un droit européen de la concurrence. D'ailleurs, partant de la Commission technique des ententes et des abus de position dominante en passant par la Commission de la concurrence pour finalement, aboutir en 1986⁶, au Conseil de la concurrence, l'autorité nationale s'est pleinement intégrée depuis dans l'ordre concurrentiel avec la création de l'Autorité de concurrence. Cette dernière est d'ailleurs investie de pouvoirs d'annulation, d'injonction et de sanction en matière d'entente et d'abus de domination ainsi que, depuis 2008, du contrôle des concentrations⁷. Si cette intégration s'est faite non seulement au détriment des juridictions, elle a eu également deux effets : la remise en cause du clivage entre l'action publique et l'action privée à la faveur des juridictions judiciaires pour le contrôle des décisions de l'Autorité de la concurrence et la complémentarité des juridictions avec les autorités de régulation. Il en résulte que les recours sont de la compétence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation contre les décisions de l'Autorité de la concurrence tout en conservant la compétence pour statuer sur les contentieux de droit commun.

⁶ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence devenu l'article L. 464-8 du Code de commerce.

⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 5 août 2008, p. 12-471.

5. Il est notable que cette dernière option ait eu pour effet de conduire au retour de la *summa divisio* quand le droit de la concurrence concerne une personne publique, d'où la nécessité d'une articulation entre le contentieux privé et le contentieux public. Finalement, cette distinction reprenant le clivage entre l'action publique et l'action privée en matière de concurrence est qualifiée respectivement de *public enforcement* et de *private enforcement* en droit de la concurrence.

6. Dès lors se pose la question de la réparation des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles alors que les autorités sont dépourvues du pouvoir d'indemniser ces victimes ? La nécessité du juge d'intenter des poursuites privées sur le fondement d'une action en responsabilité civile en réparation d'un préjudice concurrentiel pour accorder le cas échéant des dommages et intérêts est devenue un terrain de prédilection favorisant l'émancipation des juges par rapport aux autorités administratives. Si cette option apparaît comme une possibilité subsidiaire d'application du droit de la concurrence renforcée dernièrement par l'ordonnance de 2017, l'inadaptation des procédures juridictionnelles rend difficilement admissible cette réparation effective. En France, l'ouverture à l'action privée devait faciliter l'accès au juge, mais la rigidité de notre droit civil apparaît comme un obstacle insurmontable afin de permettre l'indemnisation d'un préjudice concurrentiel. Pourtant, l'action du juge s'est trouvée renforcée par l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003⁸. La compétence partagée entre la Commission et les instances nationales⁹ en droit des pratiques anticoncurrentielles reconnaissant l'effet direct de l'article 81§3 CE¹⁰, devenu article 101§3 du TFUE, a donné, en effet, une nouvelle importance aux rôles des instances nationales, autorités nationales de concurrence et juridictions internes, dans la procédure d'application du droit européen.

7. Si la réforme engagée par le règlement n°1/2003 avait pour objet de mettre fin à l'engorgement de la Commission afin de soumettre aux instances nationales l'application de l'article 81§3 CE, elle avait, également, remis en cause le monopole de la Commission qui par cette procédure avait assis son ascendant sur les juridictions. Le but de centraliser, par un système de notification préalable, devait prévenir toutes pratiques anticoncurrentielles avant

⁸ Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n°L 1, du 4 janvier 2003, p. 1-25.

⁹ D. BERLIN, *L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises*, RTDE, 1991, p. 1, 211, et 379.

¹⁰ Art. 5 et 6 du règlement n°1/2003.

son exécution. La Commission s'est retrouvée submergée¹¹ avec un retard conséquent dans le traitement des dossiers rendant inefficace la lutte contre les infractions liées à la concurrence. La Commission était « *réduite à éponger l'arriéré des dossiers subalternes tandis que les ententes réellement nuisibles échappaient à son contrôle, faute de temps pour s'y consacrer* »¹². Le monopole de la Commission avait deux conséquences : l'inefficacité de l'application des règles européennes de concurrence par les autorités de concurrence et les juridictions nationales¹³ et l'impossibilité de focaliser l'action de la Commission sur les infractions les plus graves. Or, si le règlement de 1962¹⁴ avait été adopté dans le cadre de l'ouverture à un marché commun engagé par le Traité de Rome de 1957 permettant de développer une « *politique communautaire de la concurrence qui a contribué à la diffusion d'une culture de la concurrence dans la Communauté* »¹⁵, le seul intérêt pratique a été la création d'autorités nationales de concurrence dans les États membres. La fin du système de notification préalable a sonné la fin du monopole de la Commission. La compétence des instances nationales s'en est trouvée renforcée¹⁶. Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 adoptée en 2009¹⁷ faisant application des articles 101 et 102 du TFUE par les instances nationales a été déterminant dans le rôle joué par les autorités nationales de concurrence, mais, également, les juridictions nationales.

8. **L'opportunité.** Les juridictions nationales ont, à cette occasion, profité du flou de l'expression « *autorités compétentes des États membres* »¹⁸ étant donné que cette expression englobe autant les autorités administratives que les juridictions nationales en tenant compte de

¹¹ C. -D. EHLERMANN, *Les conséquences du monopole de la Commission en matière d'exemption*, RDUE, 1/2000, p. 20.

¹² E. CLAUDEL, *à propos du règlement C.E. n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 C.E. : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ?* Les petites affiches, 20 mai 2003, n° 100, p. 7.

¹³ V. pour cet argument; Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE (devenu 101 et 102 du TFUE), JOCE, n° C-132 du 12 mai 1999, article 100 ; C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003 : a modernised application of EC competition rules*, Competition Policy Newsletter, n° 1, Spring 2003, p. 3; L. IDOT, B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Le besoin de sécurité juridique: notifications et exemptions*, Cahiers de droit européen, vol. 37, n°1-2, 2001, p. 160-201.

¹⁴ Règlement CE 17/62 du Conseil du 21 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (devenu 101 et 102 du TFUE), JOCE, n°13, du 21 février 1962.

¹⁵ Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n°L 1, du 4 janvier 2003, Considérant n° 1.

¹⁶ J.-M. FAVRET, *Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence : le règlement du Conseil n°1/2003 du 16 décembre 2002* », AJDA, n°4/2004, 2 février 2004, p. 177-185.

¹⁷ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306 du 17.12.2007), entrée en vigueur le 1er décembre 2009.

¹⁸ Règlement CE 17/62 du Conseil, du 21 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE, n°13, du 21 février 1962, p. 204.

la diversité institutionnelle des États membres. La Cour de justice de l'Union européenne a répondu à cette incertitude par un arrêt du 30 janvier 1974 en considérant que « *les juridictions spécialement chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence ou de contrôler la légalité de cette application par les autorités administratives* »¹⁹. Pourtant, malgré l'utilisation du terme « *juridiction* », l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris sont donc appelées à statuer toutes deux selon l'article L. 464-8 du Code de commerce. La Cour d'appel de Paris est donc principalement appelée à statuer sur les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et la Cour de cassation peut être saisie des pourvois contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris. Il en résulte une certaine confusion selon l'analyse de la professeure Laurence IDOT²⁰. En effet, en intégrant l'Autorité de la concurrence au rang de juridiction, la mise en œuvre du règlement semble ne pas faire une franche distinction avec un véritable système juridique. L'intervention de la Commission par le biais de la procédure d'*amicus curiae* n'est pas sans incidence sur cette impression. Il apparaît pourtant que si les juridictions peuvent être qualifiées d'autorités de concurrence, il n'en est pas de même pour les autorités administratives. D'ailleurs la Cour de justice énonce que « *soit les autorités administratives chargées dans la plupart des États membres d'appliquer la législation sur la concurrence sous le contrôle de légalité exercé par les juridictions compétentes, soit les juridictions auxquelles dans d'autres États membres, la même mission a été spécialement confiée* »²¹. Le débat reste ouvert entre autorité administrative et juridiction, d'autant que la coexistence des termes souvent combinés pour des raisons de proximité, mais également pour des raisons de facilité est source de trouble. Un terme souvent utilisé à l'excès qui s'explique par la proximité de leurs interventions. Pourtant, on peut apporter une précision : le juge a une action diversifiée en droit²² alors que l'autorité administrative ou de régulation a une mission précise dans un secteur donné²³.

9. Ainsi, les différentes réformes en droit de la concurrence conduisent à une double constatation. D'un côté les instances européennes qui regroupent les autorités de concurrence avec la Commission et la Cour de justice européenne ainsi que ces intermédiaires que sont les

¹⁹ CJCE, 30 janvier 1974, *BRT c/SABAM*, aff. 127/73, Rec. 1974 p. 51.

²⁰ L. IDOT, 2004 : *L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ?* Europe, n°1, janvier 2004, chronique n°1, p. 3-4.

²¹ CJCE, 30 avril 1986, *Ministère public contre Lucas Asjes et autres*, Andrew GRAY et autres, Andrew GRAY et autres, Jacques MAILLOT et autres et Léo LUDWIG et autres, aff. jtes 209 à 213/84, Rec. 1986 p. 1425.

²² Une mission élargit du juge qui englobe autant pouvoir de police de la vie civile que la vie économique. V., J. VAN COMPERNOLLE, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, dans *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à F. RIGAUX, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 498 et suiv.

²³ Q. EPRON, *Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs*, RFDA, n° 5, 2011, p. 1007 et s.

autorités nationales de concurrence qui voit leurs compétences se judiciariser, tout en laissant une partie de leur monopole d'intervention aux juridictions nationales qui disposent de plus larges pouvoirs ce qui conduit à s'interroger de quelle manière ces dernières affirment leurs emprises du droit de la concurrence depuis le Traité de Lisbonne de 2007. Les rapports entre les autorités et les juridictions semblent aboutir à une vision des plus contrastée²⁴. L'eupéanisation du droit de la concurrence rend les règles internes de concurrence, qualifiable de doublons, parfois superflus. En revanche, le juge se trouve renforcé par son action en s'appropriant les terrains vierges du droit de la concurrence.

10. Bien que la décision ne soit pas exempte de critiques, la volonté de cette étude est de se focaliser exclusivement sur le seul juge et non sur les autorités, même si la doctrine et la pratique ne sont pas unanimes sur la qualification des autorités administratives ; souvent la question revient sous différentes formes²⁵. On ajoutera que pour des raisons de simplicité, il nous semble légitime de s'affranchir des discussions doctrinales. On remarquera que les praticiens ne semblent pas s'intéresser à la distinction, hormis lors d'une question préjudicielle à la Cour de justice. Si l'on se réfère à la jurisprudence, la portée des décisions de la Cour de justice sur ce point n'a pas permis de mettre fin à la controverse²⁶. Il serait possible d'agir avec une certaine duplicité, en restant vague sur la notion de juge. Nous avons préféré limiter le sujet au juge²⁷.

²⁴ J. P. VIENNOIT, *Les rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit nationaux sous l'empire du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002*, dans *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p. 38 ; JCP, éd. E, supp. Cah. dr. ent, n°5/2003 ; L. IDOT, *Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation ou une renationalisation du droit de la concurrence ? Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Études en l'honneur de J.C GAUTRON, A. PEDONE, 2004, p. 117 à 135 ; S. REIFEGERSTE, *L'articulation du droit communautaire et du droit national de la concurrence*, JCP, 9 avril 2003, n° 15-16, p. 657 ; P. RINCAZAUX, *Règlement CE n° 1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de sa mise en œuvre ?*, Lamy droit économique, juin 2003, p. 2 et s ; V. J. B. BLAISE, *Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : France*, dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, Études en l'hommage à Louis DUBOUIS, La documentation française, 2000, p. 31 à 39 ; H. NÖLKENSMEIER, *Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : Allemagne*, dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, Études en l'hommage à Louis DUBOUIS, La documentation française, 2000, p. 41 à 46 ; L. IDOT, *L'eupéanisation du droit des affaires : sens et portée*, RDC, Janvier 2001, n° 1, p. 93 à 112.

²⁵ M. PASTUREL, *Le Procès devant le Conseil de la concurrence*, in G. CANIVET (dir.), p. 334.

²⁶ CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen Gobbels*, aff. 61/65 ; CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, CJUE, 10 mai 2013, *Jeremy. F contre Premier ministre*, C-168/13 ; CJUE, ord., 13 février 2014, *Merck Canada c/ Accord Heatecare Ltd.*, C-555/13. La Cour de justice s'appuie sur un faisceau d'indices : l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de la juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application des règles de droit et son indépendance. Le faisceau d'indices distingue ou inclut les autorités de concurrence selon les interprétations.

²⁷ Cette idée semble correspondre à la mouvance des auteurs suivants : G. CANIVET, *Le juge et les autorités de marché*, RJC, 1992, p. 185-204 et *Conclusions générales in Régulateurs et juges*, P.A., 23 janvier 2003, n° spécial, p. 50-55, p. 51 ; CL. De LUCAS DE LEYSSAC, *Rapport de synthèse, la sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles*, P.A., 20 janvier 2005, p. 65.

Si l'on se réfère au conseiller d'État BOUCHENÉ-LEFER, « *la raison qui a fait choisir et assigner dans l'un ou l'autre cas une juridiction plutôt que l'autre, nous croyons l'avoir donné ; mais, tous les cas, cette différence repose sur des textes et non sur de prétendues explications qui n'ont pas d'ombre, ni assurément la consistance d'une explication véritable* »²⁸.

I. LE JUGE, SINGULARITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE

1. Notion de juge et du droit de la concurrence

11. **La précision des termes.** Le juge est un tiers extérieur aux parties en litige dont la mission est de trancher une contestation. Le juge dispose de pouvoirs propres « *de direction, d'instruction et d'organisation du procès* » en vue d'accomplir sa mission²⁹. Il faut être conscient que ses missions cachent par ce terme englobant une application de la loi souvent indéfinie et une combinaison de droits innombrables³⁰ rendant moins lisible cette fonction. Le juge au sens du droit comme « *organe de l'ordre judiciaire chargé de rendre la justice* »³¹ ou le fait d'être juge tel que *nemo iudex in causa sua* où encore juger autant juridiquement que moralement³² représente autant de concepts qui ouvrent la voie à une question complexe qui interpelle. Parce que le « *juge* » intervient sur la concurrence, de quelle manière influence-t-il le fonctionnement, le discours et la pratique ? Si l'on se réfère aux termes du sujet, il n'existe pas formellement un juge du droit de la concurrence, aucun acteur juridique ne peut revendiquer ce titre et il n'en est fait état dans aucun texte juridique. Une manière de justifier l'absence de ce titre c'est le pluralisme juridictionnel dont le droit de la concurrence fait preuve. Force est de constater que le sujet suppose une construction des termes qui sert de réflexion sans pour autant développer une nouvelle théorie du juge dans l'espace juridique.

²⁸ M. BOUCHENÉ-LEFER, *De la justice administrative, revue pratique de droit français*, 1863, p. 354-381 ; Du même auteur, *De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, revue pratique de droit français*, 1864, p. 433-467.

²⁹ P. EFTHYMIOS, *Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque (Quelques éléments comparatifs)*, RIDC 1987, p. 705.

³⁰ J. FOYER, *La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens, L'avenir du droit*, Mél., en hommage à F. TERRÉ, Paris, PUF /Dalloz / Jurisclasseur, 1999, p. 749 ; V. L. CADIET, *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*. Écrits en hommage à G. CORNU, Paris, PUF, 1994, p. 29.

³¹ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Larcier, Coll. Paradigme, 2020, p. 547.

³² P. NOREAU, *La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire*, Politique et sociétés, vol. 19, n°2-3, 2000, p. 153-177.

12. En effet, le fond du sujet est de développer le terme de juge comme représentant à la fois l'organe avec pour prérogative de prendre des décisions de justice et la fonction que représente cet organe. La justice avance que c'est « *un sentiment qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste* », mais aussi renvoie à « *l'ensemble des juridictions dont les justiciables attendent qu'elles rendent justice* »³³. Ce pouvoir est fortement lié à la position occupée par un individu et se manifeste sous les traits de l'instance. Une instance qui est fondée par la matière de son intervention.

2. Singularité de la concurrence

13. La concurrence est une matière singulière. Si l'on se réfère à la loi ou à la jurisprudence, la concurrence est abordée comme le tenant d'un principe, sans pour autant le définir. C'est à travers une énonciation de termes dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'agissant des articles 101 et 102. Représentant une simple considération d'attribution par l'objet à l'article 2 B du « *Titre I CATÉGORIE ET DOMAINES DE COMPÉTENCE DE L'UNION* » que l'on retrouve étendu tout en n'apportant pas plus de détail dans le « *Titre II DISPOSITIONS D'APPLICATIONS GÉNÉRALES* » dans le Traité de Lisbonne de 2007³⁴. En droit interne, le constat n'est guère plus encourageant. L'article L. 410-2 du Code de commerce se bornant à indiquer que « *les prix des biens, produits et services [...] sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». Souvent le juriste en quête d'éclaircissement se tourne vers la jurisprudence, laquelle ne fournit pas plus d'explication. En effet, comme l'indiquent les traités européens, il n'est pas fait référence à la concurrence, mais plutôt à un ensemble de mécanismes juridiques qui agissent sur l'activité. Un concept flou qui demande à être exploré. Et c'est finalement en se tournant vers des aspects plus économiques que l'on peut trouver une définition appropriée. On pense inévitablement au professeur CORNU pour apporter un éclairage. La concurrence, dans son premier sens, est une compétition économique, une offre « *par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de service qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle* ». Claire, mais trop juridique encore, la concurrence « *est donc fondamentalement perçue comme un comportement. Elle traduit le processus de rivalité et de compétition qui a lieu entre les firmes lorsqu'elles se disputent un marché existant*

³³ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz, Coll. Hors collection, 1999, p. 13.

³⁴ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (JO C 306 du 17.12.2007, p. 1- 271).

ou potentiel, ou bien une ressource productive (humaine, physique ou financière) »³⁵. Dans le sillage de cette définition qui permet de justifier toute la dimension du droit de la concurrence, « le droit de la concurrence, quant à lui, peut être défini comme l'ensemble des règles qui encadre l'exercice des activités économiques sur un marché. Il gouverne les rivalités entre agents en prohibant les pratiques et comportements qui portent atteinte à la libre concurrence. Il permet de sanctionner les ententes et autres abus de domination qui faussent ou restreignent le jeu de la concurrence sur le marché »³⁶. Aussi et sans avoir la prétention d'avoir tout défini tant les définitions sont innombrables, il nous semble judicieux de revenir au dénominateur commun de notre sujet.

14. **La répétition de l'histoire.** Le plus étonnant c'est que la place du juge dans notre culture ne le prédisposait pas à occuper un rôle d'importance³⁷. La justification de l'État de droit³⁸ véhiculé par l'histoire a fondé un modèle fusionné entre le droit au droit et le droit au juge, l'effectivité et l'efficacité de l'un dépendant de l'existence de l'autre. De même, on peut ajouter que le juge n'était pas voué à jouer un rôle d'importance en droit de la concurrence, alors il est devenu l'apanage des autorités de concurrence. Cependant, ce sont souvent des considérations d'ordre historique, voyant dans le juge un « *type idéal* »³⁹ relatif à une vision de l'état de droit qui se développe par deux critères qui est le droit au Droit, qui selon la professeure Muriel FABRE-MAGNAN rappelle qu'« *en droit français, le Droit avec un 'D' majuscule renvoie à ce que l'on appelle le Droit objectif, par opposition aux droits subjectifs que l'on écrit avec un 'd' minuscule. Le droit objectif vise le système juridique dans son ensemble, tandis qu'un droit subjectif est une prérogative individuelle accordée aux personnes par le Droit* »⁴⁰ et le droit au juge. La position adoptée est de considérer que le juge est le seul à même de rendre effectif ce droit⁴¹. Pour le commun des citoyens, le juge est une figure essentielle, apaisant les

³⁵ J. KRAFFT, *Le processus de concurrence*, 1999, Economica, p. 5, §. 1.

³⁶ E CLARY-CLEMENT, *L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence*, in *Colloque : « Le droit de la concurrence et l'analyse économique »*, Le Concurrentialiste, mai 2013, p. 2.

³⁷ A. GARAPON, *La question du juge*, Pouvoirs, 1995, *Les juges*, n° 74, pp. 13-26, spécialement p. 19.

³⁸ L'État de droit ou Rechtsstaat est un néologisme inventé à la fin du XVIIIe siècle en Allemagne, sans doute par Johann WILHELM PETERSON dit « Placidus » ; J. W. PETERSEN, *Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*, Strasbourg, 1798, cité par L. HEUSCHLING, *Rechtsstaat, Rule of law, État de droit. Étude comparative*, Dalloz, Paris, 2002. Il symbolise la soumission d'un État au droit. Sa diffusion dans de nombreux États, en Italie d'abord avec le concept de *Stato di diritto* (1880), en France ensuite avec le concept d'État de droit (1901), puis sa reconnaissance dans l'Europe tout entière, voire au-delà, en font le point d'orgue de la civilisation ; V. J.-Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, RCADI, 1995, n° 254 p. 158-164.

³⁹ A. GARAPON, *La question du juge*, Pouvoirs, 1995, *Les juges*, n° 74, pp. 13-26, plus spécialement p. 19.

⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Le Droit et les Droits*, in *Introduction au droit* (2021), LGDJ, p. 5.

⁴¹ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 1164p, spécialement p. 37-41.

conflits, apportant une solution qui tranche les litiges parce qu'il est légitime pour le faire. Dès lors, le juge éclipsé de l'ordre concurrentiel retrouve de sa superbe avec le mouvement de judiciarisation actuel⁴² et séduit lorsque le droit européen de la concurrence accroît le rôle effectif du juge, donnant la possibilité pour les particuliers de saisir le juge.

3. Notion éloignée du juge du droit de la concurrence

15. L'arbitre par rapport au juge c'est qu'il serait un amiable compositeur⁴³. Cette définition peut aisément différencier l'arbitre du juge⁴⁴. Ainsi, il est clair que l'arbitre ne saurait avoir « *le statut de juridiction d'un État membre* »⁴⁵ au sens de l'article 267 du TFUE. L'arbitre est saisi d'un litige, en agissant pour les parties au litige soulevant la compétence de celui-ci, afin de ne pas priver d'effet à une clause compromissoire. De fait, si le rôle de l'arbitre s'apparente au juge lorsqu'il doit appliquer une règle d'ordre public applicable à la résolution du litige⁴⁶, il s'en distingue lorsqu'il applique le droit de la concurrence puisqu'il ne peut le faire d'office. En effet, l'arbitre est tenu aux arguments des parties, cela implique que l'arbitre ne joue qu'un rôle d'intermédiaire sous réserve du respect du domaine de compétence des autorités européennes. À ce titre, si le contrat illicite est maintenu à l'issue du débat, les dispositions européennes demeurent et l'arbitre doit se déclarer incompétent sous peine d'une annulation de la sentence⁴⁷. Tout naturellement, enfin, l'arbitrage n'est qu'une procédure parallèle⁴⁸, qui fera l'objet d'un contrôle de la sentence par le juge étatique. Sa spécificité et la nécessité de délimiter le corpus étudié conduit à ne pas traiter de la question de l'arbitre⁴⁹.

⁴² M. KALUSZYNSKI, *La judiciarisation de la société et du politique. Face à la judiciarisation de la société, les réponses de la Protection juridique*, 21-22 septembre 2006, Paris, France, 9 p.

⁴³ G. CANIVET, *La mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions arbitrales*, in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008, p. 763, n°891 et réf.

⁴⁴ La notion de juge de la concurrence peut cependant être évoquée concernant l'arbitre. V. R. NAZZI, *International Arbitration and Public Enforcement of Competition Law*, ECLR, 2004 p. 153-162, p. 156 ; Y. DERAIS, *L'arbitre, la Commission et la Cour : Question de procédure*, Gaz. Pal. 28-29 mai 2003, p. 1520-1523, p. 1522 ; C. BAUDENBACHER et I. HIGGINS, *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 1-17, p. 3 ; A. P. KOMNIONOS, *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, *World Competition*, 2001, p. 211-238, p. 223 ; C. A. MOURRE, *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de justice des communautés européennes*, Gaz. Pal. 9-11 janvier 2000, p. 30-35, p. 32 ; L. SIMONT, *Arbitrage et droit de la concurrence : quelques réflexions d'un arbitre*, RDAI, 1998, p. 547-556, p. 549.

⁴⁵ CJCE, 23 mars 1982, 102/81, *Nordsee*. La Cour a rappelé qu'une juridiction est instituée pour juger de manière permanente et sa compétence s'impose au justiciable.

⁴⁶ Procédure CCI, n°1397 (1966), *Clunet*, 1979, p. 984.

⁴⁷ P. MAYER, *Le contrat illicite*, Rev. Arb., 1984, p. 215.

⁴⁸ D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, Thèse Aix-en-Provence, 2008, n°564.

⁴⁹ Cl. LUCAS DE LEYSSAC, *Arbitrage et concurrence : Retour sur Eco Swiss*, *Concurrences*, n° 1-2005, p. 1 et note É. BARBIER de LA SERRE et C. NOURRISSAT, RLC, 2005/2, n° 150.

II. LE JUGE NATIONAL, RESSOURCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

16. Si, en 1976, le président LECOURT déclarait que « *tout juge national est juge communautaire* »⁵⁰ en garantissant l'application du droit européen en effectuant un contrôle juridictionnel des décisions des autorités nationales, ce n'est qu'une compétence de principe sur l'exécution centralisée des autorités nationales de concurrence. Mais, c'est finalement le Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPIUE)⁵¹ qui a été plus prompt à prendre en compte le rôle du juge national en 1990⁵², le droit européen a longtemps été silencieux à son égard. Toutefois, cette reconnaissance tardive a perduré jusqu'au recours à cette notion par la Cour de justice en 2011⁵³. Durant cette période, le rôle de la Commission est mis en avant dans l'application des règles de concurrence après des États membres. Ce contrôle est justifié par le courant ordolibéral allemand⁵⁴ tout autant pour des raisons d'ordre économique que d'ordre juridique. Si, aujourd'hui, la position de juge nationale est d'être « *au carrefour des systèmes juridiques nationaux et de la mise en œuvre du droit communautaire* »⁵⁵, c'est tout en polyvalence comme juge national en application des règles internes⁵⁶ et comme juge européen

⁵⁰ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », LGDJ, 2008, p. 8-9.

⁵¹ Devenu le Tribunal de l'Union européenne.

⁵² TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing SA c/ Commission*, aff. T-51/89, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance (ci-après Rec.), p. II-309, pt 42. L'expression n'a été reprise formellement par le Tribunal qu'une seule fois : TPICE, Ord., 22 décembre 1995, *Danielsson ea c/ Commission*, aff. T-219/95 R, Rec., p. II-3051, pt 77.

⁵³ Cf. l'avis 1/09 de la Cour de justice du 8 mars 2011 sur le projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, pt 80.

⁵⁴ Les ordolibéraux s'attachent, en plus de l'accroissement des richesses individuelles et collectives, à la création d'un ordre économique et social. La concurrence ne peut se développer qu'à l'intérieur d'un cadre établi par l'État au sein d'un ordre construit par la loi. En vertu de cette théorie, si l'État peut intervenir dans le cadre de la vie économique, ces interventions au sein de l'activité économique peuvent être dangereuses pour l'équilibre du marché. Cette théorie justifie le rôle particulier de la Commission dans le contrôle de la concurrence car la logique ordolibérale conduit à confier ce type de contrôle à une instance technique et non politique cf. F. BILGER, *La pensée économique libérale en Allemagne*, LGDJ, 1964, 320 p. ; A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 21-22 ; C. MOUGOUACHON, *L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique*, Concurrences, 2011, no 4, p. 70-78. Les théories ordolibérales ont été consacrées après la Seconde Guerre mondiale puisque M. ERHARD, directeur d'institut économique proche de l'école de Fribourg, a été désigné ministre de l'Économie en 1948. D'autres théoriciens de l'ordolibéralisme sont devenus à cette même époque conseillers politiques, voire élus, et ont influencé la politique allemande et la construction communautaire cf. R. TAVITIAN, *Le système économique de la Communauté européenne*, Dalloz, 1990, p. 150 : « *La politique communautaire s'est, au départ, largement fondée sur le modèle allemand en l'adaptant à un contexte multinational* », C. PRIÉTO, *L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus*, JCP G, 2007, I 132.

⁵⁵ J. RIDEAU, *Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire*, AFDI, 1972, p. 887.

⁵⁶ G. CANIVET *Le droit communautaire et l'office du juge national*, Droit et Société, 1992, p. 138.

de la concurrence⁵⁷. Il s'avère qu'en l'absence de tribunaux *ad hoc*, il est par défaut compétent pour connaître des litiges relatifs à des questions de droit de l'Union européenne⁵⁸.

17. **Le juge à la lisière de la judiciarisation et de la juridictionnalisation.** La juridictionnalisation, souvent considérée comme attentatoire à la souveraineté de l'État sur le droit est pour le moins banal quand il incarne la protection des droits et ne s'affaire qu'à apporter un caractère juridictionnel⁵⁹. Ce dernier est bien éloigné de la judiciarisation qui implique le recours par préférence au juge. Deux termes pourtant conjoints lorsqu'ils ont pour finalité un accroissement du rôle du juge et la légitimité⁶⁰ d'un droit. La juridictionnalisation en droit européen s'inscrit dans la mouvance de la judiciarisation de la société qui est contemporaine à l'internationalisation des droits⁶¹. Ce sont donc deux éléments importants qui favorisent la confiance dans les institutions publiques nationales et européennes nécessaire à la transparence dans les relations économiques. Or, cette particularité qualifiable de sécurité juridique est un impératif pour l'applicabilité du droit de la concurrence pour l'activité économique⁶².

18. **Problématique.** Notre étude vise à distinguer un juge du droit de la concurrence sur l'ensemble des interprètes. La professeure Anne-Lise SIBONY avait abordé le droit de la concurrence sous le prisme du juge en mettant en avant le rôle de la théorie économique dans l'élaboration d'un jugement⁶³. Ici, il convient de s'en extraire en se demandant si le rôle du juge a étendu son influence dans l'application des règles de concurrence. De quelle manière les réformes du droit de la concurrence sont-elles susceptibles de modifier le rôle du juge et notamment le juge judiciaire dans les États membres ? Quel avantage est susceptible d'amener le juge dans l'application des normes issues du droit européen et national ? La réponse à ces interrogations est susceptible d'éclairer le rôle du juge national comme clé du développement du droit de la concurrence.

⁵⁷ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse, Strasbourg, 1983, p. 8.

⁵⁸ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles : Bruylant, coll. *Droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, 334 p.

⁵⁹ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Larcier, Coll. Paradigme, 2020, p. 558.

⁶⁰ B. MERCADAL, *La légitimité du juge*, In *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 54 N°2, Avril-juin 200, p. 277-291.

⁶¹ P. RAYNAUD, *Le juge, la politique et la philosophie*, La pensée politique, 1993, *Situations de la démocratie*, n° 1, p. 110-120.

⁶² L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIRIAINEN (DIR.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, 586 p. C. PRIÉTO, *La sécurité juridique dans le droit de la concurrence*, p. 299-332 ; L. BOY, *Régulation et sécurité juridique*, p. 333-354 ; J.-J. SUEUR, *La sécurité juridique en droit public économique*, p. 449-466.

⁶³ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Collection : Droit et Économie, 03/2008, 905 p.

19. **Le choix.** Dans le sujet « *Le juge du droit de la concurrence* », on peut déjà relever la difficulté, l'utilisation du singulier. À l'évidence, peut-on parler d'« un » juge alors que l'application du droit de la concurrence est l'objet de nombreux interprètes? En effet, quelle matière est aussi représentative des bouleversements qu'il en résulte, des clivages juridiques entre droit international, droit administratif, droit commun... susceptible de favoriser de nombreux avis différents? L'existence de l'Autorité de la concurrence parmi les autorités administratives visant à assurer le respect de l'ordre public économique auprès du marché privé n'est-elle pas déjà une source de conflit idéologique?

20. **L'extension du droit de la concurrence.** En parallèle d'un mouvement de judiciarisation certain, la Commission européenne et ces satellites représentés par les autorités nationales de concurrence semblent inactifs dans leur rapport avec le *private enforcement*. Dans quel mesure le rapport *Ashurst* qui date aujourd'hui de 2004⁶⁴ et qui représente le premier constat sur cette question, a-t-il porté ses fruits? Le constat était alarmant. Si aux États-Unis 90% du contentieux antitrust est d'origine privée⁶⁵, pour 10% en Europe, il s'avère que la Commission s'est lancée dans une série de propositions pour l'ensemble des États membres à travers un Livre vert en 2005 puis dans un Livre blanc en 2008⁶⁶. Ce n'est pourtant qu'en juin 2013 que la Commission adopte un « *paquet private enforcement* »⁶⁷ dénommée « *Proposition de directive sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit*

⁶⁴ Etude Ashurst, *Comparative Report, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Denis WAELBROECK, Donald SLATER and Gil EVEN-SHOSHAN, *Cabinet Ashurst*, 31 août 2004; Voir également *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, rapport final*, Bruxelles, Rome et Rotterdam, 21 décembre 2007, Equipe pédagogique: *Centre European Policy Studies* (CEPS) Prof. A. RENDA (coordinateur), Prof. J. PEYSNER, Prof. Dr. ALAN J. RILEY, Prof. Barry J. RODGER, *Erasmus University Rotterdam* (EUR) Prof. Dr. ROGER J. Van Den BERGH, Sonja KESKE, Luiss GUIDO CARLI, Prof. Roberto PARDOLESI, Dr. Enrico Leonardo CAMILLI, Dr. Paolo CAPRILE, *Rapport pour la Commission européenne*, contrat DG COMP/2006/A3/012, p. 4-5.

⁶⁵ Pour des statistiques v. par exemple, U.S. GENERAL ACCOUNTING OFFICE, *Justice Department: Changes in Antitrust Enforcement Policies and Activities* (Washington, D.C.: GAO/GGD-91-2, October 1990), p. 15. Le tableau est reproduit dans R. S. KHEMANI et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991. p. 667. Le tableau indique un taux de 90,9 % de poursuite privée pour la décennie 1980-1989.

⁶⁶ COMMISSION UE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2005) 0672, (ci-après Livre vert); COMMISSION UE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008*, COM (2008) 165 final, (ci-après Livre blanc); COMMISSION CEE, *La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE*, Bruxelles, 1966. Pour l'opinion du Parlement européen sur ces réflexions, v. PARLEMENT UE, *Résolution sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Bruxelles, 26 mars 2009, (2008/2154(INI)). Sur ce sujet v. D. WOODS, *Private enforcement of Antitrust Rules – Modernization of the EU Rules and the Road Ahead*, (2003-2004) 16 Loy. Consumer L. Rev. 431.

⁶⁷ L'expression figure dans Catherine PRIÉTO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1424.

national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne »⁶⁸. Ce processus consultatif a finalement conduit à la directive de 2014⁶⁹. Après la reconnaissance d'un droit substantiel à la réparation pour les victimes d'un préjudice concurrentiel, la France de son côté a introduit l'action de groupe⁷⁰ qui a d'ailleurs fait l'objet d'ajustement lors de l'Ordonnance de 2017⁷¹, faisant transposition de la directive de 2014 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles. Le juge national serait donc au carrefour d'un nouveau développement du droit de la concurrence.

21. **Possibilités éventuelles.** Il était possible d'aborder le juge du droit de la concurrence à travers les autorités de concurrence en considérant qu'il s'agit d'un premier degré de juridiction, il aurait été possible de remettre en cause le clivage organique et fonctionnel et d'étudier l'influence des autorités comme juridiction. Seulement considérer les autorités administratives comme des juges conduit cependant à donner un rôle aux autorités qu'ils n'ont pas. La question a déjà fait l'objet de nombreux débats notamment par la fonction contentieuse des autorités pour aboutir à la qualification de quasi-juridiction⁷². Un débat que l'on peut aborder de façon synthétique à titre de contradiction. En effet, étudier l'impact des autorités administratives et notamment l'Autorité de la concurrence relève plus de l'analyse du droit de la régulation.

⁶⁸ COMMISSION UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, Strasbourg, 11 juin 2013, COM (2013) 404 final.

⁶⁹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L 349/1, 5 décembre 2014.

⁷⁰ D. MAINGUY, *L'action de groupe en droit français après la Loi Hamon du 17 mars 2014*, Paris, Gazette du Palais, Lextenso Éditions, 2014, 146 p.

⁷¹ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017 texte n° 29.

⁷² J. MARIMBERT, *L'office des autorités de régulation*, LPA, 3 juin 2002, n° 110, p. 73 ; M. POCHARD, *Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction*, AJDA. 2001 p. 106 ; S. BEAUVILLARD, G. BOUQUET, *Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie*, AJDA 2004 p. 1911 ; F. FAGES, S. RODRIGUES, *La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales*, AJDA 2005 p. 1896 ; E. JEULAND, *Régulation et théorie générale du procès*, in M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Les risques de régulation*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 257 à 267 ; D. COSTA, *L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ?*, R.F.D.A. 2005 p. 1174 ; L. RAPP, *Le droit des communications entre réglementation et régulation*, AJDA 2004 p. 2047 ; E. ROLIN, *Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications*, LPA, 23 janvier 2003, n° 17, p. 26 ; F. DUPUIS-TOUBOL, *Le juge en complémentarité du régulateur*, LPA, 23 janvier 2003 n° 17, p. 17 ; L. RAPP, *L'avenir de la régulation*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 2006, n° 17, p. 51 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, D. 2001, chron., p. 613. Une thèse récente emploie aussi ce terme : R. METTOUDI, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Thèse Nice, 2004. Mais on le trouve déjà sous la plume de R. ODENT qui explique la nécessité d'imposer le respect des droits de la défense, c'est-à-dire une procédure « quasi-juridictionnelle », à l'occasion du prononcé de certaines sanctions administratives (R. ODENT, concl. Sous Conseil d'État, 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, S. 1946.III.1, cité par R. HOSTIOU qui utilise le même terme, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 119, 1974, p. 89-90.

L'influence du juge sur le droit de la concurrence relève non seulement du droit de la concurrence, mais également, dans une moindre mesure du droit de la consommation. Pour ce dernier le lien est de plus en plus ténu lorsque déjà dans les objectifs de l'Union la prise en compte du bien-être des consommateurs est évoquée, quand le caractère déloyal est considéré dans les pratiques commerciales ou encore lorsque l'action de groupe est introduite pour les victimes privées de pratiques anticoncurrentielles. Un lien que l'on retrouve également au travers l'article 169 du TFUE⁷³ traitant notamment de la mise en œuvre de la concurrence en Europe qui dispose d'un Titre IV réservé à la protection du consommateur : « *afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts* », les deux droits sont intrinsèquement liés en matière de concurrence.

22. **Travaux précédents.** On pouvait prendre le contrepied en abordant le sujet de la juridictionnalisation comme une caractéristique du système⁷⁴ en marquant la montée de la puissance du juge de l'Union. Or, lorsqu'on fait coexister la Commission avec la juridiction interne de l'Union, le débat sur le caractère juridictionnel des autorités de concurrence peut prêter à sourire. Maintenant, il faut se tourner vers le contrôle du juge comme caractéristique de l'ordre juridique européen⁷⁵ à la différence d'une juridiction internationale où les décisions font place aux compromis⁷⁶, les décisions de la Commission sont soumises au contrôle obligatoire de la CJUE⁷⁷. Il est notable que la Cour de justice ait pour mission d'assurer « *le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* » selon l'article 19 TUE comme indiqué précédemment sa fonction est donc focalisée sur un « *système complet des voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions* »⁷⁸ caractérisant une vision systémique ou systématique de sa fonction⁷⁹. Si son

⁷³ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306 du 17.12.2007), entrée en vigueur le 1er décembre 2009.

⁷⁴ O. COSTA, *Les citoyens et le droit communautaire : les usages élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'union*, in *Revue internationale de politique comparée* 2002/1 (Vol. 9), p. 99 à 118.

⁷⁵ Article 263 du TFUE.

⁷⁶ V., G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2018, 11^e édition, 768 pages., spécialement p. 486-487.

⁷⁷ Sur le système de contrôle de la Cour de justice, voir notamment, F. PICOD, *Cour de justice – Composition-Organisation. – Compétences*, Jurisclasseur Europe Traité, mai 2011, Fasc. n° 265.

⁷⁸ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339, pt 23.

⁷⁹ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Thèse, Dalloz, Paris, 2003, 1136 p. ; K. LENAERTS, *La systématique des voies de droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Promenades au*

action est autonome, il ne s'agit pas de juger l'affaire, mais de revenir sur les faits afin de les apprécier. Donc, tout comme la Cour de cassation, son rôle est de revenir sur une décision et de dire s'ils ont fait une exacte application des traités, mais aussi de faire en sorte que l'interprétation des textes soit la même sur l'ensemble de l'Union et donc élaborer une jurisprudence, fil conducteur des décisions en application dans les États membres. Cette question de la juridictionnalisation à travers les juridictions de l'Union a déjà fait l'objet de travaux de Madame BACHOUÉ-PEDROUZO sur « *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, contribution au processus de juridictionnalisation de l'union* »⁸⁰. On sent que la question du juge est une préoccupation de la doctrine. On peut en revanche regretter l'absence d'une véritable prise de position sur le juge. Le but est de la mettre en perspective.

23. **Limites de l'étude.** La difficulté de l'étude est qu'elle a pour défaut la confrontation des institutions. L'influence notable de la rivalité n'emporte pas toujours l'adhésion. La justification de l'objet de la concurrence plaide pourtant en sa faveur, même si tout l'intérêt du sujet est de favoriser un certain intérêt pour les stratégies juridiques. Notre démarche s'appuie sur un raisonnement pragmatique : la légitimité du droit de la concurrence⁸¹ peut-elle se passer du juge ? La diversité des règles applicables est également un écueil lorsque le droit de la concurrence s'entend du droit des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques restrictives, de la concurrence déloyale... Les textes applicables sont non seulement différents, mais n'ont pas les mêmes finalités. Lorsque le droit de la concurrence a une composante plurielle entre le droit international, le droit européen et plus posément le droit national. La dispersion des sujets doit garder en ligne de mire le juge comme cible de la réflexion. Pourtant, même si cette approche à la limitation de ses volontés en ayant pour sujet de convergence le juge, en acceptant que le

sein du droit européen, Mélanges en hommage à G. VANDERSANDEN, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 257-282 ; F. PICOD, *Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison*, in Mélanges en l'honneur de Ph. MANIN. *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, Paris, 2010, p. 907-920 ; D. RITLÉNG, *Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective*, in Mélanges en hommage à G. ISAAC. *50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 2004, Tome 2, p. 735-772.

⁸⁰ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, sous la direction de Henri Labayle, Thèse, Univ. Pau, 2012.

⁸¹ L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, M. GERMAIN (dir.), 3^e éd. LGDJ, 2020, p. 561-562. Dans le même sens, F. SOUTY, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 2003, p. 19-39 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8^e éd., Sirey, 2019, p. 34 ; L. ARCELIN, *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUF, 2009, p. 9-30 ; C. LUCAS De LESSAY, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 9-63 ; D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, p. 1-6.

juge soit régulateur arbitre et protecteur. S'enquérir de la subjectivité d'une chose, c'est accepter que « *l'objectivité -soit- un camouflage de subjectivité* »⁸².

24. **Plan de l'étude.** L'institution du juge en droit de la concurrence focalisant l'ensemble des règles de concurrence, il était évident que le brassage des droits conduit l'articulation du sujet. Sans conteste, l'axe du barycentre dans les relations est le juge : « *un droit qui ne s'incarne pas peut être jugé inutile* »⁸³. Si l'on sous-tend le rôle du juge comme un facteur constitutif du droit de la concurrence, on peut schématiquement considérer le juge national⁸⁴ de la concurrence comme le résultat de la juridictionnalisation du droit de la concurrence. De sorte que le droit de la concurrence prouve sa valeur par l'ampleur de la matière, le juge rassembleur⁸⁵ des droits nous semble judicieux.

25. Afin de comprendre la manière dont le discours juridique parvient à donner au juge l'importance qui lui revient en droit de la concurrence, il convient dans un premier temps de rendre compte du rôle du juge produit du droit de la concurrence, au sein des possibilités qui lui sont offertes pour s'affirmer, et, les différents principes qui entourent la question qui reconnaissent au juge une position centrale comme institution : c'est tout l'intérêt d'analyser le rôle du juge du droit de la concurrence (**Première partie**). Dans un second temps, il s'agit de démontrer de quelle manière en droit de la concurrence, au sein de l'ordre concurrentiel, il est possible pour le juge de valoriser son action en droit de la concurrence. Or, l'application et les jugements en droit de la concurrence permettent au juge de justifier la mise en œuvre de sa pratique. C'est ce qui est conditionné par les pouvoirs du juge en droit de la concurrence (**Deuxième partie**).

PARTIE I. LE RÔLE DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

PARTIE II. LES POUVOIRS DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

⁸² G. ELGOZY, *L'Esprit des mots, ou l'Antidictionnaire*, Éditeur : DENOËL (15/05/1981).

⁸³ P. C. LAFOND, *Le consommateur et le procès* » rapport général 2008 49. C de D 131.

⁸⁴ G. CANIVET, *Le droit communautaire et l'office du juge national*, Droit et Société, 1992, 20-21, p. 133-141.

⁸⁵ Par opposition à sauveur.

PARTIE I. LE RÔLE DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

26. Appréhension de la notion de juge dans l'application du droit de la concurrence.

Polysémique, variée, voire confondante : autant de termes qui démontrent une certaine difficulté à appréhender la dimension du juge notamment en droit de la concurrence. Figure sémantique, induisant la possibilité d'intervention de nombreux interprètes, c'est une notion qui permet beaucoup d'interprétation. Pour autant, nous resterons sur la base simple de l'énoncé du droit, le juge a pour mission de « *trancher la contestation qui les oppose, en disant le droit ou en exerçant le contrôle qui lui est dévolu par la loi* »⁸⁶. Cependant, l'influence du droit de la concurrence en Europe est telle que cette mission du juge est remise en cause par l'action des autorités au point qu'il est difficile de faire la différence entre un juge et une autorité en droit de la concurrence⁸⁷.

27. Même si c'est à la Commission d'apporter une cohésion en ménageant les susceptibilités et l'hétérogénéité des législations dans l'ensemble des États membres, elle doit faire face à un changement majeur lorsque le droit de la concurrence auparavant outil d'intégration du marché unique se mue en un instrument de la libre concurrence et du bien-être des consommateurs⁸⁸. Ce changement de paradigme apparaît anodin au premier abord et vu comme un moyen d'étendre les compétences des instances européennes. Certes, dans un premier temps, la politique de concurrence fondée sur l'analyse économique a permis à la Commission d'imposer sa compétence exclusive en droit de la concurrence. Mais, dans un second temps, les différentes réformes conduisant à une juridictionnalisation⁸⁹ du droit de la concurrence ont étendu les

⁸⁶ Y. STRICKLER, *L'office du juge et les principes*, CERDP - Centre d'études et de recherches en droit privé, Rapport, 2012, p. 1.

⁸⁷ Est réunie sans distinction Commission, TPIUE, CJUE, Autorité de la concurrence nationale, juridiction nationale selon R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. CHAMPEILS-DESPLATS, Dalloz, 201, p. 58-59.

⁸⁸ C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un nouveau défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

⁸⁹ Rapport de l'Office parlementaire de l'évaluation de la législation no 404 (2005-2006) de M. PATRICK GÉLARD, déposé le 15 juin 2006, voir cette « chronique », RFAP no 120, 2006, p. 793. Dans lequel lors d'un entretien, Alain BAZOT, président de l'UFC - Que Choisir, estime que : « *'Le problème des AAI est qu'elles n'ont d'administratives que le nom. Elles deviennent totalement judiciaires, ce qui est une entorse à la séparation des pouvoirs'. Ce n'est pas ainsi que les Autorités elles-mêmes se définissent, voire se ressentent, et l'on observe de nombreuses différences entre elles à ce propos. Ainsi, le président du Conseil de la concurrence affirme régulièrement que ce Conseil n'est pas une juridiction mais un régulateur général des marchés de biens et services. L'argument est explicité par le Conseil de la concurrence dans sa réponse au questionnaire, par une argumentation reposant sur une évolution, qui est l'inverse de celle observée à propos des autres Autorités qui se juridictionnalisent, puisqu'il s'agit de démontrer que la nature quasi-juridictionnelle du Conseil de la concurrence s'est effacée au fil du temps : 'Le Conseil de la concurrence a été créé par l'ordonnance du 1er décembre 1986 pour assurer une mise en œuvre indépendante du droit de*

compétences des autorités de concurrence et des juridictions nationales au point de parler de révolution⁹⁰ procédurale et institutionnelle⁹¹.

28. Tout naturellement, l'étude du juge du droit de la concurrence implique de suivre ce processus où le droit de la concurrence est passé d'un droit d'expert⁹² de la compétence des autorités de la concurrence permettant à la Commission de développer sa stratégie d'encadrement de l'environnement concurrentiel à un droit élargi par l'extension de compétences des juridictions nationales. Si le droit de la concurrence a pour finalité principale de pallier les défaillances du marché et d'évaluer les comportements des acteurs économiques pour déterminer s'ils sont en adéquation avec la norme du droit, cette facilité de l'énoncé des termes est contredite par une situation plus contrastée, où les comportements sont divers et les intervenants des plus éclectiques. Tiraille entre politique de régulation et application du droit, le juge tempère un équilibre imparfait. Ainsi, c'est admettre un rôle au juge comme un interprète incontournable du droit de la concurrence (**Titre I**). Lequel s'affirme à la faveur des règles juridictionnelles du droit de la concurrence (**Titre II**).

la concurrence. Initialement cette mission comportait principalement un volet contentieux, avec la possibilité de prononcer des sanctions et des injonctions, et un volet consultatif, avec la possibilité de rendre des avis soit sur des questions générales de concurrence ou en matière de concentration. Avec la construction d'une jurisprudence et plusieurs modifications législatives, les moyens d'action du conseil se sont élargis, notamment pour le prononcé de mesures conservatoires et les modes négociés de règlement des contentieux. Ainsi, le caractère d'autorité administrative quasi juridictionnelle qui était le plus visible dans les premières années du fonctionnement du Conseil de la concurrence s'est atténué et l'institution est aujourd'hui pleinement dans un rôle d'autorité de régulation économique, même si la répression des pratiques anticoncurrentielles reste au cœur de ses missions'. De la même façon, l'Autorité des Marchés Financiers, dans sa réponse au questionnaire, souligne que 'L'AMF se rapproche probablement plus d'une autorité administrative que d'une juridiction ...'. Mais de son côté, la Commission de Régulation de l'Energie, dans sa réponse au questionnaire, estime qu'elle 'est une autorité administrative indépendante, dotée de certains pouvoirs quasi juridictionnels'. Sur la même ligne, la HALDE se désigne, dans sa réponse au questionnaire, comme 'Une autorité administrative dont certaines missions s'inscrivent dans des procédures quasi juridictionnelles'. De la même façon, le Haut Conseil du commissariat aux comptes estime, dans sa réponse au questionnaire, qu'il 'se rapproche d'une autorité administrative et d'une juridiction'. On mesure ici que l'absence de cadre général conduit à des représentations dispersées, alors même qu'il s'agit d'autorités administratives indépendantes en l'espèce assez semblable et que la qualification a des incidences essentielles sur le régime procédural applicable, notamment les droits de la défense (v. infra). Il peut arriver que la qualification soit simplifiée du fait d'une pluralité d'Autorités en fonction de la pluralité des missions. C'est ainsi que le CECEI, dans sa réponse au questionnaire, estime que 'le CECEI se conçoit comme une autorité administrative, la Commission bancaire ayant quant à elle par la loi, le rôle de juridiction disciplinaire' ».

⁹⁰ L. IDOT, « le futur » règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée, Dalloz, 2001, n° 17, p. 1371.

⁹¹ L. IDOT, *La modernisation des règles européennes de concurrence : réforme procédurale ou institutionnelle*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°122, juillet-août 2001, p. 7-10.

⁹² Sur cette question, v. J. Y. TREPOS, *Sociologie de l'expertise*, PUF, 1996 ; L. DUMOULIN, *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007 ; L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, et al, *Le recours aux experts (raisons et usages politiques)*, P.U.G, coll. « Symposium », 2005.

TITRE I. L'ADMISSION DU RÔLE DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

**TITRE II. L'AFFIRMATION D'UN RÔLE JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA
CONCURRENCE**

TITRE I. L'ADMISSION DU RÔLE DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

29. Indéniablement l'influence des autorités pèse fortement sur l'application du droit de la concurrence en Europe. En matière de pratiques anticoncurrentielles, c'est le monopole de la Commission - « la Haute Autorité de la concurrence »⁹³ - qui est mis en œuvre à travers le réseau d'autorités nationales de concurrence⁹⁴. On peut légitimement s'interroger lorsque le législateur a doté les autorités du pouvoir de résoudre des litiges privés⁹⁵. En effet, si l'instance européenne a pour principal souci d'empêcher les divergences dans l'application du droit, elle se heurte pourtant à la diversité institutionnelle des États membres. La Cour de justice tranche cette question, dans un arrêt du 30 janvier 1974, en estimant que les autorités nationales au sens du paragraphe 3 de l'article 9 du règlement du Conseil n° 17/62 sont « *les juridictions spécialement chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence ou de contrôler la légalité de cette application par les autorités administratives* »⁹⁶. Cette formulation semble exclure les autorités nationales de concurrence, mais il n'en est rien. Le but est de permettre une certaine souplesse dans la désignation de l'autorité de concurrence dans les États membres⁹⁷. Si bien que cette duplicité des termes a permis de désigner sans distinction les autorités et les juges comme des « *autorités compétentes des États membres* »⁹⁸ pour appliquer le droit de la concurrence.

30. D'un point de vue strictement technique et procédural, le juge agit comme un catalyseur du droit de la concurrence qui se traduit par une ouverture des possibilités d'intervention sur le plan juridique. Or, le droit de la concurrence est présenté traditionnellement comme un moyen de créer un marché intérieur sur un fondement d'ordre économique. Pourtant, le principe de

⁹³ La Haute Autorité de la concurrence est en référence à la Haute Autorité de la CECA de 1951 qui est l'ancêtre de la Commission.

⁹⁴ En France, l'Autorité de la concurrence (ADLC) depuis 2009.

⁹⁵ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Vol. 127, 2013 ; chron. N. FOULQUIER, R.F.D.A., « Chronique des thèses », 2013, p. 13.

⁹⁶ CJCE, 30 janvier 1974, *BRT c/SABAM*, aff. 127/73, Rec. 1974 p. 51.

⁹⁷ Dans le modèle dualiste de certains États, la fonction d'enquête est laissée à un département du ministère de l'économie, l'autorité administrative indépendante ayant la charge de l'instruction et le pouvoir de décision. Choisie en 1986 par la France, cette structure est reprise en Espagne, mais également au Luxembourg et à Malte. Ce modèle peut comporter des variantes, comme la mise en place d'une structure tripartite en Belgique. La plus importante tient au fait que, dans certains États, comme l'Autriche, la Finlande ou la Suède, le pouvoir de sanction ne peut être confié qu'à une véritable juridiction, ce qui justifie la création d'une juridiction spécialisée. Ce modèle ne doit pas être confondu avec le troisième système, dans lequel l'autorité n'est en charge que des poursuites, le pouvoir de décision ne pouvant être exercé que par les juridictions de droit commun. C'est l'exception irlandaise.

⁹⁸ Règlement CE 17/62 du Conseil, du 21 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE, n°13, du 21 février 1962, p. 204.

protection des acteurs implique de s'intéresser au rôle du juge pour la protection de la partie faible⁹⁹. En effet, il était couramment admis que le droit de la concurrence a pour but exclusif la protection de l'intérêt général à travers le marché. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sont donc pas appelées à jouer un rôle dans le droit de la concurrence français et européen. C'est ainsi que revient au juge la tâche d'apporter un nouveau souffle à l'application du droit de la concurrence.

31. Parce que le juge n'était pas en mesure d'avoir pour rôle d'assurer un contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence selon l'orientation institutionnelle du droit de la concurrence (**Chapitre 1**), l'ouverture à une action privée pour la réparation du préjudice des victimes accentue son rôle dans l'application des règles de pratiques anticoncurrentielles favorisant une possible réorientation juridictionnelle du droit de la concurrence (**Chapitre 2**).

⁹⁹ Y. STRICKLER, *La protection de la partie faible en droit civil*, LPA 25 octobre 2004, p. 6 et s. ; in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir.), PUG, 2000 ; V. déjà L. JOSSERAND, *La protection des faibles par le droit*, in *Evolution et Actualités*. Conférences de droit civil, Libr., du Recueil Sirey, 1936, p. 159 et s. ; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc., n° 68 et s., p. 131 et s. (G. RIPERT consacre un chapitre entier à « *La protection des faibles* » (certes l'identification même des parties faibles débutait à peine) ; A. RACLET, *L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle*, LPA 6 août 2001, p. 17 et s.

Chapitre 1. L'orientation institutionnelle du droit de la concurrence

32. **Le rôle clé des autorités dans la politique de concurrence.** Le droit des pratiques anticoncurrentielles implique de réguler et de sanctionner les comportements des entreprises qui faussent la concurrence sur le marché. Encadrés par la Commission avec l'appui des tribunaux européens, ils ont été mis en place dans le cadre de la politique de concurrence avec le souci fondamental de promouvoir l'ouverture du marché. On retrouve ici le principe du libre-échange¹⁰⁰ étendu à la liberté de concurrence¹⁰¹. Pour monsieur Michael WISE dans la revue de l'OCDE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne* souligne ainsi que « les marchés ouverts et concurrentiels sont un facteur important d'amélioration de la compétitivité de l'industrie, de stimulation de l'évolution et de l'innovation technologiques et, pour les consommateurs, de baisse des prix, de plus grand choix et de meilleure qualité des marchandises »¹⁰². Il convient ainsi de s'assurer que la politique de concurrence n'exerce pas une influence trop importante sur le droit. Mais, dans le même temps, cela suppose que la politique de concurrence maîtrise le marché, ce qui justifie le monopole de la Commission et des autorités nationales de concurrence. C'est principalement autour de ce principe que se sont légitimés les fondements organisationnels du droit de la concurrence (**Section 1**).

33. **La question de la fonction contentieuse des autorités dans la politique de concurrence.** En dotant, l'Autorité d'une fonction contentieuse afin d'assurer l'exécution des obligations qu'elle édicte, cela implique que les autorités puissent être caractérisées de juge de la concurrence¹⁰³. Or, la qualification juridique du juge apparaît comme un obstacle à la reconnaissance de l'autorité comme juge (**Section 2**).

¹⁰⁰ J. FERRY, *La création d'une zone de libre-échange serait-elle conciliable avec l'existence de la Communauté européenne du charbon et de l'acier ?* in *Politique étrangère*, 1958, 23-2, p. 181-195.

¹⁰¹ M. WAELBROECK, *Les rapports entre les règles de libre circulation des marchandises et les règles de libre concurrence applicables aux entreprises de la CEE*, in *Liber Amicorum P. PESCATORE*, Baden-Baden, 1987, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 781-803.

¹⁰² M. WISE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, in *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007/1 (Vol. 9), p. 7-98.

¹⁰³ M. DESCHAMPS ET R. POÉSY, *Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, in *Revue internationale de droit économique*, 2013/4 (t. XXVII), p. 569-578.

Section 1. Les fondements institutionnels en droit de la concurrence, obstacle à la reconnaissance du juge

34. Aborder la reconnaissance du juge peut surprendre au premier abord. Cependant, l'importance de la Commission et des autorités de concurrence dans l'application du droit de la concurrence est telle que le juge s'en trouve éclipsé. Cela suppose de revenir sur les sources institutionnelles du droit de la concurrence (§1), avant de s'interroger sur les conséquences juridiques de cette organisation (§2).

Paragraphe 1. Les sources institutionnelles du droit de la concurrence

35. **Décret D'Allarde et loi Le Chapelier.** Deux textes en France sont aux prémices du droit de la concurrence : le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791. Ils proclament successivement la liberté du commerce et de l'industrie et l'abolition des corporations. Par suite, l'article 419 du Code pénal de 1810 sur le délit d'accaparement sanctionnant les actions tendant à une variation artificielle des prix notamment par le moyen de « réunions ou coalitions ». Appliquée donc essentiellement par les juges, cette posture s'est maintenue jusqu'au début du XX^e siècle¹⁰⁴, alors même que dès le XIX^e siècle, les États-Unis s'étaient dotés d'une politique antitrust avec le *Sherman Act* adoptée en 1890. Si la période d'après-guerre a vu l'émergence du droit des pratiques anticoncurrentielles et son accompagnement par des institutions administratives en France, l'ordonnance de 1986 bouleverse le domaine d'application du droit de la concurrence avec l'ouverture aux dispositions sur la régulation économique. Cette influence de la politique de concurrence favorise la primauté de la Commission et des autorités de concurrence sur les juges nationaux¹⁰⁵. En vérité, l'approche vise à considérer, dans un premier temps, la genèse du droit de la concurrence (A) pour, dans un second temps, à converger avec l'émergence de la politique de concurrence (B).

¹⁰⁴ L'article 419 du Code pénal a été créé par Loi 1810-02-19 promulguée le 1^{er} mars 1810 et modifiée par la Loi 1926-12-03 art. 1, JORF, 4 décembre 1926, modifié par Loi 72-1226, 1972-12-29, art. 59, JORF, 30 décembre 1972 en vigueur le 1^{er} janvier 1973, modifié par l'ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 - art. 57 (Ab), JORF, 9 décembre 1986 et finalement abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V), JORF, 23 décembre 1992 en vigueur le 1^{er} mars 1994.

¹⁰⁵ Si le traité de Lisbonne, contrairement au traité constitutionnel, ne contient aucun article consacrant formellement la primauté du droit de l'Union sur les législations nationales, une déclaration y est néanmoins annexée à cet effet (déclaration n°17), faisant référence à l'avis du service juridique du Conseil qui rappelle la jurisprudence constante de la Cour de justice sur le sujet. V. Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306 du 17.12.2007), entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

A. La genèse du droit de la concurrence

36. Depuis le XIX^e siècle, la sanction pénale fut la seule sanction du droit français de la concurrence. Et c'est ainsi qu'est introduit une ébauche de législation, au début du siècle dernier, en France et aux Pays-Bas, pour les ententes laissant une large place au juge en France par l'application des articles 419 du Code pénal et 1382 et suivant du Code civil¹⁰⁶. L'interprétation de ces principales dispositions est examinée au nom de la « *libre et naturelle concurrence* »¹⁰⁷ par les tribunaux. Au cours de cette période, les efforts se sont plutôt concentrés sur les usages du commerce en portant son attention sur le caractère « déloyal ». D'ailleurs, une réminiscence de cette période se retrouve encore dans l'article L. 442-6-I-5^o du Code de commerce lorsqu'un commerçant « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » et ce « *en référence aux usages du commerce* ». D'ailleurs, la doctrine fait une large place à la déontologie des usages du commerce¹⁰⁸, mettant en avant le lien entre « *traitement loyal des concurrents et cohésion de la collectivité* »¹⁰⁹. De même, l'entente y fait référence aussi lorsqu'elle est définie limitativement comme « *une variété de groupement de commerçants, caractérisé par une volonté commune et un but précis : limiter et organiser la concurrence qu'ils pouvaient se faire entre eux* »¹¹⁰.

37. En somme, les prémices du courant de la libre concurrence étaient certes posées implicitement par le Décret D'Allarde et la loi Le Chapelier du 2 et 17 mars 1791¹¹¹. Cependant, l'inefficacité de l'article 419 du Code pénal a largement été amplifiée alors que la loi du 3 décembre 1926 « le délit d'altération des prix », modifiant les articles 419, 420 et 421 du Code pénal¹¹², créait un nouveau régime des « ententes industrielles et commerciales » en se substituant au délit de coalition¹¹³.

¹⁰⁶ Il sera par la suite adjoint à l'article 419 du Code Pénal, l'ordonnance du 30 juin.1945, n°45.1483 pour qui seuls l'entente et l'abus de position dominante qui ne contribuent pas au progrès économique demeurent répréhensibles

¹⁰⁷ C. CHAMPAUD, *Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France*, in Mélanges en l'honneur de R. HOUIN, Dalloz/Sirey, 1985, p. 71.

¹⁰⁸ C. CHAMPAUD, *op.cit.*, p. 97-98.

¹⁰⁹ M. WIZE, *Droit et politique de la concurrence*, in *Revue sur le droit et le politique de concurrence*, éd. de l'OCDE, 2005/1 Vol. 7, p. 7 à 91, p. 7, §. 1.

¹¹⁰ J. -B. BLAISE, *Une construction inachevée : le droit français des ententes et des positions dominantes*, in Mel. R. ROBLOT, *Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 159-180.

¹¹¹ A. PLESSIS, *Naissance des libertés économiques, le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, Institut d'histoire de l'Industrie, Paris, 1993

¹¹² L. MAZEAUD, *Le délit d'altération des prix*, Paris, Dalloz, 1927.

¹¹³ *Ibid.*

38. Déjà la recherche d'un bénéfice excessif, la caractérisation d'une union à caractère anticoncurrentiel font l'objet de la recherche d'un comportement ayant recours à des manœuvres frauduleuses. Et ce avec l'article 421 du Code pénal qui permettait au juge de prononcer l'interdiction des droits civiques et politiques. Le caractère parajuridique de ce type de sanctions démontrait déjà l'intérêt de créer un « *organe absolument indépendant et particulièrement compétent* » composé « *à la fois des représentants du gouvernement chargés de défendre les intérêts de la nation, des représentants de l'industrie et du commerce et des représentants des consommateurs et des salariés* »¹¹⁴. Finalement, la réflexion qui en ressort laisse présager l'émergence d'une autorité chargée de faire respecter les règles concurrentielles.

39. A la même période, l'Allemagne se démarque fortement de la vision concurrentielle de la France¹¹⁵. En effet, la théorie issue de l'école autrichienne de Weimar considère que le bien-être de la société ne peut résulter du laisser-faire et du laisser-aller du marché favorisant l'intervention d'un ordre économique¹¹⁶. Les porteurs de cette théorie soumettent l'idée d'une « constitution économique »¹¹⁷. Autant s'il s'agit d'assujettir les opérateurs économiques à un ordre juridique, il s'agit surtout de soumettre l'économie à l'interventionnisme protecteur de l'État par opposition au libre-échange¹¹⁸. L'État a donc pour but d'accaparer la puissance

¹¹⁴ *Ibid*, p. 240.

¹¹⁵ F. BILGER, *La pensée néolibérale française et l'ordolibéralisme allemand*, in P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand, aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, p.17-30 ; F. BÖHM, W. EUCKEN, et.al, *The Ordo Manifesto of 1936*, in H. WILLGERODT, A. PEACOCK (ed), *Germany's Social Market Economy : Origins and Evolution*, MacMillan, Londres, 1989, p. 15-26.

¹¹⁶ W. EUCKEN, *Grundsätze de Wirtschaftspolitik*. Il est clairement admis que les libéraux classiques ont eu raison, dans le contexte de leur époque, de libérer la société de toutes les contraintes étatiques qui entravent l'initiative privée. Pour autant, l'expérience des XIXe et début du XXe siècle semble suffisant pour démontrer qu'il est nécessaire d'apporter un cadre au libéralisme économique pour le protéger de ses pulsions autodestructrices. Les abus de liberté commis par certains non seulement tient la liberté des autres, mais encore créent une disharmonie entre intérêts privés et intérêts publics. V. *La politique de concurrence, partie intégrante de la politique économique dans le marché commun*, Discours prononcé devant le Parlement européen à Strasbourg le 16 juin 1965 par HANS VON DER GROEBEN, président du groupe concurrence, RTDE, 1965, p. 399-413.

¹¹⁷ J. -L. CONSTANTINESCO, *La constitution économique de la République Fédérale allemande*, Rev.éco, 1960, vol.11, n°2, p. 266-290.

¹¹⁸ Avec LIST, naît véritablement une critique structurée du libéralisme classique smithien. La publication, en 1842, du *Système national de l'économie politique* se situe en ce sens, à la croisée de l'influence romantique et de la pensée des lumières. A la différence de la *Richesse des nations* qui adopte une démarche rationaliste illustrée en certains points par des faits historiques, List procède de façon inverse : il part d'une recherche historique pour en déduire des principes théoriques. C'est ainsi qu'il déduit, au regard de la situation de l'Allemagne que le libre-échange ne conduit pas automatiquement à l'augmentation de la richesse nationale : « (...) *il n'est profitable qu'aux nations disposant d'avantages concurrentiels absolus ou n'ayant pas à en perdre. Ainsi, le libre-échange sera utile aux nations ayant atteint le quatrième stade de l'évolution et à celles qui, par le commerce, peuvent espérer gagner les bases industrielles nécessaires pour accéder au second. Pour les nations se trouvant aux seconde et troisième étape, un espace commercial fermé et l'encouragement de l'industrie nationale peuvent assumer le développement des forces productives* » in S. BROYER, *Ordnungstheorie et ordolibéralisme : les leçons de la tradition. Du caméralisme à l'ordo libéralisme : ruptures et continuités ?* in *L'ordolibéralisme allemand, aux sources de l'économie sociale de marché*, P. COMMUN, CIRAC/CICC, 2003, p. 83-84. Schmoller se veut être, à la suite de List, le chef de file de l'école historique allemande. On lui doit le mérite d'avoir pu unifier

économique par l'institution économique¹¹⁹. C'est une réponse à la puissance de marché : « *le libéralisme moderne, s'il est toujours un régime de 'laissez-passer', n'est plus, en fait, un régime de 'laissez-faire'. Sa doctrine l'a convaincu qu'une civilisation de marché comporte de très larges possibilités d'interventions : intervention par action sur les causes et les effets des prix, intervention par voie légale ou réglementaire, intervention, enfin et surtout, par les redistributions de revenus que permet l'exercice de la souveraineté fiscale* »¹²⁰. Dès lors, le droit de la concurrence va se cristalliser entre deux opposants, la liberté naturelle du marché et la protection du marché. En fin de compte, si la règle s'est érigée avec force, c'est avec l'émergence de la politique de concurrence qu'elle s'inscrit parfaitement dans son sens actuel.

B. L'émergence de la politique de concurrence

40. La question de la création d'une entité juridique est vite apparue avec la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) à l'occasion du Traité de Paris en 1951 qui incluait déjà les fondements de la politique de concurrence. Ainsi est introduit, à la moitié du siècle dernier, une structure juridique entre organisation internationale d'États et gouvernement fédéral¹²¹, en se dotant d'un corps de règles, avec le Traité de Rome signé le 25 mars 1957, fortement inspiré par l'école ordolibérale, dont les articles 85 et 86 du Traité de Rome¹²² sont les plus représentatifs. En application de ses préceptes, l'Allemagne propose notamment pour l'application de l'article 85, un régime d'autorisation strict¹²³ alors que les Français proposent

les pistes tracées par Hildebrand, Roscher et Knies développées à la suite de List. L'école historique allemande va, sur ces bases, élaborer un véritable programme de recherche fondée sur une méthode historiciste. De 1883 à 1884, apparaît cependant une polémique qui va bouleverser le visage et l'influence de l'école historique allemande sur la pensée économique allemande : la fameuse « querelle des méthodes », encore appelée « Methodenstreit », entre C. Menger et G. Schmoller. L'absence de solutions politiques concrètes face à la crise des années trente, va précipiter de déclin intellectuel de l'école historique allemande. Il faut attendre des penseurs comme Weber pour que s'instille, dans la pensée économique allemande, le changement de méthodologie économique prôné par Menger, in K. TRIBES, *Strategies of Economic order. German Economic discourse 1750-1950*, Cambridge Univ. Press, 1995, p. 66-95.

¹¹⁹ M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, (1978-1979)*, dir.), F. EWALD et A. FONTANA, coll. « hautes études », Gallimard, Seuil, p. 88.

¹²⁰ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 173.

¹²¹ C. HARTLEY, TREVOR, *The Foundations of European Community Law*, 3^e éd. Oxford, 1994.

¹²² Les ordolibéraux représentent alors pour le gouvernement américain un allié sûr dans l'idée de doter l'Allemagne et à terme, les autres pays de l'Europe de l'Ouest, d'une législation anticoncurrentielle dans le cadre de l'OECE, ancêtre de l'OCDE. Pour les américains, cette nécessité résulte de ce qu'ils attribuent l'origine du Nazisme à la capacité industrielle des Konzerns, vastes cartels ayant pour but d'organiser la production dans différents secteurs économiques. V. sur cette question: T. WITSCHKE, *The first antitrust law in Europe, success or failure? Origins and application of Merger control Policy of the High Authority of Coal and Steel Community, 1950-1963*, EBHA Conference, Business and Knowledge, July 2001, p. 2-31.

¹²³ G. MARENCO, *The Birth of Modern Competition Law in Europe*, in A. VON BOGDANDY, P. MAVROIDIS et Y. MENY, (eds), *European Integration and International Coordination – Studies in Transnational Economic*

une variante, en militant pour une politique industrielle, avec un régime d'exception légale¹²⁴. Il en résulte, aujourd'hui, un compromis entre les deux courants, représentant les objectifs de la politique de concurrence. Un partage qui s'applique également lorsqu'on évoque la compétence de la Communauté européenne. Entre une Communauté économique qui développe des règles et des directives pour l'application des règles de concurrence des articles 85 et 86 du Traité de Rome et l'article 93 pour les aides d'État¹²⁵ et une Commission qui est polarisée sur leurs modes d'applications¹²⁶. À la perspective de cette organisation, pour se faire, la mise en place des dispositions procédurales laisse penser que les juridictions en seraient bénéficiaires. Or, il n'en est rien et c'est plutôt à une prise de pouvoir des autorités de concurrence à laquelle on assiste (1), et surtout d'une influence remarquable des autorités sur la concurrence (2).

1. La prise de pouvoir des autorités de concurrence

41. **Le monopole de la Commission.** Le 6 février 1962 est adopté le règlement 17/62¹²⁷, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité. La compétence exclusive de la Commission est énoncée en lui donnant un pouvoir discrétionnaire d'autorisation ou d'interdiction d'un accord anticoncurrentiel. En effet, ces notifications préalables du paragraphe 3 de l'article 85 du Traité de Rome¹²⁸ dépendent d'une décision préalable et

Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann, Kluwer, 2002 ; R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006, not., p. 8.

¹²⁴ J. RUEFF, *Une mutation dans les structures politiques : le marché institutionnel des Communautés européennes*, *Le Monde économique et financier*, 9 et 10 février 1958, cité par F. DENORD et A. SCHWARZ, *L'économie (très) politique du Traité de Rome*, Politix, n°89, 2010, p. 35. Les auteurs citent également M. ALLAIS, *Au-delà du laisser-fairisme et du totalitarisme*, *Nouvelle Revue de l'économie contemporaine*, 1950-4, p. 25.

¹²⁵ La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun.

¹²⁶ 1. *Sans préjudice de l'article 88, la Commission veille, dès son entrée en fonctions, à l'application des principes fixés par les articles 85 et 86. Elle instruit, sur demande d'un État membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des États membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin.*

2. *S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les États membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation.*

¹²⁷ Règlement CEE, n°17, JO, n° 13 du 21 février 1962 p. 204 -211.

¹²⁸ 3. *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :*

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;

exclusive de la Commission¹²⁹. Il apparaît qu'un large pouvoir est donc alloué à une autorité de régulation. Or, l'article 118 du Traité de Rome ne devait-il pas promouvoir la coopération avec les États membres notamment en matière de droit du travail, de protection sociale ou encore de sécurité sociale ? Le règlement n°17/62 donnant compétence à la Commission européenne pour faire cesser les infractions aux règles de concurrence des articles 85 et 86 CE (aujourd'hui, articles 101 et 102 du TFUE) démontre pourtant une certaine mise à l'écart des juridictions nationales. Pire, cela semble conforter dans les grandes lignes par les articles 11 à 20 du Règlement 17/62¹³⁰. Il est donc notable que le fondement procédural du règlement préfigure le fonctionnement actuel¹³¹.

42. Néanmoins, cette situation ne devait pas perdurer. Ce contrôle *a priori* symbolisant une vision administrative du droit a vite été dépassé par l'abondance de demandes¹³² de notification auprès de la Commission. Le professeur Emmanuel CLAUDEL a pu en conclure que la Commission était « réduite à éponger l'arriéré des dossiers subalternes tandis que les ententes réellement nuisibles échappaient à son contrôle, faute de temps pour s'y consacrer »¹³³. Entre règlement d'exemption « par catégories »¹³⁴ et procédures informelles¹³⁵, les solutions proposées ne règlent pas la situation et au contraire amplifient l'inefficacité des actions contre les infractions à la concurrence. Par conséquent, la compétence exclusive de la Commission en matière d'exemption a eu pour effet de freiner l'application des règles de concurrence. C'est donc logiquement que la remise en cause du système antérieur a conduit à une nouvelle réflexion sur l'application des règles de concurrence.

b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause. Delimiter la concurrence.

¹²⁹ W. WILLS, *Notification, Clearance and Exemption in EC Competition Law: An Economic Analysis*, European Law Review 24 (1999) 139.

¹³⁰ CEE Conseil : Règlement n° 17 : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité.

¹³¹ J. P. JACQUE, *Le traité de Lisbonne, une vue cavalière*, RTD Eur., 2008, p. 439.

¹³² L. WARLOUZET, *Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire : la naissance d'une Opposition au sein de la CEE dans les années soixante*, HES, n°1, mars 2008, p.47-61 ; L. WARLOUZET, *Quelle Europe économique pour la France ? La France et le Marché Commun industriel (1956-1969)*, Thèse, Paris IV, 2007 ; C. D. EHLERMANN, *Les conséquences du monopole de la Commission en matière d'exemption*, RDUE, 1/2000, p. 20.

¹³³ E. CLAUDEL, *A propos du règlement C.E. n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 C.E. : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ? Les petites affiches*, 20 mai 2003, n° 100, p. 7.

¹³⁴ O. FREGET, *La concurrence, Une idée toujours neuve en Europe et en France*, O. JACOB, 7 octobre 2015, 352 p.

¹³⁵ R. SAINT-ESTEBEN, *Les procédures informelles dans le droit de la concurrence*, in *L'entreprise dans le marché unique européen, colloque de la CEDECE*, 1992, Paris, La documentation française, 1995, p. 415.

43. Si l'on a souvent mis en avant l'absence des juridictions à cette étape de la construction de la politique européenne de concurrence, le propos est à nuancer. Déjà, les demandes de notification préalable résultaient exclusivement de l'application de l'article 85, paragraphe 3 CE (devenu 101 du TFUE). Donc, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales n'étaient pas totalement exclues. La Cour de justice a rappelé d'ailleurs qu'ils étaient compétents pour appliquer les articles 85 et 86 CE¹³⁶, avec l'inconvénient d'attendre le prononcé de la Commission sur le sujet litigieux¹³⁷. La même limite était posée pour les autorités nationales de concurrence, « *aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure [...], les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86* »¹³⁸. Pourtant la Commission a longtemps nié son incapacité à régler l'ensemble des infractions aux règles de concurrence tant elle souhaitait maintenir son monopole. En effet, les suggestions pour aménager ce monopole se heurtaient souvent à la crainte d'une perte de responsabilité exclusive dans le domaine de l'octroi d'exemption au titre de l'article 85§3 CE (devenu article 101 du TFUE). Or, les communications de 1992 et de 1997 ne remettent pas en cause ce monopole¹³⁹, ce qui a eu pour effet de pérenniser la limitation de l'intervention des juridictions nationales¹⁴⁰ au bénéfice des autorités nationales de concurrence.

2. L'influence de l'action des autorités sur la concurrence

44. **Philosophie française de la politique de concurrence.** Il n'est pas excessif de dire que la France avait construit sa politique d'après-guerre sur une économie administrée par le contrôle des prix. C'est l'ordonnance de 1945 qui préfigure les lois modernes de concurrence,

¹³⁶ CJCE, 27 mars 1974, 127/73, *SABAM*, pt 16.

¹³⁷ La jurisprudence communautaire a rendu le système mieux praticable. Si la juridiction estimait qu'une exemption pouvait être accordée par la commission, elle était invitée à surseoir à statuer ou adopter des mesures conservatoires. Si, en revanche, il lui paraissait que les conditions de l'article 85,§ 1 CE n'étaient pas réunies ou, selon la jurisprudence *Delimitis* que « *l'incompatibilité du contrat avec l'article 85,§ 1, ne fait pas de doute et que, compte tenu des règlements d'exemption et des décisions précédentes de la Commission, le contrat ne peut en aucun cas faire l'objet d'une décision d'exemption au titre de l'article 85,§ 3* », la procédure pouvait se poursuivre. Le juge pouvait alors statuer sur le contrat (CJCE, 28 février 1991, C-234/89, *Stergios Delimitis*).

¹³⁸ Article 9 du Règlement 17/62 du 6 février 1962.

¹³⁹ Communication de la Commission relative à la Coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 (81) et 86 (82) du traité CEE (CE), JOCE, n° C-39 du 13 février 1993, p. 6 ; Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 (81) et 86 (82) du Traité, JOCE, n° C- 313 du 15 octobre 1997, p. 3.

¹⁴⁰ L. IDOT, *La plainte en droit de la concurrence : opposition ou convergence des systèmes français et communautaires*, in Mélanges dédiés à L. BOYER, PU Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 255-283.

mais c'est avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence et la liberté que l'on passe d'une conception essentiellement dirigiste à un régime de concurrence sur le marché dans lequel l'administration joue un rôle de régulateur. Si la fin des années 1970-80 se caractérisait par des bouleversements économiques, les conditions étaient telles qu'elle justifiait le développement d'une intégration au marché unique. Dès lors, la protection de la concurrence et le libre-échange impose de mettre en place une politique de concurrence. Après un ancien système de planification et de régulation des prix, le développement de l'économie s'est confronté à la nécessité d'une nouvelle structure principalement tournée vers l'application de la loi afin d'assurer une concurrence libre et loyale.

45. Pour le législateur, la prise de conscience de l'intérêt porté par le droit européen sur des préoccupations consuméristes et de concurrence résulte de l'harmonisation du droit français avec le droit européen. Qu'il s'agisse de la loi SCRINEVER n°78-22 du 10 janvier 1978 ou encore la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante en créant la Commission de la concurrence, en remplacement de la Commission technique des ententes et des positions dominantes, l'objectif est de promouvoir la croissance économique, l'emploi et la stabilité des prix. Rapidement les réformes ont inclus l'instauration d'amendes et d'injonctions ainsi que le contrôle des fusions dans une structure rebaptisée de Commission de la concurrence. Finalement, le conseil de la concurrence instauré par l'ordonnance de 1986 est représentatif de ce nouvel état d'esprit vis-à-vis du contrôle de l'État. Devenu une autorité indépendante dotée du pouvoir d'engager des procédures, de prononcer des injonctions et d'infliger des amendes, le Conseil de la concurrence s'inspire des dispositions du Traité de Rome de 1957 qui d'ailleurs ont servi de modèle pour les principales dispositions de l'ordonnance de 1986. En étendant ses pouvoirs, le conseil de la concurrence fait place à l'Autorité de la concurrence en incorporant dans son système juridique le droit de la concurrence de l'Union européenne conduisant à son adaptation institutionnelle et réglementaire, à travers les articles 85 et 86 du Traité de Rome (désormais, articles 101 et 102 du TFUE). Le terrain d'application de l'autorité suppose qu'il exerce un certain pouvoir. Il n'est pourtant pas inutile de revenir sur le positionnement français du droit de la concurrence.

46. **La spécificité française dans l'application du droit de la concurrence.** Si l'émergence de la mise en œuvre des règles de concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles est la caractéristique principale de l'ordonnance de 1986, le Titre IV

consacré aux pratiques restrictives et à la transparence est une spécificité dans la mesure où elles sont interdites *per se* en étant frappé d'une nullité automatique de la pratique. Ces règles sont accolées aux règles concernant les pratiques anticoncurrentielles. Issu de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 que l'on retrouve aujourd'hui dans l'article L. 442-6 du Code de commerce qui vise à l'équilibre de la relation verticale entre producteurs et distributeurs. La particularité est que même si elles font partie des règles de concurrence, les règles sur les pratiques restrictives ne protègent pas les fournisseurs ou les clients des conséquences de leurs propres choix stratégiques, elles visent à protéger les petites entreprises des effets de la puissance économique¹⁴¹ et de la discrimination.

47. En outre, si l'ordonnance de 1986 reprend les dispositions du Traité de Rome en abandonnant l'économie administrée pour une économie régulée, l'objectif est également la redistribution des rôles des institutions. En effet, deux institutions sont appelées à appliquer le droit de la concurrence : le premier est la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) qui relève du ministère de l'Économie et du Conseil de la concurrence qui a le statut d'autorité administrative indépendante. Pour ce dernier, aujourd'hui renommée Autorité de la concurrence (ADLC), la prise en compte du principe du contradictoire, notamment en favorisant les droits de la défense et les droits des justiciables dans la procédure s'est conclue par le contrôle des autorités judiciaires. Ces derniers ont été établis comme un garde-fou des décisions de l'autorité administrative. Or, c'est avec une certaine obstination que le législateur a souhaité le contrôle judiciaire des décisions de l'ADLC¹⁴². Une résistance qui a conduit à une vision particulière de la régulation de la concurrence en France, qui promeut un équilibre bipartite entre une autorité de concurrence avec un pouvoir de répression administrative pour les pratiques anticoncurrentielles et un organe judiciaire civil pour la procédure d'appel contre ses décisions, pour la réparation du préjudice des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles et pour les pratiques restrictives. La répression pénale des personnes est toujours de la compétence des

¹⁴¹ V. VALETTE-ERCOLE, *Le droit pénal économique, en droit pénal très spécial ?*, acte du colloque organisé le 28 avril 2017 par le centre de droit économique et du développement de l'Université de Perpignan, coll. Actes et études, éd Cujas, sous la direction de Vanessa VALETTE-ERCOLE, p. 7.

¹⁴² N. DECOOPMAN, *La complexité du contrôle juridictionnel*, in N. DECOOPMAN (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, CEPRISCA, 2002, p. 177 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE et Y. GAUDEMET, *Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence*, LPA, n° 50 du 25 avr. 1990, p. 7 ; O. DOUVRELEUR, *Une voie de recours sui generis : le recours contre les décisions du Conseil de la concurrence*, Gaz. Pal., n° 1 du 22 mars 1988, p. 179 ; Y. GAUDEMET, *Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, JCP-G, 1999.I.188.

juridictions pénales. Il n'en demeure pas moins que le contrôle et l'influence sur l'économie est un terrain d'application plutôt favorable pour les autorités qui exerce nécessairement un certain pouvoir.

48. En vérité, l'orientation de la politique de concurrence axée sur l'économie de marché justifiant le contrôle des autorités administratives connaît depuis ces dernières années un bouleversement lorsque le règlement n°1/2003 a étendu l'application du droit des pratiques européennes de concurrence aux autorités et juridictions nationales. Dès lors, la conséquence est qu'en adoptant les règles issues du droit européen, le rôle de la Commission et des autorités évoluent et plus particulièrement celui des juridictions nationales

49. Les juridictions nationales sont apparues comme susceptibles d'appliquer les règles européennes de concurrence. Si sa compétence a longtemps été limitée à l'application des règles nationales de concurrence, les règles européennes de concurrence sont, elles, édictées dans le cadre des compétences allouées par les États membres aux institutions européennes. Dès lors, elles s'articulent avec les règles nationales de concurrence et ne répondent pas toujours des mêmes critères que ces dernières¹⁴³. Désormais, le rôle du juge national a évolué. Il apparaît même une dyarchie de la notion de juridiction nationale. Selon la Cour de justice, la juridiction est définie sur cinq critères « *l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, le caractère contradictoire de la procédure, l'application par l'organe des règles de droit, ainsi que son indépendance* »¹⁴⁴. Cette notion de juridiction est librement appréciée par l'Union européenne¹⁴⁵ et va varier selon l'organisation institutionnelle des États membres. Cette possibilité est d'ailleurs prise en considération dans le règlement Bruxelles II bis qui définit ces institutions simplement par « *autorités compétentes des États membres dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement* »¹⁴⁶. Ce qui induit que la notion de juridiction nationale englobe tout aussi bien une autorité mettant en

¹⁴³ P. ARHEL, *Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence*, JCP E, n°51, 16 décembre 2004, p. 2010-2015.

¹⁴⁴ Ces critères ont été dégagés de l'arrêt CJCE, 30 juin 1996, *Veuve G. Vaassen-Göbbels contre direction du Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf.*, aff. 61-65, REC. 1996, p. 377, p. 394-395 ; V. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, p. 9-10, pt 10.

¹⁴⁵ CJCE, 27 novembre 1973, *NV Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, Demande de décision préjudicielle : Raad van State - Pays-Bas, Obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports, Affaire 36-73, REC. 1973, p. 1299.

¹⁴⁶ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

œuvre certaines normes judiciaires du droit européen. Autorité judiciaire et autorité administrative ont donc pour rôle d'assurer l'effectivité du droit de l'Union.

50. Il ressort des développements précédents que les autorités exercent une influence notable sur le droit de la concurrence. Son influence est telle qu'elle semble évincer le juge dans l'application des règles de concurrence. Incapable de s'imposer aux prémices de la politique de concurrence, la notion de juge peut-elle s'imposer dans l'ordre juridique ? Telle qu'elle est présentée précédemment, la notion de juge revient à énoncer qu'il est enclin à un rôle subalterne des autorités administratives. Ainsi, s'il s'avère qu'il est impossible pour que le juge soit à la tête de l'ordre institutionnel en droit de la concurrence, est-ce pour autant que le juge n'a pas de rôle à jouer en dehors des compétences qui lui sont allouées ? Il n'en reste que le recours juridictionnel est soumis à l'exclusivité des juges, même s'il s'agit d'un mode d'exécution par complémentarité ayant un caractère extra-institutionnel. Pourtant, les règles visant à renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles sont riches de potentialité pour favoriser l'émergence des juges.

Paragraphe 2. Les conséquences juridictionnelles en droit de la concurrence

51. L'existence d'une autorité de la concurrence extraterritoriale telle que présentée précédemment est-elle pour autant critiquable ? Le but avoué est d'assurer d'abord une cohérence avec les objectifs d'un marché ouvert et le respect de la libre concurrence. Il est notable que la capacité des juges à se servir du droit national pour empêcher ou restreindre le jeu de la concurrence soit somme toute limitée. Cela implique donc de s'appuyer sur ces principes dans lequel la protection du marché justifie la politique de concurrence (A), même si la réorientation de la politique de concurrence justifie l'accroissement des compétences du juge (B).

A. La protection du marché comme justification de la politique de concurrence

52. La question du marché est au cœur de la politique de concurrence : l'internationalisation des échanges transfère une partie des pouvoirs nationaux sous le contrôle de la Commission et de sa politique de concurrence. Dans ces circonstances l'influence du marché sur la politique de concurrence (1) s'analyse à travers des opérations juridiques les plus complexes ayant une incidence en droit de la concurrence (2).

1. L'influence du marché sur la politique de concurrence

53. **L'aspect historique.** Initialement, le droit européen de la concurrence avait pour objectif initial l'ouverture des marchés et la mise en place d'une culture de la concurrence, pour aujourd'hui, la mise en œuvre plus globale d'une politique de concurrence sous l'égide de la Commission européenne. Les principes dégagés par les institutions européennes sont devenus un cadre juridique commun partagé à l'ensemble des États membres. Le droit de la concurrence est donc placé sous le contrôle des autorités de concurrence, Commission et autorités sectorielles, qui partagent la responsabilité de le faire appliquer. La politique de concurrence au sein de la stratégie de l'intégration du marché intérieur est d'une ampleur de premier plan. Révélateur de cet objectif, les liens étroits entre marché intérieur et politique de concurrence sont la position choisie, car « *il n'en reste pas moins que la réalisation du marché intérieur constitue une étape cruciale dans le processus d'intégration économique européenne et qu'il a permis de réaliser des gains substantiels en termes d'efficacité, d'emplois et de croissance* »¹⁴⁷. En effet, si l'aspect juridique de la concurrence était la vision antérieure, le caractère économique est apparu avec les impératifs du marché. C'est dans cette optique que la politique de concurrence a pris son essor en réponse à l'efficacité croissante des entreprises et la crainte d'un trop grand pouvoir économique des entreprises de grande taille. Énoncé de façon aussi simple, il n'en reste qu'en réalité c'est loin d'être aussi évident. L'Allemagne plus encline à appliquer une politique de concurrence fortement influencée par l'ordolibéralisme plus axée sur la liberté que l'efficacité. Ce courant majoritaire, référence idéologique de la politique économique allemande depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, prône une dispersion des pouvoirs économiques¹⁴⁸ qui a fortement inspiré les premières applications du droit des pratiques anticoncurrentielles du Traité de Rome¹⁴⁹. Finalement, la Commission tempore

¹⁴⁷ F. ILZKOVITZ, *Le marché intérieur : une étape cruciale mais inachevée de l'intégration économique européenne*, in *Milieus économiques et intégration européenne au XXe siècle, La relance des années quatre-vingt (1979-1992)*, E. BUSSIÈRE, M. DUMOULIN ET S. SCHIRMANN (dir.), *Histoire économique et financière – XIXe -XXe*, 431 p., plus précisément § 1, p. 53.

¹⁴⁸ L'ordolibéralisme est un courant intellectuel qui naît durant la Seconde Guerre mondiale et qui prône, à la différence des courants néolibéraux classiques, une intervention forte de l'État contre les entreprises privées dans le but de lutter à la fois contre les monopoles publics et privés. Sur ce courant, v. 2nd partie. On peut toutefois se reporter pour plus de précisions à F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, 1964.

¹⁴⁹ Les ordolibéraux représentent alors pour le gouvernement américain un allié sûr dans l'idée de doter l'Allemagne et à terme, les autres pays de l'Europe de l'Ouest, d'une législation anticoncurrentielle dans le cadre de l'OECE, ancêtre de l'OCDE. Pour les Américains, cette nécessité résulte de ce qu'ils attribuent l'origine du Nazisme à la capacité industrielle des Konzerns, vastes cartels ayant pour but d'organiser la production dans différents secteurs économiques. V., sur cette question: T. WITSCHKE, *The first antitrust law in Europe, success or Failure? Origins and application of Merger control Policy of the High Authority of Coal and Steel Community, 1950-1963*, EBHA Conference, Business and Knowledge, July, 2001, p. 2-31.

entre une politique rigoureuse de la protection du marché et une position plus souple au cas par cas, en tentant de se démarquer de l'influence ordolibérale jugée trop stricte. Les dispositions qui résultent de la conception de la politique de concurrence oscillent entre une voie rationnelle et une certaine stabilité ce qui n'est pas sans créer un mélange paradoxal lorsque la Commission contrôle les concentrations soit en se montrant laxiste soit en se montrant intransigeante.

54. **L'orthodoxie de la protection du marché**¹⁵⁰. Le droit européen est profondément marqué par la nécessité de protéger le marché. Cela signifie que les comportements anticoncurrentiels impliquent une intervention répressive. Elle se nourrit ainsi de nombreux principes qui visent à l'application des règles de concurrence en matière d'ententes illicites, d'abus de position dominante de stratégie prédatrice... la finalité est de réduire les entraves aux échanges limitant le processus concurrentiel et de correspondre à une concurrence « loyale » propre au fonctionnement de l'économie de marché. Prescriptions dont le but n'est pas d'entraver la performance économique, mais de prohiber les comportements qui portent préjudice à la concurrence. La politique de concurrence a donc cet objectif idéal d'éviter que les entreprises s'entendent pour se répartir le marché tout en fermant le marché afin d'éviter la pression concurrentielle, sous réserve de faire la part entre une concurrence somme toute normale et une concurrence abusive. L'édiction des règles issues de la politique de concurrence suppose une intervention à double étage sur la concurrence par les prix et/ou les contrats. Il est notable que la participation des États membres favorables à la mise en œuvre du droit de la concurrence influe sur le contrôle propre des fusions-acquisitions et les aides publiques soumises au régime d'exception légale. Par conséquent, le but ici est plus prospectif puisqu'il s'agit d'évaluer les effets futurs dès lors que l'on autorise ou refuse la pratique concernée.

2. L'incidence du marché sur le droit de la concurrence

55. La conjonction de ces éléments distincts explique que la mission essentielle de la Commission est d'être le chef d'orchestre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises ayant une activité sur le marché européen lui permettant une intervention extensive en toute autonomie du Parlement ou du Conseil européen, même si dans les faits la Commission suit les orientations fixées par le Conseil européen. En effet, la Commission européenne dispose de moyens d'intervention de politiques publiques européennes tels qu'un

¹⁵⁰ R. KOVAR, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ?* RTDE, 1996, p. 215.

pouvoir « constitutionnel » d'initier l'action publique, la possibilité d'évoquer l'intérêt européen, l'aptitude à mobiliser les idées ou encore le recours à l'action publique comme mode d'intervention publique¹⁵¹. À cet effet, le Conseil accorde à la Commission des pouvoirs étendus d'élaboration et d'application de la loi. La politique de concurrence s'appuyant de plus en plus sur des principes économiques. D'ailleurs, la Commission se fonde sur l'analyse économique, notamment pour le contrôle des fusions¹⁵² et le programme de libéralisation.

56. **Les perspectives.** Devant cette analyse démontrant l'évolution du rôle du juge, il s'agit de repenser l'application du droit européen de la concurrence. Si l'application des normes européennes se distingue des normes nationales de concurrence, les normes européennes sont limitées à la compétence que les États membres ont accordée aux institutions de l'Union. Or, il revient au juge national de garantir les effets des normes de l'Union qui varient et évoluent selon les objectifs de l'Union. En effet, pendant un temps, l'intérêt général et le bon fonctionnement du marché et surtout le marché unique ont été les objectifs principaux de la politique de concurrence¹⁵³. Aujourd'hui, l'intérêt et la protection du consommateur sont devenus des objectifs si ce n'est complémentaire voir essentielles¹⁵⁴. L'article 12 du TFUE énonce que « *les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union* »¹⁵⁵. D'autant que le règlement n°1/2003 a décentralisé l'application des articles 101 et 102 du TFUE rapprochant le droit européen de la concurrence auprès des entreprises et des consommateurs dans les États membres. Par conséquent, le rôle du juge a vocation à évoluer également. Sur le principe, il est nécessaire de repenser la place du juge national dans l'espace juridique européen. De même que la fonction du juge dans l'ordre juridique interne est largement entendue, « *pour que le juge national soit au diapason du droit communautaire, il faut qu'il comprenne la place*

¹⁵¹ C. LEQUESNE, *La Commission européenne entre autonomie et dépendance*, in *La Commission européenne. Cultures, politiques, paradigmes*, Revue française de science politique, 1996, 46-3, p. 389-408.

¹⁵² Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations ») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1-22) Texte publié à nouveau avec rectificatif (JO L 106 du 22.4.2017, p. 16)

¹⁵³ A. ALBORS-LLORENS, *Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence*, Yearbook of European Law, vol. 33, n° 1, 2014, p. 166.

¹⁵⁴ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L 349/1, 5 décembre 2014, note 22.

¹⁵⁵ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326, 26 octobre 2012, p. 1-390.

qui lui est assignée par l'ordre juridique communautaire »¹⁵⁶. Il n'est plus aujourd'hui limité à sa position d'assesseur du droit européen de la concurrence, mais un acteur de premier plan.

57. Ainsi, le juge national profite d'un terrain favorable dans l'application des règles de concurrence à condition toutefois que les juges bénéficient de l'indépendance nécessaire qui caractérise la volonté de développer et d'étendre la politique de concurrence au sein de l'Union. À cet égard, même si finalement ce n'est pas la fonction initiale de la politique de concurrence, le juge représente l'appareil juridictionnel garantissant les effets des normes de l'Union. L'influence du droit de la concurrence est encore plus prégnante lorsque la délégation des pouvoirs vers les juges est un instrument dissuasif de la politique de concurrence.

B. La réorientation de la politique de concurrence justifie l'accroissement des compétences du juge

58. En droit de la concurrence, la délégation des pouvoirs est relativement récente et concomitante à la décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence. En effet, si les rapports entre les juridictions nationales et les instances européennes ont aujourd'hui des liens étroits et participent à la même finalité ; or, pour ces derniers, il s'agit d'affirmer un contrôle résiduel en fixant les modalités d'application des règles de concurrence. À l'inverse, les juridictions peuvent certes se révéler une arme efficace pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où il crée un réseau de proximité à même de s'imposer auprès des opérateurs économiques. Pour, autant, si on assiste à une mise en adéquation du rôle du juge dans la politique de concurrence (1), il subsiste pourtant une réticence de céder au juge un rôle dans la politique industrielle (2), notamment dans le domaine particulier des aides d'État.

1. La mise en adéquation du rôle du juge dans la politique de concurrence

59. Si le rôle du juge est largement reconnu dans l'ordre juridique interne, son rôle s'est diversifié avec les normes issues de l'Union européenne. L'évolution du droit de la concurrence doit évoluer en favorisant une coopération plus étroite du juge national en matière civile avec la protection du marché intérieur. En donnant de l'importance au juge dans l'ordre juridique

¹⁵⁶ A BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse sous la direction de R. KOVAR, Université Robert-Schuman (Strasbourg), 1983, p. 9.

européen, les législateurs de la Cour de l'Union et la Cour de justice permettent de renforcer l'effectivité du droit des pratiques anticoncurrentielles dans les États membres. La priorité de la politique de concurrence est d'orienter l'intervention économique des États membres. Elle se conjugue avec des objectifs différents entre politique industrielle des États membres et politique de concurrence de l'Union visant à une meilleure intégration des marchés. En cela, elle s'oppose notamment à la vision encore interventionniste de la politique industrielle française.

60. Les États membres ont transféré à l'Union européenne un ensemble de responsabilités tels que les droits de douane, la monnaie, les aides d'État, etc. Certes, la politique industrielle n'est pas une compétence exclusive de l'Union européenne et coordonne ses interventions avec les États membres¹⁵⁷, mais elle n'est pas incompatible avec la mise en place d'une politique européenne de concurrence. D'ailleurs, l'article 173 paragraphe 3 du TFUE mentionne que « *l'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 à travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions des traités. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, peuvent décider de mesures spécifiques destinées à appuyer les actions menées dans les États membres afin de réaliser les objectifs visés au paragraphe 1, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* »¹⁵⁸. Cela implique pour l'Union européenne de trouver un équilibre entre la politique industrielle de l'Union et les impératifs de la politique de concurrence. Dans ce contexte, la réalisation du marché commun a permis d'aboutir à une Union plus étroite des États membres¹⁵⁹. Cette stratégie réunit un ensemble d'acteurs économiques hétéroclites acquis à la réalisation du marché intérieur.

¹⁵⁷ Article 173§ 2 du TFUE « *Les États membres se consultent mutuellement en liaison avec la Commission et, pour autant que de besoin, coordonnent leurs actions. La Commission peut prendre toute initiative utile pour promouvoir cette coordination, notamment des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques. Le Parlement européen est pleinement informé* ».

¹⁵⁸ Article 173§ 1 du TFUE « *leur action vise à :*

- *accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels ;*
- *encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de l'Union, et notamment des petites et moyennes entreprises ;*
- *encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises ;*
- *favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique* ».

¹⁵⁹ C.-D. EHLERMANN, *The Contribution to EC competition policy to the single market*, CMLR, 1992, p. 257-28 ; N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Presses Sciences Po, 2009, p. 69-88.

61. La conjonction d'éléments distincts explique que la mission essentielle de la Commission est d'être le chef d'orchestre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises ayant une activité sur le marché européen lui permettant une intervention extensive en toute autonomie du Parlement ou du Conseil européen, même si dans les faits la Commission suit les orientations fixées par le Conseil européen. En effet, la Commission européenne dispose de moyens d'intervention de politiques publiques européennes tels qu'un pouvoir « constitutionnel » de mettre en œuvre l'action publique, la possibilité d'évoquer l'intérêt européen, l'aptitude à mobiliser les idées ou encore le recours à l'action publique comme mode d'intervention publique¹⁶⁰. À cet effet, le Conseil accorde à la Commission des pouvoirs étendus d'élaboration et d'application de la loi. La politique de concurrence s'appuyant de plus en plus sur des principes économiques. D'ailleurs, la Commission se fonde sur l'analyse économique, notamment pour le contrôle des fusions¹⁶¹ et le programme de libéralisation.

2. La réticence de céder au juge un rôle dans la politique industrielle

62. **La prise en compte de la politique industrielle.** La dissociation entre politique de concurrence et politique industrielle se retrouve encore dans l'analyse des aides d'États. L'article 107§1 du TFUE énonce que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Or, les États membres ne peuvent sans notification et autorisation auprès de la Commission mettre à exécution une mesure d'aide d'État¹⁶². Cette obligation est d'ailleurs prévue par l'article 108§3 du TFUE¹⁶³.

¹⁶⁰ C. LEQUESNE, *La Commission européenne entre autonomie et dépendance*, in *La Commission européenne. Cultures, politiques, paradigmes*, Revue française de science politique, 1996, 46-3, p. 389-408.

¹⁶¹ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« *le règlement CE sur les concentrations* ») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1-22), texte publié à nouveau avec rectificatif (JO L 106 du 22.4.2017, p. 16).

¹⁶² CE, 24 juillet 2019, n°418846 (CAA Nantes, 12 janvier 2018, n°16N T00737 ; TA Rennes 17 décembre 2015, n°130477).

¹⁶³ C'est l'obligation de « standstill » qui suppose une double obligation : d'une part une nouvelle aide ne peut être exécutive sans notification, d'autre part, même après notification encore faut-il attendre un contrôle préalable auprès de la Commission. Dans le délai est suspendu le versement de l'aide tant que la Commission n'a pas pris une décision. V. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Coll. Droits de l'homme, Bruylant, 07/05/2009, p IX. Principe précisé récemment par la Cour de justice : CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S c/ Konkurrencerådet*, aff. C-633/16, EU :C:2018:371.

63. La question de l'appréhension des aides d'État par les juridictions nationales a été posée en 2013 dans un arrêt de la Cour de justice. C'est tout d'abord aux juridictions allemandes de trancher le litige entre la compagnie aérienne de la Lufthansa et Ryanair. Dans cette affaire, ce dernier a bénéficié d'aides d'État de la part de Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH (FFH). Avec cette aide, Ryanair aurait bénéficié « *de tarifs particulièrement bas grâce à des redevances réduites calculées en fonction du nombre de passagers transportés* » et de « *soutien à la commercialisation* »¹⁶⁴ pour l'ouverture de nouvelles lignes. La Lufthansa demande auprès de la juridiction Oberlandesgericht Koblenz (Allemagne) la récupération des aides d'État auprès de la FFH en s'appuyant sur la violation de l'article 108§3 du TFUE. Devant le rejet de la demande pour absence de fondement et après renvoi de l'affaire, la Oberlandesgericht Koblenz fait une demande d'avis auprès de la Cour de justice. La question principale porte sur les critères de qualification des aides d'État et si un juge national est à même de contrôler ces aides d'État au titre de l'article 108§3 du TFUE. La Cour de justice examine les arguments qui peut faire craindre que ladite opération ne puisse faire l'objet du contrôle d'une juridiction nationale : d'une part le contrôle vise à vérifier si les aides d'État peuvent avoir des effets indésirables sur le marché intérieur et, d'autre part le contrôle de la légalité de l'opération. Depuis l'arrêt¹⁶⁵ *Steinike et Weinlig*, la Cour de justice avait répondu que le juge national « *peut être amené à interpréter et à appliquer la notion d'aide visée à l'article 92 (devenu art. 107 du TFUE), en vue de déterminer si une mesure étatique instaurée sans tenir compte de la procédure de contrôle préalable de l'article 93, paragraphe 3 (devenu art. 108§ 3 du TFUE) devait ou non y être soumise* ». Cette jurisprudence nous semble capitale dans la mesure où elle donne toute compétence pour contrôler la légalité de l'acte en matière d'aides d'État. Le problème est que l'implication du juge est en parallèle de la Commission.

64. La Cour de justice estime par ailleurs que l'application de l'article 108§3 implique que la Commission est déjà statuée sur cette question. Or, même si la Commission avait déjà qualifié l'opération d'aides d'État, le juge devait appliquer un principe de précaution induite par la jurisprudence de la Cour de justice. En l'espèce si un doute subsiste, la juridiction nationale même s'il dispose de la compétence pour prendre une décision doit le faire dans le respect de la coopération loyale entre les juridictions. Pour conforter sa décision, il appartient donc au juge

¹⁶⁴ CJUE, n° C-284/12, Arrêt de la Cour, *Deutsche Lufthansa AG contre Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, 21 novembre 2013.

¹⁶⁵ CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, 78/76, § 14.

de ne pas porter atteinte à la « *la réalisation des buts du traité* »¹⁶⁶. Aussi cette décision pose un principe selon lequel même si le juge est habilité à prendre une décision c'est sous couvert du contrôle des juridictions européennes afin de garantir une coopération loyale et un effet utile à l'application des règles européennes. Si la jurisprudence avait pu exprimer quelques interrogations sur ce sujet, la position de la Cour de justice démontre que le juge ne dispose pas d'une compétence pleine et entière.

65. Une autre hypothèse constituée par une décision du Conseil d'État souligne cette difficulté. Cette décision mérite de revenir sur son appréciation. Dans l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 2016¹⁶⁷, la société Efinovia saisit le Conseil d'État pour annuler pour excès de pouvoir les conventions conclues par le Premier ministre à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME). La demande supposait un contrôle sur son incidence sur le marché intérieur. Or, la Cour de justice¹⁶⁸ a pu déjà se prononcer sur cette question en signifiant que le rôle d'une juridiction nationale n'est de se prononcer que sur la légalité de l'acte. En ce sens, l'opération a pu être regardée par l'autorité de la concurrence comme ne constituant pas une aide incompatible. La Commission avait auparavant décidé de la compatibilité de l'opération, le Conseil d'État ne possédant pas la compétence de revenir sur une décision de la Commission selon l'article 108§3 du TFUE. En revanche, la société revient sur cette décision en considérant la méconnaissance des lignes directrices en matière d'aides d'État pour la protection de l'environnement et de l'énergie du 28 juin 2014¹⁶⁹. Le Conseil d'État développe son argumentaire dans son arrêt du 27 octobre 2016. Pour l'instance de contrôle, « *la société requérante ne saurait utilement invoquer un tel acte à l'encontre de la convention litigieuse sans remettre en cause l'appréciation portée par la Commission sur la compatibilité du régime d'aides d'État dont cette convention fait application. Or, ainsi qu'il a été dit au point 4, il n'appartient pas aux juridictions nationales d'apprécier la compatibilité d'un tel régime avec le marché intérieur* ». Il en va de la décision de remise en cause de la comptabilité d'une aide d'État. La solution ne laisse finalement qu'une possibilité au Conseil qui n'a pas été effectuée,

¹⁶⁶ CJCE, 19 juin 1973, *Capolongo*, aff. C-77/72, Rec. CJCE 1973, p. 611, pt 41.

¹⁶⁷ CE, 27 octobre 2016, n°387384.

¹⁶⁸ CJCE, 14 février 1990, *France/Commission* (C-301/87, Rec. p. I-351); CJCE, 21 mars 1990, *Belgique/Commission* (C-142/87 CJCE, 21 novembre 1991, C-354/90); *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ République française*.

¹⁶⁹ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 OJ C 200, 28.6.2014, p. 1-55.

le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice, une juridiction ne pouvant seule revenir sur la validité d'une aide d'État.

66. **Assouplissement limité en matière d'aides d'État.** Comme l'on peut le remarquer avec la jurisprudence, il convient de noter une certaine limite à l'assouplissement envers le pouvoir juridictionnel dans la mesure où les hypothèses visées en matière d'aides d'État démontrent une relative restriction. Du point de vue de la politique industrielle, on peut s'interroger sur l'éventuel assouplissement de la politique de concurrence lorsque les instances européennes semblent imposer leur vision au détriment de la politique industrielle interne à l'État membre.

67. Il apparaît dans l'analyse que le juge exerce une influence nouvelle, sous-estimé à ses débuts par la politique de concurrence, en partie sur le marché ainsi que sur l'économie elle-même. Son implication peut paraître dissuasive et permet d'intervenir sur un certain nombre de pratiques nuisibles au marché. Ainsi, le transfert d'une partie de la compétence européenne, puis la décentralisation sont de nature à renforcer l'efficacité de la politique de concurrence telle que la mise en relation du droit commun avec le droit européen permettant à la Commission d'exercer une influence notable sur la gestion de la concurrence dans les États membres. La juridictionnalisation est donc riche de potentialité pour garantir la protection de la concurrence. En revanche, il convient de s'interroger sur les modalités d'application. Le juge semble exclu du contrôle de la politique industrielle lorsqu'on évoque les aides d'État, tant les spécificités de la procédure interdisent de considérer le juge comme un partenaire exclusif en matière industrielle.

68. En somme, il ressort de cette analyse que lorsqu'il s'agit de réfléchir sur la place relative du juge, il apparaît une certaine difficulté à son imbrication dans l'ordre concurrentiel en s'appuyant d'un point de vue strictement institutionnel notamment dans son implication dans les choix étatiques. Un auteur résume parfaitement cette difficulté et précise que « *l'intérêt des plaignants n'est pas le seul visé. C'est en fait l'efficacité de la politique de concurrence qui est poursuivie* »¹⁷⁰. À ce rôle préventif des autorités de concurrence s'ajoute finalement un rôle supplétif des juges en droit de la concurrence qui vise à corriger la rationalité économique qui s'impose dans l'organisation des règles de concurrence sur le marché.

¹⁷⁰ M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, et.al, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 572.

Section 2. Les fondements juridictionnels en droit de la concurrence, obstacle à la reconnaissance de l'autorité comme juge

69. Affirmer qu'il y a un juge du droit de la concurrence suppose l'existence d'un rôle clairement défini. Or, le positionnement juridique des autorités de concurrence dans l'ordre concurrentiel interroge sur son rôle juridictionnel. Si, au premier abord, il semble possible d'appliquer la notion de juge aux autorités de concurrence (§1), au final, cette notion est fortement concurrencée par l'application de la notion de régulation qui conduit à exclure l'application de la notion de juge (§2).

Paragraphe 1. L'application potentielle de la notion de juge par l'autorité

70. Les règles concurrentielles semblent de plus en plus favorables à la fonction contentieuse de la Commission et de l'ADLC (A), suivant en cela le processus d'accroissement des pouvoirs justifiés par la construction du marché intérieur. Il s'agit là d'une spécificité du droit de la concurrence qui rend délicate l'appréciation de ces fonctions (B).

A. La délicate définition des fonctions juridictionnelles de la Commission et de l'ADLC

71. L'existence des autorités administratives remet en cause la différenciation fonctionnelle¹⁷¹ des institutions. En effet, si l'on considère que la seule notion de contentieux consiste à identifier la fonction juridictionnelle d'un intervenant alors une autorité ne pourrait-elle pas avoir la qualité de juge ? Le professeur CHEVALLIER énonce que juger « *consiste seulement à trancher des difficultés contentieuses, ce qui permet d'attribuer la qualité de juge à toute personne statuant sur un litige* »¹⁷². C'est ainsi qu'en adaptant ce critère qu'une reconnaissance juridique de la Commission (1) semble plausible, même si cette qualification peut paraître délicate à l'exemple de l'Autorité de la concurrence (2).

¹⁷¹ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Collection : Anthologie du droit, 11/2015, entre autres p. 70.

¹⁷² J. CHEVALLIER, *Ibid* p. 131. J.-L. MESTRE cite un texte qui permet de corroborer l'affirmation de J. CHEVALLIER : « *Ordonne en outre Sa Majesté que toutes les contestations qui pourront survenir sur l'exécution du présent arrêt (...) seront portées devant l'intendant, pour être jugées par lui (...)* », *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1^{ère} éd., 1985, n° 125, p. 192.

1. La reconnaissance juridique de la Commission et de l'ADLC

72. **La reconnaissance juridique de l'autorité.** Si la Commission joue aujourd'hui un rôle bien établi, surtout depuis qu'elle a abandonné le système de notification préalable¹⁷³. Pour mémoire, la Commission avait une responsabilité exclusive en matière d'octroi d'exemption en application de l'article 81§3 CE (aujourd'hui, article 101§3 du TFUE). Or, devant les importants retards occasionnés par le traitement des dossiers paradoxalement peu nocif du droit de la concurrence¹⁷⁴, le manque d'efficacité du système réduisant la Commission « à éponger l'arrière des dossiers subalternes tandis que les ententes réellement nuisibles échappaient à son contrôle, faute de temps pour s'y consacrer »¹⁷⁵, les conséquences sont apparues rapidement insurmontables non seulement pour l'application du droit européen de la concurrence, mais également pour les entreprises en termes de coût¹⁷⁶. Dans ce contexte, le règlement n°1/2003 a eu surtout pour finalité de mettre fin à l'engorgement des demandes auprès de la Commission en abandonnant un contrôle *a priori*¹⁷⁷ pour un contrôle *a posteriori*¹⁷⁸. Ce faisant, les instances nationales et Autorités nationales de la concurrence ont été appelées à avoir un élargissement de leur compétence dans l'application des règles de concurrence¹⁷⁹.

73. Dès lors, la Commission met en œuvre le droit de la concurrence en prenant des mesures d'interdiction assortie d'injonction ou encore d'amende qui peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. Cependant, elle a limité son rôle aux restrictions de concurrence les plus graves¹⁸⁰, et ce en accentuant son rôle sur la

¹⁷³ Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence aux restrictions verticales, COM/98/0544, JO, n° C 365 du 26 nov.1998, p. 3.

¹⁷⁴ C.-D. EHLERMANN, *Les conséquences du monopole de la Commission en matière d'exemption*, RDUE, 1/2000, p. 20

¹⁷⁵ E. CLAUDEL, *À propos du règlement C.E. n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 C.E. : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ?* Les petites affiches, 20 mai 2003, n° 100, p. 7.

¹⁷⁶ Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE (ex articles 85 et 86 du traité CE), JOCE, n° C-132 du 12 mai 1999, article 100 ; C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003 : a modernized application of EC competition rules*, *Competition Policy Newsletter*, n° 1, Spring 2003, p. 3 ; L. IDOT, B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Le besoin de sécurité juridique: notifications et exemptions*, Cahiers de droit européen, vol. 37, n°1-2, 2001, p. 160-201.

¹⁷⁷ Un système de notification préalable.

¹⁷⁸ Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n° L 1, du 4 janvier 2003, p. 1-25.

¹⁷⁹ J. -M. FAVRET, *Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence : le règlement du Conseil n°1/2003 du 16 décembre 2002*, AJDA, n°4/2004, 2 février 2004, p. 177-185.

¹⁸⁰ Communication de la Commission, du 25 juillet 2001, « Gouvernance européenne - Un Livre blanc » [COM (2001) 428 final - Journal officiel C 287 du 12.10.2001].

politique de concurrence. Elle fait office, d'ailleurs, de « haute autorité de la concurrence »¹⁸¹ auprès des instances nationales de concurrence. La Commission a, donc, cette position unique d'être autant l'« investigateur », le « procureur » de l'affaire, mais aussi son « juge »¹⁸². À leur niveau, les instances nationales - Autorité de la concurrence et juges nationaux - sont également compétentes pour appliquer le droit européen de la concurrence, ce qui n'est pas sans poser de problème dans le rôle dévolu à chacun, la ligne de démarcation n'étant pas clairement définie¹⁸³.

74. En France, le livre quatrième sur la liberté des prix et de la concurrence énonce en son titre II à l'article L. 420-2 du Code de commerce le principe de la compétence de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles. Une légitimité qui a été réaffirmée avec le règlement n°1/2003 qui dispose que « *lorsque l'application du droit communautaire en matière de concurrence est confiée à des autorités administratives et judiciaires nationales, les États membres peuvent assigner différentes compétences à ces différentes autorités nationales, qu'elles soient administratives ou judiciaires* »¹⁸⁴. La législation interne est donc relative aux « pratiques anticoncurrentielles » et sont donc visées les infractions aux articles L. 420-1 et suivants du titre II du livre IV du Code de commerce et aux articles 101 et 102 du TFUE, soit les ententes¹⁸⁵, les abus de position dominante¹⁸⁶, de dépendance économique¹⁸⁷ et les prix abusivement bas¹⁸⁸ ainsi que le contrôle des concentrations. Comme l'indiquent les termes utilisés, la différence est tenue dès lors qu'ils poursuivent une même finalité qui est la sanction de l'atteinte à la concurrence. D'ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que le principe d'application uniforme du droit de l'Union implique que dans les termes le droit national soit calqué sur le droit européen, 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. Ce principe est posé par la jurisprudence *Walt Wilhelm*, où l'application parallèle des droits nationaux ne peut d'aucune façon porter « *préjudice à l'application uniforme des règles*

¹⁸¹ La tendance est lorsqu'une autorité se spécialise, on la qualifie de Haute autorité (ex : la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité).

¹⁸² D. WAELBROECK, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ?* The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 01/08, p. 3.

¹⁸³ L IDOT, 2004 : *L'an 1 du nouveau droit de la concurrence*, Europe, n°1, janvier 2004, chronique n°1, p. 3-4.

¹⁸⁴ Art. 35. 2 du règlement n°1/2003.

¹⁸⁵ Art. 101 du TFUE et L. 420-1 C.com.

¹⁸⁶ Art. 102 du TFUE et L. 420-2 al. 1^{er} C.com.

¹⁸⁷ Art. L. 420-2 al. 2 C. com.

¹⁸⁸ Art. L. 420-5 C.com.

communautaires en matière d'entente et du plein effet des actes pris en vertu de ces règles »¹⁸⁹. En somme, tant en droit européen qu'en droit national, deux acteurs essentiels interviennent pour appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles, le juge et l'ADLC. Cette confusion des compétences est entretenue par le caractère équivoque résultant d'une double reconnaissance par les textes.

75. **Une ambiguïté entretenue.** L'importance nouvelle des Autorités de la concurrence engagée par le règlement n°1/2003 a conféré aux instances nationales un rôle plus important dans la procédure. Cette décentralisation s'est accompagnée d'un ensemble législatif¹⁹⁰ pour encadrer la compétence des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales. Celui-ci résulte de l'article 16 du règlement n°1/2003 de l'application uniforme du droit européen de la concurrence : « *lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité (101 et 102 du TFUE) qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission* ». La typologie de « juridiction » ne rompt pas avec la jurisprudence antérieure. Déjà la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 30 janvier 1974 a défini le rôle des autorités comme des « *juridictions spécialement chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence ou de contrôler la légalité de cette application par les autorités administratives* »¹⁹¹. On retrouve alors toute l'ambiguïté de la terminologie des instances européennes qui induit d'un côté l'idée que le droit de la concurrence peut être assumé que par les seuls juges nationaux¹⁹² et de l'autre contrôle son application.

76. En considérant, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit interne, la légitimité de l'Autorité de la concurrence pour les opérations juridiques ayant trait au droit des pratiques anticoncurrentielles - les ententes, les abus de position dominante et de dépendance économique et les prix abusivement bas - a pour effet de laisser penser que l'autorité est seule compétente

¹⁸⁹ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm c/ Budenskartellamt*, aff.14/68, Rec. 1969, p. 1, note F-C. JEANTET, *JDI*, 1970, p. 447-455.

¹⁹⁰ E. CLAUDEL, *À propos du règlement C.E. n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 C.E. : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ?* Les petites affiches, 20 mai 2003, n° 100, p. 7.

¹⁹¹ CJCE, 30 janv. 1974, *BRT c/SABAM*, aff. 127/73, Rec. 1974 p. 51.

¹⁹² Règlement n°1/2003, *op. cit.*, cons. 14, 21, 35, art. 10. Cette justification est défendue par exemple par l'avocat MENGGOZZI dans ses conclusions sous l'arrêt *VEBIC c/ Raad voor de Medeinging, Minister van Economie*, aff. C- 439/08, du 25 mars.2010.

pour le contrôle des actes anticoncurrentiels, elle induit un certain automatisme de penser qu'elle est la seule juridiction compétente en la matière. Au-delà d'une conception moniste de « juridiction », cela sous-entend que ce sont l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris selon l'article L. 464-8 du Code de commerce¹⁹³ sur les recours formés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence ainsi que la Cour de cassation saisie d'un pourvoi de la Cour d'appel de Paris sur recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation n'est pas allée aussi loin que la Commission européenne dans l'assimilation des autorités aux juridictions en qualifiant la Cour d'appel de Paris d'autorité au sens du règlement 17/62¹⁹⁴. Or, cette hypothèse qui a été soulevée n'exclut pas l'inverse, l'idée qu'une autorité soit une juridiction.

2. La qualification délicate de l'Autorité de la Concurrence

77. Il est difficile de distinguer l'Autorité du juge. Le professeur Hervé CROZE dans son manuel de procédures civiles pose la réflexion dans son introduction : « *une autorité administrative indépendante, comme l'Autorité de la concurrence, rend des décisions de condamnation qui relèvent de la matière pénale, mais paraissent cependant présenter un caractère juridictionnel ; peut-on en conclure, sans hésitation, qu'elle est une juridiction ?* »¹⁹⁵. Cette question qui peut paraître anodine, au premier abord, est le reflet de l'ensemble de la production doctrinale sur le sujet. Les réponses sont de deux ordres. Les premières considèrent l'aspect fonctionnel et s'appuient sur les finalités. Les secondes regroupent les solutions alternatives. De fait, elles ne permettent pas au premier abord de donner une réponse satisfaisante.

78. **L'autorité, une juridiction innomée ?**¹⁹⁶ Le sujet de la qualification de l'Autorité est difficile à appréhender et ne fait pas l'objet d'un consensus dans la mesure où la question reste ouverte¹⁹⁷. Ainsi, clairement si l'on suit les appréciations des auteurs, l'autorité est tour à tour

¹⁹³ Article 15 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence devenu l'article L. 464-8 du Code de commerce.

¹⁹⁴ Cass. Com., 18 février. 1992, no 87-12.844, Bull. civ. IV, no 78, p. 56 ; Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n° L 1, du 4 janvier 2003 ne remet pas en cause ce principe.

¹⁹⁵ H. CROZE, *Procédure civile*, LexisNexis, 5^e édition, 2011, p. 45.

¹⁹⁶ D. DANET, *Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innomée*, RIDE, 1991, n°1, p. 3-17.

¹⁹⁷ R. BONNARD, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*, Mélanges CARRÉ DE MALBERG, TOPOS et DUCHEMIN, VADUZ et PARIS, 1977, p. 3-29 ; R. CHAPUS, *Qu'est-ce qu'une juridiction : la réponse de la jurisprudence administrative*, Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN, Cujas, Paris,

une juridiction puisqu'elle dispose de pouvoir de sanctions et de règlements des différends s'apparentant à un juge civil ou à un juge pénal¹⁹⁸ ou n'est pas une juridiction selon le Conseil constitutionnel¹⁹⁹ Or, une telle situation ne semble pas satisfaisante du point de vue du système juridique, qui se structure autour d'une nature déterminée. Dès lors, en face, l'alternative est simple. Son intervention ne peut être qualifiée de contentieuse et n'est donc pas une juridiction²⁰⁰. Dans ce cas, la question n'apporte soit aucune rationalité propre et perturbe inutilement le système juridique, soit elle en dispose pour apporter un éclairage sur de nouveaux rapports juridiques. Finalement, il est possible de déterminer une catégorie juridique intermédiaire de l'Autorité de la concurrence en la qualifiant de « *quasi-juridiction* »²⁰¹ ou de « *juridiction insolite* »²⁰², laquelle ne relève pas d'une catégorie préexistante. C'est cette problématique fondamentale qui conduit à vouloir considérer l'autorité comme une véritable institution juridique.

79. Pour ce faire, elle propose, prenant acte des difficultés de la doctrine, de s'accorder sur une définition commune de l'autorité. Partant de l'hypothèse que l'autorité entretient des rapports particulièrement étroits avec les juridictions, le Conseil constitutionnel a été saisi de la question. Laquelle a répondu que l'Autorité de la concurrence est bien une autorité administrative indépendante²⁰³ et non une « *quasi-juridiction* »²⁰⁴. La réponse a vocation à construire une catégorie juridique différente juridiquement, mais pertinente économiquement, et peu susceptible d'apporter l'adhésion. Mais alors, à quelle catégorie juridique peut-on rapprocher une autorité ?

1975, p. 265-297 ; O. GOHIN, *Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ?* in *La fonction de juger*, Droits, 1989, n° 9, p. 93-105 et, dans le même volume, J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'arrêt « Cadot »*, p. 79-91 ; C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 364, 2002, dont toute la première partie est consacrée à « *l'autorité de marché et la fonction juridictionnelle* ».

¹⁹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le juge du marché*, in *Le juge de l'économie*, RJC, 2002, n° spécial Colloque de la Baule, p.49 repris de A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 45.

¹⁹⁹ Cons. Const., Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Journal officiel du 25 janvier 1987, p. 924, Recueil, p. 8.

²⁰⁰ S. GUINCHARD et *alli.*, *Droit processuel : Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Coll. Précis, 3^e éd. Paris, 2005, n°750, p. 1193.

²⁰¹ CL. LUCAS DE LEYSSAC, *Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?* RJ Com., 1992, p. 346 ; R. MARTIN, *Loi économique et règle de droit*, D. 1990, Chron., p. 259-262.

²⁰² C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 364, 2002, n°182, p. 276.

²⁰³ Art. L. 461-1 du Code de commerce.

²⁰⁴ CL. LUCAS DE LEYSSAC, *Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?* RJ Com., 1992, p. 346 ; D. DANET, *Le conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innomée*, RIDE, 1993, n°1, p. 3-17 ; R. MARTIN, *Loi économique et règle de droit*, *Loi économique et règle de droit*, D. 1990, chron., p. 259-262.

80. Cela rend nécessaire de s'appuyer sur une dialectique différente juridiquement. La question s'en est trouvée renouvelée lorsque le président Bruno LASSERRE ajoute que l'application du droit de la concurrence a « *besoin d'une autorité qui ne serait pas là seulement pour trancher des litiges, mais qui interviendrait en véritable gardien de l'ordre public économique, entendu comme une manifestation spécifique de l'intérêt général* »²⁰⁵. Le critère sous-entendu qu'une autorité puisse trancher un litige est particulièrement probant dans la détermination du rôle de l'autorité dans l'application du droit de la concurrence. Mais, la méthode juridique appliquée par la doctrine semble échouée tant l'autorité ne semble pas adaptée aux caractéristiques spécifiques au droit. Encore à la recherche d'une identité pour l'application du droit de la concurrence, la présente assertion propose pourtant un modèle d'enrichissement de la matière : une nouvelle caractéristique de l'autorité.

81. En somme, si la présente controverse fait l'objet d'un discours doctrinal. Une telle démarche s'explique par le choix de la création des autorités administratives indépendantes dotées de procédures permettant à l'administration économique traditionnelle de ne pas perdre d'influence en matière de police des marchés et de politique industrielle. La présente démonstration a au moins le mérite de s'interroger sur l'attitude à avoir lorsque des organes étatiques sont sollicités pour formuler une opinion juridique avant toute décision au fond²⁰⁶. Ce modèle qualifiable de droit technocratique par le fait d'une autorité persuasive²⁰⁷ confirme qu'elle bouscule les catégories juridiques classiques²⁰⁸. Poussé à l'extrême, le raisonnement pourrait conduire à affilier l'autorité à une juridiction.

B. La délicate appréciation des fonctions juridictionnelles de la Commission et de l'ADLC

82. Étudiants les possibilités de trancher les problèmes contentieux en droit de la concurrence, le professeur Jacques CHEVALLIER a proposé d'affilier contentieux et

²⁰⁵ Dans JUSTICE & CASSATION, Dossier *l'office du juge*, Revue annuelle des avocats au conseil d'Etat et de la Cour de cassation, Dalloz, 23 juillet 2010, p. 3.

²⁰⁶ V. le travail collectif dirigé par T. REVET, consacré à *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998. Dans cet ouvrage, v. notamment la contribution de F. ZENATI, *La portée du développement des avis*, spéc. pp. 105-107 ; ainsi que le *Rapport de synthèse* de Ph. JESTAZ, spéc. p. 117.

²⁰⁷ Ph. JESTAZ, *Rapport de synthèse*, in *Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, Le renouvellement des sources du droit des obligations*, p. 177 et p. 182.

²⁰⁸ Le développement du droit de la régulation conduit au constat doctrinal d'une postmodernité juridique. V. par J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, 1998, p. 659.

juridiction où « *la fonction juridictionnelle consiste essentiellement à trancher des problèmes contentieux, et les décisions rendues en matière contentieuse sont de véritables jugements* »²⁰⁹. Si la validité de l’assertion n’est pas consacrée par la jurisprudence ou la loi, elle n’est pas exempte de critique. En effet, « *la théorie matérielle qui définit la juridiction [comme] une fonction consistant à dire le droit. De ce que le ministre dit le droit comme un juge, on conclut qu’il est juge* »²¹⁰. Il n’en résulte pas moins que la nature particulière des autorités suppose malgré tout l’intégration juridique des autorités de concurrence (1) permettant son appréciation juridique (2).

1. L’intégration juridique des autorités de concurrence

83. La création des autorités de concurrence a été assortie de prérogatives particulières, comme celle de mener une enquête, d’instruire une affaire et de sanctionner les restrictions à la concurrence. Ce faisant, en mettant une autorité au sein de l’ordre concurrentiel, cela a pour effet de créer une situation particulière. La contrepartie doit être de considérer que l’autorité comme contrôlant l’activité économique au regard du droit de la concurrence. En dépit du rôle préventif et répressif de l’autorité, la seule possibilité est le recours auprès d’une juridiction. Deux voies possibles sont alors possibles pour considérer les autorités de concurrence : d’une part, on aboutit à la création d’un corps juridique différent (a), et d’autre part à l’existence de pouvoirs juridictionnels (b).

a. La création d’un corps juridique différent

84. **La légitimité juridique de l’autorité de la concurrence.** La problématique de la qualification de l’Autorité de la concurrence a suscité une importante littérature en droit de la concurrence²¹¹. Sans atténuer l’importance du sujet, il est pourtant intéressant de constater que cette question est également appréhendée par le droit de la régulation. Issu d’une loi de 1986,

²⁰⁹ V. J. CHEVALLIER, *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 97, p. 137.

²¹⁰ V. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État : spécialement d’après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, Éd. du CNRS, Paris, 1920-1922, p. 796 et 797 et note 24.

²¹¹ M. DONNEDIEU DE VABRES, *Le conseil de la concurrence*, Rev. conc. Consom., 1987, n° 37, p. 12 ; R. DRAGO, *Le conseil de la concurrence*, JCP, éd, G, 1987, I, 3300 ; N. DE COOPMAN, *Le pouvoir d’injonction des autorités administratives indépendantes*, JCP, éd, G, 1987, I, 3303 ; J. CHEVALIER, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Rev. Justices, 1995, n° 1, p. 81 ; Comp. R. MARTIN, *La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, JCP. Ed. G. 1990, I, 3469 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, *Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?* Rev. Jur. Com., 1992, p. 273 et s.

le Conseil de la concurrence remplacée en 2008 par l'Autorité de la concurrence avait pour vocation de contrôler les pratiques anticoncurrentielles. La loi dite de Modernisation de l'Économie (LME) n°2008-776 du 1^{er} août 2008 a eu pour conséquence de concentrer tous les pouvoirs - pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations - à une Autorité de la concurrence²¹². L'Autorité de la concurrence jouit d'une légitimité démocratique du fait de son indépendance lui donnant des pouvoirs importants tels qu'un pouvoir quasi réglementaire, un pouvoir quasi juridictionnel et un pouvoir doctrinal et d'expertise. Une confusion des pouvoirs qui n'est acceptable que si leurs titulaires présentent des garanties d'indépendance²¹³ et d'impartialité²¹⁴ lesquelles sont apportées principalement par la procéduralisation de leur fonctionnement.

85. Ses prérogatives ont été élargies en la dotant de pouvoirs d'injonction et de sanction²¹⁵. Le mécanisme est particulièrement intéressant dans la mesure où elle peut être saisie ou s'autosaisir. Le juge ne peut en principe se saisir lui-même selon l'article 1^{er} du Code de procédure civile. Même si des exceptions existent tels les articles L. 631-3 et s. du Code de commerce en matière de procédures collectives. En effet, le tribunal de commerce peut se saisir d'office dès lors qu'il estime que le débiteur est en cessation de paiement afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire²¹⁶, mais également c'est dans « *le domaine de la magistrature des personnes que se sont multipliés les cas de saisine d'office du juge (protection des mineurs et des incapables majeurs), et à la jonction de ces deux matières (surendettement des particuliers)* »²¹⁷. Poussé à l'extrême, le raisonnement pourrait conduire à l'existence d'un pouvoir juridictionnel qui conduit à un lien vertical entre les autorités de concurrence et les juridictions de recours.

²¹² T. DAHAN et C. LEMAIRE, *Portrait de l'autorité en jeune fille. – L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ*, *RJPE*, n°683, février 2011, étude 1 ; L. IDOT et C. LEMAIRE, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France – L'Autorité de la concurrence*, *Rev. Lamy Concurrence*, 2009, 07-2009, n°20, p. 20-65 ; A. RONZANO, C. LEMAIRE et B. LASSERRE, *La nouvelle Autorité de concurrence*, *Concurrences*, n°1-2009, article n°23511, p. 6 à 10 ; V. SELINSKY, *L'Autorité de la concurrence « unique », une réforme à parfaire*, *Rev. Lamy Concurrence* 2008, n°17, 10-2008 ; *JCP G*, 2009, act. 90.

²¹³ C'est souvent davantage l'indépendance à l'égard des pouvoirs privés économiques qui soulève des difficultés que celle de l'indépendance par rapport à l'État.

²¹⁴ Article 6.1 de la CEDH que la Cour a rappelé dans un jugement, CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby C/Grèce*, n° 107/1995/613/701.

²¹⁵ Article L. 464-2 du Code de commerce.

²¹⁶ Décision n° 2014-438 QPC, janvier 2015, *SELARL GPF Claeys (Conversion d'office de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire)*, *JORF* n°0015 du 18 janvier 2015, p. 842, texte n° 28. Cette décision sur QPC n'a pas remis en cause le particularisme de l'auto-saisine du juge.

²¹⁷ R. COLSON, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont, Thèses, 2006, p. 184.

b. L'existence des pouvoirs juridictionnels

86. La question se pose inévitablement lorsqu'on traite du juge en droit de la concurrence. C'est à l'ordonnance de 1986²¹⁸ que l'on doit l'attribution de larges compétences à l'Autorité de la concurrence, alors Conseil de la concurrence. La consécration de l'institution est passée par l'octroi de pouvoir d'exemption, d'injonction et de sanction en matière d'entente et d'abus de position dominante auquel la réforme sur la Loi de modernisation de l'Économie n°2008-776 du 1^{er} août 2008²¹⁹ a ajouté le contrôle des concentrations. Pour l'Autorité de la concurrence, cela a conduit à avoir une organisation des plus originales puisqu'elle a pour atout de rassembler en son sein des économistes et des juristes. Les arguments qui sont en faveur de la distinction de l'autorité d'un juge sont les deux instruments à sa disposition : d'une part, l'exemption qui « *n'est pas une mesure coercitive, mais elle permet un modelage du contrat très efficace. Pour bénéficier de l'immunité qu'elle organise, les entreprises sont prêtes à amender leur accord conformément aux exigences des autorités de la concurrence* »²²⁰ et d'autre part, l'injonction qui « *est une mesure plus autoritaire. Elle est un ordre de mettre fin à une pratique, de supprimer une clause contractuelle, de modifier une convention et, parfois, de contracter. Les autorités de la concurrence s'insinuent dans les contrats sans laisser aux entreprises d'autre choix que de se soumettre à l'ordre donné : l'injonction est accompagnée de mesures comminatoires qui en garantissent l'efficacité* »²²¹. De façon pratique, ces procédures répondent à une problématique, celle de favoriser l'intérêt du marché.

87. **La procédure devant l'autorité.** L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles ne soulève pas de difficulté eu égard à la spécificité du mode d'organisation. En effet, « *la Commission est schématiquement en droit européen de la*

²¹⁸ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence modifiée, *JORF* du 9 décembre 1986.

²¹⁹ T. DAHAN et C. LEMAIRE, *Portrait de l'Autorité en jeune fille. – L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ*, *RJPE*, n°683, février 2011, étude 1 ; L. IDOT et C. LEMAIRE, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France nouvelle régulation de la concurrence, entre deux Europe* ; *CP G*, 2009, I, 125 ; B. LASSERRE, *La nouvelle régulation de la concurrence*, *Rev. Lamy Concurrence*, 2009, 07-2009, n°20, p. 20-65 ; A. RONZANO, C. LEMAIRE et B. LASSERRE, *La nouvelle Autorité de la concurrence*, *Concurrences*, n°1-2009, article n°23511, p. 6 à 10 ; V. SELINSKY, *L'autorité de la concurrence « unique », une réforme à parfaire*, *Rev. Lamy Concurrence* 2008, n°17, 10-2008 ; *JCP G*, 2009, act. 90.

²²⁰ E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, Université de Paris X-Nanterre, p. 16.

²²¹ *Ibid.*

concurrence ce que l'Autorité de la concurrence est en droit français de la concurrence »²²². En vérité, ils disposent tous deux de pouvoirs d'injonction et de sanction en matière d'entente et d'abus de position dominante ainsi que de contrôle des concentrations. Ce traitement particulier n'est pas en désaccord avec le mouvement doctrinal en matière de procédure c'est-à-dire « *la collection de toutes ces règles établies pour diriger la demande, l'instruction, le jugement, les voies à prendre contre le jugement et son exécution* »²²³. La soumission de ces règles à la procéduralisation²²⁴ n'échappe pas à la fusion de deux principes qui échoient au droit de la concurrence : les pouvoirs privés économiques et les pouvoirs publics. Ces deux autorités ont pour but de concilier ces deux logiques : celle du marché et celle de l'intérêt général²²⁵.

88. S'agissant de l'Autorité de la concurrence en se fondant sur l'article L. 464-2 I du Code de commerce a la faculté d' « *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* ». L'analyse rendue par l'autorité suggère une interprétation des faits, dans lesquels les engagements sont jugés valables pour répondre aux préoccupations concurrentielles. La clôture de l'affaire est liée à la prise en compte de ces engagements devenus exécutoires. S'agissant des autres décisions en matière d'injonctions et de sanctions, ces instruments sont utilisés dans le sens strict d'être motivé. Tout comme une juridiction, c'est une garantie essentielle d'une « bonne justice ». Symbole de « droit », c'est aussi un refus de l'arbitraire et gage de légitimité démocratique. À cet effet, le professeur Jürgen HABERMAS qualifiait la motivation d'« *éthique de la discussion* » sous l'idée de la légitimité des interprètes de normes²²⁶.

²²² M. MEDJNAH, *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, LGDJ, L'Harmattan, Master études juridiques, 05/2013, p. 71, § 88.

²²³ M. PIGEAU, *Introduction à la procédure civile*, 7^e éd., Paris, Joubert, 1842, p. 4. Cette définition de la procédure, qui se retrouve à quelques modifications près dans presque tous les manuels de procédures du XIX^e siècle, est dans la droite ligne de celle proposée par Pothier sous l'Ancien Régime. Comp. Supra n° 210.

²²⁴ J. LENOBLE, *La procéduralisation du droit*, Louvain, 1997 ; A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. Seuil, coll. La Couleur des idées, Paris, 2005, p. 198 ; X. LAGARDE, *La procéduralisation du droit (privé)*, in CH. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit. Contractualisation et procéduralisation*, éd. Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 ; J. -P. CLERO, *De la procédure à la procéduralisation, Approche philosophique*, in CH. PIGACHE, *Les évolutions du droit. Contractualisation et procéduralisation, op. cit.*, p. 119-140 ; J. LENOBLE et J. DE MUNCK, *Droit négocié et procéduralisation*, in PH. GERARD, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE (co-dir.), *Droit négocié, droit imposé ? Publication des facultés universitaires Saint-Louis*, Bruxelles, 1996, p. 191 ; G. MOUILLON, *L'indétermination de la norme et la procéduralisation du droit : l'exemple de l'arbitrage en droit interne*, Thèse dactyl., Paris 1, 2001.

²²⁵ CH. HANNOUN, *La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo corporatisme*, RTD Com., 1989, p. 417.

²²⁶ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf 1992, 200 p.

89. Une nuance est à porter. La décision de l'autorité a une qualité juridictionnelle, mais elle ne peut prononcer des dommages et intérêts aux victimes, ordonner l'exécution d'un contrat ou forcer une procédure d'urgence. L'arrêt *Campsa* du 30 décembre 1993 rappelle à cet effet que le juge est complémentaire de l'autorité²²⁷. Même si le juge peut cumuler, dans un même litige, le droit de la concurrence et le droit commun.

90. **Effet paradoxal de cette césure.** Le risque est bien évidemment conséquent dans ce cas. À supposer que les transactions échappent finalement au contrôle des juges, on applique une politique parallèle de concurrence. Engagements et transactions sont des procédures qui échappent au contrôle juridictionnel et s'écartent des garanties minimales de discussions entendues par la CEDH²²⁸. Dans un cadre optimiste, il ne s'agit que d'une négociation puisque le véritable pouvoir de l'autorité est la sanction sous le contrôle des juridictions européennes pour la Commission et les juridictions judiciaires et administratives pour l'Autorité de la Concurrence. En somme, selon le président Bruno LASSERRE « *le juge n'est pas l'Autorité, même s'il a évidemment de l' « autorité », à commencer par celle que lui donne le contrôle des décisions de l'Autorité. De même, l'Autorité n'est pas l'administration, même si elle est « administrative », tandis que l'administration, si elle est sans cesse conduite à interagir avec l'Autorité, le fait sans avoir « autorité » sur elle ni d'ailleurs chercher à se montrer « autoritaire ». Enfin, son office diffère de celui d'autres autorités administratives également indépendantes et préoccupées de régulation économique* »²²⁹. Cette représentation de l'Autorité de la concurrence a une conséquence, celle de chercher une autre voie à la qualification de l'autorité.

²²⁷ Décision de la Cour Suprême espagnole du 30 décembre 1993 (CAMPSA) repris pour l'analyse par ENRIQUE GARCÍA-CHAMÓN CERVERA pour une Table ronde sur les expériences nationales des juges sur l'application privée du droit de la concurrence après les arrêts *Courage et Manfredi*, in *Le Réseau Européen de Formation Judiciaire, Dommages-intérêts, droit européen de la concurrence et juges: la mise en œuvre publique et privée des articles 101, 102 et 107 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européen par les juges nationaux*, REFJ1224, Barcelona: 20, 21 y 22 de June 2012. Les juges ont noté la difficulté pour les juges d'appliquer le droit européen de la concurrence sans la décision d'une autorité (ici, la Commission) : « *Étant donné la nette séparation qui existe entre Administration et Juridiction, ce qui détermine que celle-ci ne puisse connaître les matières qui entrent dans le domaine de compétence de l'Administration (sans préjudice de la révision juridictionnelle des actes de l'Administration), est que l'on ne peut pas parler, comme dans le recours, que nous nous trouvons devant une question préjudicielle entendue comme un procès judiciaire qui doit être célébré préalablement afin de pouvoir formuler le procès définitif sur la question qui est décidée dans l'affaire principale (...). Il convient d'en conclure que les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire ne sont pas compétents pour examiner la prétention contenue dans le premier alinéa du recours, étant de la compétence privée de l'Administration de l'État et, dans celle-ci, du Tribunal de Défense de la Concurrence* ».

²²⁸ CEDH, 27 mars 1998, *J. J. c/Pays-Bas*, n°9/1997/793/994.

²²⁹ B. LASSERRE, *L'office de l'Autorité*, in *Justice & Cassation*, Dossier l'office du juge, Dalloz, 2010, p. 123-124.

2. L'appréciation juridique des autorités de concurrence

91. La position juridique de l'Autorité de la concurrence peut être résumée ainsi : l'Autorité de la concurrence fait partie d'une entité juridique différente. Ce n'est donc que dans des circonstances liées à l'évocation du droit de la concurrence et dans des opérations juridiques particulières que celle-ci doit s'analyser comme un acteur parmi d'autres dans l'application du droit de la concurrence.

92. Très tôt, l'Autorité de la concurrence a été posée comme une autorité administrative indépendante (AAI). C'est le résultat de la tradition colbertiste qui a fait que le pouvoir économique est inféodé au pouvoir politique²³⁰. Réaffirmé dès la troisième république, le but est l'intérêt général public. La loi de 1986 prônant la liberté des prix et de la concurrence devait faire place à l'économie de marché. Or, l'économie administrée résiste notamment avec l'existence des AAI. Si l'on se réfère au Code du commerce, lequel s'est construit sur les ordonnances de Colbert en 1673 sur le commerce de terre et de 1681 sur la marine, cela laisse peu de place à la libre concurrence. Ce n'est donc pas la vocation première du juge. C'est d'ailleurs, le Code pénal qui a récupéré les règles de droit de la concurrence avec le délit de coalition en sanctionnant les comportements qui aboutissaient à la pratique de prix différents de ceux « *qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre de commerce* »²³¹. La protection de la concurrence introduit dès lors la notion de régulation.

93. S'agissant de la question de la régulation, difficile à appréhender tant elle fait appel à une notion extra juridique, elle se comprend dès lors en raison de la fonction. Elle est appréhendée par le droit comme fonction objet, « *dans le droit, le produit, le résultat de l'activité de l'organe, c'est-à-dire l'acte d'un organe ou d'un agent au terme d'une activité qui a pour objet l'édiction de cet acte* »²³². Cette distinction entre statut et fonction semble capitale, et sera d'ailleurs reprise dans un ensemble plus vaste des AAI à propos de l'application du droit de la concurrence.

²³⁰ L'homme est un loup pour l'homme renvoie à l'idée que la vie en société doit être régulée et soumise à des mécanismes de contrôle et d'autorité généralement incarnés par l'État (T. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civil* (1651), Réédition, Oxford Press Libri, octobre 2008.

²³¹ Article 419 de l'ancien Code pénal.

²³² G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ. 1963, spéc., p. 4.

94. Or, le droit européen de la concurrence a fait preuve d'un certain fléchissement avec la mise en place d'une véritable politique industrielle²³³. Cette position est d'autant plus renforcée en droit de la concentration par un regain de nationalisme économique²³⁴. La doctrine a repris ce principe avec le terme de régulateur pour l'action du Conseil d'État, dans son ancienne terminologie de « cours régulatrices »²³⁵. D'ailleurs, à l'origine, les recours en décision du Conseil de la concurrence étaient du ressort du Conseil d'État, qui renvoie à la question du juge « régulateur », formulation reprise dans un arrêt du 10 novembre 1999²³⁶. Cette décision fait écho à l'assertion de madame CALAIS-AULOIS lorsque « toute notion fonctionnelle peut si l'on en cherche l'origine, retrouver leur nature conceptuelle, c'est-à-dire repensée en elle-même (...) »²³⁷. La question de la régulation d'une juridiction fait également écho à celle d'autorité lorsque le juge a pour objet de « maintenir l'observation de la loi, renfermer toutes les autorités dans le cercle tracé et assurer l'unité de la jurisprudence »²³⁸. Un tel positionnement est de nature à conforter une certaine ambiguïté.

95. **La qualification possible au nom du droit de la régulation.** Partant, l'Autorité de la concurrence n'est pas un juge même si elle agit comme un « juge », mais une autorité administrative indépendante. Or, c'est sur le plan du droit de la régulation que l'on peut définir le rôle de l'autorité. Les définitions sont nombreuses, mais on peut en faire une sélection parmi les auteurs. Il n'existe aucun consensus sur la définition de la régulation²³⁹. En effet, le sens de régulation « demeure incertain en droit, alors même qu'il fournit le socle sur lequel se

²³³ H. ULLRICH, *L'ordre concurrentiel, rapport de synthèse ou « variations sur un thème de Nice*, in L. BOY (Ed.), *L'ordre concurrentiel - mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO*. Paris : FRISON-ROCHE, p. 663.

²³⁴ L. IDOT, *Entre concurrence et retour de l'État : Les États « schizos » ? Concurrences*, 2008, n°4 ; Editorial.

²³⁵ J.-L. AUTIN se référant à G. PICHAT « pour que le Conseil d'État puisse être qualifié de « régulateur », dont parle volontiers la doctrine, il faut qu'il statue avec une extrême rapidité », in M. MAILLE (dir), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 43-55.

²³⁶ CE, 10 novembre 1999, *Société Coop. Agricole de Briennon*, Rec., p. 351, RFDA 2000, p. 204 ; Ce, 10 novembre 1999, *Société Coop. Agricole des producteurs du Sénonais*, requête n° 208121 ; 10 novembre 1999, *société Coop. Agricole de Cerepy*, requête n°208122. Et plus récemment, CE, 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, requête n° 269233, DA avril 2005, n°53, p. 23, note M. LOMBARD, *Collectivités territoriales Intercommunalité mai 2005*, n°79, p. 10, note L. ERSTEIN ; ADJA 2005, p. 1070 concl. M. GUYOMAR.

²³⁷ M.-T. CALAIS-AULOIS, *Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles)*, LPA 9 août 1999, n°157, p. 5.

²³⁸ E. LAFFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault, 1888, p. 364 et s.

²³⁹ Par exemple, EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, n°52, Paris, La documentation française, 2001, p. 279 ; G. MARCOU. *La notion juridique de régulation*, ADJA, 2006, p. 347 ; J.-L. AUTIN, *Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public*, in M. MAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, Logique juridique, 1992, p. 47.

construisent de nouveaux corpus unifiés de règles »²⁴⁰. Cette polysémie fait même l'objet d'une consécration malheureuse puisqu'il y a autant de définitions de la régulation qu'il existe de manuels d'institutions administratives, de droit administratif ou de droit public économique²⁴¹. Cette position sert, en outre, de fondement d'une nouvelle acception de la régulation. Celle-ci correspond au passage d'un droit abstrait et général à un droit concret et souple²⁴². Cette position de principe ne semble pas remise en cause. Comme le note le professeur Yves GAUDEMET, la régulation est « *une police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci* »²⁴³. Son adaptation en droit privé a conduit la professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE à souligner que la régulation doit être vue comme « *l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels* »²⁴⁴. L'analyse de la définition de régulation s'inscrit dans une forme de normativité juridique.

96. Position juridique de la Commission et de l'ADLC. Les autorités de concurrence sont considérées comme des juridictions pour lesquelles les juges de droit commun assureraient le contrôle par la voie du recours juridique. Le professeur Nicolas DORANDEU ²⁴⁵ indique que « *le conseil de la concurrence (devenu l'ADLC) s'insère fortement dans l'ordre juridique privé tant du point de vue des recours contre ses décisions que de la procédure devant le conseil qui dans le silence de l'Ordonnance relève du droit judiciaire privé. Aussi il semble que le Conseil de la concurrence tend à devenir une véritable juridiction* ». Une telle assertion serait de nature

²⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *La régulation, objet d'une branche du droit*, in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, Petites affiches, 3 juin 2002, p. 3.

²⁴¹ Pour l'exemple, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 19^{ème} Ed., 2010, p. 389-391 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed, p. 358-359 ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, 2^{ème} Ed. p. 11-12 ; J. -P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 5^{ème} Ed., 2010, p. 522-533 ; Ou encore, L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 259, 2008, p. 82-83 ; M.-A. FRISON-ROCHE, Définition du droit de la régulation économique, Concurrence – distribution, recueil Dalloz, 2004, n° 2, p. 126.

²⁴² G. TIMSIT, *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, Revue française d'administration publique, n°78, avril-juin 1996, p. 375-394, préc., p. 377.

²⁴³ Y. GAUDEMET, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction*, in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? RFAP*, n°109, 2004, p. 14 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, Manuels 21^e édition, 09/2015, p. 389-391.

²⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation*, in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/ Dalloz, 2006, Thèmes et commentaires, p. 37 ; V., également par exemple M.-A. FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, presse de Sciences Po/ Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 13.

²⁴⁵ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses universitaires de Perpignan, 2014, 382 p.

à dissuader de rechercher une qualification et, effectivement, l'application des outils classiques de qualification a peu de chances d'aboutir. Pourtant, cette assertion n'est pas exempte de critique. Comme le note le professeur Serge GUINCHARD, « *le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction* »²⁴⁶. On ne voit pas comment cela pourrait être le cas dans la mesure où il ne peut infliger ni sanctions civiles ni sanctions pénales. En revanche, la problématique pourrait s'aventurer sur d'autres terrains juridiques comme le droit de la régulation. Mais une telle qualification pourrait alors probablement conduire la décision non pas à acquérir le caractère de la chose décidée²⁴⁷ qui sied mieux à une juridiction administrative, mais plutôt à l'autorité de la chose régulée.

Paragraphe 2. L'exclusion de principe de la notion de juge pour l'autorité

97. Les barrières juridiques sont rudes quand il s'agit de qualifier une institution juridique, dans la mesure où elles permettent d'exclure la notion de juge pour une autorité. Outre les critères fonctionnels ou organiques qui permettent de distinguer la position des institutions, il est tentant de recourir à une autre notion pour qualifier une autorité, le droit de la régulation (A). L'exclusion de principe suppose donc de s'intéresser en retour à l'intégration du droit de la concurrence par les juges nationaux (B).

A. L'application potentielle de la notion de régulation pour l'autorité

98. La position de la Commission et de l'Autorité de la concurrence peut être résumée ainsi : le contrôle des restrictions de concurrence. Ce contrôle ne transfère pas le rôle de juridiction. Ce n'est que dans une situation de concurrence et lorsque l'opération juridique met en œuvre des pratiques anticoncurrentielles que les autorités de régulation intègrent les règles du droit de la concurrence (1) et que celles-ci les mettent en application (2).

²⁴⁶ S. GUINCHARD et alii., *Droit processuel : Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 3ème éd., Paris, 2005, n° 750, p. 1193. G. CANIVET, *Le juge et les autorités de marché*, RJC, 1992, pp. 185-204 et *Conclusions générales* in *Régulateurs et juges*, P.A., 23 janvier 2003, n° spécial, p. 50-55, p. 51, pour qui l'affirmation est « contestable ».

²⁴⁷ Cass. Soc., 22 janvier 2014, n° 12-22.546, F-P.

1. L'intégration du droit de la concurrence des autorités de régulation

99. **Le droit de la concurrence par les autorités de régulation.** Il est clair qu'en définissant l'Autorité de la concurrence non pas comme un « juge », mais comme une autorité administrative indépendante cela ouvre de nouvelles perspectives. L'ouverture à la concurrence des secteurs concurrentiels sous monopoles notamment par les lois de transposition des directives communautaires a institué des « autorités de régulation »²⁴⁸. Tel est le cas, en France, avec la multiplication des autorités de régulation²⁴⁹ (a). Se posera alors la question sur les conséquences en droit de la concurrence de l'intégration des autorités sectorielles en droit concurrentiel (b).

a. La multiplication des autorités de régulation

100. **La spécificité du droit de la régulation.** En droit de la régulation, le contentieux est spécifique, car il fait l'objet du pouvoir répressif des autorités de régulation en rejetant le juge des litiges à composante économique. On assiste à « *la substitution des autorités de régulation au juge, pour édicter des sanctions administratives au lieu de peines pénales* »²⁵⁰. Par substitution, on entend qu'elle recouvre les mêmes pouvoirs que ce soit pour le règlement des litiges où la conciliation entre les acteurs économiques. Elles doivent donc respecter un mode de procédure qui fait l'objet des dispositions des textes institutifs des autorités de régulation indépendantes. Les lois qui organisent la régulation économique contiennent des dispositions spécifiques permettant aux autorités de régulation de saisir le juge ou l'Autorité de la concurrence, ainsi, elles contiennent des dispositions qui permettent aux régulateurs de dénoncer les faits qualifiables d'infractions pénales, ce qui implique nécessairement de s'interroger sur l'intégration des autorités sectorielles.

²⁴⁸ G. MARCOU, *Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé*, in G. MARCOU, F. MODERNE (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2005, p. 12-13 ; B. LASSERRE, *L'autorité de régulation des télécommunications (ART)*, in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, ADJA, 1997, p. 224.

²⁴⁹ C. CHAMPAUD, *Recherches et observations sur la mise en œuvre des institutions régulatrices en France*, in *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marché financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 262 et 263 ; D. DE ROY et R. QUECK, *De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition vers un « droit de la régulation » ? J. T.*, p. 555, n°8.

²⁵⁰ E. DECOCQ, *La dépénalisation du droit de la concurrence*, RJC n°11 novembre 2001, p. 89.

b. L'intégration des autorités sectorielles en droit concurrentiel

101. **Le rôle des autorités sectorielles.** On peut se demander légitimement si les autorités sectorielles peuvent être considérées parmi les autorités de concurrence. En vérité, la situation de ces autorités est pour le moins ambivalente et concerne des secteurs spécifiques notamment de réseaux. Le premier élément qui constitue nécessairement la reconnaissance de l'intégration des autorités sectorielles et la présence de l'article R. 463-9 du Code de commerce qui conjointement passe sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence. En effet, selon cet article, « *le rapporteur général (de l'Autorité de la concurrence) communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6²⁵¹ du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leurs champs de compétence (...)* ». Le second élément est l'évolution des prérogatives attribuées à ces autorités notamment pour les plus richement dotées telles que l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)²⁵² auxquels ont été octroyées le pouvoir d'édicter des règlements, de prendre des décisions individuelles, de larges moyens d'investigation et surtout la faculté de prononcer des sanctions et injonctions. Les juridictions peuvent cependant apprécier les positions de ces derniers par un contrôle juridictionnel. En ce sens, un tel accroissement de pouvoir a pu susciter des craintes, mais le Conseil constitutionnel a estimé qu'il ne portait pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs²⁵³. Au même titre que l'Autorité de la concurrence, leur indépendance ne les immunise pas d'un contrôle juridictionnel. Dans une audition par MM. Christian VANNESTE et René DOSIERE, députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes en 2010, le Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc SAUVÉ confirme que « *les juges affirmaient également de manière claire, du fait du rattachement des autorités administratives indépendantes à l'exécutif, la soumission de ces dernières à un contrôle juridictionnel, en particulier dans l'exercice de leur pouvoir de sanction* »²⁵⁴. En somme, le caractère quasi

²⁵¹ La liste de l'annexe 4-6 (Mod., Ord. n° 2010-76, 21 janv. 2010) : l'Autorité des marchés financiers (AMF), la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le Médiateur du cinéma, l'Autorité de contrôle prudentiel, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'électricité (CRE).

²⁵² Devenu l'ARCOM (Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique) en 2022.

²⁵³ Déc. 17 janv. 1989, 88-248 DC, *Rec.* 18, *RFDA* 1989, 215, note B. GENEVOIS ; 28 juillet 1989, 88-260, *Rec.* 71, *RFDA* 1989, 671, note B. GENEVOIS.

²⁵⁴ CE, Ass. 10 juillet 2010 1981, RDP 1981, 1440, concl. M. FRANC ; 1687, note J. M. AUBY ; *ADJA* 1981, 486, obs. F. TIBERGHIEEN et B. LASSERRE, p. 467 ; RA 1981, 493, note S. RIALS ; D. 1981, 622, note Y. GAUDEMET et IR 528, obs. DELVOLVÉ. Cette décision appelée l'arrêt *Retail*, le Conseil d'État a admis la compétence du juge administratif pour examiner la légalité des décisions prises par le médiateur. En 2010, le Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc SAUVÉ, dans une audition par MM. Christian VANNESTE et René

juridictionnel²⁵⁵ des autorités administratives indépendantes est susceptible de les faire entrer dans le champ d'application du contrôle par les juges. Il n'est pas inutile de revenir plus en avant sur la mise en application du droit de la concurrence par les autorités de régulation.

2. L'application du droit de la concurrence des autorités de régulation

102. **Le contrôle des monopoles.** L'ouverture des anciens monopoles à la concurrence a connu une évolution majeure. Sur ce plan, l'ouverture des transports aériens, des télécommunications, de l'énergie, des chemins de fer, des postes autrefois monopoles publics s'est accompagné d'un accroissement de pouvoirs des autorités de contrôle de ces secteurs. Cette évolution coordonnée au niveau européen s'est réalisée par l'entremise de différentes directives. L'ordonnance de 1986 en France faisant transposition d'une directive de la Commission européenne relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications 90/388/CEE²⁵⁶ suivies plus récemment de l'adoption en 2009 du troisième paquet télécom²⁵⁷, la directive postale de 1997²⁵⁸ suites à une décision de la Cour de justice des communautés européennes²⁵⁹ et en 2008²⁶⁰ avec la directive applicable en 2011, dans le domaine ferroviaire avec une première directive en 1991²⁶¹ et plus récemment la proposition du quatrième paquet ferroviaire²⁶². Plus particulièrement, dans le secteur de la téléphonie, les

DOSIERE, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes, le 11 février 2010 a confirmé la qualité quasi-juridictionnelle des autorités administratives indépendantes susceptibles de recours juridictionnels.

²⁵⁵ Tel est essentiellement le cas des décisions de l'Autorité de la concurrence.

²⁵⁶ Directive 90/388/CE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, reprenant les résolutions du Conseil, JO no C 257 du 4. 10. 1988, p. 1, JO no L 109 du 26. 4. 1983, p. 8, JO no L 81 du 26. 3. 1988, p. 75.

²⁵⁷ Le « paquet télécoms » est composé principalement de trois textes : deux directives (2009/140/CE et 2009/136/CE) qui modifient les directives de 2002 et transposés en droit national le 25 mai 2011, ainsi qu'un règlement (1211/2009/CE) qui institue l'ORECE (Organe des régulateurs européens des communications électroniques – BEREC en anglais) et qui est d'application directe. Ont été joints à ce « paquet télécoms » initial deux textes additionnels : une déclaration de la commission sur la neutralité de l'internet (2009/C 308/02) et une directive 2009/114/CE modifiant la directive GSM dans un Avis de l'Assemblée nationale du 1er décembre 2010, n° 2989, pp. 1-285, préc. p. 9-11.

²⁵⁸ Directive européenne n°97-67 du 15 décembre 1997 du parlement européen et du conseil n° 9767 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité du service.

²⁵⁹ CJCE, 19 mars 1991, *République française c/Commission*, aff. C-202/88 ; 13 décembre 1991, RTT, aff. C-18/88 ; *politique d'ouverture des réseaux à la concurrence* ; décision n°00-D-50 du 5 mars 2011, *Française des jeux* ; Ch. LEMAIRE, *Les avantages concurrentiels des personnes publiques*, RJEJO oct. 2004, p. 404.

²⁶⁰ Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

²⁶¹ Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires.

²⁶² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne

directives ont conduit à une ouverture complète à la concurrence, d'où la création coup sur coup de l'Autorité de régulation des transports (ART) en 1998, et à partir de 2005, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) auquel a été intégré le secteur postal²⁶³. Chaque secteur de l'économie s'est trouvé auto administré par des autorités dans le seul objectif est de favoriser l'ouverture à la concurrence.

103. Le positionnement des autorités de régulation en question. La position des autorités de régulation est délicate à appréhender. Présente en droit public²⁶⁴ comme en droit privé, certains auteurs considèrent que la régulation constitue une branche du droit spécifique²⁶⁵. Or, un régulateur est celui qui produit ou crée des règles de droit²⁶⁶. Ce faisant, la fonction²⁶⁷ de ces autorités spécialisées en matière économique²⁶⁸ est d'ouvrir les industries de réseaux à la concurrence²⁶⁹. C'est ainsi que sous le contrôle des autorités sectorielles, la mission économique rentre dans le cadre du droit de la concurrence²⁷⁰. Il résulte d'une affiliation de la régulation à la mission de protection de la concurrence en qualifiant le droit de la concurrence de régulation « générale » par opposition à « spéciale »²⁷¹ ou « sectorielle »²⁷², ou de la

l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire COM (2013) 29 final du 30/01/2013.

²⁶³ Articles L. 36-5 à L. 36-13 du Code des postes et des communications électroniques.

²⁶⁴ M. MIAILLE, *La régulation : enjeu d'un choix*, in M. MIAILLE, *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 11-12.

²⁶⁵ Y. GAUDEMET, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction*, RFAP, 2004/1, n°109, p. 13.

²⁶⁶ R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Réimpression de l'édition de 1933, Edition : 10 2007.

²⁶⁷ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, Clefs politique, 1994, 2^{ème} Ed., pp. 16-17 ; M. -J GUENON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, Systèmes, 1991, p. 21 ; C. TEITGEN-COLLY, *Les instances de régulation et la Constitution*, RDP, 1990, p. 155.

²⁶⁸ B. BOULOC, *Autorités de régulation et vie des affaires*, Coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2006, p. 93.

²⁶⁹ V., par exemple L. RAPP, *Le droit des communications entre réglementation et régulation*, in *AJDA- Droit Administratif*, 1er novembre 2004, n° 37, p. 2048-2058 ; L. RICHER L., *Droit d'accès et service public*, *ADJA* 2006, p. 74 ; J. ARLETTAZ, *L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux*, *JCP A* 2009.2307 (1^{ère} partie) et *JCP A* 2010.2007 (2^{ème} partie) ; Y. GAUDEMET, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 13-16 ; C. CRAMPES, *Les outils des régulations économiques ex-ante et ex post*, *Droit et économie de la régulation*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006, p. 129-137.

²⁷⁰ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit public, 2009, p. 71 et s., et p. 91.

²⁷¹ V., parmi de nombreux autres exemples S. NICINSKI, *L'autorité de la concurrence*, RFDA, 2009, p. 1239 ; G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004 p. 135.

²⁷² A. DELION, *Notion de régulation et droit de l'économie*, *Annales de la régulation*, vol. 1, 2006, p. 22-25 ; L. BOY, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence*, *JCP G*, p. 1733-1738 ; J. GALLOT, *Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°119, 2001, p. 5-6.

régulation « horizontale » par opposition à « verticale »²⁷³. Ce régime juridique renforce évidemment le rôle des autorités sectorielles dans l'ordre concurrentiel.

104. La question est de savoir si cette faculté de régulation est susceptible de conférer aux autorités un contrôle à valeur juridictionnel. La réponse est bigarrée. Les autorités sectorielles interviennent en droit de la concurrence sur un marché significatif²⁷⁴, dans l'idée que le droit commun de la concurrence ne peut traiter les problèmes concurrentiels les concernant. Telles sont, en l'occurrence, les autorités sectorielles dont le contrôle des monopoles est une composante de la politique de concurrence²⁷⁵. En vérité, cette assertion s'appuie sur les mêmes substrats que pour l'Autorité de la concurrence. Ces AAI disposent de pouvoir d'injonction ou de mise en demeure. Il est notable que le choix du terme « injonction » au lieu de « mise en garde » ou « avertissement » n'ait pour effet que de les rapprocher plus encore à des actes juridictionnels²⁷⁶. L'existence des AAI vient conforter le prédicat selon lequel le contrôle de certains secteurs du marché est exercé par des autorités dédiées qui se justifient par la mise en place d'un cadre réglementaire spécifique. Ce constat justifie la présence de la régulation au droit de la concurrence, constituant dès lors une adaptation du contrôle.

105. Ainsi, les anciens monopoles bénéficient d'un traitement spécifique relatif au droit de la concurrence qui en fait une caractéristique d'exception. De même, ce contrôle apparaît dans la même veine que le droit de la concurrence comme un instrument dissuasif limitant l'autonomie des anciens monopoles²⁷⁷. L'influence du droit de la concurrence est d'autant plus prégnante lorsque le contrôle des réseaux est soumis à un contrôle juridictionnel.

²⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, in Recueil Dalloz (chron.), Dalloz, 2001, p. 610-616 ; C. BABUSIAUX, *La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E.*, in M. -A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n°110, 3 juin 2002, p. 11-16 ; L. COHEN-TANUGI, *L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence*, MPA, 10 juillet 1998, n°82, p. 26 ; M. BAZEX, *Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles*, revue de la concurrence et de la Consommation, n°19, 2001, p. 37-44.

²⁷⁴ C. GREMION, R. FRAISSE (co-dir.), *Le service public en recherche : quelle modernisation ?* La Documentation française, juin 1996, p. 363 à 384, spéc. P. 370.

²⁷⁵ M. -A. FRISON-ROCHE, *Pourquoi des autorités de régulation ?* in *Le Politique saisi par l'économie*, Club Ulysse, Economica, Paris, 2002, p. 271-285.

²⁷⁶ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, PUF, Paris, 2016.

²⁷⁷ M. -A. FRISON-ROCHE, *Les nouveaux champs de la régulation*, Revue française d'administration publique, 2004/1 (n°109), p. 55-63.

B. L'intégration du droit de la concurrence par les juges nationaux

106. Les textes et la jurisprudence affirment nettement le rôle du juge qu'il soit administratif ou judiciaire notamment en matière de recours des décisions en droit de la concurrence émanant des autorités, même si demeurent ces attributions en droit interne ce qui conduit tout aussi bien à une application (1) qu'à une appréciation duale en droit de la concurrence (2).

1. L'application duale du droit de la concurrence par le juge

107. **L'approche classique du juge.** Dès le XII^e siècle, les fondements sont posés lorsque « *le véritable acte fondateur de la fonction de juger et, en même temps, la source de la responsabilité du juge* »²⁷⁸. Cette exigence se retrouve dans l'office du juge dans une charge tout entière orientée à la mise en œuvre des lois. La tradition juridique française reste contemporaine quand « *le juge est décrit comme un rouage accomplissant, dans ses décisions individuelles, les plans dressés par le législateur* »²⁷⁹. La jurisprudence et la doctrine ne s'éloignent pas de cette conception. Le juge est un tiers extérieur aux parties « *dans sa mission de trancher la contestation qui les oppose, en disant le droit ou en exerçant le contrôle qui lui est dévolu par la loi* »²⁸⁰. Cette position paraît assez catégorique, en affirmant que le juge est donc amené seulement à trancher un litige²⁸¹. Ce qui réduit, finalement, l'acte de jugement à un syllogisme, en assignant aux magistrats l'unique fonction de trancher les litiges par application de la loi générale de l'État aux faits particuliers de la cause. En vérité, peu d'ambiguïté, le juge garantit l'application de la loi par « *l'institution d'une autorité coercitive (...) appelée pouvoir judiciaire* »²⁸². Cette assertion valide une vision claire de notre système juridique : la loi est première, elle précède le juge qui est institué pour la faire appliquer. En somme, le juge doit s'apprécier comme une institution classique de notre système juridique pour l'apprécier en droit de la concurrence.

²⁷⁸ R. JACOB, *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale*, Histoire de la justice, 2000, n° 12, p. 9.

²⁷⁹ R. COLSON, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, Thèses, 2006, p. 78.

²⁸⁰ Y. STRICKLER, *L'office du juge et les principes*, CERDP - Centre d'études et de recherches en droit privé, Rapport, 2012, p. 1. Cette distinction est confirmée en droit européen avec l'arrêt CJCE, 30 mai 2002, aff. C.516-99, Schmid, REC.I, p. 4573, n°149, 184.

²⁸¹ J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », t. 65, 1965.

²⁸² J.-L.-G. CARRÉ, *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, 2 vol., Paris, Warée, 1825 (Tome 1), 1826 (Tome 2), p. xv.

108. **Prise en compte des spécificités du droit français.** L'application du droit de la concurrence par les juges est susceptible de susciter quelques interrogations. Si cette application est fréquemment de nature nationale, cette constatation a pour nature de replacer le juge au sein du système juridique. Sa position ambivalente implique de ranger le droit de la concurrence dans le droit des affaires ou le droit commercial²⁸³. Autrement dit, concrètement, cette position est de l'ordre du droit économique²⁸⁴ d'ailleurs le professeur SAVATIER écrivait dès 1965 : « *Du fait qu'elle ne s'intègre pas aux règles générales du droit, cette technique a son efficacité particulière. Le juge, même quand il n'y est pas adapté, même quand elle la dépouille pratiquement d'une partie de sa juridiction, doit la reconnaître. Mais on comprend qu'il s'en défie parfois. Car, du fait qu'elle demeure essentiellement une technique sans objet normatif, et à fins utilitaires, elle risque de barrer, aux techniciens de l'Économie, les horizons dépassant leur but immédiat : « L'Expansion ». L'intérêt économique qu'ils poursuivent est plus étroit et voit moins haut que le sens des disciplines juridiques. Sans doute, la technique économique entend (...) concourir lointainement à une Justice. Mais auparavant, dans les buts trop courts qu'elle s'assigne, elle risque d'oublier la Justice. C'est en quoi, malgré ses progrès, elle recèle un danger* »²⁸⁵. En somme, il faut prendre en compte le rôle du juge dans son ensemble et au besoin l'adhésion des milieux d'affaires et le soutien des autres acteurs que sont la Commission et l'Autorité de la concurrence. En bref, il semble que l'organisation du droit de la concurrence n'a d'autres effets que de replacer le juge dans un contexte difficile à appréhender entre droit économique et juridiction classique.

2. L'appréciation duale du juge en droit de la concurrence

109. L'application de cette notion « la vision du juge » est caractéristique. Ce raisonnement est tout particulièrement mis en exergue sur le plan organisationnel. En effet, on doit au doyen CARBONNIER une double finalité à l'action poursuivie, il opère d'ailleurs une distinction devenue traditionnelle entre ordre public de direction et ordre public de protection²⁸⁶. La première finalité « *n'a d'autres buts que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible* ». La seconde finalité « *se propose de concourir à une certaine*

²⁸³ J-B. BLAISE fait d'ailleurs une remarque : « *le droit de la concurrence, sans racines profondes dans le système juridique français, a pu longtemps passer pour une branche quelque peu obscure du droit. Faisant appel à des concepts économiques mal connus, il semblait être condamné à rester un droit des spécialistes* », in Mélanges R. ROBLOT, *Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 159-180.

²⁸⁴ D. TRUCHET, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, RDP, 1977, T. XCXI, p. 1009 1042.

²⁸⁵ R. SAVATIER, *L'ordre public économique*, Dalloz 1965, p. 37.

²⁸⁶ J. CARBONNIER, *Les obligations*, Paris, PUF Thémis, 2000, n° 77.

direction de l'économie nationale, en éliminant tout ce qui pourrait contrarier cette direction »²⁸⁷. La fonction du juge s'en trouve bouleversée, l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 qui représente la décentralisation des articles 101 et 102 du TFUE a d'ailleurs avec la même distinction des finalités répartie le contentieux du droit de la concurrence entre « *public enforcement* » et « *Private enforcement* ». Les juridictions se trouvent fusionnées entre un droit d'origine européenne et un droit national, qui bien entendu pose des problèmes fonctionnels.

110. Les deux contentieux objets du juge sont soit en première instance dans une application aux personnes victimes ou en seconde instance en recours d'une décision antérieure des autorités et ont bien évidemment une dimension nationale et internationale. Pour autant, le juge ne peut être défini uniquement de ce seul point de vue, dans la mesure où le juge administratif est habilité à connaître du contentieux en droit de la concurrence : « *Ainsi, un litige ayant pour objet l'engagement de la responsabilité de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses et tendant à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché de travaux publics effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales relève de la compétence des juridictions administratives* »²⁸⁸. Ce qui rappelle que les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent statuer certes sur la légalité d'un acte administratif, même s'il existe une infraction aux règles de concurrence²⁸⁹, mais le Conseil d'État a jugé que les juridictions administratives pouvaient apprécier le moyen tiré de la violation de ces règles à l'occasion d'actes unilatéraux ou de contrats²⁹⁰.

111. Ce raisonnement s'est trouvé amplifié d'une manière originale. Si le contentieux du droit de la concurrence en droit administratif relève de toutes les juridictions administratives,

²⁸⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, 2017, T.II, n°115, p.388. Même si la distinction opérée entre ordre public de protection et ordre public de direction est contestée. Or, dans le cadre du droit de la concurrence, on a fait valoir qu'il existe souvent « *une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique : c'est une affaire de degrés* » ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, LGDJ, 2020, n°528, p. 282.

²⁸⁸ CE, 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, n° 268918, 269280 et 269293, Rec., p. 507.

²⁸⁹ TC, 6 juin 1989, n° 02578, *Préfet de la région d'Île-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris*, n° 02578, publié au recueil Lebon ; TC, 15 juin 1950, *Société Actual-Champs-Élysées*, p. 665 pour un jugement avant-dire-droit ; TC, 12 février 1953, *Joyau*, p. 581 et TC, 22 février 1981, *Société Socanex*, p. 501 pour une ordonnance de référé.

²⁹⁰ CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, AJDA, 20 mars 1998, p. 247 ; CE Sect. 26 mars 1999 *Société EDA*, AJDA 1999 p. 427.

les contentieux de droit privé font l'objet de juridictions spécialisées²⁹¹. En bref, il semble que le choix s'est opéré sur des juridictions indépendantes distinguées même si elles ont des attributions assimilables à des tribunaux classiques. Elles sont habilitées à connaître du contentieux relatif aux articles 101 et 102 du TFUE et les articles L. 420- 1 à L. 420-5 du Code de commerce²⁹². La Cour d'appel de Paris connaît sous le contrôle de la Cour de cassation les recours dirigés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, mais, également, toutes les affaires de contentieux de droit commun fondées sur le même droit. L'influence de notre système juridique propre n'est pas sans raison sur le choix opéré. Pour rappel, l'article 14 du Code de procédure civile confirme l'existence de la contradiction en indiquant que « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ». En effet, en droit commun, le juge doit relever d'office l'inobservation de cette règle d'ordre public par les parties et il lui incombe d'opérer cette vérification. Ce serait dès lors la violation d'un principe fondamental lorsque la voie du recours est fermée au plaideur justifiant « *la voie exceptionnelle de l'appel-nullité* »²⁹³.

112. Au terme de cette section, il est possible de dégager deux grands ensembles juridiques qui vont animer l'ensemble de la thèse puisque le propos sera de focaliser sur le seul juge et non l'autorité de la concurrence²⁹⁴. Les règles classiques de détermination de la fonction du juge montrent leurs limites souvent contradictoires et dénotent une certaine inefficacité. Par opposition, le droit de la régulation encore embryonnaire offre de nouvelles perspectives pour caractériser l'ensemble des autorités de concurrence regroupant par la même occasion les autorités sectorielles si souvent oubliées par le droit de la concurrence. Pour finir,

²⁹¹ Articles R 420-3 à R 420-5 du Code de commerce donnant une liste exhaustive des juridictions habilitées à appliquer les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles : Marseille pour le ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier, Nîmes ; Bordeaux pour le ressort des cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Pau, Toulouse ; Lille pour le ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims, Rouen ; Lyon pour le ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon, Riom ; Nancy pour le ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz, Nancy ; Rennes pour le ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Tribunal de grande instance et le tribunal mixte de commerce de Fort-de-France pour le ressort des cours d'appel de Basse-Terre et de Fort-de-France. V. sur la question, E. CLAUDEL, *Enfin l'avènement de tribunaux spécialisés en droit de la concurrence !*, *RTD Com*, 2006-2, p. 332 ; L. IDOT, *Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement 1/2003: convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante !*, *Europe*, févr.2006, p. 2 ; V. MICHELAMSELLEM, *Spécialisation des juridictions en matière de concurrence : un décret du 30 décembre 2005 limite et spécialise les tribunaux judiciaires et commerciaux pour connaître des affaires de concurrence*, *Concurrences*, n°1/2006, p. 185.

²⁹² Conformément à l'article L.420-7 du Code de commerce, cette désignation s'opère par décret en Conseil d'État Décret n° 2005-1756 du 30 déc. 2005, art. 4.

²⁹³ Selon les termes de Tancredè, le but d'un « *recours adressé par une partie au juge supérieur dans le but de faire réformer une décision rendue par un juge inférieur lorsque cette partie prétend qu'elle est contraire aux règles du droit* », TANCREDE, *Ordo iudicarius*, éd. F. Bergmann, Goettingue, 1842, De appellationibus, IV, V, I, cité et traduit par J. GUYADER, *L'appel en droit canonique médiéval*, in J. L. THIREAU (dir.), *Les voies de recours judiciaires, instrument de liberté*, Paris, PUF, 1995, p. 45, note 1.

²⁹⁴ L'autorité de concurrence renvoie à la Commission et l'ADLC.

l'indépendance et l'impartialité des autorités de concurrence nécessitent de les considérer comme une catégorie à part. L'imagination des auteurs a été foisonnante quant au fait d'apporter des qualificatifs, mais les mécanismes juridiques permettent d'apporter une appréciation globale. Ainsi, il est possible d'avancer que les autorités de concurrence sont des autorités de régulation²⁹⁵ et sont donc exclues de la classification de juges du droit de la concurrence.

Conclusion du Chapitre 1

113. **Le contrôle des juges, pièces maîtresses du droit de la concurrence.** Le contrôle juridictionnel a été acquis en droit de la concurrence que par l'insistance des législateurs français. En aucune façon, en défaveur des autorités de concurrence, ce n'est au contraire que dans l'intérêt de la bonne application des règles de concurrence en tenant compte des spécificités juridictionnelles des États membres. Il est aujourd'hui communément admis qu'une décision des autorités de concurrence n'est admissible en tant que tel, que lorsqu'elle porte une coloration juridique. D'aucuns considèrent que l'autorité de concurrence ne peut imposer arbitrairement une décision afin d'exercer une influence déterminante sur le marché. Loin d'être une arlésienne, pas plus qu'une prétention de principe, cette volonté résulte de faire du juge une réelle pièce maîtresse du droit de la concurrence. La préservation de la concurrence sur le marché constitue un axe majeur des institutions de concurrence, que ce soit dans son application ou dans sa sanction.

114. **Implication notable.** Dès lors, les effets présument que l'application du droit de la concurrence s'accompagne de la participation active des juges dans l'organisation de l'ordre concurrentiel. Dès lors rien ne permet de penser que la décision puisse être qualifiée de juridique lorsque le juge est intégré à l'organisation de l'ordre concurrentiel. Le juge apparaît comme une passerelle qui permet de s'imposer aux acteurs économiques. Si l'influence du juge paraît encore modeste à cette étape, il semble qu'elle s'intensifie en raison des nouvelles modalités des règles de concurrence la rapprochant sensiblement du droit antitrust.

²⁹⁵ « *La finalité fait l'organe régulateur et non la nature juridique de l'action ni ses formes* », Cl. CHAMPAUD, *Régulation et droit économique*, RIDE, 2002, n°1, p. 23.

115. **Implication essentielle.** À l'exécution de la sanction, des autorités de concurrence apparaissent comme les tenants de la décision. À cet égard, et pour éviter tout malentendu quant à sa décision, la réforme *Act against Restraints of Competition* en Allemagne le 1^{er} juillet 2005²⁹⁶ est particulièrement représentatif et riche d'enseignement. Ce qui ressort dans cette réforme est la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée d'une décision prise par une autorité de régulation, mais cela s'étend également aux instances européennes. Ainsi toute décision prise par une autorité à l'instar des sentences arbitrales validées par le juge ne ferait plus l'ombre d'un doute comme décision juridictionnelle. Au contraire, la méthode employée aurait pour avantage non seulement d'avoir une coloration juridique, mais également favoriserait l'intégration des décisions dans l'ordre juridique de l'État membre. Il nous semble, en effet, illusoire de penser que seule l'autorité de la concurrence dispose de la compétence unique de la décision finale, mais il est possible de trouver un meilleur moyen d'adaptation de droit européen de la concurrence dans le droit commun. Ainsi, à ce titre, le but est d'éviter d'éventuel recours dilatoire. Le développement d'un ensemble juridictionnel autorise à mieux aborder l'enchevêtrement des analyses des régulateurs et par-delà la réparation par le juge, tandis que l'autorité ne sera sollicitée que comme simple régulateur des déséquilibres internes dans l'Union européenne.

²⁹⁶ Nouvelle Section 33(4), Competition Act – GWB.

Chapitre 2. La réorientation juridictionnelle du droit de la concurrence

116. La préservation des droits des justiciables passe par un contrôle précis des juridictions afin que ces derniers puissent intenter des poursuites privées en se fondant sur une action en responsabilité civile pour obtenir la réparation de leur préjudice concurrentiel²⁹⁷. Partant du postulat que le droit de la concurrence ne doit pas seulement sanctionner les pratiques contraires aux dispositions législatives, le juge intervient comme mécanisme de rééquilibrage du contentieux pour les victimes privées. Le droit de la concurrence tel qu'il est conçu s'appuyant sur l'action publique d'un côté et l'action privée de l'autre entraîne une paralysie du jeu normal de la réparation du préjudice. Le professeur Nicolas DORANDEU énonce clairement que « *le préjudice concurrentiel est défini comme le préjudice subi par un professionnel du fait de la concurrence* »²⁹⁸. Or, « *l'ambition première du droit de la concurrence est de garantir le jeu normal de la concurrence, [le préjudice] devient illicite et fait naître une réparation dans le patrimoine de la victime lorsqu'il découle d'une concurrence dévoyée* »²⁹⁹. Toutefois, ce faisant, le droit à réparation reste souvent peu effectif. Le droit civil français est souvent mal adapté afin de permettre l'indemnisation du préjudice concurrentiel alors même que les jurisprudences *Courage* de 2001 et *Manfredi* de 2006³⁰⁰ valident le droit à réparation et l'accès au juge pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles par le droit des obligations.

117. Le juge est donc seul à être sollicité s'agissant du recours privé. L'abus de position dominante et le droit des ententes pouvant être évoqués par les juges pour la réparation des victimes privées. Le droit à réparation constitue néanmoins un mésaise des règles du droit de la concurrence, c'est la raison pour laquelle les développements suivants viseront à développer l'action des personnes privées découlant d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, il conviendra d'étudier dans un premier temps l'évolution du droit des pratiques anticoncurrentielles vers l'action privée (**Section 1**), avant de s'intéresser, dans un second temps, à la réalisation du droit privé des pratiques anticoncurrentielles par l'action du juge judiciaire (**Section 2**).

²⁹⁷ Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997.

²⁹⁸ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses universitaires de Perpignan, 2014, 382 p.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ CJCE, 13 juil. 2006, *Vicenzo Manfredi*, aff. C-295 à 298/04, Rec. 2006, p. I-6619 ; CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99, § 19 et s.

Section 1. L'évolution du droit des pratiques anticoncurrentielles vers l'action privée

118. L'expression « action privée » est reconnue par la doctrine³⁰¹ voir de la Commission européenne³⁰². Sur le fond, elle désigne le contentieux privé qui complète le contentieux public³⁰³. D'abord par extension de l'affaire après décision d'une autorité, ensuite par une action privée autonome désignée également par « *action indépendante* »³⁰⁴ parce qu'il met le juge au cœur du mécanisme de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Un mécanisme d'attribution de compétence au juge qui va au-delà de la simple procédure puisqu'il place le juge au cœur du processus d'interprétation et remet en cause la compétence des autorités de régulation. Si la question a été abordée par les règlements européens, la Commission et les autorités de concurrence n'ont pas vocation à intervenir. Dès lors, la présente étude se focalisera sur l'intérêt du *private enforcement* pour l'application des pratiques anticoncurrentielles (§1) en évoquant un possible alignement du *private* et du *public enforcement* pour l'application des pratiques anticoncurrentielles (§2).

Paragraphe 1. L'intérêt du *private enforcement* pour l'application des pratiques anticoncurrentielles

119. État des lieux de la jurisprudence des contentieux privées en droit des pratiques anticoncurrentielles. On connaît le rôle central des autorités de régulation en droit de pratiques anticoncurrentielles visant à sanctionner les comportements des entreprises qui faussent le jeu de la concurrence sur le marché. De même, il n'est guère nécessaire de rappeler que ces règles visent la prohibition des ententes ou la prohibition des abus de position dominante en situation de monopole. On pourrait donc s'attendre à ce que le contentieux des pratiques anticoncurrentielles soit particulièrement nourri sur le terrain du contentieux des juridictions judiciaires. De ce constat, l'étude de la jurisprudence des juridictions démontre un manque important en la matière. On pouvait penser que l'action des victimes des pratiques anticoncurrentielles aurait connu un nouvel essor avec les avancées prospectives du Livre vert

³⁰¹ M.- A. FRISON-ROCHE, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, 1994, p. 483 et s. spéc. P. 488, n°40.

³⁰² M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Ordre concurrentiel et droits des contrats*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO, Ed ; Frison-Roche, 2003, p. 235 et s., spéc. 249, n°21.

³⁰³ R. SAINT-ESTEBEN, *L'action au civil et les droits de la défense*, in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque tenu à la Cour de cassation le 17 octobre 2005, disp. sur le site de la cour, p. 2-7.

³⁰⁴ Comm. C.E., *Rapport sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2008/2154 (INI), pt. 2.7.

de 2005 démontrant une certaine ambition en s'inspirant du modèle américain. Il s'appuyait sur la probabilité de faire du contentieux privé un instrument de réparation du dommage concurrentiel en supplément ou du moins à l'égal de l'action des autorités de concurrence. On imagine par cette intervention de relever le caractère résiduel de ce type d'action. Il est probable que l'absence de résultat probant a conduit au Livre blanc de 2008 sous une forme beaucoup moins révolutionnaire, laissant penser que son application est difficile à mettre en place. En réalité, le seul élément du point 2.2 du Livre blanc de 2008 démontre la difficulté de mener une action. Dans son insuffisance, les juges sont enjoins à proposer de « *divulguer des catégories bien définies de preuves pertinentes* », une modalité déjà présente dans les articles 11, 138 à 141, 142 et 145 du Code de procédure civile. Par hypothèse, on retrouve l'aspect distinctif de cette action par rapport à l'action outre-Atlantique. D'ailleurs, la Commission conclut que « *c'est la raison pour laquelle les options de politique générale proposées dans le présent Livre blanc sont des mesures équilibrées enracinées dans la culture et les traditions juridiques européennes* ». La spécificité de la situation nous conduit à revenir sur les freins à cette procédure. La préservation des droits des justiciables passe par un contrôle précis des juridictions afin que ces derniers puissent intenter des poursuites privées en se fondant sur une action en responsabilité civile pour obtenir la réparation de leur préjudice concurrentiel³⁰⁵. Partant du postulat que le droit de la concurrence ne doit pas seulement sanctionner les pratiques contraires aux dispositions législatives, le juge est amené à être sollicité s'agissant du recours privé. L'abus de position dominante et le droit des ententes pouvant être sollicité par les juges pour la réparation des victimes privées. Cette position revient à mettre en exergue la place de cette action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles (A) tout en jugeant de son impact en la matière (B).

A. La place de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles

120. À titre de comparaison, l'action privée connaît un certain succès aux États-Unis. Or, la position de la France sur cette question est révélatrice d'une certaine défiance³⁰⁶. L'action privée est le parent pauvre du droit de la concurrence³⁰⁷. Les incitations de l'Union européenne

³⁰⁵ Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997.

³⁰⁶ D.FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, RTD com. 51, n° 4, octobre-décembre 1998.

³⁰⁷ M.CHAGNY, *La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles*, RLC 2005/08, p. 186.

sur cette question à travers la jurisprudence (2) soulignent pourtant une volonté de reconnaissance de l'action privée (1).

1. La reconnaissance de l'action privée

121. Par principe, le but du droit des pratiques anticoncurrentielles est de réguler et de sanctionner les pratiques des entreprises qui faussent la concurrence sur le marché. Ces règles, énoncées aux articles 101 à 105 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), visent la prohibition des ententes entre entreprises afin de réduire la concurrence ou les abus de position dominante réalisés par les entreprises lorsqu'elles sont en situation de monopole. Aux États-Unis, ces pratiques anticoncurrentielles font l'objet d'un encadrement depuis le Sherman Act³⁰⁸ de 1890, complété par le Clayton Act³⁰⁹ de 1914 en permettant d'agir contre les actes anticoncurrentiels par la voie judiciaire en permettant un surcroît d'indemnisation pour les victimes de ces actes par la voie de l'action privée, le *private enforcement*³¹⁰. Or, la différence essentielle entre le droit Antitrust américain et le droit européen de la concurrence est que la sanction aux règles de concurrence est d'abord le fait des États au détriment des victimes, en favorisant la protection de l'intérêt général sur le marché par la voie de l'action publique, le *public enforcement*. Dans cette perspective, le juge du droit de la concurrence peut tout aussi bien prendre l'apparence d'une autorité administrative indépendante³¹¹ comme l'ADLC³¹² ou encore du juge judiciaire³¹³ pour les recours de ces mêmes autorités. Néanmoins, en France, les actions privées en réparation du préjudice concurrentiel relèvent exclusivement de la

³⁰⁸ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

³⁰⁹ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

³¹⁰ En France, les études sur le droit américain et l'action privée sont nombreuses v. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Préf. J. MONÉGER, Thèse, Bruxelles, Larcier, 2012 ; S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Préf. E. CLAUDEL, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Thèse, Université Montpellier I, 2012.

³¹¹ Pour une présentation, v. M. HERVIEU, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Préf. D. MAZEAUD, Thèse, Paris, Dalloz, 2012, p. 2 et s. Sur leur rôle dans la protection du marché, p. 21, § 32. Sur la distinction entre le juge et l'autorité administrative indépendante, p. 577 et s.

³¹² J. DONNEDIEU DE VABRES, *La Commission de la concurrence et le Conseil de la concurrence*, in Claude-A. COLLIARD et G. TIMSIT, *Les autorités administrative Indépendantes*, Paris, PUF, 1985, p. 173.

³¹³ Le juge judiciaire sert aussi en France de moyen de contrôle juridictionnel de l'Autorité de la concurrence, c'est le cas de la Cour d'appel de Paris, à ce sujet v. J. RIFFAULT, *Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire*, dans H. de CHARRETTE (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, p. 23.

compétence des tribunaux en matière civile et commerciale. Alors que les articles 101 et 102 du TFUE régissent les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante renforcés en France par le droit français de la concurrence des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce dont la violation est de la compétence de l’Autorité de la concurrence, la violation de ces règles peut faire l’objet d’une action privée auprès du juge judiciaire pour préjudice aux termes des articles 1240 et s. du Code civil. Il est notable, en dépit de cet arsenal législatif, que les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles sont rares en France et en Europe³¹⁴.

122. En France, l’action privée s’appuie sur la faute civile délictuelle. Un acte contraire au droit des ententes et des abus de position dominante est soumis à l’exigence de la procédure civile. Or, un obstacle important à cette procédure est de se heurter à la philosophie du droit des pratiques anticoncurrentielles qui a pour objectif la protection du marché et non la protection des consommateurs et des entreprises³¹⁵ ce que ne laissait pourtant pas entrevoir le droit européen au Titre IV Protection des consommateurs à l’article 169 du TFUE qui énonce que « *la Commission contribue à la protection (...) des intérêts économiques des consommateurs (...)* ». Pour autant, si la décentralisation de l’action sur les pratiques anticoncurrentielles a été formulée par le règlement n°1/2003, elle n’a pas pour autant dynamisé les actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette possibilité pourtant rappelée par la jurisprudence de la Cour de justice notamment par l’arrêt *Courage* en 2001³¹⁶ et réitérée dans l’arrêt *Manfredi* en 2006 énonce que « *toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu’il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l’article 81 CE (devenu l’article 101 du TFUE)* »³¹⁷, pour finalement être consacré par la Cour de Luxembourg³¹⁸. Devant l’absence de réaction, le rapport *Ashurst* de 2004³¹⁹ remet sur le devant de la scène ces actions privées. Le constat est clair. Aux États-Unis, 90% des actions

³¹⁴ Comme nous le verrons plus loin, la situation pourrait toutefois s’améliorer avec l’adoption récente de l’action de groupe en France et la directive européenne sur les actions privées.

³¹⁵ J. RIFFAULT-SILK, *Le Livre blanc et les actions en réparation*, RLC n°23/2010, p. 122-127.

³¹⁶ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, aff. C 453/99, Rec. 2001, p. I-6297, § 36.

³¹⁷ CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. Jointes C-295-298/04, Rec. 2006, p. I-6619, au pg. 61. Le dernier arrêt en date qui fixe le principe est CJUE, 6 juin 2013, C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e.a.*

³¹⁸ S. PIETRINI, *L’action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Préf. E. CLAUDEL, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; G. ZAMBRANO, *L’inefficacité de l’action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Thèse, Université Montpellier I, 2012, note 5, p. 117, § 103 et s.

³¹⁹ C. D. WAELBROECK, D. SLATER et G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 août 2004.

sont le fait des personnes privées³²⁰ pour 10% des victimes des pratiques anticoncurrentielles en Europe.

123. A ce stade, on peut rappeler que les victimes ont la possibilité d’agir sur le fondement de la responsabilité civile : une faute, un préjudice et un lien de causalité. Une faute qui implique une analyse économique pour attester de l’effet anticoncurrentiel du comportement du fautif. Or, il est difficile de s’appuyer sur ce raisonnement quand le dommage concurrentiel est naturel en droit de la concurrence³²¹. C’est d’autant plus difficile lorsque l’essentiel des pratiques anticoncurrentielles fait l’objet d’un contrôle des autorités de concurrence. Une réalité qui a conduit la Commission a mené des consultations avec le Livre vert de 2005 puis le Livre blanc de 2008³²² et abouti plus récemment à la directive de 2014³²³ et sa transposition avec l’ordonnance de 2017 en France.

124. Toute la dynamique des autorités de concurrence est tournée vers la protection du marché et donc oblitère le souci de la réparation pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles. Peut-on conclure pour autant à une injustice ? La justice vise au bien-être dans la société³²⁴ et suppose l’intervention du juge parce qu’« *aller devant le juge, c’est se rendre à ce qui est juste (...)* »³²⁵. Une volonté que l’on retrouve dans la doctrine notamment lorsqu’il faut « *favoriser l’action civile des entreprises victimes devant les tribunaux de droit commun, c’est accepter qu’elles deviennent un instrument essentiel de la mise en vigueur du*

³²⁰ Pour des statistiques v. par exemple, U.S. GENERAL ACCOUNTING OFFICE, Justice Departement : Changes in Antitrust Enforcement Policies and Activities (Washington, D.C. : GAO/GGD-91-2, October 1990), p. 15. Le tableau est reproduit dans KHEMANI R.S. et W. T. STANBURY (dir.), Canadian Competition Law and Policy at the Centenary, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991. p. 667. Le tableau indique un taux de 90,9 % de poursuite privée pour la décennie 1980-1989.

³²¹ N. DORANDEU, Le dommage concurrentiel, Presses universitaires de Perpignan, 2014, 382 p.

³²² COMMISSION UE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2005) 0672, (ci-après Livre vert) ; COMMISSION UE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008*, COM(2008) 165 final, (ci-après Livre blanc) ; COMMISSION CEE, *La réparation des conséquences dommageables d’une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE*, Bruxelles, 1966. Pour l’opinion du Parlement européen sur ces réflexions, v. PARLEMENT UE, *Résolution sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Bruxelles, 26 mars 2009, (2008/2154(INI)). Sur ce sujet, v. D. WOODS, *Private enforcement of Antitrust Rules – Modernization of the EU Rules and the Road Ahead*, (2003-2004) 16 Loy. Consumer L. Rev. 43.

³²³ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l’Union européenne Texte présentant de l’intérêt pour l’EEE, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1-19.

³²⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 2009, p. 517.

³²⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (nouvelle traduction de Richard BODÉÛS), Paris, Flammarion, 2004, p. 229.

droit des pratiques anticoncurrentielles à la place des autorités de concurrence »³²⁶, et donc de revenir sur « *le dogme de l'interventionnisme libéral retenu actuellement en France comme le modèle de régulation du marché* »³²⁷. Il peut dès lors apparaître assez surprenant de parler de volonté, alors que l'accès affectif à un juge est un droit³²⁸. En effet, lorsque l'on évoque la justice c'est parce que l' « *on a tendance à oublier que l'accès à la justice comporte deux segments : l'un est l'accès, l'autre est la justice* »³²⁹. Au fond l' « *accès à la justice* », c'est tout d'abord l'accès aux tribunaux³³⁰. Tout au plus l'article 6§1 de la CEDH souligne le droit à un procès équitable, mais le juge n'est pas explicitement visé³³¹. Un souci qui, d'ailleurs, a conduit la Cour de justice européenne a précisé l'accès effectif au juge. Déjà, il ne s'agit pas de rendre pratiquement impossible l'accès aux juridictions nationales, mais en plus elles ont pour obligation de sauvegarder l'exercice du droit européen³³². Un droit que l'on retrouve dans l'article 47§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE³³³, et à l'article 6§1 de la CEDH³³⁴, une légitimité législative d'ailleurs confortée par le Conseil constitutionnel³³⁵. Il n'est pas rare de voir la Cour de cassation rappeler le droit à un recours juridictionnel effectif³³⁶ pour se prononcer sur la même finalité³³⁷. Il participe d'une certaine volonté à favoriser la réparation

³²⁶ D. BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence*, Étude comparative des procédures communautaires et françaises, Préf. L. IDOT, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 47, note 228, § 13.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Sur le sujet du droit de la concurrence et des droits fondamentaux, v. *Droits et liberté fondamentaux face au droit de la concurrence*, Rev. Conc. Consomm. 1995/86, p. 47. V. en particulier sur les droits de la défense, O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Préf. C. GAVALDA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

³²⁹ M. DESCHAMPS, *L'accès à la justice, l'affaire de chacun*, (2009) 50 C. de D. 247-258, § 2. L'auteur explique que l'accès est mesurable mais que la notion de justice pose plus de question sur ce qu'elle recouvre.

³³⁰ L'idée n'est pas nouvelle, v. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, (traduction de Richard BODÉÛS), Paris, GF Flammarion, 2004, p. 244 : « (...) *aller devant le juge, c'est se rendre à ce qui juste, puisque le juge se veut en quelque sorte la justice animée* ».

³³¹ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, (2001/1) 96 Pouvoirs 123-141, préc. p. 125.

³³² CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. C-33/76 et C-45/76, Rec. p. 1989 et 2043 ; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. C-611/79, Rec., p. 1205 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. C-199/82, Rec. p. 3595 ; CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, aff. C-88-99, Rec., p. I-10465.

³³³ *Ibid.*, p. 13 et considérant n° 4 : *Le droit à réparation garanti par le droit de l'Union pour les préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 47, premier alinéa, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne* ».

³³⁴ Selon les conclusions de l'avocat général M. JÁN MAZÁK, dans l'affaire CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, JOUE 2011 I-05161, au pg. 3.

³³⁵ Cons. Cons., Déc. 93-325 du 13 août 1993 ; Cons. Cons., Déc. 93-335 du 21 janvier 1994 ; Cons. Cons., Déc. 96-373 du 9 avril 1996 ; Cons. Cons., Déc. 96-378 du 23 juillet 1996.

³³⁶ Cons. Cons., Déc. n° 2014-690 du 13 mars 2014.

³³⁷ Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20302, Bull. 1995 A.P. n° 4, p. 7. Elle énonce dans cette décision : « *Vu le principe du respect des droits de la défense ; Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit*

effective des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles qui trouve son ressort dans la jurisprudence.

2. L'évolution de la jurisprudence sur l'action privée

125. Il est permis de se demander dans quelle mesure les États membres ont évolué sur la question du *private enforcement* ? La réponse est contrastée. Il est notable que seuls trois États membres de l'Union européenne – anciennement le Royaume-Uni³³⁸, l'Allemagne et les Pays-Bas - présentent un taux de recours en réparation satisfaisant³³⁹. La France a entrepris dans le cadre des objectifs fixés par la Commission en matière de réparation pour les personnes privées victimes de pratiques anticoncurrentielles³⁴⁰ d'adopter l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles³⁴¹. Cependant, cette initiative n'a pas été assez loin, notamment pour l'action de groupe. Une action fortement critiquée dans les débats de l'Assemblée nationale alors même que l'ADLC est favorable à sa mise en place pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles³⁴². Surtout que la France a déjà adopté un modèle équivalent en droit de la consommation avec l'action de groupe³⁴³ ayant fait l'objet de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation³⁴⁴. Ce dernier permet aux justiciables de disposer par la voie collective afin d'obtenir la réparation de leurs

fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge, chargé de statuer sur sa prétention ».

³³⁸ Depuis sorti de l'Union européenne.

³³⁹ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (COM (2013) 404 final), pt 52.

³⁴⁰ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1-19.

³⁴¹ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n° 29.

³⁴² FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, Avis du Conseil de la concurrence relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, 21 septembre 2006.

³⁴³ FRANCE, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, Avis relatif au Vocabulaire de droit, JO 13 mai 2006, p. 7072. La Commission remplace le terme « class action » par « action de groupe ». C'est finalement le terme qui a été retenu dans le projet de loi sur l'action de groupe, v. le chapitre III, du Titre II dans le Livre IV du code de la consommation intitulé « action de groupe ». Pour des commentaires sur l'introduction de l'action de groupe, v. N. HOMOBONO, *L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France*, Concurrences n° 3-2013, p. 54 ; C. PRIÉTO, *Atermoiements récurrents sur l'action de groupe*, Concurrences n° 3-2013, p. 5.

³⁴⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

préjudices matériels résultant du manquement d'un professionnel. Nous sommes donc très proches de la procédure proposée en droit de la concurrence.

126. Jusqu'à l'adoption de l'action de groupe, il n'existait pas de réels moyens procéduraux pour accéder au juge de la réparation, hormis l'action individuelle peu effective et peu efficace³⁴⁵. Cette loi permet aux consommateurs par représentation d'une association de consommateurs d'obtenir réparation d'un préjudice d'un auteur d'une pratique anticoncurrentielle³⁴⁶. Or, en droit de la concurrence, l'action de groupe ne peut prospérer dès lors qu'une autorité de la concurrence ou une juridiction nationale adopte une décision définitive constatant une infraction au droit de la concurrence : « *lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action mentionnée à l'article L. 623-1 que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements* »³⁴⁷. Finalement, en France, l'action de groupe semble marquer le pas. Les raisons sont diverses, mais aux nombres des limites, le texte ne couvre que les préjudices résultant de « *pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* »³⁴⁸. Concrètement, ces préjudices résultent d'ententes anticoncurrentielles, d'abus de position dominante au sens des droits européens et français, ainsi que de pratiques d'abus de dépendance économique ou de prix abusivement bas au sens des articles L. 420-2.2 et L. 420-5 du Code de commerce à l'exclusion du droit des concentrations³⁴⁹, des pratiques restrictives de concurrence et de la concurrence déloyale³⁵⁰. Par ailleurs, seuls les préjudices matériels sont réparables en excluant les dommages corporels et moraux³⁵¹.

³⁴⁵ Dernièrement la société BETCLIC a engagé une action en dommages et intérêts en responsabilité civile pour pratiques anticoncurrentielles de la Société Pari Mutuel Urbain (PMU). CA, Paris, 12 septembre 2018, n°18/04914.

³⁴⁶ Articles L.623-1 et suivants du Code de la consommation.

³⁴⁷ Article L. 623-24 du Code la consommation.

³⁴⁸ Article L. 623-1 du Code de la consommation.

³⁴⁹ Articles L. 430-1 du Code du commerce.

³⁵⁰ Articles L. 442-1 du Code de commerce.

³⁵¹ Benoît Hamon avait justifié ce choix en déclarant que la procédure « *est, par nature, moins adaptée à la réparation de préjudices corporels ou moraux, qui nécessitent des expertises individuelles* » in L. LOPEZ, *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Ed. Connaissances et Savoirs, Coll. Droit et Sciences politiques, Sous-collection : Droit des affaires, 2017, p. 22, pg. 22.

127. L'action de groupe est l'option envisagée. Pourtant, toujours en droit de la consommation, une autre procédure prospérée auparavant : l'action conjointe. Laquelle en rassemblant les actions individuelles et similaires offrait une opportunité supplémentaire aux consommateurs de faire valoir leurs droits, d'autant que les frais d'avocats pouvaient être mutualisés³⁵², une option qui peut être aurait pu être plus simple à mettre en œuvre en droit de la concurrence. À proprement parler, la Commission n'a produit aucun texte contraignant à l'instauration de l'action de groupe. Néanmoins, une proposition de directive relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs démontre un vif intérêt de la Commission pour les recours collectifs³⁵³. Il est à noter qu'elle ne réitère pas ses préconisations sur l'interdiction d'octroi de dommages et intérêts punitifs³⁵⁴, alors même qu'elle suscite un vif intérêt³⁵⁵. On observe ainsi une étonnante convergence des objectifs des droit - droit de la consommation et droit de la concurrence - qui n'emporte pas l'unanimité, se pose finalement dès lors la question de l'impact de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles.

B. L'impact de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles

128. En droit de la concurrence, le recours à l'action privée est relativement récent et concomitant à une volonté européenne de favoriser et de développer le droit de la concurrence sur l'ensemble du territoire composé par les États membres. Si au premier abord, les liens entre les autorités et les juridictions sont plutôt étroits, en réalité les objectifs apparaissent bien différents. Si pour l'un la volonté est de protéger le marché, pour l'autre, le but est d'être au service du justiciable. Il s'agit pour ce dernier de rechercher certes l'application stricte d'une règle de droit lorsqu'il prend une décision, mais c'est aussi avoir une fonction de dissuasion pour permettre le progrès et préserver l'intérêt de l'économie³⁵⁶. Avec une finalité différente,

³⁵² Articles L. 622-1 à L. 622-4 du Code de la consommation. V. Cass., Civ, 26 mai 2011, 10-15.676, publié au bulletin.

³⁵³ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD).

³⁵⁴ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, pt 4.

³⁵⁵ P. PIERRE, *Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen)*, Revue Juridique de l'Ouest, 2014, 2, p. 23-35 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, n° 532 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers*, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, p. 8.

³⁵⁶ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, « Précis », 1997, p. 368.

l'action privée devant le juge peut apparaître comme une arme efficace pour la lutte anticoncurrentielle dans la mesure où elle crée une opportunité intéressante du développement du droit de la concurrence. Aussi bien en parlant de renouveau de la question du *private enforcement* (1) qui est une affirmation, dont les doutes n'oblitérent pas la possibilité de développement (2) pour l'avenir.

1. Le renouveau de la question du private enforcement

129. **L'évolution de la jurisprudence de la CJUE.** À vrai dire, après l'ouverture textuelle, la Cour de justice à travers la jurisprudence a encouragé la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles³⁵⁷. La Cour de justice tenant à valoriser les actions privées en reconnaissant la réparation intégrale pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles³⁵⁸. L'arrêt *Courage et Crehan* met en avant que « *tout particulier est en droit de sa prévaloir en justice* » de la violation de l'article 101§1 du TFUE³⁵⁹. Dès lors, une action en justice peut être intentée par une personne privée en ayant non seulement un objectif de réparation, mais aussi de discussion complémentaire de l'action de la sphère publique : le droit à réparation « *est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »³⁶⁰. Cependant, ce moyen de recours n'ayant pas fait l'objet de règles procédurales spécifiques, les États membres sont donc libres d'organiser cette procédure dans le respect des règles de l'Union européenne³⁶¹. Dans l'arrêt *Pfleiderer* de 2011, la Cour de justice soumet déjà le problème de la clémence avec l'accès aux preuves dans les dossiers détenus par une autorité de la concurrence³⁶². Or, les règles entourant la divulgation de ces documents dépendent du juge national et au cas par cas³⁶³. Signe de ce changement, le

³⁵⁷ CJCE, 29 septembre 2001, *Courage*, aff. C-453/99 ; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. C-295 à 298/04.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*, pt 24.

³⁶⁰ *Ibid.*, pt 27.

³⁶¹ CJCE 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c/Lanwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76.

³⁶² CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09, obs. E. BARBIER DE LA SERRE et S. QUILES, *Conjugaison du Private enforcement et des programmes de clémence : que le législateur tranche*, RLC 2011/29, p. 59-65 : « [I]es dispositions du droit de l'Union en matière d'ententes, et en particulier le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 TFUE et 102 TFUE, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'une personne, lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages et intérêts, obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction. Il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union ».

³⁶³ *Ibid.*, pts 19 à 32.

Tribunal de l'Union européenne fait droit à une demande d'annulation d'une décision dans l'affaire *Hydrogen Peroxide* alors que la Commission refusait de transmettre la table des matières constituée pour l'affaire³⁶⁴. La jurisprudence de la Cour de justice n'est pas en reste avec l'arrêt *Pfleiderer* lorsque la réglementation nationale d'Allemagne interdit aux tiers d'accéder aux contenus des documents détenus par l'autorité de concurrence³⁶⁵. Enfin, à la faveur d'un recours en réparation pour une victime d'un dommage concurrentiel, dans l'arrêt *Cartel Damage Claims*³⁶⁶, la Cour se réfère au règlement Bruxelles I bis du Chapitre 2, dans *Compétence* de la section 1, sur les dispositions générales, à l'article 6³⁶⁷. De fait, une personne ou une entreprise, peut être atraite devant le tribunal du lieu où l'entente a été conclue, mais également dans la juridiction du lieu où se sont déroulés les faits dommageables. Cette nouvelle interprétation jurisprudentielle ouvre la voie à une harmonisation de la procédure des actions en réparation de préjudices des victimes de pratiques anticoncurrentielles. D'ailleurs dans la directive ultérieure 2014/104/UE du 26 novembre 2014 en rappel de l'arrêt *Cartel Damage Claims*, est instauré des règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne dans le cadre des règles sur les infractions du droit de la concurrence national et du droit européen de la concurrence. L'influence de cette directive s'entend par la prise en compte des actions en dommages et intérêts en complément du *public enforcement* et notamment de ses programmes de clémence.

130. Les réserves quant au respect du secret de l'instruction ne sont pas un obstacle en droit français³⁶⁸. Même si l'article L. 463-6 du Code de commerce met en avant cette protection pour les dossiers de l'Autorité de la concurrence. La Cour de cassation le 19 janvier 2010 a considéré comme nécessaire la divulgation des pièces du dossier de l'Autorité de la concurrence. Dans cette affaire, la société JVC fournie à la société SEMAVEM des produits audiovisuels pour les besoins d'approvisionnements de supermarchés. Or, des remises accordées par JVC en contrepartie du report d'avantages auprès des vendeurs ne sont pas effectuées. JVC estime qu'elle a subi un préjudice. Lors de la procédure, des documents détenus par le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence ont été divulgués, la société incriminée met

³⁶⁴ Trib. UE, 15 déc. 2011, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commission européenne*, aff. T-437/08.

³⁶⁵ CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, *opt cit.*

³⁶⁶ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, aff. C-352/13.

³⁶⁷ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 1-23.

³⁶⁸ Le secret vise à la protection des intérêts privés. V. V. VALETTE-ERCOLE, *La personne mise en cause en matière pénal*, thèse Bordeaux IV, 2001, n°106, p. 88.

en cause le secret professionnel. La Cour de cassation énonce que « *le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence, que si cette divulgation, incriminée par l'article L. 463-6 du code de commerce, est nécessaire à l'exercice de ces droits* »³⁶⁹.

131. **Les textes ensuite.** Le relatif échec du *private enforcement* en Europe et notamment en France a conduit à la directive de 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne³⁷⁰. La volonté de favoriser le *private enforcement* implique de concilier l'action publique avec l'action privée. D'un point de vue français, on peut toutefois s'interroger sur l'opportunité de favoriser le développement du *private enforcement*.

2. Le développement du *private enforcement*

132. **Un texte sur la procédure civile.** Au-delà d'une volonté de reconnaissance du *private enforcement* par la voie de la réparation des victimes privée de pratiques anticoncurrentielles, il s'agit plutôt d'améliorer les procédures existantes. Une fois de plus, la directive favorise l'action publique lorsqu'elle établit la présomption d'imputabilité³⁷¹ découlant de la constatation d'une autorité de concurrence en établissant de manière irréfragable une faute civile de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle. Le préjudice n'est pas laissé en reste puisqu'il peut faire l'objet d'une estimation³⁷² notamment lorsqu'il « *est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice sur la base des éléments de preuve disponibles* » remettant en cause le principe civil de réparation intégrale et encore d'une évaluation forfaitaire. Tout en énonçant les avancées de la directive, on remarque qu'elle ne concerne que la réparation³⁷³. En effet, on ne parle pas de sanction punitive, ni

³⁶⁹ Cass. com., 19 janvier 2010, *Semavem*, n°08-19.761 ; Dans le même sens, Cour d'appel, Paris, 20 novembre 2013, Ma liste de course, n°12-08.813.

³⁷⁰ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1-19.

³⁷¹ T. com., 6^e ch., Paris, 30 mars 2011, *Numericable a. c. France Télécom*, RG n° 2009/073089, CCE 2001, comm. 76, obs. M. CHAGNY.

³⁷² Art. 17, al. 1 de la directive de 2014.

³⁷³ Art. 3 de la directive de 2014.

d'action de restitution³⁷⁴, mais simplement de réparation intégrale. D'ailleurs, la sanction excessive est définie par l'article 3 alinéa 3 de la directive « *soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts* ». Clairement, le droit européen ne souhaite pas se rapprocher du droit antitrust américain. Le défaut est que si la volonté des législateurs est de favoriser la réparation des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles, cette approche a tendance à limiter l'intérêt des défenseurs d'avoir recours au juge pour une condamnation civile.

133. La France en introduisant l'action de groupe favorise les actions collectives. Si l'ordonnance et le décret de 2017 permettent aux consommateurs d'obtenir la réparation de leur préjudice par l'entremise d'une association de consommateurs, l'inspiration américaine de la mesure n'est pas sans soulever la désapprobation. En partant du principe que la philosophie européenne du droit de la concurrence est d'appliquer une concurrence-moyen³⁷⁵, la possibilité d'une protection du consommateur en droit de la concurrence est un moyen supplémentaire de lutte anticoncurrentielle. En outre, en allant plus loin que la directive, en faisant bénéficier de l'action aux consommateurs, mais également aux entreprises le *private enforcement* en France ne peut en être que favorisé. Maintenant, il est notable que le juge sera pris entre deux modes d'interaction en droit de la concurrence : le droit de la concurrence déloyale qui permet d'appréhender un certain nombre de comportements néfastes pour le marché³⁷⁶ sur le terrain civil même si cette dernière ne permet pas effectivement l'action des consommateurs puisque elle est réservée aux commerçants et le droit des pratiques anticoncurrentielles qui ouvre une voie différente d'action, mais dont les contours sont encore à définir.

134. L'action privée a ainsi connu un certain progrès en droit européen. La question de la réparation du préjudice concurrentiel des victimes de pratiques anticoncurrentielles s'est avérée être un terrain d'évolution important de la matière. Il apparaît toutefois que cette évolution ne se traduit pas immédiatement par un plébiscite de la part des justiciables. S'il existe un certain décalage entre la protection directe du consommateur du droit national, c'est sous l'égide d'un droit supra national. Le *private enforcement* traduit cette volonté européenne d'étendre le droit

³⁷⁴ Sur cette notion, on peut se référer à G. VINEY, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D. 2009, p. 2944.

³⁷⁵ La théorie concurrence-moyen est déduite de la jurisprudence *Metro Saba* : CJCE, 25 oct.1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, Rec.1977, p. 1875, note A. FRIGANI, CDE, 1978, p. 461-479.

³⁷⁶ Y. SERRA, *Concurrence déloyale, rép. com. dalloz*, 2001, § 16 ; sur cette question, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 223 et suiv.

européen et ses suites au droit national tout en favorisant un recours des plus évident au juge et notamment le juge judiciaire.

135. La protection du consommateur en droit de la concurrence fait écho au droit du consommateur en droit de la consommation avec une procédure commune : l'action collective et l'action de groupe. Elle fait jonction entre ces deux droits, mais cette protection complémentaire s'accompagne aussi du risque d'avoir une difficulté à prospérer. Nécessairement, on observe qu'une certaine convergence entre le *public* et le *private enforcement* s'avère nécessaire.

Paragraphe 2. L'alignement *private* et *public enforcement* pour l'application des pratiques anticoncurrentielles

136. L'alignement entre *public* et *private enforcement* pour l'application des pratiques anticoncurrentielles se heurte aux modalités de mise en œuvre entre un objectif dissuasif et injonctif cherchant tout autant à faire cesser une pratique et condamner un comportement et un objectif compensatoire permettant de réparer le préjudice d'une victime de pratique anticoncurrentielle. Si le *public enforcement* remplit les deux premiers objectifs, le second, le *private enforcement*, poursuivant un objectif compensatoire, pourrait en apparence ne pas remplir les mêmes objectifs. Or, les deux remplissent à terme les mêmes objectifs tout aussi bien dissuasifs qu'injonctifs.

137. Or, en procédant, à la mise en œuvre des deux procédures, encore faut-il accorder les sanctions. La double sanction est un risque éventuel que l'on ne peut éluder. Ce risque est de deux ordres : celui de la disproportion des sanctions pour l'entreprise incriminée et la sur-dissuasion avec un effet négatif pour la mise en œuvre du droit de la concurrence. La tentation est grande pour les entreprises de rendre plus secrètes les ententes les rendant indétectables pour les enquêtes menées par l'action publique. Or, le programme de clémence dépend intégralement de la mise en lumière des ententes. La crainte d'être tout de même sanctionné au nom de la procédure civile découragerait les entreprises à bénéficier du programme de clémence. En accordant les actions publiques et privées, cela suppose de redistribuer les rôles du *public enforcement* et du *private enforcement* (A). Si une avancée a été faite pour décentraliser l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux États membres, un effort doit être porté quant au changement des rôles respectifs des institutions (B).

A. La redistribution des rôles entre *private* et *public enforcement*

138. Si la redistribution des rôles est déjà entamée avec l'extension des compétences des juges nationaux, il en va autrement de la problématique de la défense du consommateur (1) et soulève l'interrogation quant à son ouverture en droit de la concurrence (2).

1. La réception récente de la défense du consommateur

139. L'intérêt de favoriser le *private enforcement* en matière de pratiques anticoncurrentielles est le résultat d'une gestation du législateur³⁷⁷. Aux États-Unis, le droit antitrust américain n'est, souvent à tort, caractérisé qu'au travers de l'action privée alors que le *public enforcement* tient une certaine place en protégeant la société des comportements anticoncurrentiels³⁷⁸. Au niveau fédéral, on retrouve la *Federal Trade Commission* et l'*antitrust Division* de l'*US Department of justice* et au niveau étatique, les *State Attorneys General*. Mettant en œuvre le droit de la concurrence américain, leurs pouvoirs essentiels sont de mener des enquêtes d'envergures en étroite collaboration avec les juridictions. Donc, de même que l'Union européenne, l'intérêt pour le marché est essentiel³⁷⁹. C'est la philosophie de la procédure qui est différente. En effet, dès l'origine, les écoles de pensée américaine ont une vision distinguée de la manière de percevoir le marché. L'école de Chicago³⁸⁰ considère que la politique de concurrence ne doit pas être une contrainte et doit mettre en avant l'efficacité économique en favorisant le bien-être social des acteurs économiques. Le but de la politique antitrust est alors de trouver un juste équilibre entre le bien-être du consommateur et le bien-être du producteur, l'un ne devant pas nuire à l'autre. Même si, la concentration économique n'est pas considérée comme négative au marché. Cette vision n'est pas partagée par l'école de Harvard³⁸¹ laquelle considère qu'il n'y a

³⁷⁷ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *op. cit.*

³⁷⁸ B. BAER, *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, Remarks as Prepared for Delivery to European Competition Forum 2014, Bruxelles, février 2014.

³⁷⁹ E.M. Fox, *Against Goals*, *Fordham Law Review*, 81/5, 2013, p. 2161.

³⁸⁰ H. LEPAGE, *L'école de Chicago et la concurrence*, *RCC*, n° 14, 1981, p. 3-8. L'École de Chicago est un courant de pensée sociologique américain apparu au début du XXe siècle dans le département de sociologie de l'université de Chicago, créé par Albion Small en 1892 dans un département de sociologie dans une université américaine (Albion Woodbury Small, 1854-1926. *The American Journal of Sociology*, 31(6) : 812. Retrieved March 27, 2003 Available : JSTOR).

³⁸¹ R. ARENA, *Structures industrielles et concentration économique : la naissance de l'économie industrielle à Harvard*, in R. ARENA et alii : *Traité d'Economie Industrielle*, Economica, Paris, 1991, p. 55.

non pas un seul objectif, mais une pluralité d'objectif dont la protection du consommateur est un objectif parmi d'autres³⁸². Il est vrai, en Europe, la situation est plus tranchée, l'ordolibéralisme³⁸³ a influencé grandement la vision européenne. Les objectifs de création d'un marché unique et de création d'un cadre normatif favorisant la libre concurrence sont prônés par l'influence allemande. L'objectif de protection du consommateur est apparu assez tard.

140. Il apparaît que de faire de la protection du consommateur un objectif est assez récent en Europe. La fonction de réparation du droit de la concurrence est une nouvelle voie de la politique de concurrence³⁸⁴, la voie du recours collectif étant l'illustration la plus flagrante. Or, c'est le résultat d'une réflexion par l'Union européenne pour le *private enforcement* envers le consommateur au sens de l'article liminaire du Code de la consommation autrement dit « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » ou encore de « *l'article 3, sous a) de la directive 2008/48 définit la notion de « consommateur » : « [...] toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle* »³⁸⁵.

141. **La directive de 2014.** L'avantage de l'approche européenne est de pouvoir imposer sa vision par l'entremise des directives auprès des États membres, même si, finalement, l'objectif de protection du consommateur était déjà affirmé par les traités. Mais il a fallu un dialogue consultatif sur plusieurs années pour aboutir finalement à la Directive de 2014³⁸⁶ transposés en France par l'ordonnance de 2017 afin d'introduire des règles favorables à l'action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles³⁸⁷. La directive a initié un double mouvement en amplifiant la procédure civile et en introduisant l'action de groupe en droit de la concurrence³⁸⁸.

³⁸² N.W. AVERITT ET R.H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, Antitrust L.J., 65, 1997, p. 713.

³⁸³ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, Rec.1976, p. 425, pt 20.

³⁸⁴ K. DIAWARA, *L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience*, Les Cahiers de droit, 2012, vol. 53, p. 257 ; du même auteur, *A social Approach to the Goals of Competition Law in Developing Countries – Comment on Bakoum*, in D. ZIMMER (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, chap. 23, p. 439-450.

³⁸⁵ CJUE, 2 mai 2019, aff. C-694/17.

³⁸⁶ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L 349/1, 5 décembre 2014.

³⁸⁷ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017 texte n° 29.

³⁸⁸ D. MAINGUY, *L'action de groupe en droit français après la Loi Hamon du 17 mars 2014*, Paris, Gazette du Palais, Lextenso Éditions, 2014.

Il est notable qu'il s'agit d'un virage conséquent pour le droit de la concurrence. La jurisprudence a entamé ce processus en concrétisant un nouvel aspect du rôle du consommateur. De simple spectateur des décisions des autorités de concurrence, il devient acteur en bénéficiant d'une protection juridique en droit de la concurrence. En réponse à un souci purement économique de l'autorité répond un caractère social sous l'égide du juge. Une portée sociale du droit de la concurrence qui démontre d'une évolution notable de la politique de concurrence. L'article 163 du TFUE l'a mis d'ailleurs dans ses objectifs principaux puisqu'il a fait l'objet d'un « *TITRE XV PROTECTION DES CONSOMMATEURS* » qui dispose qu'« *afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts* »³⁸⁹. Si au premier abord, le consommateur rentre bien dans les objectifs de la politique de concurrence, c'est plutôt la législation sur la consommation qui est visée et non la pratique du droit de la concurrence. Le problème est que le droit de la concurrence assurait une protection indirecte, en pérennisant le droit spécial des pays membres en matière de droit de la consommation, mais n'agissait pas directement pour le consommateur. Il résulte de la prise en compte du consommateur en droit de la concurrence un rapprochement notable avec le droit antitrust ce qui suppose un renouveau dogmatique de la simple protection du marché pour l'ouverture à la défense du consommateur.

2. L'ouverture à la défense du consommateur

142. Naturellement une telle position connaît encore des résistances du *public enforcement* qui réitère ses objectifs de bon fonctionnement du marché à travers l'intérêt général³⁹⁰, tout en manifestant un intérêt rudimentaire pour le consommateur. En effet l'article 2 C, 1., f), du Traité de Lisbonne de 2007 énonce que « *1. L'Union dispose d'une compétence partagée avec les États membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines*

³⁸⁹ Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - Traité sur l'Union européenne (version consolidée) - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) - Protocoles - Annexes - Déclarations annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 - Tableaux de correspondance Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p. 1-90.

³⁹⁰ Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (COM2017/0142 – C8-0119/2017 – 2017/0063(COD)).

visés aux articles 2 B et 2 E. [...] f) la protection des consommateurs »³⁹¹. Néanmoins, en décentralisant l'application des règles de concurrence au titre des articles 101 et 102 du TFUE, ce n'est pas le consommateur qui est formellement visé, mais surtout le rapprochement du droit européen de la concurrence au plus près des entreprises. Certes, *de visu*, la directive semble prendre une position contraire, puisqu'en théorie elle a vocation à engager une protection effective du consommateur, mais en l'absence de renvoi au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, cette dernière démontre son désintérêt pour le consommateur. Pour preuve, la directive de 2014 elle-même place dans son considérant « *les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relèvent de l'ordre public et il y a lieu de pourvoir à leur application effective dans l'ensemble de l'Union, afin d'éviter que la concurrence ne soit faussée dans le marché intérieur* »³⁹². La directive ne va donc pas à l'encontre des objectifs initiaux de la politique de concurrence.

143. **Convergence des objectifs.** L'évolution du droit européen de la concurrence semble s'accomplir non pas par une substitution d'un objectif par un autre, mais par une séparation des actions entre un *public enforcement* centralisé par la Commission et ses autorités de concurrence et un *private enforcement* décentralisé en faveur des juges judiciaires initiés par le règlement n°1/2003. Cependant, cette avancée reste timide par rapport à la politique antitrust américaine. Si l'article 102 b) du TFUE où une pratique abusive peut « *consister à : [...] limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs* » ne fait que souligner que le préjudice aux consommateurs est un critère d'application des règles anticoncurrentielles dans le cadre de la politique de régulation. On peut toutefois dénoter une scission avec la mise en œuvre d'un droit à réparation par le juge judiciaire. Finalement, la directive ne va pas assez loin. Si l'on pouvait penser à un rapprochement possible du droit européen de la concurrence et du droit antitrust américain. Les dommages et intérêts punitifs ne sont ni évoqués ni remplacés. L'action de groupe est laissée pour l'instant à l'initiative des législations nationales. Finalement, les consommateurs sont-ils finalement les laissés pour compte du droit européen de la concurrence ? La question relève de l'induit. La directive, seul texte ayant une approche sur la vision concurrentielle du consommateur dans son article 1^{er}, énonce tour à tour « toutes personnes », « les entreprises », « les associations d'entreprise »

³⁹¹ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306 du 17.12.2007), entrée en vigueur le 1er décembre 2009.

³⁹² Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *op. cit.*

comme formellement visées ces personnes qui n'inclut pas exclusivement le consommateur au sens du droit de la consommation. Sa portée est donc plus générale. En vérité, en déplaçant le débat vers un autre domaine que l'action publique, l'enjeu principal est une évolution des rôles respectifs.

B. Les changements éventuels des rôles respectifs entre *private* et *public enforcement*

144. Le droit européen s'affirme désormais sur deux terrains ce qui conduit à une redéfinition des rôles (1), même si cela passera peut-être par une indépendance du *private enforcement* par rapport au *public enforcement* (2).

1. La redéfinition des fonctions du public enforcement

145. Le droit européen de la concurrence a vocation à s'appliquer de manière uniforme à l'ensemble des États membres³⁹³. Cependant, l'étendu territorial de l'Union européenne et les spécificités juridiques des États membres a nécessité une certaine adaptation : en passant d'un système centralisé au titre du règlement n°17/62 qui a vite montré ses limites à un système

³⁹³ Indiquons qu'en dehors de ces différentes hypothèses, la Commission dispose de moyens de contraintes supplémentaires pour garantir une application homogène du droit de la concurrence. Elle peut certes rappeler conformément à l'article 16 du règlement 1/2003, que les juridictions nationales doivent s'efforcer de ne pas prendre des décisions contradictoires de celles de la Commission. Elle peut aussi, si la juridiction nationale ne se conforme pas aux dispositions précitées du règlement, utiliser la procédure de recours en manquement en vue de faire constater par la Cour, la non-application du droit européen. On retombe alors dans le classique mécanisme d'encadrement procédural des juges nationaux et son corollaire : les principes d'équivalence et d'effectivité, in C. BLUMANN, L. DUBOUI, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^e éd. Litec, 2019, p. 399-412 ; CJCE, 19 juin.1991, *Francovitch c/ République italienne*, aff.C-6/90, Rec p. I-2357 ; CJCE, 5 mars.1996, *Brasserie du pêcheur SA c/ République Fédérale d'Allemagne*, Rec p. I-1029 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel et van Veen*, aff. C-430/93 et C-431/93, Rec p. I-4705, pt.17 ; CJCE, 9 décembre 2003, *Commission/Italie*, aff. C-129/00, Rec p. I-14637, pt 25 ; CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, Rec p. I 2483, pts 44 à 46. De plus, l'invocation des articles 101 et 102 devant les juridictions nationales est désormais un moyen « d'ordre public » à l'instance. Ce qui signifie que le juge national a l'obligation de les relever d'office, quand bien même le moyen n'aurait pas été soulevé par les parties : CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel*, aff.jtes C-430/93 et C-431/93, Rec. 1995, p. I-04705 ; CJCE, 1^{er} juin.1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, aff.C-126/97, Rec.p. I-03055 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Bernard Crehan et Courage Ltd. e.a*, aff.C-453/99, Rec.2001, p. I-6297 ; CJCE, 13 juillet 2006, *Vicenzo Manfredi*, aff.C-295 à 298/04, Rec.2006, p. I-6619, note M. CHAGNY, RLC, 2006, n°9, p. 86-89 ; note P. IANNUCELLI, *La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par les infractions aux règles de concurrence*, RLC, 2006, n°9, p. 67-72 ; note L. IDOT, Europe, octobre 2006, comm. n°291, p. 24-25. Enfin, depuis l'arrêt *Köbler*, la responsabilité d'un État peut être engagée dans l'hypothèse où la juridiction nationale n'aurait pas fait application de dispositions européennes dont peuvent se prévaloir les particuliers : CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, Rec. 2003, p. I-7091, concl. P. LEGER ; CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, Rec. 2006, p. I-5177. Pour une discussion de l'ensemble de ces points : J-C. FOURGOUX, *Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence ?* RLC, n°4, 2005, p. 123-125 ; P. OLIVIER, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, CDE, 2005, p. 531 ; E. A. RAFFAELLI, *Le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation ? L'application du droit européen de l'antitrust par le juge national*, in Gaz. Pal, n° spécial, La justice économique en Europe, 2008, p. 58-61.

décentralisé initié par le règlement n°1/2003 afin de répartir l'application du droit européen de la concurrence. Néanmoins, pour éviter les divergences d'interprétation, les principes de primauté et d'uniformité³⁹⁴ visent à assurer cohérence et sécurité juridique³⁹⁵. Le *public enforcement* est un système puissant et bien organisé, au point de laisser peu de place à l'action privée des juridictions.

146. **L'objectif de dissuasion.** Si la mise en œuvre des actions privées reste en deçà des actions publiques, c'est en grande partie par le caractère très dissuasif des sanctions des autorités de concurrence. Or, dans un système équilibré entre le *public enforcement* et le *private enforcement*, les sanctions de l'un devront tenir compte de l'autre. Cette possibilité est d'ailleurs prévue par la directive 2014/104/UE au titre de l'article 18. Une autorité de concurrence peut considérer la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante³⁹⁶. Aussi, les autorités de concurrence doivent tenir compte dans la détermination des amendes la possibilité que l'entreprise incriminée soit sanctionnée lors d'un recours en réparation. Or, cela suppose une nouvelle philosophie de la sanction de la Commission et de l'Autorité de la concurrence considérant qu'une sanction au montant élevé est dissuasive lorsque le montant est supérieur aux gains réalisés lors de la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle³⁹⁷. En termes de dommage à l'économie, le droit français démontre une certaine souplesse. La Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *EPSE JOUÉ CLUB* du 28 janvier 2009³⁹⁸ définit « *le dommage à l'économie ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques* ». Plus récemment, dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2016 elle énonce que : « *le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que 'les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le titre VI du livre IV du code de commerce*).

³⁹⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64.65.

³⁹⁵ M.-A. SANSON HERMITTE, *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique. Sécurité juridique*, Revue internationale de droit comparé, Année 1984, 36-4, p. 901-902.

³⁹⁶ Article 18, § 3, directive 2014/104/UE.66.

³⁹⁷ Voir le paragraphe 31 des Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003 (2006/C 210/02) ; Note de la délégation de l'Union européenne pour l'OCDE dans le cadre de la "Table ronde sur la quantification par les tribunaux nationaux et les autorités de la concurrence des dommages causés à l'économie", janvier 2011, (DAF/COMP/WD (2011)12), § 13.

³⁹⁸ CA Paris, 28 janvier 2009, *Epsé Joué Club*, 2008/00255.

*Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction' »³⁹⁹. Si le calcul des amendes peut faire l'objet d'une divergence alors les sanctions de l'autorité et de la juridiction judiciaire n'ont pas la même finalité. En effet, si les sanctions administratives ont une vocation dissuasive alors on ne peut défendre que l'action publique soit justifiée par l'intérêt du consommateur. L'article L. 481-9 du Code de commerce tient compte de la gravité, mais est-ce que l'étendue d'un préjudice caractérise la gravité du comportement ? Il nous semble que l'article 11 de la directive 2014/104/UE est plus relative, en tenant compte de la contribution lorsqu'elle « *n'excède pas le montant du préjudice que cette infraction a causé à ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects* ». Afin d'atteindre un équilibre des sanctions, les modalités de calcul des sanctions pécuniaires pourraient s'appuyer sur la nature de la violation des pratiques anticoncurrentielles. On pourrait se focaliser sur l'étendue géographique de l'infraction ou sur ses effets ou encore tenir du comportement déloyal de l'infraction et démontrer les effets dommageables pour les consommateurs tels que les annonces d'augmentations des prix ou encore un accord tacite organisé sur la variation des prix. En effet, pour ce dernier, les violations caractérisées en matière d'entente, il n'est pas nécessaire de prouver que les parties aient eu l'intention de porter préjudice à la concurrence⁴⁰⁰. Davantage que la cohérence entre l'action publique et l'action privée, c'est donc d'abord la dissuasion qui est recherchée alors que c'est l'effectivité de la sanction qui doit être visée.*

147. **L'effectivité de la réparation.** La justesse de la réparation est indispensable pour bénéficier d'une action privée effective. En effet, il faut que le transfert de richesse soit égal au préjudice réellement subi, voire supérieur à celui-ci, pour inciter les victimes à s'aventurer dans une action complexe. La responsabilité civile extracontractuelle permet de compenser la perte subie par une personne par l'allocation de dommages et intérêts. Cette réparation de la victime est l'exemple parfait de l'effectivité du droit. La compensation doit être vue comme une pratique judiciaire afin de pallier l'absence de poursuite des autorités sur les micro-pratiques anticoncurrentielles⁴⁰¹ ou encore par l'absence de poursuite tout court. Or, la critique classique

³⁹⁹ C. Com. 22 novembre 2016, n°14-28224 et 14-28862.

⁴⁰⁰ E. DIENY, *Ententes - Principe d'incompatibilité, Article 101§ 1 & 2 du TFUE*, Jurisclasseur Concurrence Consommation, Fascicule 545, 2010.

⁴⁰¹ En Europe, les micro-pratiques anticoncurrentielles sont celles qui sont en dessous du seuil de sensibilité déclenchant les poursuites publiques. Il s'agit d'une notion française renvoyant au principe de minimis. C'est-à-dire que ces pratiques sont trop peu importantes pour affecter le marché national ou européen. Pourtant, nous défendons l'idée que l'impact sur le tissu économique local est réel. Ainsi, les entreprises victimes et les consommateurs doivent pouvoir agir même à l'échelle d'une région contre ces pratiques. Nous y voyons là une

du rôle de l'action civile est de dire qu'il s'agit d'une privatisation de l'action publique⁴⁰². Le droit français illustre d'ailleurs ce caractère secondaire de l'action privée puisqu'il ne prévoit pas de recours spécial dans le Code de commerce. Est seulement prévu, au titre de l'article L. 420-3 du Code de commerce, la nullité de l'acte fondant une entente ou un abus de position dominante. Or, en droit civil, la nullité d'un acte contraire à la loi peut conduire à l'octroi de dommages et intérêts. L'article 1178 al. 4 du Code civil souligne cette possibilité, car « *indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ». La partie lésée qui obtient la nullité de l'acte peut obtenir, si elle justifie d'un préjudice, des dommages et intérêts, et ce en s'appuyant sur la responsabilité du contractant. D'ailleurs, un arrêt du 9 juillet 2004, de la Chambre mixte de la Cour de cassation a pu préciser que « *la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé* »⁴⁰³. Évident en droit civil, en revanche il est ignoré de l'article L. 420-3 du Code de commerce, surtout que le texte permet de l'invoquer par un concurrent pour la nullité d'un accord anticoncurrentiel⁴⁰⁴. On peut donc penser que dans l'expectative de l'ouverture à l'action privée, cette possibilité serait souhaitable. Dès lors, l'action civile peut être vue comme un objet complémentaire de l'action publique⁴⁰⁵, afin que la victime obtienne réparation⁴⁰⁶.

148. Quant à l'aspect dissuasif, il est vrai que la dépénalisation du droit de la concurrence est de mise en France⁴⁰⁷. Si l'Union européenne ne se prononce pas sur cette question, l'Irlande l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark... ne s'opposent pas à cette possibilité⁴⁰⁸. Le rapport Coulon du 20 février 2008 recommande la mise à l'écart de l'article L. 420-6 du Code de

manière de démocratiser le droit de la concurrence et d'en faire un champ d'application privilégié de l'action privée.

⁴⁰² J. SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010, p. 341, § 593.

⁴⁰³ C. Cass. Ch. Mixte, 9 juillet 2004, n°02-16302, publié au bulletin.

⁴⁰⁴ V. C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat*, dans *Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

⁴⁰⁵ « *Lorsque la partie lésée déclenche elle-même l'action publique, elle joue un rôle de petit procureur* », V. V. VALETTE-ERCOLE, *Procédure pénale*, Paris : Ellipses, coll. Tout le droit, 2005, p. 84.

⁴⁰⁶ Bertrand PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Préf. J.-H. ROBERT, Thèse, Paris, LGDJ, 2007, p. 37 et 38, § 71

⁴⁰⁷ Rénovation du droit pénal des affaires : les trente propositions du rapport Coulon, La Semaine Juridique Edition Générale - 27 février 2008 - n° 9-10.

⁴⁰⁸ B. CHEYNEL, *Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2010, n°22, p. 146-151. V. également C. HARDING, J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, 2nd edition, Oxford University Press, UK, 2010, p. 409; *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, edited by Caron BEATON WELLS and Ariel EZRACHI, Hart Publishing, UK, 2011, p. 455.

commerce permettant au juge français de droit pénal de prononcer une peine de prison pour les personnes physiques ou morales coupables d'une infraction au droit de la concurrence. Cependant, ce n'est qu'une recommandation. L'article L. 420-6 du Code de commerce n'a pas été abrogé. Rien n'empêche de retenir la sanction pénale comme effet dissuasif, même si cela implique d'accommoder les règles de responsabilité pénale d'un bénéficiaire de clémence. Or, le droit pénal n'est-il pas un élément de souveraineté des États membres⁴⁰⁹ ? À l'exception du Royaume-Uni, l'immunité des sanctions pénales n'est pas évoquée par les États membres⁴¹⁰. À titre d'illustration, les États-Unis ont sanctionné Alfred TAUBMAN, président de SOTHEBY'S à une peine d'emprisonnement d'un an ainsi qu'une amende personnelle de 7,5 millions de dollars⁴¹¹. Si aujourd'hui, est à la charge du juge national de quantifier le dommage, la directive permet aux juridictions de demander aux autorités de concurrence, de quantifier ce préjudice. Or, c'est un moyen d'affilier l'action du juge avec l'autorité. La solution aux relations entre *public* et *private enforcement* ne se retrouve certainement pas dans un assujettissement du second au premier, au risque sinon de faire sortir le contentieux de l'organe judiciaire pour le replacer au sein d'une autorité qui, rappelons-le, est administrative.

149. Selon l'article L.623-1 du Code de la consommation, seul un organisme représentatif des consommateurs peut agir en justice pour obtenir la réparation d'un préjudice subi par les consommateurs notamment pour des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles. Dans les grandes lignes, c'est la caractéristique la plus significative de la « *class action* » américaine. Souvent, on a mis en cause ce modèle d'*opt-out* puisqu'il permet d'intenter une action du consommateur sans que ces derniers aient connaissance de cette action. En considérant les bienfaits de l'action *opt-in* où les parties au litige ont connaissance de l'action et y consentent. Par comparaison, lorsqu'une autorité de concurrence s'autosaisi d'une affaire en droit de la concurrence en menant une enquête par l'entremise de la DGCCRF dont les

⁴⁰⁹ « La DG Concurrence indique que, bien qu'elle intervienne dans le domaine des ententes, elle ne peut s'appuyer sur aucune disposition du droit communautaire pour mettre en jeu la responsabilité des personnes physiques ayant participé à une entente. On peut trouver deux explications à cet état de fait : en premier lieu, les divergences existantes entre les législations respectives des États membres et leurs stratégies en matière de sanctions à l'encontre des personnes physiques ; en second lieu, le fait qu'il n'existe pour le moment dans le Traité aucune disposition visant à protéger, par un dispositif juridique adapté, les personnes physiques dans des affaires pénales, et qu'il ne soit pas prévu d'en adopter dans un avenir prévisible. Cette situation ne peut changer que si les États membres parviennent à se mettre d'accord pour faire évoluer le droit communautaire », OECD, Cartels : Sanctions Against Individuals, 10 janvier 2005, DAF/COMP (2004) 39, p. 119.

⁴¹⁰ En théorie, l'Autorité de la concurrence a la faculté de saisir le procureur de la République concernant une entente anticoncurrentielle au titre de l'article L. 420-6 du code de commerce.

⁴¹¹ Manhattan Federal District Court, USA v. Alfred Taubman, 22 avril 2002 et USA v. Diana D. Brooks, 29 avril 2002.

investigations conduisent à une décision de sanction de l'ADLC, les consommateurs ont-ils attrait à la sanction de cette pratique ? L'argument nous paraît fallacieux, à cela une raison : la limitation de la représentation par une association de consommateur ne favorise pas la plainte de la victime. Une victime d'un préjudice individuel se tourne vers l'avocat pour déposer une plainte et ce d'autant que l'article L.623-1 du Code de la consommation souligne le caractère « individuel » du préjudice alors que le but de l'association est de maximiser le nombre de plaignants avant toutes procédures. Cette solution n'est en tout état de cause pas exempte de critiques.

150. Dans le même sens, si l'on souhaite favoriser le *private enforcement*, l'hypothèse des actions en *stand-alone* doit être abordée. L'ordonnance et le décret de du 9 mars 2017 favorise l'action de groupe pour infraction aux règles des pratiques anticoncurrentielles au titre de l'article L. 481-2 du Code de commerce dans le cas où une autorité de concurrence a rendu une décision définitive constatant l'infraction. De fait limitant, les possibilités d'action de groupe, la durée de la procédure pourraient conduire le juge à anticiper certaines solutions légales avec le risque de devoir surseoir à statuer, avec la menace évidente de devoir abandonner les poursuites en cas de décision positive pour l'auteur de la pratique anticoncurrentielle. Si l'on souhaite favoriser une action en *stand alone*, le demandeur pourrait demander au juge d'enjoindre le défendeur de fournir certaines pièces à l'affaire. En effet, selon l'article 132 du Code de procédure civile, le juge peut enjoindre à une partie ou à un tiers de produire une pièce réclamée par une partie qui ne la détient pas. Si l'on souhaite parfaire la position des actions en droit de la concurrence, il apparaît indispensable de prévoir des mécanismes juridiques favorisant l'indépendance de l'un par rapport à l'autre.

2. L'indépendance du private enforcement par rapport au public enforcement

151. Enfin, pour assurer l'indépendance du *private enforcement* par rapport au *public enforcement*, il ne faut pas oublier que les modes d'intervention ne répondent pas des mêmes principes. En effet, on doit au doyen CARBONNIER une double finalité à l'action poursuivie, il opère d'ailleurs une distinction devenue traditionnelle entre ordre public de direction et ordre public de protection⁴¹². La première finalité « *se propose de concourir à une certaine direction*

⁴¹² J. CARBONNIER, *Les obligations*, Paris, PUF Thémis, 2000, n° 77.

de l'économie nationale, en éliminant tout ce qui pourrait contrarier cette direction »⁴¹³. La seconde finalité « n'a d'autres buts que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible ». Or, la Cour de justice considère que les autorités de concurrence comme les juridictions nationales doivent assurer l'application effective des règles de concurrence dans l'intérêt général⁴¹⁴. Or, le lien formé par l'intérêt général entre les deux instances risque de créer un lien hiérarchique, les juges étant subordonnés des autorités de concurrence en matière de recours privé. Si le *private enforcement* vise à renforcer le rôle du juge, comment le juge peut-il être indépendant si son action dépend des autorités ?

152. La voie médiane envisagée par le droit français reste l'action après décision d'une autorité. Néanmoins, des possibilités sont offertes aux victimes pour faciliter l'acquisition de preuves, pour pallier la limite du secret professionnel souvent invoquée par les entreprises. L'action de groupe en est d'autant plus facilitée notamment pour les consommateurs. À travers cette procédure, le rôle du juge du droit de la concurrence en sera renforcé.

153. Au terme de cette section consacrée à l'action privée en droit de la concurrence expressément et principalement prévu par la Directive de 2014 et renforcée par sa transposition par l'ordonnance de 2017, en France, un constat s'impose quant à l'action privée. Les juges n'ont pas bénéficié de cette avancée et restent de nature à favoriser l'action publique sous l'égide des autorités de concurrence. Il est regrettable que l'impact de l'évolution du droit de la concurrence ne bénéficie pas suffisamment à la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

154. En effet, le souci du droit de la concurrence dans l'Union européenne résulte essentiellement avant tout de la volonté de protéger le marché, le droit de la concurrence pêche peut-être par une certaine frilosité, même si cela semble contestable s'agissant du sort des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En tout état de cause, l'impact de l'action privée apparaît encore limité. Les pratiques anticoncurrentielles relèvent souvent encore du simple intérêt général qui suppose de protéger le marché avant tout. Cependant, les récentes évolutions donnant un espoir pour le développement des actions devant le juge, ce qui induit une

⁴¹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, 2017, T.II, n°115, p. 388. Même si la distinction opérée entre ordre public de protection et ordre public de direction est contestée. Or, dans le cadre du droit de la concurrence, on a fait valoir qu'il existe souvent « une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique : c'est une affaire de degrés » ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des obligations*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2022, n°528, p. 282.

⁴¹⁴ Arrêt *Pfleiderer*, précité, pt 19.

conciliation entre l'action publique et l'action privée. La compatibilité de ces deux ensembles juridiques passe par un alignement de la procédure des sanctions. Le professeur Louis VOGEL n'hésite pas à considérer « *d'emblée, on constate que les deux systèmes considérés souffrent d'un certain tropisme. Là où l'action publique est importante, la réparation privée est rare. Là où les dommages et intérêts sont punitifs, la réparation par les autorités publiques ne joue qu'un rôle accessoire* »⁴¹⁵.

155. Les récentes évolutions peuvent aller dans le sens d'une conciliation des rôles tout du moins au niveau de la sanction, l'action publique tenant compte de l'action privée en toute cohérence. Les avancés dans le sens d'une meilleure appréhension de la réparation pouvant venir de la focalisation des autorités de concurrence sur la dissuasion. Le raisonnement pourrait s'inspirer du modèle américain en ce qui concerne la philosophie du droit, c'est-à-dire de pratiques illicites contrôlées par les autorités dans un objectif économique et un contrôle des juridictions judiciaires dans un objectif social.

Section 2. La réalisation du droit privé des pratiques anticoncurrentielles par l'action du juge judiciaire

156. La protection de l'intérêt des personnes privées en droit des pratiques anticoncurrentielles dépend des juges nationaux et présente une certaine originalité vis-à-vis des personnes protégées qui peuvent être soit des entreprises soit des consommateurs⁴¹⁶. Or, l'organisation de l'ordre concurrentiel amène une interrogation quant aux possibilités dont disposent les titulaires de l'action. Si le but du droit de la concurrence demeure la protection du marché concurrentiel, qui doit à ce titre protéger les intérêts des personnes privées en droit des pratiques anticoncurrentielles (§ 1), les juges sont limités dans leurs modes d'intervention pour mettre en œuvre cette protection (§ 2).

⁴¹⁵ L. VOGEL, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, in *Ateliers de la concurrence tenus le 27 octobre 1999*, conc. Et cons., 2000, n°115, p. 9.

⁴¹⁶ C. HUGON, *Le consommateur de justice*, in *Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Paris, Dalloz, 2004, p. 517 et s. En effet, « *concernant les personnes morales, le juge leur étendra la définition du consommateur au cas par cas, en considération de leur faiblesse économique et de leur vulnérabilité économique* ».

Paragraphe 1. La protection relative de l'intérêt des victimes privées en droit des pratiques anticoncurrentielles

157. Indéniablement, en tant que protecteur des intérêts des personnes privées, le juge dispose du monopole pour octroyer des dommages et intérêts aux victimes des infractions (A). Il convient de préciser que même si ce rôle lui est dévolu, il est fortement limité par les règles concurrentielles (B).

A. Le monopole des juges en matière de dommages et intérêts pour les victimes privées

158. La doctrine affirme nettement la faiblesse de l'action privée en droit de la concurrence (1), ce qui questionne sur l'éventualité de favoriser un accès effectif au juge national pour mettre en œuvre l'action privée (2).

1. La faiblesse de l'action privée en droit de la concurrence

159. Affirmer que le droit de la concurrence a un objectif de régulation, c'est admettre qu'il est difficile d'ouvrir une procédure pour une action en réparation des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, les aménagements en matières procédurales mettant en avant le juge rappellent que cette procédure est largement usitée avec l'action privée aux États-Unis (a), là où elle apparaît des plus embryonnaires en France (b).

a. L'action privée aux États-Unis

160. **Procédure pour les personnes privées en droit anglo-saxon.** Sur le terrain de l'action pour les personnes privées en infraction des pratiques anticoncurrentielles, aux États-Unis, le principe est relativement clair. La forme de cette action renvoie à l'accès à la justice par la « *class action* ». Propre au mode de justice anglo-saxon, la différence est la promesse pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles d'une contrepartie financière pour donner suite à une action en justice. À terme incitatif, cette action permet une réparation effective plus efficace tant le préjudice est mineur à l'échelle d'un consommateur. Elle permet donc une représentation groupée des victimes des pratiques anticoncurrentielles sans mandat. Cette procédure civile regroupe les demandes d'un faible montant pour mutualiser les coûts de l'action. L'avantage est un coût moindre de l'action par rapport au préjudice subi. Cette action est d'autant plus

facilité que la procédure du *discovery* permet d'accéder à l'intégralité des pièces du dossier frappé du secret. Naturellement, une telle position, favorable à l'action privée, explique son succès outre-Atlantique. Cela a laissé sous-entendre que le droit antitrust à une composante privée. Par pure analogie, on peut comparer avec la position française.

b. L'action privée en France

161. L'action des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles en droit français.

Les victimes peuvent agir sur le fondement de la responsabilité civile, mais encore faut-il prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité. La principale difficulté est que la faute implique une analyse économique pour attester de l'effet anticoncurrentiel du comportement fautif. Or, il est difficile de s'appuyer sur ce raisonnement lorsque le dommage concurrentiel est naturel en droit de la concurrence⁴¹⁷. Et, c'est d'autant plus difficile lorsque l'essentiel des pratiques anticoncurrentielles fait l'objet du contrôle des autorités de concurrence. Il ressort de cette analyse, la directive du 26 novembre 2014 qui fait suite à la proposition de directive du 11 juin 2013⁴¹⁸ sur le « paquet *Private enforcement* »⁴¹⁹ renforcé par l'ordonnance et le décret du 9 mars 2017, en France.

162. Cependant, cette initiative n'a pas été assez loin, notamment pour l'action de groupe. L'Assemblée nationale avait remis en cause ce type d'action alors que l'ADLC est favorable pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles⁴²⁰ d'autant plus que la France a adopté un modèle d'action de groupe⁴²¹ qui a depuis fait l'objet de la loi Hamon avec le projet de loi sur la consommation⁴²². Ce dernier permet aux justiciables de disposer d'une action indemnitaire

⁴¹⁷ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses universitaires de Perpignan, 7 avril 2014, p. 15.

⁴¹⁸ COMMISSION UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, Strasbourg, 11 juin 2013, COM (2013) 404 final.

⁴¹⁹ P. CARDONNEL, *Actions en dommages et intérêts : La Commission européenne adopte un paquet de mesures sur les actions en dommages et intérêts*, 11 juin 2013, *Revue Concurrences* N° 3-2013, Art. n° 53828, p. 139.

⁴²⁰ Conseil de la concurrence (2006), *Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 23 p.

⁴²¹ FRANCE, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, *Avis relatif au Vocabulaire de droit*, JO 13 mai 2006, p. 7072. La Commission remplace le terme « *class action* » par « action de groupe ». C'est finalement le terme qui a été retenu dans le projet de loi sur l'action de groupe, v. le chapitre III, du Titre II dans le Livre IV du code de la consommation intitulé « action de groupe ». Pour des commentaires sur l'introduction de l'action de groupe, v. N. HOMOBONO, *L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France*, *Concurrences* n° 3-2013, p. 54 ; C. PRIÉTO, *Atermoiements récurrents sur l'action de groupe*, *Concurrences* n° 3-2013, p. 5.

⁴²² FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire*, n° 201 (2010-2011) - 22 décembre 2010. Plus

par la voie collective. Si la fixation des règles en matière d'actions privées pour les infractions en droit de la concurrence semble rendre la procédure plus accessible, il apparaît pourtant un souci d'effectivité, susceptible de limiter la mise en œuvre de l'action privée.

2. L'accès effectif au juge national pour mettre en œuvre l'action privée

163. Un accès effectif des victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'action de groupe implique un accès effectif au juge. Le professeur Yann LEROY a montré son importance dans « *La notion d'effectivité du droit* ». L'effectivité ne doit pas être confondue avec efficacité ou efficience. En effet, si l'efficacité permet « *d'évaluer les résultats et les effets sociaux* »⁴²³, alors que l'effectivité « *mesure les écarts entre le droit et son application* »⁴²⁴. Or, peut-on parler d'effectivité de l'action des victimes privées d'une pratique anticoncurrentielle ? Comment alors peut-on comprendre cette notion d'effectivité ? Si l' « *on a tendance à oublier que l'accès à la justice comporte deux segments : l'un est l'accès, l'autre est la justice* »⁴²⁵. L'accès à la justice peut être entendu comme l'accès aux tribunaux⁴²⁶. Même si, cette dernière assertion n'est pas explicitement visée par l'article 6§1 de la CEDH quant au droit au procès équitable⁴²⁷. Ce recours a cependant fait l'objet d'une précision de la Cour de justice, lorsqu'elle énonce que les États membres ne doivent pas rendre pratiquement impossible l'accès aux juridictions nationales dans leur rôle de sauvegarde de l'exercice du droit européen⁴²⁸, repris par l'article 47§1

récemment, un autre projet de loi tentait d'introduire l'action de groupe en droit français, v. FRANCE, PARLEMENT, Proposition de loi visant à instaurer le recours collectif de consommateurs, n° 110 (2011-2012) - 24 juillet 2012.

⁴²³ Y. LEROY, *La notion d'effectivité du droit*, Droit et société 2011/3 (n°79), p. 715-732.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ M. DESCHAMPS, *L'accès à la justice, l'affaire de chacun*, (2009) 50 C. de D. 247-258§ 2. L'auteur explique que l'accès est mesurable mais que la notion de justice pose plus de question sur ce qu'elle recouvre.

⁴²⁶ L'idée n'est pas nouvelle, v. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, (traduction de Richard BODÉÛS), Paris, GF Flammarion, 2004, p. 244 : « (...) aller devant le juge, c'est se rendre à ce qui juste, puisque le juge se veut en quelque sorte la justice animée ».

⁴²⁷ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, (2001/1) 96 Pouvoirs 123-141, p. 125.

⁴²⁸ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. C-33/76 et C-45/76, Rec. p. 1989 et 2043 ; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. C-611/79, Rec., p. 1205 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. C-199/82, Rec. p. 3595 ; CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, aff. C-88-99, Rec., p. I-10465.

de la Charte des droits fondamentaux de l'UE⁴²⁹, et à l'article 6§1 de la CEDH⁴³⁰. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en sa faveur lorsqu'elle a validé l'action de groupe en se fondant sur l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, qui pose le droit à un recours juridictionnel effectif⁴³¹.

164. Néanmoins, la commission en souhaitant favoriser les actions privées se heurte à la philosophie originelle qui est la protection du marché et non la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Or, la société vise au bien-être dans la société⁴³² dont le juge en est le garant. Autant dire que la procédure de réparation de la victime est l'exemple parfait de l'effectivité du droit. En effet, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle afin de compenser la perte subie de la victime par l'allocation de dommages et intérêts est une compensation qui répond à l'absence de poursuites par les autorités⁴³³. Cependant, cette procédure est souvent considérée comme une privatisation de l'action publique⁴³⁴, alors même que cette action civile peut être vue comme un complément de l'action publique où la victime obtient réparation de son préjudice⁴³⁵. Si les victimes peuvent s'adresser aux autorités de concurrence pour mettre fin à une pratique anticoncurrentielle, le juge est légitime pour l'action en réparation du préjudice des victimes privées des pratiques anticoncurrentielles, il faut « *favoriser l'action civile des entreprises victimes devant les tribunaux de droit commun, c'est*

⁴²⁹ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne /* COM/2013/0404 final - 2013/0185 (COD), p. 13 et considérant n° 4 : « *Le droit à réparation garanti par le droit de l'Union pour les préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 47, premier alinéa, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne* ».

⁴³⁰ Selon les conclusions de l'avocat général M. JÁN MAZÁK, dans l'affaire CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, JOUE 2011 I-05161, § 3.

⁴³¹ Voir la décision du Conseil constitutionnel no 96-373 DC du 9 avril 1996, maintes fois confirmée par la suite, qui énonce que « *la loi ne saurait porter d'atteintes substantielles au droit des intéressés d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, p. 503.

⁴³² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 2009, p. 517.

⁴³³ En Europe, les micro-pratiques anticoncurrentielles sont celles qui sont en dessous du seuil de sensibilité déclenchant les poursuites publiques. Il s'agit d'une notion française renvoyant au principe de minimis. C'est-à-dire que ces pratiques sont trop peu importantes pour affecter le marché national ou européen. Pourtant, nous défendons l'idée que l'impact sur le tissu économique local est réel. Ainsi, les entreprises victimes et les consommateurs doivent pouvoir agir même à l'échelle d'une région contre ces pratiques. Nous y voyons là une manière de démocratiser le droit de la concurrence et d'en faire un champ d'application privilégié de l'action privée.

⁴³⁴ J. SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010, p. 341, § 593.

⁴³⁵ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Préf. J.-H. ROBERT, Thèse, Paris, LGDJ, 2007, p. 37 et 38, § 71.

accepter qu'elles deviennent un instrument essentiel de la mise en vigueur du droit des pratiques anticoncurrentielles à la place des autorités de concurrence »⁴³⁶, et donc de revenir sur « *le dogme de l'interventionnisme libéral retenu actuellement en France comme le modèle de régulation du marché* »⁴³⁷. Finalement, peut-on dire si l'entreprise victime lorsqu'elle peut saisir l'ADLC ou la Commission, qu'elle a un accès effectif au juge ?⁴³⁸

165. Or, l'extension du champ d'application du droit de l'Union pour les actions privées afin de réparer un préjudice concurrentiel relève, en France, de la compétence des juges nationaux en matière civile et commerciale. Néanmoins, cette action s'appuie notamment sur la violation des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce pour fonder le recours en responsabilité à travers les articles 1240 et suivant du Code civil. L'extension de l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux juridictions nationales est vue comme un moyen de pallier l'absence ou à la sous-utilisation par les victimes privées de l'action en matière de pratiques anticoncurrentielles. Cette action privée s'appuie sur une faute délictuelle, ce qui conduit à considérer l'acte contraire aux abus de position dominante et au droit des ententes sous couvert de la mise en œuvre de la procédure civile. Cette dernière est en conflit avec la philosophie du droit des pratiques anticoncurrentielles avec pour objectif de protection du marché pour une démarche de protection du consommateur et des entreprises⁴³⁹. Pourtant, son application est en droite ligne de l'énoncé de l'article 169 du TFUE lorsque « *la Commission contribue à la protection (...) des intérêts économiques des consommateurs (...)* ». Déjà, le règlement n° 1/2003 avait entamé un mouvement de décentralisation de l'action des pratiques anticoncurrentielles sans pour autant stimuler les actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles. À cet effet, la réforme du droit des pratiques anticoncurrentielles promulguée par la directive de 2014 suivis en France de l'ordonnance de 2017 vise à améliorer l'effectivité de l'action des personnes privées. En effet, cette ordonnance se concentre sur les modalités d'application de l'action par les victimes afin de faciliter la recherche de preuve. Il résulte tout de même un schisme avec la procédure de clémence des acteurs en violation des règles des pratiques anticoncurrentielles. Or, la preuve de l'existence d'un fait dommageable passe par la divulgation des auteurs afin

⁴³⁶ D. BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence, Étude comparative des procédures communautaires et françaises*, Préf. L. IDOT, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 47, note 228, § 13.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Sur le sujet du droit de la concurrence et des droits fondamentaux, v. « *Droits et liberté fondamentaux face au droit de la concurrence* », Rev. Conc. Consomm. 1995/86, p. 47. V. en particulier sur les droits de la défense, O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Préf. C. GAVALDA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

⁴³⁹ J. RIFFAULT-SILK, *Le Livre blanc et les actions en réparation*, RLC n°23/2010, p. 122-127.

d'agir par voie judiciaire. La condition *sine qua non* de l'action par les victimes privées en matière de pratiques anticoncurrentielles implique l'absence de remise en cause du programme de clémence propre aux autorités tout en favorisant la divulgation des preuves. Cependant, cet assouplissement progressif de la procédure privée en matière de pratiques anticoncurrentielles pourrait conduire à une nouvelle vision du droit de la concurrence qui suppose de mettre en avant le pouvoir d'appréciation du juge en matière de dommages et intérêts pour les victimes privées.

B. L'appréciation du juge en matière de dommages et intérêts pour les victimes privées

166. La réparation des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles n'a suscité véritablement l'intérêt des législateurs de l'Union européenne que très récemment depuis la directive du 26 novembre 2014⁴⁴⁰. C'est dès lors au juge qu'il est revenu d'intervenir dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles, au regard du droit commun. Aussi, la France s'est alignée en ouvrant la procédure de l'action privée. Auparavant déjà engagée dans cette voie, avec les prémices du recours collectif (1), cette action privée est consacrée en adaptant le recours collectif à l'action privée (2).

1. Les prémices du recours collectif

167. **La représentation conjointe des consommateurs.** Si la France refuse le principe des dommages et intérêts punitifs⁴⁴¹, elle a pourtant auparavant mis en œuvre une procédure en « *action en représentation conjointe* » des consommateurs. Par l'entremise du mandat donné à une association. Une association est mandatée par au moins deux consommateurs pour porter

⁴⁴⁰ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1-19.

⁴⁴¹ G. VINEY, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D. 2009, p. 2944. Même si des avancées ont été faites dans ce sens, V. Cass. Com. 1^{er} décembre 2010, R., p. 471 ; D. 2011. Actu 423, obs. I. GALLMEISTER; note F.-X. LICARI; p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE; Rev. crit. DIP 2011. 93, note H. GAUDEMET-TALLON; RTD civ. 2011. 122, obs. B. FAGES; JCP 2011. 140, note JUVÉNAL; 435, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK; ibid. 666, n°28, obs. E. JEULAND; Gaz. Pal. 2011, n°82 et 83, note F. de BERARD et V. WESTER-OUISSE, RCA 2011, rendu à propos d'une décision d'exequatur d'une mesure de dommages-intérêts punitifs : « *si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* ».

leurs actions devant les tribunaux en réparation de leur préjudice. À titre d'exemple, en 2005, le Conseil de la concurrence anciennement l'Autorité de la concurrence avait considéré la situation oligopolistique des opérateurs téléphoniques réduisant la concurrence sur le marché⁴⁴². L'association de consommateurs « UFC Que choisir » a tenté de proposer une action en représentation des consommateurs lésés en informant les consommateurs au moyen d'un site Internet. La Cour de cassation a rejeté leur action, considérant que le site servait à démarcher les consommateurs⁴⁴³ auparavant rejetés par la Cour d'appel de Paris⁴⁴⁴. On peut donc avancer que ces éléments ont suscité l'opportunité de mener ce type d'action.

168. L'opportunité de cette action. La différence formelle de l'action privée concurrentielle est qu'elle implique une pratique anticoncurrentielle source du préjudice, une action en réparation de ce préjudice et enfin la protection d'un droit personnel, alors que l'action civile est une action de la victime devant un juge répressif pour réparer un préjudice. Cette action suppose donc une pratique anticoncurrentielle qui peut être introduite par un concurrent afin d'obtenir la cessation, la nullité, la réparation ou la possibilité d'une transaction individuelle. Pour la victime, il reste à prouver non seulement l'existence de ce préjudice, mais aussi à l'évaluer⁴⁴⁵. Or, le Code de commerce ne prévoit pas de recours spécial, il est seulement limité à l'article L. 420-3 du Code de commerce⁴⁴⁶ qui évoque l'action en nullité fondant une entente ou un abus de position dominante. Par conséquent, il s'applique pour annuler un acte, mais n'intègre pas la réparation par des dommages et intérêts. On pourrait alors prévoir à travers cet article d'étendre la nullité de l'accord anticoncurrentiel à tout intéressé⁴⁴⁷ puisqu'il est invocable par un requérant qui a intérêt à le faire⁴⁴⁸. Certes, le texte n'en fait pas état, mais il est toujours possible de l'invoquer. Il faut relativiser la singularité de cette action qui met en

⁴⁴² Cons. Conc., déc. n° 05-D-65, 30 novembre 2005, *relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile* : BOCC 29 avril 2006.

⁴⁴³ Cass. Civ. 1ère, 26 mai 2011, n° 10-15.676 : Bull. I, n° 531, D. 2011.1548, obs. X. DELPECH ; note N. DUPONT, *L'action en représentation conjointe des associations de consommateurs ou l'action malaimée des juges*, D. 2011, p. 1884 ; note B. BOULOC, RTD com. 2011, p. 627.

⁴⁴⁴ L. 422-1, al. 2 c. Conso. : « *Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur* »

⁴⁴⁵ D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, RTD Com. 1998.778 : « *On sait qu'en matière de concurrence déloyale la tendance de la jurisprudence est de déduire le dommage de l'existence de la faute. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, l'objectif principal du juge étant alors de réparer le préjudice et non de sanctionner l'auteur de la pratique anticoncurrentielle* ».

⁴⁴⁶ C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLÉANI, *L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat*, dans *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

⁴⁴⁷ L'art. 50, al. 3, de l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 prévoyait déjà cette nullité.

⁴⁴⁸ Cass. Com, 24 octobre 2000, n°98-14.382: JurisData n°2000-006362; Bull. civ. IV, n°163.

avant essentiellement une action individuelle. Ainsi présentée, l'action privée portant sur un régime commun trouve un nouveau ressort avec l'action de groupe.

169. **L'espoir apporté par l'action de groupe.** La proximité de cette action avec la représentation conjointe devrait conduire à supprimer cette dernière. Elle gomme la principale difficulté de l'ancienne procédure, la possibilité d'être représentée sans mandat. C'est donc une voie possible d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles par le recours collectif. Cette procédure favorise les consommateurs en incluant l'entreprise. D'où l'intérêt de s'éloigner du Code de la consommation, puisqu'en droit de la concurrence, les mandants sont de deux ordres : soit les personnes physiques se procurant un bien ou un service dans le cadre d'une activité non professionnelle, ou des entreprises, autrement dit des personnes morales ou physiques se procurant un bien ou un service pour se livrer à une activité professionnelle⁴⁴⁹. Même si le droit français désigne surtout les groupes⁴⁵⁰. Dès lors que l'association peut représenter une victime directe⁴⁵¹, elle a qualité à agir pour mener une action de groupe⁴⁵². Cependant, il est à noter que le droit français favorise essentiellement la représentation associative pour une action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles⁴⁵³. Si cette pratique tend à se développer, il s'agit d'un processus singulier favorisant la compétence des juges en droit des pratiques anticoncurrentielles.

170. **La mise à mal du monopole des autorités en matière de pratiques anticoncurrentielles.** Le constat est que le monopole des autorités de concurrence en application du droit des pratiques anticoncurrentielles est de plus en plus étroit. Deux possibilités s'offrent pour étendre la procédure des victimes privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. La première est d'ouvrir la procédure en matière de contentieux privé aux

⁴⁴⁹ « Article 3, b) « consommateur » : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnel, c) « professionnel » : toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive agit dans le cadre de son activité professionnel, qu'elle soit publique ou privé. » : JO des Communautés européennes, éd. Langue française, 21 avril 1993, Législation, II, n°95, p. 29 et s.

⁴⁵⁰ Art. L. 623-1 du Code de la consommation.

⁴⁵¹ S. AMRANI MEKKI, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, in *Liber amicorum*, Études Geneviève VINEY, Paris, LGDJ, 2008, § 22 et 28.

⁴⁵² *Ibid.*, § 30.

⁴⁵³ V. l'art. L. 423-1 c. conso. : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire et ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles (...) ».

autorités de concurrence⁴⁵⁴. Non seulement, la victime pourra bénéficier de la connaissance technique de l'autorité, mais également éviter la relativité procédurale entre les juridictions⁴⁵⁵, on éviterait le *forum shopping*. Il est à noter qu'à l'impossibilité qui est souvent avancée, on peut rétorquer que l'article 15 III de la Loi n°77-806 du 19 juillet 1977⁴⁵⁶ relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante avait admis en son temps l'action civile des associations de consommateurs supprimés par l'ordonnance de 1986. La seconde est d'ouvrir la procédure à l'ensemble des juridictions de droit commun en prenant modèle sur les juridictions administratives afin de trancher les litiges, cela renforcerait le rôle d'*amicus curiae* des autorités dans le cadre du procès. D'ailleurs, en droit français, une action pénale⁴⁵⁷ concilie l'intérêt général avec l'intérêt individuel de la victime privée. Pour rappel, la Cour de cassation a reconnu l'action civile de la victime dès lors qu'est établie une infraction pénale⁴⁵⁸. En cela, la victime est acteur au même titre que l'autorité de poursuite. Se pose alors inévitablement la question de l'éventuelle adaptation du recours collectif.

2. L'adaptation du recours collectif à l'action privée

171. Or, aujourd'hui, la victime peut certes saisir l'Autorité de la concurrence. L'article L. 462-5 II du Code de commerce énonce que « *l'Autorité de la concurrence peut être saisie par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1* ». Donc, une entreprise où un organisme peut saisir l'autorité de concurrence dans la mesure où cela affecte la concurrence et non une plainte *ad hominem*⁴⁵⁹. Or, si d'un point de vue organique, l'Autorité de concurrence en application du droit des pratiques anticoncurrentielles comprend autant la poursuite que la sanction. On peut soumettre la possibilité d'un accroissement de pouvoirs fonctionnels en

⁴⁵⁴ En Angleterre, le *Competition Appeal Tribunal* peut prononcer des dommages et intérêts sur demande des victimes une fois que la décision de l'autorité régulatrice, l'Office of Fair Trading, a été rendue, v. M. CHAGNY et J. RIFFAULT-SILK, *Actualité du contentieux des dommages concurrentiels*, RLC 2008/20, p. 154.

⁴⁵⁵ À l'image de l'action civile française au pénal, à ce titre, il faut remarquer que la victime conserve la possibilité d'attirer l'auteur devant les juridictions judiciaires de droit commun dans une action en responsabilité civile. Dans ce cas, il y aura dédoublement de la procédure si la victime choisit d'agir seule en parallèle de l'action publique. Or, en l'absence de l'action publique, il restera une seule instance qui sera privée.

⁴⁵⁶ Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 Contrôle de la concentration économique, répression des ententes illicites et des abus de position dominante, JORF du 20 juillet 1977, p. 3833.

⁴⁵⁷ Le droit pénal fait partie du droit public.

⁴⁵⁸ Article 2 du Code de procédure pénal. Cass. Crim., 20 mai 2014, n° de pourvoi : 13-82689.

⁴⁵⁹ Lamy Droit Économique, Paris, Lamy, 2013, n° 1232, p. 465.

matière de dommages et intérêts pour les victimes⁴⁶⁰ sur le modèle d'une autorité répressive pénale.

172. Il est opportun si ce n'est pour l'efficacité, mais plus particulièrement en termes d'efficience de réfléchir à cette possibilité. Alors que la place de la victime est reconnue dans une action publique, l'Autorité de la concurrence se refuse de sauter le pas⁴⁶¹. En accord, avec le principe d'un procès équitable, l'accès à la justice pour les victimes privées de pratiques anticoncurrentielles serait effectif⁴⁶². En effet, la victime privée d'une pratique anticoncurrentielle est aussi victime des turpitudes institutionnelles. D'un côté, l'Autorité de la concurrence ne dispose pas du pouvoir d'octroyer des dommages et intérêts et de l'autre, les juridictions civiles s'avèrent inefficaces dès lors que subsiste l'absence de dommages concurrentiels. Le préjudice invoqué par la victime est naturel en droit de la concurrence en référence à la liberté du commerce et de l'industrie⁴⁶³. Pour contourner cet écueil, c'est l'abus de droit qui fonde une action en concurrence déloyale⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Thèse, Université Montpellier I, 2012, note 5, p. 434 et 435.

⁴⁶¹ Cons. Conc., Déc. n° 05-D-39, 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres, au point 33 : « le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour condamner une personne à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles ». Mais avant 2005, l'autorité française constatée son impuissance face à une demande en réparation de la victime, v. Cons. Conc. Déc. n° 94-D-62 du 14 décembre 1994 relative à une saisine de la société communication Media Services : « Considérant que la société C.M.S., qui déclare dans ses observations écrites que 'la société C.M.S. ne peut que constater que le Conseil de la concurrence, dans sa décision en date du 22 mars 1994, a effectivement condamné la clause dénoncée dans la saisine F 511, en la qualifiant, comme la société C.M.S. le suggérait, d'abus de position dominante de la part de l'O.D.A.', indique qu'elle 'entend en demander réparation devant les juridictions judiciaires' dans la mesure où il est 'évident qu'une telle pratique a causé un grave préjudice commercial à la société C.M.S ».

⁴⁶² J.-L. FOURGOUX, *La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles*, JCP E. n°50, 16 décembre 1999, p. 2005 : « Malheureusement, les autorités nationales ou les institutions comme la Commission n'ont pas compétence, une fois constatée et sanctionnée la pratique infractionnelle, pour évaluer le préjudice des victimes, et leur allouer des dommages- intérêts ».

⁴⁶³ J. L. FOURGOUX, *op. cit.*, note 567, § 10, 11, 12 et 13 rappelle les opinions doctrinales sur cette question : « La concurrence renferme en elle-même le détournement de clientèle » (A. BENABENT, J.-C. Commercial Annexes, Fasc. III, n° 45) ; « La clientèle est à qui sait la prendre » (Y. SERRA, note CA Paris, 26 févr. 1991 : D. 1992, somm. p. 50, qui rappelle qu'"une entreprise ne bénéficie d'aucun droit privatif sur sa clientèle" par référence au principe de la liberté du commerce, sous la seule réserve de l'honnêteté professionnelle) ; Le principe de la liberté de la concurrence a pour corollaire "la licéité du dommage concurrentiel" (Y. SERRA, *La non-concurrence*, p. 1 ; dans le même sens, V. J.-J. BURST, *Concurrence déloyale et parasitisme*) ; « L'inégalité apparaît comme le fondement et la justification de l'ordre économique actuel », Dalloz, 1993, p. 88.

⁴⁶⁴ L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Préf. M.-D. HAGELSTEEN, Thèse, Paris, Litec, 2003., note 428, § 5, p. 7 ; Sur la théorie de l'abus de droit, P. MALAURIE et L. AYNES, - *Introduction au droit*, 9^{ème} édition, LGDJ, 2022, p. 37 et s.

173. **La comparaison avec l'action en concurrence déloyale.** Par comparaison, l'action en concurrence déloyale est plus favorable aux victimes⁴⁶⁵. Peut-être, déjà, parce que le clivage *Private enforcement* et *public enforcement* est moins contraignant. Si les juges en accord avec le principe de primauté s'appuient sur la décision de l'Autorité de la concurrence pour réparer le préjudice en tenant compte de la précédente sanction⁴⁶⁶. Dans le cas d'une action en concurrence déloyale, le préjudice nécessaire à l'action s'appuie justement sur la liberté du commerce et de l'industrie. L'article 7 du Décret D'Allarde de 1791 énonce : « À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». Ce qui est sanctionné, ici, c'est le caractère déloyal de l'atteinte à la concurrence et non le préjudice causé.

174. Cela démontre toute la difficulté de prouver la faute en droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, à la différence de la preuve en concurrence déloyale, le préjudice concurrentiel suppose la preuve de la pratique en cause et son analyse économique. Dès lors, le consommateur se trouve exclu de l'action en raison du coût trop important en comparaison du préjudice subi. De même, l'entreprise devra distinguer une perte conjoncturelle et une perte liée à la pratique⁴⁶⁷.

175. Cela implique, pour mener une action en droit des pratiques anticoncurrentielles, de privilégier l'action postérieure à une décision de l'autorité⁴⁶⁸. En effet, en se fondant sur une décision de l'Autorité de la concurrence, la mise en action de la victime s'en trouve facilitée.

⁴⁶⁵ A. PIROVANO, *La concurrence déloyale en droit français*, (1974) 26/3 R.I.D.C. 467-504, § 50 : « (...) l'aspect répressif de l'action en concurrence déloyale explique que l'accent soit mis, parfois, moins sur le dommage que sur la faute : lorsque les tribunaux sanctionnent la tentative de détournement de la clientèle cela relève plus du droit pénal — ou tout au moins du droit disciplinaire — que du droit de la responsabilité civile. Nous en avons fait la remarque à propos de la faute : le juge prononce d'autant plus facilement une condamnation qu'il souhaite sanctionner un comportement déloyal, alors même que les adversaires ne sont pas en situation de concurrence, qu'il n'y a pas de confusion certaine ».

⁴⁶⁶ E. CLAUDEL, *Faute - Dommages et intérêts - Répercussions des surcoûts - Accès aux preuves ; Effet contraignant des décisions des ANC, Interaction avec les programmes de clémence*, Table ronde, in L. IDOT, (dir.), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Colloque, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, *Concurrences* 2009/2, p. 36 ; C. DEVREAU, *Réflexion sur le préjudice collectif*, RTD Civ. 2011.249.

⁴⁶⁷ D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, R.T.D. com., 1998, note 275, p. 770.

⁴⁶⁸ T. com. Paris, 13 mars 2008, RG n° 2006008432, *SARL Turbo Europe c/ SA Automobiles Peugeot, SA Automobiles Citroën et SAS Renault*, obs. B.C., « De la déférence d'une juridiction à l'égard des décisions du Conseil de la concurrence », RLC 2008/17, p. 116-117.

Auparavant, avant que l'action de groupe ne soit mise en place, fonder son action sur une décision antérieure de l'autorité était sanctionnée⁴⁶⁹. Désormais, selon l'article L. 623-24 du Code de la consommation, obligation est faite d'agir après décision des autorités de concurrence, ainsi la faute trouve sa source irréfutable dans la décision de l'autorité. L'intérêt est donc que s'il y a faute concurrentielle au sens du droit civil, la victime n'a plus à démontrer la faute au sens du droit de la concurrence. L'avantage est surtout pour le consommateur puisqu'une action civile du consommateur serait acceptable en l'absence de décision. En effet, la victime ne dispose pas du même choix, l'entreprise peut toujours agir en concurrence déloyale à la différence du consommateur. Néanmoins résulte un écueil, l'action de groupe impose la décision préalable d'une autorité. Or, son action est donc suspendue à la décision de ces mêmes autorités avec ses aléas⁴⁷⁰.

176. Au terme de cette analyse, il est possible de voir en l'action privée une voie efficace et fondatrice à un accès effectif au juge et un complément de l'action publique. Les pratiques anticoncurrentielles sont lourdement sanctionnées par les autorités de concurrence et la procédure juridique augure d'une même finalité, essentiellement la protection du marché. Il est acquis que les avancées en matière d'action des consommateurs permettent d'apporter une voie médiane consistant non pas de remettre en cause le monopole des autorités, mais de tenir compte de la victime des pratiques anticoncurrentielles.

177. Peut-être influencé par la pratique outre-Atlantique, le droit européen de la concurrence paraît avoir amorcé le processus, moins avancé en droit interne. Cela a du sens, lorsque les autorités ne s'ouvrent pas à cette possibilité, renvoyant à la compétence du juge en s'appuyant essentiellement sur une action postérieure à celle des autorités de concurrence.

⁴⁶⁹ Aujourd'hui, selon l'article L. 623-24 du Code de la consommation : « *la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action (de groupe) que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne qui constate les manquements (au droit de la concurrence)* ».

⁴⁷⁰ C. PRIÉTO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2023, note 25, p. 1426, § 1834.

Paragraphe 2. La protection marginale de l'intérêt des victimes privées en droit des pratiques anticoncurrentielles

178. Face à l'omnipotence des autorités de régulation dont l'objectif est de contrôler les excès du marché et de sanctionner les pratiques contraires aux règles concurrentielles, la part restante pour la réparation du préjudice des victimes de pratiques anticoncurrentielles est limitée à une portion congrue.

179. L'application du droit européen est duale. D'un côté, les autorités de régulation contrôlent les excès du marché et sanctionnent les pratiques contraires aux règles concurrentielles et, de l'autre, les victimes des pratiques anticoncurrentielles, consommateurs ou entreprises, qui peuvent demander une réparation pour leurs préjudices privés en se fondant sur la responsabilité civile. Pour cette raison, il s'agit de revenir sur la difficulté d'agir des pratiques anticoncurrentielles devant le juge (A) ; Or, en vérité, n'est pas remise en cause la possibilité d'agir des victimes privées de mettre en œuvre un recours collectif devant le juge (B).

A. La difficulté d'agir pour les victimes privées des pratiques anticoncurrentielles devant le juge

180. En France, caractériser le préjudice concurrentiel n'est pas sans poser problème notamment lorsque se pose la question de son évaluation tant pour une action individuelle que pour une action de groupe⁴⁷¹. Dès lors, en France, ce préjudice reste souvent sans réparation effective. Pourtant, c'est essentiel pour rendre effectif le recours privé des entreprises et des consommateurs pour la réparation d'un préjudice afin de donner suite à une violation des pratiques anticoncurrentielles. Si l'action privée est portée devant le juge national (1), elle semble limiter aux juridictions répressives (2).

⁴⁷¹ D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, RTD Com. 1998.778 : « On sait qu'en matière de concurrence déloyale la tendance de la jurisprudence est de déduire le dommage de l'existence de la faute. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, l'objectif principal du juge étant alors de réparer le préjudice et non de sanctionner l'auteur de la pratique anticoncurrentielle ».

1. L'action privée portée devant le juge national

181. **L'action par voie judiciaire.** La problématique se pose pour les victimes privées en infraction des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une action en passant par la voie judiciaire. Par comparaison, si l'encadrement du marché est né aux États-Unis, en 1890, avec l'adoption du Sherman Act⁴⁷², le Clayton Act a complété, en 1914, le premier texte par la possibilité pour les victimes de violation du droit « antitrust » d'agir en justice par la voie judiciaire. À la différence du droit européen, c'est cette dernière législation qui est la plus usitée⁴⁷³. À l'inverse, le droit européen assure majoritairement la protection de l'intérêt général par l'entremise des États membres. La Commission européenne se focalise donc sur le marché intérieur à travers les articles 101 et 102 du TFUE⁴⁷⁴ respectivement sur les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante. Par mimétisme, en droit français, l'Autorité de la concurrence applique non seulement les articles 101 et 102 du TFUE et en droit de la concurrence interne les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce respectivement pour les ententes et les abus de position dominante. Caractérisant le *public enforcement*, dans un premier temps, la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles n'est pas considérée par le droit européen et interne du droit de la concurrence. Ce n'est que dans un second temps et selon des règles civiles que les victimes peuvent fonder leur préjudice aux termes des articles 1240 et suivants du Code civil. Or, la pratique démontre que les actions privées sont relativement absentes de l'Union européenne⁴⁷⁵. Le constat est que les États-Unis sont devenus « l'eldorado » de l'action privée en droit de la

⁴⁷² A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9^e édition, 2021, § 1.

⁴⁷³ V. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux complémentaires et autonome devant les juridictions judiciaires*, Préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Préf. J. MONÉGER, Thèse, Bruxelles, Larcier, 2012 ; S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Préf. E. CLAUDEL, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Thèse, Université Montpellier I, 2012.

⁴⁷⁴ JOUE n° C 83/49 du 30.3.2010.

⁴⁷⁵ Comme nous le verrons plus loin, la situation pourrait toutefois s'améliorer avec l'adoption récente de l'action de groupe en France et la directive européenne sur les actions privées. Pourtant, la Cour de justice des communautés européennes (ci-après CJCE, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, ci-après CJUE) l'avait clairement affirmé en 2001 et 2006. Dans l'arrêt *Courage* de 2001 10 CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, aff. C-453/99, Rec. 2001, p. I-6297, § 36. En 2006, la Cour a réitéré le principe dans la décision *Manfredi* : « toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE » ; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. Jointes C-295-298/04, Rec. 2006, p. I-6619, § 61. Le dernier arrêt en date qui fixe le principe est CJUE, 6 juin 2013, C-536/11 *Bundeszweibewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e.a.*

concurrence. Il en résulte un *forum shopping* des demandeurs intéressés sur le marché américain pour bénéficier de la pratique de la « *class action* » et le « *treble damages* » du droit antitrust⁴⁷⁶.

182. La différence s'explique par la difficulté pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles de mettre en œuvre une action sur le terrain de la procédure civile⁴⁷⁷. En effet, la victime doit agir en se fondant sur le fondement de la responsabilité civile c'est-à-dire sur une faute, un préjudice et un lien de causalité. Pourquoi est-ce si difficile pour une victime de pratiques anticoncurrentielles d'apporter des éléments de preuve ? Lorsqu'une victime souhaite engager une action en se fondant sur la responsabilité civile, elle doit distinguer la faute de l'entreprise auteur de la pratique anticoncurrentielle. Or, cela nécessite une analyse économique du comportement en cause pour particulariser les effets sur la concurrence. Cette exigence est difficile à déterminer dès lors que la liberté du commerce et de l'industrie légitime le dommage concurrentiel sur un marché. De plus, caractériser un lien de causalité s'avère difficile à démontrer puisque cela s'appuie sur une perte de chiffre d'affaires qui peut résulter des difficultés économiques en cours⁴⁷⁸. Enfin, la mise en œuvre d'une action en justice par une victime privée et fortement concurrencée par l'intervention des autorités de concurrence⁴⁷⁹. Les possibilités au premier abord semblent restreintes, même si les nouvelles directives réaffirment cette possibilité.

183. **Une possibilité envisagée par les nouvelles directives.** Constatant cet écueil, la Commission adopte un paquet « *Private enforcement* » en 2013⁴⁸⁰ pour aboutir à une directive nommément désignée « *Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États* »

⁴⁷⁶ Pour une présentation du système américain de *private enforcement*, v. C. PRIÉTO, *passim*, note 88.

⁴⁷⁷ D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, RTD com. 51, n° 4, octobre-décembre 1998.

⁴⁷⁸ Cass. Com., 6 octobre 2015, pourvoi n°13-27.419.

⁴⁷⁹ M. DESCHAMPS, R. POÉSY, *Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, in *Revue internationale de droit économique* 2013/4 (t. XXVII), p. 569 à 578.

⁴⁸⁰ L'expression figure dans C. PRIÉTO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1424. Ce paquet contient 5 textes : - une communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulé « *Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs* » ;

- une recommandation de la Commission relative à des principes communs en matière de recours collectifs ;

- la proposition de directive à laquelle nous ferons référence dans l'étude ;

- une communication sur la quantification du préjudice concurrentiel résultant d'une violation des articles 101 et 102 du TFUE ;

- et un dernier document explicatif de cette communication sur la quantification du préjudice appelé « *Guide pratique* ».

membres et de l'Union européenne »⁴⁸¹. Le but est de réaffirmer le rôle des États membres de faire appliquer le droit à la réparation des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles avec pour disposition d'éviter un conflit entre la politique de clémence de l'action publique et le droit à réparation de la victime lors d'une action privée⁴⁸². Cette pratique est notamment nécessaire aux autorités publiques pour distinguer et bénéficier du concours d'un auteur pour dénoncer une pratique sous couvert de son immunité. L'inconvénient est que ce dernier est nécessaire à la victime pour agir en justice par la voie judiciaire. Le fait de permettre aux victimes la connaissance de ces auteurs a pour effet néfaste de dissuader la dénonciation et remettait en cause la politique de clémence. La volonté des législateurs est donc de limiter la divulgation des preuves nécessaire à l'action publique avec pour conséquence de limiter les possibilités pour les victimes d'agir en justice.

184. Néanmoins, en 2014, est adopté le projet de loi sur la consommation qui introduit l'action de groupe « à la française » par différenciation avec le « *class action* » anglo-saxon. Succès notable aux États-Unis⁴⁸³, la « *class action* » est donc une procédure d'origine américaine pouvant servir de modèle à la doctrine française⁴⁸⁴. Pourtant, son introduction dans le droit français remet à nouveau en question l'effectivité du droit dans la mesure où l'action de groupe introduit l'effet social de la lutte anticoncurrentielle. Le juge doit donc repenser cette notion à travers ce caractère social. Si l'effectivité se conjugue avec efficacité et efficience⁴⁸⁵. L'efficacité permet « *d'évaluer les résultats et les effets sociaux du droit* »⁴⁸⁶ par différence avec l'effectivité qui « *mesure les écarts entre le droit et son application* »⁴⁸⁷. Résultat, l'efficacité permet d'apprécier le réel et le caractère concret de la norme. L'efficacité est donc

⁴⁸¹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1-19.

⁴⁸² C. GRYNFOGEL, J cl. Commercial, v° *Clémence et actions civiles devant les juridictions de droit commun*, Fasc. N° 288, 2012 ; J. -C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américains et européens*, Préf. C. PRIÉTO, Thèse, PUAM, 2009.

⁴⁸³ F. CAFAGGI, H.-W. MICKLITZ, *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, (2008) 3 *European Review of Private Law* 391-425; F. POLVERINO, *A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union*, (2007) 30/3 *World Competition* 479-499.

⁴⁸⁴ S. GUINCHARD, *une class action à la française ?* D.2005.2180.

⁴⁸⁵ Le principe de légalité de la norme aurait cédé le pas à l'efficacité avec le développement de l'État gestionnaire, v. A. FLÜCKIGER, *L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois*, (2007) XLV/138 *Revue européenne des sciences sociales* 83-101. V. sur l'efficacité du droit communautaire, P. LONGUET, *L'efficacité de la norme : le point de vue de l'Union européenne*, La Lettre, Fondation pour l'innovation politique, n° 13, juin 2005, p. 3. En droit comparé, l'efficacité est le moyen de porter un jugement sur les systèmes juridiques. Les systèmes juridiques réputés efficaces justifieraient leur comparaison avec le droit d'un pays car leur efficacité permet de mesurer l'intérêt à transposer certaines règles.

⁴⁸⁶ F. RANGEON, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, in Curapp, *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, 1989, p. 127.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

avant tout l'effet recherché⁴⁸⁸. Si l'efficacité n'a qu'un caractère économique⁴⁸⁹, l'action de groupe rend effectif l'accès au tribunal pour les victimes privées de pratiques anticoncurrentielles. L'objet est donc de voir de quelle manière cela tend à permettre une réparation effective des victimes des pratiques anticoncurrentielles.

185. Par l'entremise des actions de la Commission et la mise en œuvre de la directive de 2014, le contentieux des pratiques anticoncurrentielles bascule dans un système privé où c'est l'agent économique qui est intéressé avant l'action sur le marché. Si normalement, en France, la violation des pratiques anticoncurrentielles dépend de l'article L. 420-1 du Commerce pour les ententes et de l'article L. 420-2 du Code de commerce pour les abus de position dominante, ces derniers fondent le recours en responsabilité des articles 1240 et 1241 du Code civil. Il en résulte une lourdeur de la mise en œuvre de l'action privée en matière procédurale et probatoire mal adaptée pour une action en droit de la concurrence. Cela s'explique par le fait que l'objectif principal du droit des pratiques anticoncurrentielles est de protéger le marché et non la protection du consommateur ou l'entreprise⁴⁹⁰.

186. Or, la défense de ces derniers contribue efficacement à la lutte anticoncurrentielle et favorise son développement et sa mise en œuvre. Cette assertion est reprise par l'article 169 du TFUE, « *la commission contribue à la protection (...) des intérêts économiques des consommateurs (...)* ». Même si le principe de subsidiarité suppose de privilégier les juridictions nationales pour des raisons d'efficacité, ce n'est que par le biais d'une simple demande de la Commission aux États membres d'intervenir auprès des consommateurs limitant les effets de la réforme de 2003⁴⁹¹. Or, même si le règlement n°1/2003 avait pour volonté de décentraliser la régulation de la concurrence à travers de l'Union européenne, le résultat ne s'est pas avéré des plus probants pour l'action privée.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁸⁹ Elle comporte un objectif économique de réduction des coûts.

⁴⁹⁰ J. RIFFAULT-SILK, *Le Livre blanc et les actions en réparation*, RLC n°23/2010, p. 122-127.

⁴⁹¹ J. RIFFAULT-SILK, *La vision d'un juge français*, in C. PRIÉTO, L. IDOT, *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* Bruylant, 2006, note 194, p. 123.

2. L'action privée limitée aux juridictions répressives

187. **L'action civile limitée aux juridictions répressives**⁴⁹². Par action civile devant une juridiction répressive, on entend une action réservée à une victime d'infraction pénale, crime ou délit, devant un tribunal pénal. En outre, pour une action privée en droit de la concurrence, la voie naturelle pour la réparation des victimes est l'action en responsabilité au titre des articles 1240 et 1241 du Code civil. Cependant, les victimes de pratiques anticoncurrentielles s'adressent aux autorités de concurrence. Or, « *le flux des entreprises vers les autorités de concurrence ne résulte pas tant de l'efficacité – très réduite – du contentieux objectif pour leur situation, que du risque d'échec qui reste trop présent dans le cadre du contentieux subjectif* »⁴⁹³. Dès lors, « *favoriser l'action civile des entreprises victimes devant les tribunaux de droit commun, c'est accepter qu'elles deviennent un instrument essentiel de la mise en vigueur du droit des pratiques anticoncurrentielles à la place des autorités de concurrence* »⁴⁹⁴. On peut supposer que les avantages tirés d'une action privée et plus à même de favoriser l'effectivité du droit de la concurrence.

⁴⁹² Dans le même sens, v. Y. CHAPUT, *La PME, « victime » de pratiques anticoncurrentielles*, Table ronde, dans Jean-Paul DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 169 : « *En vous écoutant, je pensais d'ailleurs aussi au droit pénal. Il y a toujours cette idée de sanction et de constitution de partie civile devant les juridictions répressives. Le droit pénal en tant que tel n'est pas fait pour défendre une victime particulière. Il est fait pour défendre l'intérêt général et l'ordre public. Dès lors, la constitution de partie civile est une exception mais qui présente un avantage, celui de permettre d'accéder au dossier. Il y a un inconvénient actuellement, c'est le mélange des genres dans le projet de réforme devant l'Assemblée nationale qui permettra, s'il est adopté en l'état, à la partie civile de faire appel d'une décision qui est une décision purement pénale de sanction. Et là on voit le danger de confondre deux choses, la défense de l'ordre public et la défense d'intérêts privés. Dans les explications que vous nous avez données, on voit très bien comment est défendu l'intérêt général lorsqu'il s'agit de la concurrence puisque c'est un choix économique qui a été fait et c'est une défense de la concurrence et non pas du consommateur, non plus que de tel agent économique. Simplement, mais un peu comme le secret de l'instruction ou le secret des affaires, on se demande ce qu'il en est de la victime qui, elle, veut invoquer autre chose. La victime, en réalité, n'invoque pas une atteinte à la concurrence. La victime invoque une faute, en quelque sorte un préjudice qui découle directement de l'infraction. C'est pour cela que je pensais au domaine pénal. La constitution de partie civile, c'est pour obtenir réparation d'un préjudice qui découle directement de l'infraction. La victime a aussi cette problématique. Elle pense qu'une infraction a été commise – ce sont la concurrence, l'intérêt général, l'ordre public. Elle n'est donc pas directement concernée, mais en même temps, cette faute qui porte atteinte à des valeurs essentielles pour une société a des conséquences pour ses intérêts particuliers. Et là, on voit que les choses ne sont pas aussi bien organisées qu'elles ne le sont en droit pénal. La victime n'a pas d'accès au dossier. On va lui opposer un secret de l'instruction et un secret des affaires. Et c'est dans ce cas probablement que le temps va jouer un rôle. Il y a une durée de procédure et il n'y a pas de concordance, d'harmonie dans cette juridicité entre la poursuite des infractions et la réparation d'un dommage. Là, il y a tout de même un mur, alors que l'on sent bien qu'il y a un lien* ».

⁴⁹³ D. BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence*, Étude comparative des procédures communautaires et françaises, Préf. L. IDOT, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, note 228, § 13.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

188. Peut-on parler d'accès effectif au juge lorsqu'une entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle peut saisir la Commission ou l'Autorité de la concurrence ?⁴⁹⁵ En effet, il s'agit de l'accès au tribunal et non à la justice⁴⁹⁶. L'idée n'est pas nouvelle de faire la distinction entre l'accès et la justice⁴⁹⁷. Or, le fer de lance de l'accès au tribunal est la voie du recours collectif. Censé favoriser l'accès à la justice des victimes de pratiques anticoncurrentielles, rendu difficile par l'inadaptation du système judiciaire pour une demande individuelle⁴⁹⁸, le regroupement des demandes apparaît donc comme une solution. En effet, le recours collectif rend « *la justice accessible à des tranches entières de la population* »⁴⁹⁹ même si des doutes subsistent sur son efficacité en termes de réparation⁵⁰⁰. On peut enfin s'interroger sur le caractère équitable du procès ? Si l'article 6§1 de la Convention Européenne des Droits de L'homme (CEDH) introduit le principe du procès équitable, l'accès au juge n'est pas explicitement distingué⁵⁰¹. C'est la jurisprudence qui revient sur cette question en faisant le lien entre l'accès à la justice et le procès équitable⁵⁰², cette même cour allant plus loin en considérant qu'un procès équitable suppose l'accès aux tribunaux⁵⁰³. Ces constatations sont à relativiser quant à l'incidence pratique de la question sur l'effectivité.

189. En l'état actuel, l'application des articles 101 et 102 du TFUE dépend du recours effectif aux tribunaux⁵⁰⁴ pour les victimes privées. La difficulté est comment définir cette action privée. Entre « action civile » et action privée, l'ambiguïté est de mise. Une action civile est réservée à une infraction pénale devant le juge répressif pour obtenir la réparation d'un préjudice, alors que la notion d'action privée s'appuie sur l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles par une victime. Dès lors, on peut exclure l'action privée pour les

⁴⁹⁵ Sur le sujet du droit de la concurrence et des droits fondamentaux, v. « *Droits et liberté fondamentaux face au droit de la concurrence* », Rev. Conc. Consomm. 1995/86, p. 47. V. en particulier sur les droits de la défense, O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Préf. C. GAVALDA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

⁴⁹⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, (traduction de Richard BODÉÛS), Paris, GF Flammarion, 2004, p. 244 : « (...) aller devant le juge, c'est se rendre à ce qui juste, puisque le juge se veut en quelque sorte la justice animée ».

⁴⁹⁷ V. M. DESCHAMPS, *L'accès à la justice, l'affaire de chacun*, (2009) 50 C. de D. 247-258§ 2. L'auteur explique que l'accès est mesurable mais que la notion de justice pose plus de question sur ce qu'elle recouvre.

⁴⁹⁸ P.-C. LAFOND, *L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins*, note 236, § 5 ; H. Patrick GLENN, *Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale* » (1998-1999) 29 R.D.U.S. 39-55, § 2.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ *Ibid.*, § 17.

⁵⁰¹ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, (2001/1) 96 Pouvoirs 123-141, préc. p. 125.

⁵⁰² CEDH, 21 février 1975, *Golder*, série A, n° 18, p. 17-18.

⁵⁰³ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, série A, n° 32.

⁵⁰⁴ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, (2001/1) 96 Pouvoirs, note 252, p. 127 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec., p. 629.

concurrents dont la voie de la cessation, de la nullité, de la réparation ou encore de la transaction est ouverte et ne pose pas de difficulté devant les tribunaux. Néanmoins dans la mesure où le dommage concurrentiel n'est pas répréhensible en droit de la concurrence, l'évaluation du préjudice de ce dommage n'est pas sans poser difficulté, quelle que soit la victime⁵⁰⁵.

190. On comprend dès lors que la véritable voie de la réparation pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles est la voie ouverte par le droit de la consommation et le recours collectif. Que ce soit aux États-Unis ou en dans les États membres, il est fait état de la référence aux liens entre droit de la concurrence et droit de la consommation. Cependant, ce changement de relation entre les droits a pour incidence d'exclure en pratique la cessation d'une pratique en cours ou la nullité pour favoriser la réparation par des dommages et intérêts. En effet, la cessation d'une pratique en cours a peu d'intérêt si le but est la réparation pécuniaire du préjudice. En outre, la connaissance du fait concurrentiel nécessaire à la mise en jeu d'une cessation n'est ni à la portée d'une PME ni à la portée d'un consommateur. De même, la nullité n'est pas le but recherché dans la recherche d'un préjudice, dont le caractère dirimant dépend plutôt de la réparation proposée par les autorités de concurrence. Cette sanction caractérise d'ailleurs le clivage entre la protection d'un intérêt privé et la protection de l'intérêt général du marché.

191. À travers, ces possibilités, le droit à l'action privée est une voie d'action particulière avec pour objectif la réparation d'un préjudice personnel qui résulte d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pourtant, le recours à la justice privé n'est pas prévu spécifiquement par le Code de commerce. Seul l'article L. 420-3 du Code de commerce ouvre cette possibilité pour les actions en nullité pour entente ou abus de position dominante⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles* », RTD Com. 1998.778 : « On sait qu'en matière de concurrence déloyale la tendance de la jurisprudence est de déduire le dommage de l'existence de la faute. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, l'objectif principal du juge étant alors de réparer le préjudice et non de sanctionner l'auteur de la pratique anticoncurrentielle »

⁵⁰⁶ L'article L. 420-3 est une curiosité du droit français à plusieurs titres. D'abord, il prévoit ce que le droit civil pose en évidence : la nullité de l'acte contraire à la loi. Ensuite, il est étrange d'affirmer une évidence pour la nullité et d'ignorer cette évidence pour les dommages et intérêts. D'autant plus que cet article fait suite aux articles L. 420-1 et 2 se posant ainsi comme les suites civiles de l'entente et de l'abus de position dominante. Enfin, l'article L. 420-3 bénéficie notamment aux concurrents qui peuvent alors invoquer la nullité de l'accord anticoncurrentiel. L'art. 50, al. 3, de l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 prévoyait déjà cette nullité. La nullité était invocable par les parties et par les tiers mais ne pouvait être opposée aux tiers. Ce n'est pas repris dans le texte mais on peut penser que s'agissant de la protection du marché et donc de l'intérêt général, elle peut être invoquée, en théorie, par tout intéressé. Sur le sujet v. C.L. DE LEYSSAC, G. PARLÉANI, *L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat*, dans *Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

B. La possibilité d’agir des victimes privées de mettre en œuvre un recours collectif devant le juge

192. Avant d’apprécier dans quelle mesure l’action privée est susceptibles de mieux prendre en considération les victimes de pratiques anticoncurrentielles, il est intéressant d’analyser dans quelle mesure le recours collectif devant le juge peut devenir une alternative pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles (1), changement qui ne peut s’opérer sans une adaptation des juridictions (2).

1. Le recours collectif, alternative pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles

193. Le recours collectif comme modèle de justice sociale. Deux visions s’affrontent entre instrument juridique à la disposition des personnes privées ou encore vision sociale du droit de la concurrence. La France en adoptant coup sur coup l’action de groupe le 17 mars 2014 et en transposant la directive du 26 novembre 2014 avec l’ordonnance du 19 juillet 2017 favorise l’un et l’autre. Une volonté qui était déjà affichée avant l’action de groupe avec l’action en représentation conjointe des associations de consommateurs⁵⁰⁷ aux résultats en deçà de l’objectif affiché. Au premier abord, cette représentation conjointe avait pour avantage de permettre une action en réparation individuelle du consommateur⁵⁰⁸. Cette action présente à l’article L. 622-1 et suivant du Code de la consommation conditionne sa mise en œuvre. Deux victimes privées au moins doivent choisir une association mandatée et agréée⁵⁰⁹. Les modalités trop contraignantes expliquent finalement qu’elle soit peu utilisée⁵¹⁰. Une action privée est soumise à l’influence dominante de l’action publique, ce qui explique qu’elle dépend de la décision de l’autorité.

194. **Les raisons de l’action ultérieure à la décision de l’autorité.** En France, le droit à des dommages et intérêts punitifs pour des pratiques anticoncurrentielles n’est pas reconnu. En effet, elle considère que cette fonction est déjà occupée par les autorités de concurrence. L’article L. 464-2, I, al. 3 du Code de commerce énonce que : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l’importance du dommage causé à l’économie,*

⁵⁰⁷ Art. L. 422-1 du Code de la consommation.

⁵⁰⁸ Cette disposition existe toujours au Titre II du Code de la consommation.

⁵⁰⁹ V. art. L. 411-1 et R. 411-1 et s. du Code de la consommation.

⁵¹⁰ Art. L. 422-1 alinéa 2 du Code de la consommation

à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ». Très clairement, le dommage et le préjudice sont distingués en droit de la concurrence. Or, la faute et le dommage sont pris en considération afin de sanction publique. La faute fondant une action privée est donc réservée à l'Autorité de la concurrence. Dès lors, la solution serait d'avoir une action en responsabilité civile fondée sur la faute et non le préjudice, en remettant en cause le monopole des autorités sur la faute en droit de la concurrence. La difficulté pour la victime de relever la preuve ou l'évaluation de son préjudice serait substituée par l'existence d'une faute liée à la pratique anticoncurrentielle. Mais au-delà d'un problème procédural, c'est aussi opérer un transfert de contrôle vers les juridictions.

2. L'adaptation des juridictions à l'application des actions privées

195. Curieusement, les dispositions relatives à l'action de groupe en matière de consommation introduite par la loi du 17 mars 2014, qui confèrent aux associations de consommateurs le droit d'introduire des actions en réparation de préjudices sériels causés aux consommateurs et résultant de pratiques anticoncurrentielles⁵¹¹, n'ont pas prévu d'attribuer ces contentieux à ces mêmes juridictions spécialisées, tant au premier degré qu'en appel. Cette situation qui permet d'introduire l'action devant n'importe quel tribunal de grande instance dès lors qu'il est celui du domicile du défendeur⁵¹² engendre de multiples inconvénients, notamment le risque d'absence de qualification de la juridiction saisie. Il conviendrait par conséquent de placer ces actions de groupe dans la compétence des juridictions spécialisées en première instance et de la chambre de la concurrence de la Cour d'appel de Paris.

196. En outre, par des décisions récentes, le Tribunal des conflits a opéré une répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives pour les actions en réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles, en retenant la compétence des juridictions administratives lorsqu'est en cause « *la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat*

⁵¹¹ Art. L. 623-1 du Code de la consommation

⁵¹² Le TGI de Paris étant compétent lorsque le défendeur demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus.

administratif, notamment ses clauses financières »⁵¹³, ce qui vise non seulement les personnes qui ont contracté avec la personne publique, mais aussi toutes les autres auxquelles sont imputés de tels comportements. Cette jurisprudence introduit une confusion regrettable dans le mécanisme de réparation des dommages concurrentiels exposant au risque de divergence d'interprétation des mêmes textes et de principe d'indemnisation, selon que les mêmes pratiques anticoncurrentielles se rapportent ou non à des marchés publics. Pour mettre fin à cette incohérence, il convient donc de faire préciser par la loi que l'ensemble des actions en réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles relèvent de la compétence des juridictions judiciaires.

197. On retiendra ainsi que la décentralisation du droit de la concurrence favorise l'application des règles de concurrence sur le territoire par les instances nationales, ce qui inclut les juridictions nationales. On pourrait penser que le droit d'agir en justice s'en trouverait favorisé en droit interne. Il apparaît regrettable que ce droit ne soit pas plus étendu, notamment avec l'action privée. La reconnaissance de l'action privée serait un pas supplémentaire vers une plus grande reconnaissance du droit de la concurrence par les citoyens des États membres.

198. Aussi, cette section consacrée à l'action du juge judiciaire en matière d'action privée en droit de la concurrence suppose de disposer d'un traitement favorable avec la réformation du droit de la concurrence. La défiance quant à la remise en cause des autorités de concurrence par le juge semble toujours de mise. L'encadrement du marché par le droit de la concurrence n'inclut pas encore la reconnaissance des aspects sociaux liés aux dérives du marché.

199. L'objectif de la réforme du droit de la concurrence d'avoir recours aux instances nationales - autorités nationales de concurrence et juridictions nationales – implique de relayer l'application des règles de concurrence issue de la Commission. L'intérêt de recourir aux juges est de maintenir un accès effectif à la justice passe par l'action privée et notamment le recours collectif. Or, même si l'on a assisté au transfert de compétences pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE et plus particulièrement l'article 101§3 pour les droits subjectifs en matière de pratiques anticoncurrentielles, le bouleversement de la réparation n'est pas réellement présent. Si l'ajout de la possibilité de la collectivisation des dommages et intérêts « *de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »⁵¹⁴

⁵¹³ Tribunal des Conflits, 16/11/2015, C4035, Publié au recueil Lebon.

⁵¹⁴ C. Cass, 2^{ème} civ., 16 décembre 1970, n°69-12-617, Bull. civ. II, n°316.

a été consacré avec la directive de 2014 transposée en France avec l'ordonnance de 2017 se heurte à la prééminence de l'action publique. Pourtant, la mise en œuvre des droits devant le juge qui apparaît primordial pour l'accès à la justice et au juge implique une réorientation du droit de la concurrence vers l'action privée en matière de responsabilité civile. Les engagements des législateurs pour développer l'action privée supposent un changement de paradigme. En effet, une pratique anticoncurrentielle est une faute lucrative au sens du droit civil alors pourquoi ne pas accepter les dommages et intérêts restitutoires ?

200. Bien évidemment, le juge ne peut juger que si la partie invoque une pratique anticoncurrentielle⁵¹⁵. Pour autant, la victime peut demander réparation même si elle doit démontrer une faute, un dommage et un lien de causalité. Mais, aujourd'hui, le juge peut de toute façon tenir compte de l'amende administrative pour évaluer les dommages et intérêts se fondant sur la faute lucrative, le préjudice n'est plus à prouver. Il apparaît de fait une réparation sociale du préjudice concurrentiel de consommation.

Conclusion du Chapitre 2

201. **L'équilibre entre action publique et action privée.** Le recours à l'action privée en droit de la concurrence entraîne une vision différenciée des relations entre les autorités et le juge. Dans le chapitre précédent, nous avons signalé une forte prééminence des autorités de concurrence, le renouveau juridictionnel étant apparu plus tardivement, alors que leurs actions sont différenciées. Sans doute, l'action de groupe est une avancée pour le juge en matière d'action privée, mais encore faut-il intéresser les victimes à cette nouvelle possibilité qui répond à la volonté du législateur ?

202. C'est ainsi principalement la conciliation entre le *public enforcement* et le *private enforcement* qui œuvre à leur propre efficacité. Les deux s'avèrent intimement liés lorsque les autorités ne peuvent indemniser les victimes alors que les juges le peuvent. Pour autant, on assiste encore au paradoxe d'une action des victimes dont la décision ne les concerne qu'indirectement.

⁵¹⁵ E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, ronéo, Paris X, 1994 ; C. LUCAS De LEYSSAC, G. PARLEANI, *L'atteinte à la concurrence, cause de la nullité du contrat*, in Etudes offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 601 ; M. CHAGNY, *La nullité des contrats conclus en violation des règles de concurrence*, in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), Dalloz, 2004, p. 63.

203. **Prise en compte de la relation verticale.** Assurément, le droit de la concurrence gagne à une relation plus étroite entre les instances européennes et nationales, la sanction de l'un conditionnant la possibilité d'indemnisation de l'autre.

Conclusion du Titre I

204. **Rôle incontournable du juge dans l'application des règles de concurrence.** On s'était donné l'objectif de caractériser le juge à travers le droit de la concurrence. Les errances du système ont révélé la difficulté pour le juge national de maintenir un système de contrôle juridictionnel, pourtant bien établi pour la Cour de justice de l'Union européenne. L'opportunité d'une meilleure protection juridictionnelle a justifié ce choix même si le juge n'a pu s'imposer que par des exigences de principe des États membres. Soucieux de la préservation du marché, les autorités de concurrence répondent plutôt à des principes de régulation en maintenant une concurrence effective. L'intervention du juge en droit de la concurrence est patente à la volonté de donner un caractère juridictionnel aux principaux objectifs de l'Union.

205. **Novation ou réformation.** Le principe du contrôle juridictionnel semble être admis dans sa complétude. Cependant, si bien établie, la juridictionnalisation n'est pas complète, l'action privée ouvrant peut-être un nouveau chapitre pour l'action anticoncurrentielle. La suite a montré que l'opposition entre le *public enforcement* et le *private enforcement*, l'autorité et le juge, n'est plus de mise. La fonction sociale pour caractériser l'aptitude du juge au regard du droit de la concurrence permet de nuancer cette opposition. Sans doute est-il opportun d'examiner l'intérêt de la victime au-delà de la seule défense du marché et de l'intérêt général.

206. **Propositions en faveur du juge.** La manière dont le juge est amené à intervenir est bien entendu déterminante. Néanmoins, l'adhésion tardive de l'action de groupe pose d'une façon tout à fait particulière la question de l'organisation du recours juridictionnel.

- Ainsi pourrait être énoncé au titre de l'article L. 442-1 du Code de commerce, que la responsabilité délictuelle civile des auteurs de pratiques anticoncurrentielles peut faire l'objet d'une mise en responsabilité civile devant une juridiction de droit commun, ce qui ferait le lien entre la sanction de l'autorité de la concurrence et les juges des décisions.
- En outre, l'absence d'une véritable procédure d'action collective des entreprises est dommageable à l'émergence de l'action privée en droit français.
- Enfin, le juge doit être doté des outils procéduraux pour favoriser la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les outils de droit commun dont le juge

dispose en matière de référé, d'injonction et d'astreinte ou encore de cessation *ad hoc* ne sont que des outils préventifs, mais n'ont pas une valeur cumulative.

TITRE II. L’AFFIRMATION D’UN RÔLE JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE

207. Tandis que le droit de la concurrence s’assigne pour principal objectif la protection du marché de la concurrence illicite dans le cadre des relations contractuelles tout en favorisant la libre concurrence, la démarche ici est d’analyser l’impact du juge en termes de régulation. Nous ne pensons pas comme c’est souvent présenté que le juge est extérieur à cette démarche. Dans le cadre des relations contractuelles, il est légitime d’envisager les relations entre le juge et la politique de concurrence. Ce constat, aussi trivial qu’il est, prend en considération le renouveau apporté par les législateurs. Le monopole des autorités de concurrence n’est plus totalement efficient. L’aménagement des fonctions de chaque institution vient nécessairement de la mission allouée au juge. Toutefois, d’un point de vue conceptuel, la fonction de régulation n’est pas de la seule fonction des autorités administratives qui peut être « *soit une fonction consistant à prendre des actes d’une normativité particulière, soit une fonction économique* »⁵¹⁶. Ces derniers termes certes assez vagues peuvent englober plus largement la fonction juridictionnelle en droit de la concurrence.

208. Souligné par le professeur Serge GUINCHARD, le juge a une fonction de régulation⁵¹⁷. Ce postulat est mis en lumière par les références à la régulation bien présente en droit public⁵¹⁸ et en droit privé⁵¹⁹. À dire vrai, l’analyse en termes de droit est de la définition même. En effet, la professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE a défini la régulation par un « *appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans les secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s’établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentielles* »⁵²⁰. Il y a donc un équilibrage juridique à l’avantage du juge. Les partenaires juridiques disposent l’un envers l’autre d’un pouvoir de contrôle qui participe d’un dialogue normatif entre eux. Cette

⁵¹⁶ R. RAMBAUD, *L’institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L’Harmattan, Coll. Logiques Juridiques 06/2012, p. 31, pg 28.

⁵¹⁷ S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 2022, LexisNexis, 15^e éd, n°354.

⁵¹⁸ M. MIAILLE, *La régulation : enjeu d’un choix*, in *La régulation entre droit et politique*, Paris, L’Harmattan, 1995 p. 11-12.

⁵¹⁹ Y. GAUDEMET, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction*, Revue française d’administration publique 2004/1 (n°109), p. 13.

⁵²⁰ M. -A. FRISON-ROCHE, *Le couple ex ante-ex-post, justification d’un droit propre et spécifique de la régulation*, in M. -A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presse de Sciences Po/Dalloz, 2006, « Thèmes et commentaires » p. 37 ; V. M. -A. FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, in M. -A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques. Légitimités et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 13.

relation particulière entre partenaires est donc organisée par deux procédés juridiques concomitants. Le premier est la mise en place des autorités afin de réguler les économies en prenant des décisions administratives souvent de nature juridictionnelle. Le deuxième s'appuie sur le fait que les législateurs ont prévu des voies de recours particulières. Comment le juge est-il à même d'influer sur les décisions de ces autorités ?

209. Toutefois, du point de vue du droit interne, ce sont les comportements qui sont l'objet d'un contrôle par les juges lequel est susceptible d'apporter une voie supplémentaire d'application du droit de la concurrence. Ces derniers disposent d'une autonomie dans leur application parfois divergente de la protection du marché. Dans le cadre des relations contractuelles, il est légitime de considérer la position de force du juge et plus largement de la législation interne dans la lutte anticoncurrentielle.

210. Cette importance du juge par rapport aux autorités, devenant concurrent, est patente lorsque ce dernier intervient pour réguler les excès de la concurrence en procédant de deux manières. Le premier, dépendant de l'organisation, consiste à pallier les excès du contrôle réglementaire par la Commission et les autorités administratives. Le deuxième consiste à pallier les excès de la concurrence qui sont liés à des comportements anticoncurrentiels sanctionnés en particulier par le droit des pratiques restrictives et de la concurrence déloyale. De la pertinence de ce double contrôle destiné à aménager la concurrence sur plusieurs plans du droit s'articule essentiellement autour d'un dispositif de contrôle juridictionnel des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles (**Chapitre 1**) et en matière de comportements anticoncurrentiels (**Chapitre 2**) dans lequel réside l'intérêt d'un juge en droit de la concurrence.

Chapitre 1. Le contrôle juridictionnel complémentaire des pratiques anticoncurrentielles

211. L'intervention du juge en droit de la concurrence se manifeste à deux niveaux. La position du juge est non seulement d'appliquer le droit de la concurrence, mais aussi de contrôler les actes des autorités de concurrence. Dans ces conditions, le juge a pour vocation d'encadrer les opérateurs économiques et les autres acteurs de concurrence et assume une fonction de rééquilibrage. Sans un certain encadrement, l'application des pratiques anticoncurrentielles pourrait rapidement devenir arbitraire. La procédure de recours est un instrument puissant de renforcement du pouvoir des juges. Toutefois, il faut voir dans cette possibilité, au même titre, que dans l'ensemble des droits le respect de l'équité⁵²¹ procédurale entre impartialité de la juridiction et respect des droits de la défense. De même, au-delà de la validité de l'autorité de la chose décidée, par la voie du recours, la légitimité de cette dernière s'ancre, à rebours, dans la voie de l'autorité de la chose jugée⁵²². Pour autant, le prolongement du contradictoire permettant de poursuivre le débat judiciaire conduit à une analyse particulière. La voie du recours reconnaît la qualité juridictionnelle des décisions de l'autorité puisque, de même, que pour une juridiction classique, les parties ont la possibilité de contester la régularité d'une décision devant une juridiction supérieure favorisant la garantie d'une bonne justice⁵²³.

212. Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'est pas le seul à être sollicité s'agissant de la voie du recours juridictionnel, le droit des pratiques restrictives et le droit commun de la concurrence peuvent faire également faire l'objet d'un recours juridictionnel. Le droit de la régulation dans son application concurrentielle propre à assurer le contrôle des monopoles peut dans une certaine mesure répondre des mêmes dispositions. Il conviendra dès lors, dans un premier temps, d'analyser l'action du juge en matière de recours juridictionnel des décisions de la Commission et de l'Autorité de la concurrence (**Section 1**), avant de s'intéresser, dans un

⁵²¹ Pour la notion d'équité en droit, V. Chr. ALBIGES (Préf. Rémy CABRILLAC), *De l'équité en droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 329, éd. LGDJ 2000.

⁵²² G. WIEDERKEHR, *Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français*, RIDC, 1989, n° spéc., vol. 11, p. 225.

⁵²³ V. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2001, n° 40, p. 901 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Traité de Droit judiciaire privé*, Tome 1, Paris, Sirey, 1991, p. 492 ; rapp. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, p. 83 ; comp. les études propres à la voie d'appel, par ex. J. -L. GILLET, *Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée*, Gaz. Pal., 10 septembre 1996 (n° spécial), doct., p. 996 ; J.-F. KRIEGK, *La procédure civile revisitée à travers des principes généraux : la voie d'appel*, Gaz. Pal., 8 novembre 1997, doct., p. 1467.

second temps, même si elle répond à un mode de contrôle différent, à l'action du juge en matière de recours des autorités sectorielles (**Section 2**).

Section 1. Le recours juridictionnel des décisions de la Commission et de l'Autorité de la concurrence

213. Dans l'environnement actuel du droit de la concurrence, la Cour de justice occupe une place centrale. En effet, comme le rappelle l'article 19 du TUE, elle assure « *le respect du droit dans l'interprétation et l'adaptation des traités* ». L'hypothèse est que le tout forme un système juridique, bien qu'il ne puisse pas être totalement assimilé à un système juridictionnel. Du fait de la complexité de la matière, le droit de la concurrence est un terrain fertile pour les interprétations diverses. En cela, comme on a pu l'écrire certains auteurs, la Cour de justice peut être considérée comme un « *véritable pouvoir judiciaire* »⁵²⁴, visant à assurer une idée de justice en favorisant les recours contre les décisions de la Commission européenne. On comprend alors tout l'intérêt de cette institution pour l'application du droit de la concurrence. On a pu précédemment étudier le rôle du juge en s'adaptant aux critères classiques de la justice individuelle afin de s'adapter à l'action privée. Nous avons pu voir qu'il existe encore une réelle faiblesse de l'action privée par le juge national. On peut se demander légitimement si le contrôle des décisions de la Commission démontre une certaine efficacité. En effet, les spécificités de l'organisation du contrôle juridictionnel (§1) sont en phase avec le particularisme du contrôle juridictionnel (§2).

Paragraphe 1. L'organisation du contrôle juridictionnel

214. La politique de concurrence est de plus en plus favorable à la juridictionnalisation, suivant en cela le modèle de droit commun appliqué notamment l'organisation du contrôle juridictionnel (A), même si apparaît un contrôle concurrent de la Cour européenne des droits de l'homme (B).

⁵²⁴ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2012, 10^{ème} édition, p. 490.

A. Le contrôle juridictionnel des autorités de régulation

215. **Fonction du juge.** Les articles 251 à 281 du TFUE pose le principe du recours devant les juridictions de l'Union européenne nommées ci-après Cour de justice de l'Union européenne, même si la Cour de justice n'exerce ses compétences que par ceux conférés par les traités. Le texte est clair quant au sens à donner. Il revient aux États membres de fixer les juridictions auxquels ils incombent de trancher les litiges qui rentre dans son champ de compétence⁵²⁵. Il convient de s'interroger sur le sens qu'il convient de donner à juridiction. Souvent considérée comme audacieuse, sa jurisprudence influence pourtant l'interprétation et la mise en œuvre des règles concurrentielles. Appliquée au cas particulier du droit de l'Union, la CJUE ne serait que le juge de la légalité même s'il exerce d'une compétence de plein contentieux pour les amendes⁵²⁶, cette définition suscite le questionnement suivant : la CJUE doit-elle être considérée comme une simple juridiction de recours, voire comme une voie de recours privilégiée ? De la réponse à cette interrogation dépendent les attributions de cette juridiction particulière. Le contrôle des actes des autorités et, plus largement des décisions de la Commission en droit des pratiques anticoncurrentielles, alimente régulièrement la jurisprudence. En effet, l'action des juges en matière de recours s'appuie essentiellement sur les erreurs de raisonnement économique ou juridique.

216. **L'appréciation objective.** La lecture de l'article 263 du TFUE⁵²⁷ représente l'essentielle de la jurisprudence de la CJUE lorsqu'il s'agit de l'analyse des recours en annulation des actes de la Commission. D'ailleurs, cette approche exclut d'emblée les décisions issues des décisions ou jugements des instances nationales hormis les renvois à titre préjudiciel. La notion de recours en annulation n'est qu'une simple transposition du recours pour excès de pouvoir du droit administratif français. Les actes faisant l'objet d'un recours doivent avoir un

⁵²⁵ K. LENAERTS, *La systématique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in Mél. VANDERSANDEN : Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257

⁵²⁶ Article 31 du règlement 1/2003. Cette compétence permet au juge de l'Union lorsqu'il l'estime nécessaire de modifier la partie des actes relative au montant de l'amende ou de l'astreinte.

⁵²⁷ Article 263 du TFUE : « *La Cour de justice contrôle la légalité des actes [...] de la Commission [...] destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission [...]. Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement. Les recours [...] doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance* ».

caractère décisive ou dans le cas de « *toutes dispositions prises par les institutions qu'elles qu'en soient la nature et la forme qui visent à produire des effets de droit* »⁵²⁸ tel qu'ils sont énumérés à l'article 288 du TFUE. Dans ce contexte, le recours doit être appréhendé assez strictement. L'action en recours des juges européens intervient à titre critique et ne substitue pas à la Commission. Étonnamment l'action est ouverte non seulement aux États membres et aux institutions de l'Union, mais également aux personnes de droit privé⁵²⁹ et peuvent espérer un réexamen de l'acte dont ils font l'objet, essentiellement « *pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle relative à leur application ou détournement de pouvoir* »⁵³⁰. Il conviendrait de distinguer l'ensemble des instruments susceptibles de faire l'objet d'un recours⁵³¹, mais résultant du « *soft law* », nous focaliserons notre propos sur les décisions de nature juridictionnelles⁵³². En outre, les actes susceptibles de recours en droit européen n'ont guère évolué depuis le règlement n°17/62 malgré la réforme du règlement n°1/2003, c'est-à-dire : les décisions de constatation et d'injonction de cessation d'une infraction⁵³³, les décisions d'adoption de mesures provisoires⁵³⁴, les décisions rendant obligatoires des engagements⁵³⁵, les décisions d'exemption, de retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption.⁵³⁶ De même, pour les décisions dont le recours est expressément prévu par le Règlement n°1/2003, notamment les demandes de renseignement par voie de décision⁵³⁷, les inspections par voie de décision⁵³⁸, ou les décisions fixant une amende ou une astreinte⁵³⁹. Si l'on comprend l'intérêt, il est aisément compréhensible que les décisions de la Commission

⁵²⁸ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, Rec. CJCE, p. 263.

⁵²⁹ F. BERROD, *La systématique des voies de recours communautaire*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. XXI, 2003.

⁵³⁰ TPICE, 15 mars 2000, T-25/95, *SA Cimenteries CBR e.a. c. Commission*, pt 487 ; Trib. UE, 16 juin 2011, t-199/08, *ZIEGLER SA c. Commission*, pt 86 ; CJCE, 10 juillet 1980, 30/78, *Distillers c. Commission*, pt 26 ; TPICE, 27 novembre 1990, T-7/90, *Kobor c. Commission*, pt 30.

⁵³¹ Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation), *JOCE C 101* du 27 avril 2004 pp. 78-80 ; Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, *JOCE C 101* du 27 avril 2004 p. 97-118.

⁵³² V. D. GERADIN, ed., *Modernization and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law, Intersentia*, 2004 en s'appuyant sur le texte fondateur de la modernisation est le Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE L 1* du 4 janvier 2003, p. 1-25. On peut y ajouter le Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE L 24* du 29 janvier 2004 p. 1-22 ; Pour les cas d'annulation, v. D. GERADIN et N. PETIT, *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, *RTDEur.*, 2005, p. 795.

⁵³³ Article 7 du Règlement 1/2003.

⁵³⁴ Article 8 du Règlement 1/2003 ; pour l'application voir CJCE, 17 octobre 1980, 792/79, *Camera Care c. Commission*, Rec. 119.

⁵³⁵ Article 9 du Règlement 1/2003.

⁵³⁶ Article 29(1) du Règlement 1/2003.

⁵³⁷ Article 18(1) du Règlement 1/2003.

⁵³⁸ Article 20(1) du Règlement 1/2003.

⁵³⁹ Articles 23 et 24 du Règlement 1/2003.

aient une forte portée instructive en matière d'analyse économique. La difficulté technique des décisions a pu laisser penser que les juridictions auraient pu s'avérer incompétentes⁵⁴⁰. Les derniers jugements du Tribunal de Première Instance de l'Union (TPIUE ou le « Tribunal ») relative à l'annulation de décisions d'interdiction de concentrations semblent être rassurants.

217. **L'appréciation subjective.** Les cas de recours en annulation voient se développer un nouveau contentieux que sont les actions en réformation des amendes infligées par la Commission sur la base des articles 101 et 102 du TFUE ainsi que les actions indemnitaires introduites à l'issue de l'annulation d'une décision. C'est ainsi qu'a été introduit un recours en indemnité auprès de la CJUE en matière de concentration après l'arrêt *Airtours* introduit par *MyTravel*⁵⁴¹. Dans l'immense majorité, aujourd'hui, au-delà des vices de légalité et des possibilités d'annulation supplémentaires sur les actes supplétifs de la Commission, c'est la recherche de la réformation des amendes qui est recherchée en parallèle. Cette possibilité est ouverte par l'article 262 du TFUE et prévoit que la Cour peut « *supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée* »⁵⁴².

218. Les partisans d'une sanction maximale trouvent dans la sanction pécuniaire l'exutoire de leurs principes. Même si le TPIUE ne souhaite pas à se substituer à l'autorité de la concurrence, elle a été amenée à exercer un contrôle de principe sur la durée et la gravité et la bonne application du programme de clémence⁵⁴³. L'appréciation du juge se substituant à celle de la Commission par sa compétence de pleine juridiction, les amendes ont pu finalement être sensiblement réduites. De ce point de vue, la diminution des amendes par le juge européen s'apparente à la possibilité pour le juge de droit commun de réduire le montant d'une clause

⁵⁴⁰ Règlement d'exemption 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de spécialisation, *JOCE L* 304 du 5 décembre 2000, p. 3-6 ; Règlement d'exemption 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de recherche et de développement, *JOCE L* 304 du 5 décembre 2000, p. 7-12 ; Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81(3) du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE L* 336 du 29 décembre 1999, p. 21-25 ; Communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOCE C* 291 du 13 octobre 2000, p. 1-44 ; Communication de la Commission, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, *JOCE C* 3 du 6 janvier 2001, p. 2-30 ; Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE L* 24 du 29 janvier 2004 p. 1-22 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE C* 31, du 5 février 2004, p. 5-18.

⁵⁴¹ TPICE, 9 septembre. 2008, *MyTravel / Commission*, T-212/03, pt 135-139.

⁵⁴² Pouvoir qui est confirmé à l'article 31 du Règlement 1/2003 et par l'article 16 du Règlement 139/2004. L'utilisation parallèle des articles 262 et 263 a conduit certains à évoquer une absorption du recours en annulation par le recours en plein contentieux. V. S. MAIL- FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2002.

⁵⁴³ CJUE 6 novembre 2012, *Europese Gemeeshap c. Otis e.a.*, C-199/11, pt 59.

pénale⁵⁴⁴. De même, le juge doit faire un contrôle de principe. À cet effet, la Cour de cassation a rappelé que ce caractère excessif doit s'apprécier en fonction du préjudice effectivement subi par l'une des parties⁵⁴⁵.

B. Le contrôle concurrent de la Cour européenne des droits de l'homme

219. **Moyen de contrôle du droit de l'application des règles de concurrence.** Il est toujours étonnant d'utiliser la sauvegarde des droits de l'homme comme moyen subsidiaire de contrôle des actes anticoncurrentiels même si elle concerne également la protection du marché. D'ailleurs cette préoccupation n'est pas nouvelle voir antérieur à la charte des droits fondamentaux⁵⁴⁶ et illustrer dans *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe* par les professeurs Sylvestre BERGÉ et Sophie ROBIN-OLIVIER pour lesquels « *le droit de l'Union européenne joui[t] d'une longueur d'avance sur le droit issu du Conseil de l'Europe* »⁵⁴⁷. L'utilisation des droits de l'homme pour faire obstacle à l'application du droit de la concurrence engendre une nouvelle catégorie de contestation des décisions de la Commission. Il est permis d'évoquer le principe de légalité des armes lors de l'investigation de la Commission. En vérité, les termes renvoient à l'exigence d'un procès équitable⁵⁴⁸. La jurisprudence de la CEDH a défini l'égalité des armes comme donnant à la défense une « *entière égalité de traitement par rapport à l'accusation et à la partie civile* »⁵⁴⁹ auquel l'on peut ajouter « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »⁵⁵⁰. Le respect d'un procès équitable et de son application ne devrait pas poser de difficulté. Pourtant, quand est-il lorsque la Commission ne respecte pas les conditions de l'article 6§1 de la Convention EDH alors qu'elle n'est pas une juridiction ? C'est par extension des règles de la Cour de Strasbourg, d'ailleurs applicable devant les juridictions nationales, que

⁵⁴⁴ S'apparente à l'article 1231-5 du Code civil.

⁵⁴⁵ Cass. com., 11 février 1997 n° 300 : *RJDA* 5/97 n° 610 ; Cass. com., 7 novembre 1978 : *Bull. civ.* IV no 252 ; CA Paris 30 novembre 1993 : *RJDA* 5/94 n° 489.

⁵⁴⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O., C 83 du 30 mars 2010, p. 401.

⁵⁴⁷ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, Thémis, 2éd. 2011, pp. 22-223, pt 290. Sur le principe d'égalité, S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Presse universitaires d'Aix Marseille 1999. V. M. DURAND-MERCEREAU, *La dignité de la personne humaine en droit de l'Union européenne. De la genèse aux fonctions du concept*, Thèse sous la direction de V. CHAMPEIL-DESPLATS et T. STEIN, Université Paris Ouest, Nanterre, 2011.

⁵⁴⁸ R. KOERING-JOULIN ET J.-F. SEUVIC, *Droits fondamentaux et droit criminel*, *AJDA* 1998, spéc. p. 127.

⁵⁴⁹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, affaire numéro 5100/71.

⁵⁵⁰ CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, n° 14448/88.

la CEDH est intervenue⁵⁵¹. Par d'inévitables adaptations des conditions matérielles ou procédurales⁵⁵², les sanctions prononcées par les autorités de concurrence peuvent être considérées comme des sanctions de « la matière pénale » au sens de l'article 6§1 de la Convention CEDH⁵⁵³. Certes ce ne sont pas des juridictions pénales⁵⁵⁴. Mais, peuvent faire toutefois l'objet d'un contrôle même si en l'état leur application est rare⁵⁵⁵. Même sous couvert de la théorie de l'écran législatif, la jurisprudence a précisé le déroulement des règles applicables qui d'ailleurs s'imposent en droit interne. En théorie, dans cet esprit, la garantie et la préservation des intérêts des justiciables s'imposent également aux juges, nonobstant les obstacles législatifs et administratifs en droit interne⁵⁵⁶.

Paragraphe 2. Le particularisme du contrôle juridictionnel

220. Au titre des principaux acquis, le traité aborde la question de la Cour de justice par l'extension des compétences. En raison, de l'importance des recours en contestation des décisions de la Commission en matière concurrentielle et dans un souci de conformité avec la politique de concurrence, la compétence de la Cour de justice est exclusive. Ces arrêts ont force obligatoire et exécutoire sur le territoire des États membres⁵⁵⁷. Néanmoins, la mission de cette dernière n'est pas exercée de façon monopolistique dans le cadre d'un ensemble de voies de droit diversifiées qui bien qu'autonome s'articule autour des juridictions nationales. En vérité, incontestablement, le contrôle de la Commission est assuré exclusivement par la Cour de justice **(A)** et cela traduit de façon systémique en miroir avec le contrôle de l'Autorité de la concurrence par les juridictions nationales **(B)**.

⁵⁵¹ V. le commentaire de J. C. SOYER et de M. SALVIA, in L.-E. PETTITI et E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Commentaire article par article, Paris, Economica, 1995, p. 240 ; Sur l'extension du domaine du procès équitable au sens de la Convention EDH, v. les contributions de R. KOERING-JOULIN et de G. COHEN-JONATHAN in Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars en la Grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, respectivement p. 9 et p. 159.

⁵⁵² F. SUDRE, *Droit européen et internationale des droits de l'homme*, PUF, 2023, p. 405.

⁵⁵³ CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c/ Allemagne rendu en assemblée plénière*, n°8544/79, Série A n°73.

⁵⁵⁴ CEDH (déc.), 3 juin 2004, *Neste et autres*, n°69042/01.

⁵⁵⁵ Y. CAPRON, *La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation*, in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS, dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 175 ; pour une application directe M. MATHIEU, *Droit constitutionnel et droit civil : « de vieilles outres pour un vin nouveau »*, *RTD Civ*, 1994, p. 62.

⁵⁵⁶ P. ESTOUP, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, *Gaz. Pal.*, 8 février 1990, doct. p. 110 ; G. COHEN-JONATHAN, *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français*, in F. SUDRE, *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994, p. 1.

⁵⁵⁷ Les arrêts sont ainsi exécutés par les autorités nationales, sans exequatur, c'est-à-dire sans vérification de leur Authenticité.

A. Le contrôle exclusif de la Cour de justice des décisions de la Commission

221. La compétence exclusive de la Cour de justice relève de l'article 344 du TFUE : « *les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* »⁵⁵⁸. Très clairement, la compétence exclusive de la Cour de justice a une implication forte pour les États membres, dans la mesure où il ne peut y avoir d'alternative dans la mise en œuvre de leur propre contrôle juridictionnel de droit commun. En outre, cet alignement se manifeste par une interdiction qui est faite aux États membres de remettre en cause les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette compétence exclusive vise à assurer le respect des principes d'attribution des compétences. Dans l'affaire *Tanja Kreil* du 11 janvier 2010, lors d'une demande de décision préjudicielle, la Cour de justice a pu remettre en cause la législation allemande sur l'accès des femmes aux emplois militaires. Sur cette demande était remise en cause la législation européenne sur la question considérant l'incompétence de l'Union européenne. Or, la Cour de justice considère que « *la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, s'oppose à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire* »⁵⁵⁹. Dans cette affaire l'intégrité des sphères de compétences entre les États membres et la Commission a conduit la Cour de justice à intervenir afin de ne pas nuire à la primauté du droit européen.

222. L'Union doit veiller à l'existence du juge européen et sauvegarder cette institution de manière formelle lors de la révision des traités dans le respect de l'ordre judiciaire de l'Union européenne⁵⁶⁰. Cependant rien n'empêche les États membres de soumettre un accord

⁵⁵⁸ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) - Protocoles - Annexes - Déclarations annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007.

⁵⁵⁹ CJUE, du 11 janvier 2010, *Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland*, Demande de décision préjudicielle : Verwaltungsgesicht Hannover - Allemagne. - Égalité de traitement entre hommes et femmes - Limitation de l'accès des femmes aux emplois militaires de la Bundeswehr. - Affaire C-285/98.

⁵⁶⁰ CJCE., *Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes*, Luxembourg, mai 1995, p. 9, comme références citées par l'avocat général Francis Jacobs, dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores c/. Conseil*, C-50/00 P, EU :C :2002 :462.

international à une autre juridiction qui tire ses compétences de l'accord⁵⁶¹ ; laquelle disposera de nouvelles compétences⁵⁶² ou des compétences déléguées de la Cour de justice⁵⁶³ mais en respectant les principes européens du traité⁵⁶⁴. Il ne s'agit pas pour autant d'une juridiction supplémentaire ou concurrente, elle est seulement formée pour l'interprétation ou l'application des dispositions de l'accord⁵⁶⁵. La situation de cette juridiction est équivalente à celle d'un arbitre qui n'intervient que dans le cadre et le temps de l'affaire en cours.

223. La Cour de justice dispose d'un monopole d'interprétation et d'application du droit de l'Union européenne. Elle s'impose notamment par la primauté⁵⁶⁶, l'effet direct⁵⁶⁷ et l'autonomie⁵⁶⁸. À cet effet, la Cour de justice occupe une place essentielle dans le système. Elle l'a d'ailleurs rappelé dans un arrêt de 2006, la Cour encourage les États membres « à *recourir au système juridictionnel communautaire et [à] respecter la compétence exclusive de la Cour qui en constitue un droit fondamental* »⁵⁶⁹.

224. L'article 9 (f) du TFUE des dispositions générales démontre une construction traditionnelle des institutions et des juridictions en énonçant la composition qui comprend « *la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés* »⁵⁷⁰. Les États membres ayant abandonné une partie de leurs prérogatives au bénéfice de la Cour de justice. La Cour de justice agit en collaboration avec les juridictions nationales pour appliquer pleinement le droit de l'Union européenne dans l'ensemble des États membres⁵⁷¹ et assure la protection des justiciables découlant de l'effet direct des dispositions du droit européen⁵⁷².

⁵⁶¹ CJCE, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Avis 1/91, Rec. 1991, p. I-6079, points 40 et 70 de l'avis 1/91.

⁵⁶² CJCE, 10 avril 1992, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Avis 1/92, Rec. 1992, p. I-2821, spécialement point 32.

⁵⁶³ CJCE, 18 avril 2002, Accord portant création d'un espace aérien commun européen, Avis 1/00, Rec. 2002, p. I-3493, spécialement points 21, 23 et 26.

⁵⁶⁴ CJCE, 18 avril 2002, *op. cit.*, Points 21, 23 et 26 de l'avis 1/00.

⁵⁶⁵ R. MEHDI, *La Conférence intergouvernementale : enjeux et perspectives*, Justices, n°6, Justice et Europe. Facteurs d'unité, avril-juin 1997, pp. 29-70, spécialement p. 32-38.

⁵⁶⁶ Article 4, 17 du TFUE.

⁵⁶⁷ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.

⁵⁶⁸ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, Rec. 2002, p. I 6677, spécialement pt 40.

⁵⁶⁹ CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635, pt 169.

⁵⁷⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

⁵⁷¹ Article 267 du TUE.

⁵⁷² CJCE, 14 décembre 1995 (C-430/93 et C-431/93), *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contre Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*.

225. **Évolution du Tribunal de l'Union.** L'avancé du Traité de Nice dans ce sens peut être encourageant lorsqu'il a modifié le statut du Tribunal en lui conférant son propre domaine de compétence et en l'autorisant à adjoindre des chambres juridictionnelles pour connaître des affaires en première instance, les décisions rendues pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant le TPI. Dans ce sens, est proposé à l'article 16 annexé au traité l'apport de l'article 236 afin qu'une chambre juridictionnelle puisse statuer sur des litiges en matière de fonction publique. Souvent conféré de première instance de décision concernant les décisions de la Commission, le Tribunal occuperait cette position préfigurant la véritable création d'un tribunal de concurrence distinct. Cela représenterait une modification importante du traité aux termes de l'article 308 notamment en matière de contrôle des concentrations puisque les articles 101 et 102 du TFUE sont du ressort de la Commission aux termes de l'article 229. Bien sûr cela implique d'affaiblir le rôle de la Commission. Ne peut-on voir dans l'exercice des compétences de la Cour de justice une absence de véritables pouvoirs de décisions lorsque cette dernière ne se contente que d'un réexamen des irrégularités des décisions de la Commission ? Or, si elle constate cette irrégularité, elle ne peut que revoir la sanction imposée. Dans l'expectative d'une absence d'infraction de la pratique observée, elle ne peut qu'annuler la décision en cours et la renvoyer devant la Commission pour qu'elle poursuive la procédure. Il serait judicieux que ce tribunal puisse poser un jugement définitif.

B. Le contrôle par les juges nationaux des décisions de l'Autorité de la Concurrence

226. Le contrôle des actes de l'Autorité de la concurrence ne diffère guère de celui des actes de la Commission. Que ce soit un contrôle de l'erreur manifeste dans la jurisprudence européenne ou contrôle d'opportunité devant la Cour d'appel de Paris, la finalité est la même, de même le juge n'est pas dans un rapport de substitution avec l'autorité, mais il se positionne dans un rapport critique.

227. **Solution adoptée par la France.** Un alignement de la procédure de recours en droit européen a été opéré en droit interne. La solution peut paraître paradoxale au regard de la politique européenne du droit de la concurrence. Néanmoins, elle semble logique lorsqu'il s'agit de faire conjindre les intérêts entre « *public enforcement* » et « *Private enforcement* ». En vérité, la question a été tranchée par la Cour de justice européenne en énonçant que « *lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins d'application du droit communautaire, la question de*

savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiées par les États à des organes internes déterminés, relèvent uniquement du système constitutionnel de chaque État membre »⁵⁷³. En dépit de cette facilité apparente, il apparaît que cela laisse une marge importante d'interprétation quant à son organisation. L'article 35 du règlement confirme l'autonomie des États membres en la matière en disposant que « *les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 (aujourd'hui, articles 101 et 102 du TFUE)* »⁵⁷⁴. Le point de convergence avec l'organisation adoptée par la France est dans la précision que les « *juridictions peuvent figurer parmi les autorités désignées* »⁵⁷⁵.

228. En somme, si le rappel de ce principe est l'intégration des juridictions dans l'application du droit européen de la concurrence, la modulation de ce principe est possible. Le modèle adopté par la France en 1986 et réformé en 2003 avec une Autorité de la concurrence et des juridictions spécialisées dans laquelle l'autorité administrative disposant de trois fonctions d'enquêtes et de poursuites, d'instruction et de décision a fait des émules. Ce modèle majoritaire a été repris en Espagne, à Malte, au Luxembourg ou encore aux Pays-bas, au Danemark, au Portugal, etc. Or, dans certains États membres, l'exigence probatoire différente a conduit à réserver le pouvoir de sanction à de véritables juridictions comme l'Autriche, la Finlande ou la Suède justifiant la création de juridictions spécialisées⁵⁷⁶. En outre, l'Irlande a fait le choix de réserver l'ensemble des pouvoirs juridictionnels aux juges de droit commun réservant le pouvoir de poursuite à une autorité⁵⁷⁷. Cette organisation ne heurte en rien l'application du droit européen de la concurrence « *lorsque l'application du droit communautaire en matière de concurrence est confiée à des autorités administratives et judiciaires nationales, les États membres peuvent assigner différentes compétences et fonctions à ces différentes autorités nationales, qu'elles soient administratives ou judiciaires* »⁵⁷⁸. L'autonomie en matière d'organisation juridictionnelle est donc totale.

⁵⁷³ CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten aff. jtes 51 à 54/71*, Rec. 1971, p. 1107; CONSTANTINESCO, *Journal du droit international*, 1973, p. 523- 527.

⁵⁷⁴ Art 35§1 du règlement n°1/2003.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ FIDE, 2004, *National reports*, sp. p. 35, 273 et 555.

⁵⁷⁷ La *Competition Authority* a essentiellement un rôle d'enquête et de surveillance (section 4, *Competition Act 2002*).

⁵⁷⁸ Art 35§2 du règlement n°1/2003.

229. Les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont principalement visés aux articles L. 464-8⁵⁷⁹ et L. 464-7 du Code de commerce. En dépit de la formulation des articles, on peut voir dans ces dispositions un contrôle d'opportunité autant qu'un contrôle de légalité⁵⁸⁰. D'une part, le contrôle de légalité consiste à « *confronter un acte ou un comportement à un ensemble cohérent de règles de droit préalablement établies par une autorité constitutionnellement compétente* »⁵⁸¹ et d'autre part, le contrôle d'opportunité « *réside dans le fait qu'en droit de la concurrence et plus spécifiquement encore en droit de concentrations, la règle juridique ne peut être interprétée qu'en fonction du contexte économique dans lequel elle a vocation à s'appliquer* »⁵⁸².

230. **Contrôle de légalité et d'opportunité.** Les circonstances dans lesquelles les voies de recours se manifestent font preuve de mixité entre les règles européennes et internes. Le recours est un mécanisme des plus classiques notamment en droit commercial et son application est d'autant plus importante en droit de la concurrence. Dans ce dernier, le juge exerce autant un contrôle de légalité que d'opportunité. Dans le premier, le contrôle consiste à « *confronter un acte ou un comportement à un ensemble cohérent de règles de droit préalablement établies par une autorité constitutionnellement compétente* »⁵⁸³. En droit savant, on pose à la charge des juges une obligation de « légalité », autrement dit que « *les jugements doivent être legibus fundata* »⁵⁸⁴. Dans le second, c'est l'intérêt de l'opération qui est contrôlé⁵⁸⁵. Pour l'exemple, les ententes anticoncurrentielles sont nulles de plein droit, mais peuvent, sous certaines conditions notamment en contribuant au progrès économique, être rachetées. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'exempter une entente, mais de la déclarer licite⁵⁸⁶. Cet aspect pratique est reconnu par les articles 101§3 du TFUE et L. 420-4 III du Code de commerce.

⁵⁷⁹ Article L. 464-8 du Code de commerce : « *Les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6, L. 464-6-1 et L. 752-27 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* ».

⁵⁸⁰ A. DELLAC, *Le rôle du juge en matière de contrôle des concentrations*, coll. SAVOIR, Editions Le Manuscrit/Manuscrit.com, 2005, p. 87.

⁵⁸¹ A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Eléments structurels d'une magistrature économique*, R.T.D.Comm. 1977, p. 421.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ P. OURLIAC, *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 635.

⁵⁸⁵ B. ASSO, *Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la CJCE.*, R.T.D.E. 1976, n°1 p. 21 et n°2 p. 177.

⁵⁸⁶ Règle de raison.

231. Ces deux contrôles affichés conjointement ont cependant une limite. Le contrôle de l'opportunité plus factuelle, plus économique est souvent favorisé au détriment du contrôle de légalité, ce qui sous-tend une insécurité juridique⁵⁸⁷. En outre, ce ne sont pas des appels, mais des recours de plein contentieux⁵⁸⁸ ce qui implique que des preuves supplémentaires ne peuvent être apportées. La phase d'analyse déductive est donc favorisée au détriment une fois de plus de l'insécurité juridique. Malgré ces difficultés finalement assez communes en droit de la concurrence entre une analyse purement juridique ou une analyse techniquement économique, en réalité, s'ajoute une spécificité du droit français : la *summa divisio*.

232. Il est à noter que les autorités de concurrence -la Commission et l'Autorité de la concurrence donnent souvent une interprétation complaisante à l'infraction afin de condamner sans examiner les effets économiques⁵⁸⁹. Des raisons juridiques et théoriques peuvent être avancées ici. Il s'agit ni plus ni moins que d'assurer la conformité stricte à la norme, cela implique de rechercher pour la Cour de justice le niveau qui permet d'optimiser le système répressif. La convention européenne des droits de l'homme a eu des conséquences profondes sur la fonction contentieuse de la Commission. Ainsi, l'étude de la possibilité de la protection juridictionnelle permet de dégager les droits protégés par le contrôle juridictionnel. La valeur ajoutée de la CEDH réside dans l'assemblage des droits susceptibles de déterminer le succès de la cohérence des décisions.

Section 2. Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités sectorielles

233. L'alignement du contrôle des autorités sectorielles sur le modèle européen conduit à soumettre les recours aux juridictions de droit commun selon le principe d'attribution des compétences en cours en France. Il apparaît utile de revenir sur les modalités de contrôle. Les voies de recours se partagent entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives en fonction des pouvoirs de la Cour soit par la voie de pleine juridiction, soit par la voie d'annulation ou en fonction de l'objet du recours lorsqu'il s'agit d'un contentieux objectif ou

⁵⁸⁷ Pour M. CABRILLAC « toute solution d'ordre économique est aléatoire et repose sur un pari ; la décision judiciaire qui se fonde sur une solution d'ordre économique ou qui l'adopte risque plus que d'autre de causer un préjudice injustifié », *Rapport sur le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français*, TraAssoc. Capitant, 1970, p. 152.

⁵⁸⁸ B. RAJOT, *Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris*, *JCP E*, 2003, jurispr. 666, note (n°9).

⁵⁸⁹ CA Paris, 20 novembre 2014, *France Farine et Bach Mühle*.

subjectif. Il s'agira principalement de prendre en compte les particularités juridictionnelles en droit interne (§1), dont la spécificité est de rapprocher les ordres juridictionnels (§2).

Paragraphe 1. La prise en compte des particularismes juridictionnels

234. La distinction la plus caractéristique en droit interne et celle entre le droit privé et le droit public. Or, cette distinction très forte à ses débuts a perdu de sa prégnance lorsque les deux juridictions se juxtaposent pour intervenir sur recours des actes des autorités conduisant à un partage entre les juridictions (A). L'application du recours juridictionnel près des autorités sectorielles est des plus représentative (B).

A. La mise en adéquation avec le modèle européen du recours

235. **Les difficultés probatoires.** À ses origines, les recours formés contre l'Autorité de la concurrence étaient de la compétence des juridictions administratives. Aujourd'hui sous l'égide de l'ordre judiciaire, la « judiciarisation » de l'ADLC fait de la procédure de la Cour d'appel de Paris un second degré de juridiction. Il est notable que le droit de la concurrence ne voie pas de difficultés alors que les recours formés contre l'ADLC sont confiés aux juridictions judiciaires alors que ces mêmes recours portent sur des décisions administratives⁵⁹⁰.

236. Néanmoins, dans la définition étroite du contrôle de la légalité, la Cour de cassation et le Conseil d'État sont des juges de la légalité et ce depuis la reconnaissance de l'arrêt *Million et Marais* du 3 novembre 1997⁵⁹¹ conduisant les juridictions administratives à reconnaître les règles du Code de commerce aux activités de service public. Cet état de fait n'a pas fait débat au niveau européen quand la Cour énonce que « *lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins d'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiées par les États à des organes internes déterminés, relèvent uniquement du système constitutionnel de chaque État*

⁵⁹⁰ P. DEVOLVÉ, *La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, in études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 47-70, passim ; J. DELMAS-MESRALET, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, EDCE, 1969, fasc. 22, p. 133-160, spéc. p. 140-141.

⁵⁹¹ CE Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. p. 406.

membre »⁵⁹². Dans ce cadre, la compétence reconnue en matière de recours des contentieux administratifs économiques conduit à un éclatement entre la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État. De même que la Cour de Paris, ce dernier n'est pas une autorité de la concurrence. Même si les juridictions administratives peuvent se prononcer sur la légalité du comportement de l'acheteur public au regard des règles sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles, elles ne peuvent pour autant prononcer les sanctions pécuniaires spécifiques qui relèvent de la compétence de l'ADLC.

237. **Un juste milieu difficile à trouver.** Si pour les juridictions judiciaires, le respect des règles du droit de la concurrence relève d'un double raisonnement : un raisonnement juridique dans lequel ils statuent sur recours des décisions de l'Autorité de la concurrence, et un raisonnement économique où la juridiction vérifie la conformité au droit de la concurrence et au droit autonome de la concurrence, la question du contrôle des juridictions administratives ne se fait pas sans heurts. Mises à l'écart du droit de la concurrence, les juridictions administratives ont retrouvé de la vigueur avec l'arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance*⁵⁹³ en incluant les règles de concurrence dans le bloc de légalité. La justification est-elle fondée ? Au regard, de l'analyse du contrôle de plein contentieux l'office du juge administratif rejoint le juge ordinaire. Dès lors que l'on s'abstrait de la simple délimitation juridique et que l'on s'affaire à l'analyse économique, l'opposition est dénuée de sens⁵⁹⁴. Professer l'existence d'une différence entre les deux, relève d'un certain dogmatisme. La Cour de justice avec l'arrêt *Otis*⁵⁹⁵ est d'ailleurs une bonne illustration de l'existence d'un contentieux administratif de la réparation des pratiques anticoncurrentielles⁵⁹⁶. Finalement le rapprochement s'appuie sur un juste équilibre dans le cadre du « *public enforcement* » et évoque l'action publique du droit pénal⁵⁹⁷ en droit anglo-saxon. De la même manière, cette distinction perd de son importance lorsque les règles de concurrence se rejoignent dans le recours juridictionnel près des autorités sectorielles. Les autorités sectorielles sont issues de la volonté d'ouvrir des monopoles historiques à la concurrence considérée comme des monopoles naturels. L'impulsion de ce

⁵⁹² CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten aff. jtes 51 à 54/71*, Rec. 1971, p.1107; V. CONSTANTINESCO, *Journal du droit international*, 1973, p. 523- 527.

⁵⁹³ CE Sect., 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441.

⁵⁹⁴ Cf notamment G. FARJAT, *L'analyse substantielle du droit économique*, préc., et C. CHAMPAUD, pour lequel « il faut admettre que le droit économique n'est ni « privatiste », ni « publiciste », in *Contribution à la définition du droit économique*, Dalloz 1967, chr. 215.

⁵⁹⁵ CJUE, 6 novembre 2012, *Otis*, aff. C-199/11, pt. 44.

⁵⁹⁶ CAA, Paris, 22 avril 2004, *Sté Dumez SA et al*, n°99 PA01103, Dr. Adm., 2004/8, comm. 128.

⁵⁹⁷ L. IDOT, *Regards sur les droits étrangers*, in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, colloque tenu à l'Université Paris 1 le 29 avril 2004, *LPA*, 20 janvier 2005, n°14, p. 46 et s., n°3.

changement est justifiée par le progrès technique. Au demeurant, si l'après-guerre a justifié les infrastructures de service public, elles ne sont plus en phase avec l'évolution technique et les préférences des utilisateurs.

B. La mise à l'écart de la spécialisation juridictionnelle

238. La Commission considère que certains secteurs particulièrement sensibles et font l'objet d'un contrôle des autorités spécialisées : le cas des services financiers et bancaires (AMF), l'énergie (CODIS de la CRE), les télécommunications et les services postaux (ARCEP), les services des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC), ou encore le secteur de la pharmacie et des transports (ARAFER) ... La distinction classique entre le droit privé et le droit public se retrouve dans la règle du recours contre les décisions. Les décisions qui visent au règlement d'un différend font l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, alors que les recours en contestation des sanctions administratives dépendent des juridictions administratives. Or, cette simplicité s'arrête là, puisque le choix des juridictions dépend du législateur : à l'exemple du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA)⁵⁹⁸ dont le règlement des différends dépend du Conseil d'État. Cependant, il faut reconnaître que la Cour de justice est devenue une juridiction majeure pour les recours, notamment les contentieux dans les secteurs clés de l'économie, ayant trait à aux décisions de l'Autorité de la concurrence ou de l'autorité boursière. C'est particulièrement en matière de concurrence et plus particulièrement les pratiques anticoncurrentielles, que la Cour d'appel de Paris, et elle devenue par la même la juridiction d'appel des tribunaux de première instance sur les questions de concurrence⁵⁹⁹. Elle valide la conception européenne des juridictions qui ont valeur d'autorité en application du droit européen devenant une « *chambre de la régulation* »⁶⁰⁰. En accroissant les compétences de la Cour d'appel de Paris, la spécialisation dans un secteur donné a pour avantage de favoriser « *l'habitude à connaître d'un contentieux peut apparaître comme un facteur d'accroissement des connaissances et de l'aptitude* »⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-8.

⁵⁹⁹ M. CHAGNY, *Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence* », Procédures n° 4, avril 2011, dossier 10.

⁶⁰⁰ T. FOSSIER, *La régulation judiciaire de la régulation économique – Interview*, Concurrences, n° 4-2009, p. 7-10.

⁶⁰¹ M. CHAGNY, *Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence* », préc., n° 6 ; S. ROZÈS, *Un profil nouveau pour les juges* », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT* : Dalloz, 1996, p. 435 et suiv., spéc. p. 438.

239. **L'intervention des juridictions.** L'application des règles de concurrence auprès des autorités sectorielles ou autorités administratives indépendantes (AAI) souligne cette double intervention des ordres de juridictions. Est posée la question de l'intervention des tribunaux judiciaires qu'à partir de 1986, à l'origine, le contrôle des actes des AAI relevait en principe des juridictions administratives. La présence à l'article L. 721-3 du Code de commerce de la compétence des tribunaux de commerce alors que le contrôle du secteur financier dépend de l'Autorité des marchés financiers (AMF) démontre une volonté de partage des deux ordres de juridiction. En matière de distribution des contentieux, la complexité est de mise dès lors que le législateur a réservé aux juridictions administratives certains actes, conduisant, en outre, à l'intervention du tribunal des conflits pour juguler la juxtaposition des droits.

240. L'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) est d'ailleurs représentative de cette complexité. La règle est simple au premier abord, l'ARCEP en tant qu'AAI est soumise au contrôle de ses actes par le juge administratif. Or, depuis, a été reconnue la compétence du juge judiciaire notamment pour les actes de l'Autorité de la concurrence, mais également de l'AMF. Difficile à considérer dans les faits qui selon la professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE est « *un retour au droit commun des activités concurrentielles, quand bien même elles sont menées par des personnes publiques quand bien même elles le sont en considération d'un impératif de service public* »⁶⁰². En l'état, il semble que la qualification des actes de l'ARCEP n'est pas exclusive de l'un ou l'autre des deux ordres de juridictions. C'est ainsi que les deux lois du 9 juillet 2004 et du 20 mai 2005 ont permis à la Cour d'appel de Paris de connaître des recours en annulation ou en réformation dès lors que le contentieux met en cause des conventions de droit privé en s'appuyant sur les articles L. 36-8 et L. 5-6 du Code des communications électroniques et des postes (CPE)⁶⁰³ alors que les recours de pleine juridiction relèvent du Conseil d'État⁶⁰⁴. D'ailleurs, les autorités qui se caractérisent par leur indépendance ne font pas obstacle au contrôle des juridictions « *les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises conformément à l'article 20 ou 21 de la présente directive agissent*

⁶⁰² M. -A. FRISON-ROCHE, *Questions sur la naissance d'une instance de régulation, pour l'électricité*, Article G.2. *Chronique de droit économique dans le monde*, mars 1998, octobre 2002. *Monde*, 22 septembre 1998. *Le Monde*, 22 septembre 1998.

⁶⁰³ Article L. 36-8 du CPE : « *IV.-Les recours contre les décisions et mesures conservatoires prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application du présent article sont de la compétence de la cour d'appel de Paris* » et l'article L. 5-6 du CPE : « *Les décisions prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peuvent faire l'objet, devant la cour d'appel de Paris, d'un recours en annulation ou en réformation* ».

⁶⁰⁴ Article L. 36. 11 du CPE.

en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit de l'Union européenne. Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel. Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmer les décisions prises par les autorités réglementaires nationales »⁶⁰⁵. Il apparaît deux lignes de front « les recours contre les décisions de règlement des différends [sont attribués] à la Cour d'appel de Paris » et « les recours contre les décisions répressives » sont du ressort du Conseil d'État⁶⁰⁶.

241. Voici l'exemple d'une entreprise requérante, ILIAD, opposé dans un litige avec FRANCE TELECOM sur une décision de l'ART⁶⁰⁷ (devenu l'ARCEP), FRANCE TELECOM avait déjà fait l'objet d'une décision de l'Autorité de la concurrence, le 18 juin 1999, laquelle avait prononcé des injonctions le 29 septembre 1998 « pour abus de position dominante sur le marché de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone et lui a infligé à ce titre des sanctions pécuniaires ». FRANCE TELECOM saisit la Cour d'appel de Paris, laquelle confirme le prononcé des injonctions. Le 4 décembre 2001, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par France TELECOM. Devant l'impossibilité de faire respecter les conditions tarifaires imposées par la Cour de cassation. La société ILIAD saisit l'ART pour une demande de règlement des différends avec FRANCE TELECOM conduisant à une décision, le 23 septembre 2003. Un nouveau recours est formé par FRANCE TELECOM devant la Cour d'appel de Paris, le 6 avril 2004. Aux différents griefs adressés sur le fond et la forme, France TELECOM oppose l'incompétence de l'ART. Or, la Cour d'appel de Paris ne remet pas en cause la compétence de l'ART, mais annule la décision de l'ART pour non-respect du principe du contradictoire, mais confirme dans le même temps la décision sur le fond des dispositions imposées à FRANCE TELECOM.

242. La décision de la Cour d'appel de Paris a porté sur le fond d'une décision de l'ART. Le contrôle opéré par la Cour ne remet pas en cause le contrôle réalisé par l'autorité de régulation. On peut émettre des réserves sur la question du recours par les juridictions. Pourtant, dans une

⁶⁰⁵ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 3§3 bis.

⁶⁰⁶ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Droit. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011, p. 845.

⁶⁰⁷ CA de Paris, CT0175, du 6 avril 2004.

autre affaire, l'Autorité des marchés financiers illustre sa compétence dans le domaine de la responsabilité concurrentielle. La société requérante WENDEL conclut avec quatre établissements de crédit (les banques) des contrats de « Total Return Swaps » (TRS) dans le but d'acquérir des titres de la société SAINT-GOBAIN⁶⁰⁸. Opération financière visant à une prise de participation a fait l'objet d'une décision de l'AMF le 13 décembre 2010 en prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société WENDEL et M. X (Dirigeant de la société) pour la mise en cause d'un comportement « *destiné à lui permettre d'acquérir une participation significative dans le capital de la société Saint-Gobain* ». La société WENDEL fait grief de la décision devant la Cour d'appel de Paris du 31 mai 2012.

243. Implicitement, l'action revient à ce que le juge se prononce sur l'absence de l'égalité des armes et l'incompétence de l'AMF a prononcé une sanction sur l'absence d'information au public, « *sur le fondement par ce dernier à l'article 223-2 du règlement général de l'AMF de ne pas avoir porté à la connaissance du public, avant d'être soumise à l'obligation de déclaration de financement de la hausse du seuil de 5%* ». Sans aborder la question du comportement au nom de la transparence, dans l'objectif d'acquérir une part significative du capital de SAINT-GOBAIN. De manière subsidiaire, la société WENDEL s'appuie sur la confidentialité de l'affaire à l'article 223-6 alinéa 2 du règlement général de l'AMF. Or, la juridiction a conclu à la répression d'un comportement sans le nommer formellement de comportement anticoncurrentiel. La Cour de cassation reprendra la décision de la Cour en rejetant le pourvoi de la société WENDEL. On mesure une nouvelle fois la difficulté engendrée par l'intervention de l'AMF en matière de contrôle des opérateurs boursiers. Au demeurant, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont dû prendre la mesure des difficultés susceptibles d'ouvrir la voie des comportements opportunistes des sociétés. Le raisonnement des autorités sectorielles ne s'appuie pas toujours clairement sur le droit de la concurrence alors que le but général est la lutte contre les monopoles et plus notablement des concentrations. La procédure de contrôle impose un recours de pleine juridiction selon les principes du procès équitable. Le droit au recours en droit français a d'ailleurs été conçu comme une véritable instance.

244. Le fondement de l'action du recours pour les autorités semble relativement opérant. Le droit de l'Union européenne, source directe des pouvoirs des autorités sectorielles⁶⁰⁹ confère

⁶⁰⁸ Cass. Com., 27 mai 2015, pourvoi n°12-21.361.

⁶⁰⁹ Concernant le pouvoir de sanction, il est à la source des pouvoirs de l'A.R.C.E.P., de la C.R.E. pour la France.

les droits au recours. En revanche, si l'on considère le contrôle exercé par les juges, cela implique nécessairement le contrôle des faits. En tout état de cause, le recours pour excès de pouvoir ne pose pas de difficulté lorsque le juge a la possibilité d'opérer un contrôle normal. C'est donc à notre sens dans le rapprochement des ordres juridictionnels qu'il faut rechercher la limite des pouvoirs du juge en matière de droit économique.

Paragraphe 2. Le rapprochement des ordres juridictionnels

245. L'alignement du contrôle des autorités sectorielles sur les modalités du droit commun conduit à soumettre le recours aux différentes voies de droit du droit commun conformément aux principes d'attribution des compétences en cours en France.

246. Il est utile de rappeler que les voies de recours se partagent entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives en fonction des pouvoirs de la Cour soit par la voie de pleine juridiction, par la voie d'annulation ou en fonction de l'objet du recours lorsqu'il s'agit d'un contentieux objectif ou subjectif. Par ailleurs, la complétude du système est formée par le présupposé qu'ils relèvent du droit administratif ou du droit judiciaire. On choisira de revenir sur le fondement du droit au recours (A) et sa mise en œuvre par le recours de pleine juridiction (B).

A. Le fondement du droit au recours

247. **L'article 263, alinéas 4 et 5, du TFUE.** En vertu de l'article 263, alinéas 4 et 5, du TFUE, « *Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard* ». La possibilité du recours dans l'Union à l'article 263 du TFUE est donc gage de plus de contrôle juridictionnel puisque la compétence de la Cour de justice est posée comme un principe à l'ensemble des systèmes juridiques.

248. Or, les pouvoirs des autorités administratives dans les secteurs régulés tirent leurs sources de l'application du droit de l'Union européenne rendant obligatoire un droit aux citoyens par le biais d'une juridiction nationale. En posant ce principe, l'Union européenne est sensible à ce que les droits subjectifs soient respectés et bénéficient d'une protection effective. En posant ce critère, le droit au recours s'inscrit dans cette volonté d'effectivité du droit de l'Union. Le contrôle juridictionnel rentre donc dans le champ de la coopération juridique en rendant la protection « *la plus étendue possible et ne connaître aucune faille* »⁶¹⁰. Ce mécanisme du droit européen répond à une logique affichée de protection contre l'arbitraire⁶¹¹. Le changement de perspective s'opère autour d'une politique qui intègre les principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Désormais, il faut voir que le contrôle juridictionnel doit s'opérer selon le principe de l'effectivité, mais selon la tradition constitutionnelle en cours dans l'État membre⁶¹².

249. **L'influence de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.** En effet, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme généralise le contrôle juridictionnel de l'administration et notamment les autorités sectorielles. L'interprétation et l'appréciation de la validité des décisions par le juge emportent la volonté de garantir une application uniforme du droit de l'Union. La juridiction de Strasbourg n'est pas amenée à résoudre directement les cas soumis au juge interne. Mais la juridiction interne procède au contrôle dans le cadre du droit à un procès équitable, reconnu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme laquelle débouche sur le droit d'accès au tribunal selon les caractéristiques en droit interne. La juridiction ne préjuge pas d'une affaire. Elle se borne à dire le droit pour le cas échéant, lorsque l'acte est invalide. Le fondement du recours se justifie par les critères afférents au contrôle. Par ce biais, les autorités sectorielles sont soumises au contrôle juridictionnel pour autant qu'elle rentre dans le rang de la juridicité tel que le recours pour excès de pouvoir.

250. **Le recours pour excès de pouvoir.** Les modalités de contrôle dans les mêmes termes que l'article 263 du TFUE fonde le recours pour excès de pouvoir qui est le respect de la légalité,

⁶¹⁰ V. P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 14, 2002, spéc. p. 64.

⁶¹¹ V. CJCE., 13 décembre 1991, Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA., aff. C- 18/88, points 34-36 (Recueil, p. I-594). V. aussi CJCE., 12 mars 1987, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, aff. 178/84 (Recueil, p. 1227), pt 46.

⁶¹² V. S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1998.

plus généralement on parle de l'*ultra vires* en droit anglo-saxon qui est l'équivalent de l'excès de pouvoir français. Une possibilité en droit interne qui est indiquée par le Conseil d'État comme un moyen d'assurer « *le respect de la légalité* »⁶¹³. Ils ne sont pas autorisés à répondre des « illégalités dans la compétence ». Ils ne s'expriment pas comme le note le professeur Pierre DEVOLVÉ, selon « *la part d'opportunité qui existe dans leur contrôle* »⁶¹⁴. Qu'elles que soient leurs compétences et quel que soit le rang dans la hiérarchie des normes, toutes les juridictions sont concernées au terme du contrôle de la conformité à une norme même si l'administration a l'opportunité de s'écarter de la légalité.

251. **La faculté observée dans la procédure.** Procéder à un contrôle reste une faculté pour le juge national. À cet effet, le professeur Jacqueline MORAND-DEVILLER estime que « *les larges pouvoirs accordés au juge administratif pour 'diriger l'instruction' sont généralement justifiés par sa capacité à corriger l'inégalité des parties et à servir l'intérêt général* »⁶¹⁵. Procéder au recours est donc un véritable pouvoir que la juridiction exerce lorsque « *la procédure est entièrement dirigée par le juge et non pas confiée aux parties en litige* »⁶¹⁶. Cette liberté est grande dans l'appréciation de la validité telle que les deux procédures, civile et administrative, de manière didactique sont irréductibles l'une de l'autre⁶¹⁷. Dans tous les cas, le choix est donc déterministe selon l'acte en cause, ce qui conduit le juge d'instruction à diriger seul l'instruction⁶¹⁸. Le caractère particulier des pouvoirs du juge est plus relatif en droit judiciaire là où le juge administratif est libre dans la manière d'appliquer le contrôle surtout avec le développement des pouvoirs d'injonction du juge administratif⁶¹⁹ comme l'illustre l'arrêt *Le Cun* et *Atom* lorsque lors d'un recours pour excès de pouvoir le Conseil d'État devient le juge de plein contentieux⁶²⁰.

⁶¹³ CE Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Recueil Lebon p. 111 : R.D.P. 1951, p. 478, concl. J. DELVOLVÉ, note M. WALINE.

⁶¹⁴ P. DELVOLVÉ, *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité*, in « *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 295.

⁶¹⁵ J. MORAND-DEVILLER, *Le contrôle de l'administration : la spécificité du juge administratif et du juge judiciaire*, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, Paris, Economica., spéc. p. 188.

⁶¹⁶ F. GAZIER, *Procédure administrative contentieuse (Principes généraux de la)*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, n° 17 suiv.

⁶¹⁷ C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 38, 1962, spéc. p. 442 : « *La nature des procès portés devant le juge administratif, la considération de l'inégalité des parties, provoquent l'originalité des principes de la procédure administrative contentieuse. La loi protège l'intérêt public ; le juge protège les justiciables privés* »

⁶¹⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, Précis Domat, 2008, p. 817, n° 958.

⁶¹⁹ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Presses Universitaires de France, P.U.F., Droit fondamental, 2008, préc., n° 415.

⁶²⁰ Conseil d'État, 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, n° 118382, concl. SAINT-PULGENT, RFDA 1991 p. 612.

252. **Le caractère objectif ou subjectif du recours.** Le contrôle juridictionnel semble être la voie choisie pour la majorité des autorités sectorielles. C'est en effet un gage de bonne justice pour le requérant encore faut-il qu'il manifeste un intérêt à agir. Il s'agit de s'assurer *a minima* du respect du droit sans que cela dégénère en anarchie ou en arbitraire dans la mesure où le droit est bien appliqué ou encore que les obligations soient bien exécutées. L'enjeu est l'objectivité selon le professeur DUGUIT⁶²¹ : un débat est donc parfaitement illustré entre la volonté de conformité du droit et la question du justiciable auquel on reconnaît un droit subjectif⁶²².

253. **Les modalités.** Le juge teste la légalité selon des éléments concrets de la décision. Le droit de la régulation ne fait pas exception, le but est l'annulation de l'erreur de droit ou la constatation d'un défaut de base légale⁶²³. Aussi comme le fait remarquer justement le magistrat LAFERRIERE sur le recours pour excès de pouvoir « *l'action est dite recevable lorsqu'elle remplit les conditions nécessaires pour qu'elle soit reçue par le juge et examinée dans ses moyens et conclusions ; elle est dite bien ou mal fondée, selon que les conclusions de la demande paraissent ou non justifiées* »⁶²⁴. Ce constat, relativement pragmatique, est conforté par le droit européen avec pour obligation un contrôle factuel ou de droit⁶²⁵. Il est donc acquis en droit pour l'autorité que l'acte peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dès lors que les conditions sont réunies. Un postulat qui souffre d'une exception lorsque les faits sont mal qualifiés par l'autorité administrative qui, par principe, impose au juge d'intervenir.

254. Le contrôle de proportionnalité quant à lui porte sur l'existence ou la qualification des faits. Le juge y répond par une appréciation des faits en estimant que la réponse de l'autorité administrative est en accord avec les faits en présence. C'est ainsi que Maryvonne de SAINT PULGENT explique que « *le passage au contrôle normal dans l'arrêt Le Cun n'entraînerait pas nécessairement une modification de la jurisprudence Lebon* »⁶²⁶. Le contrôle est alors susceptible de tenir compte de l'ensemble des aspects de la décision, l'erreur manifeste

⁶²¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, LGDJ, 3^e d., tome 2, 2018, p. 475, § 31 : A. HEILBRONNER, *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, Recueil Dalloz, 1953, chron., p. 35.

⁶²² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 205

⁶²³ P.-L. FRIER, *Motifs (contrôle des)*, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, préc., n° 9-32, 2020.

⁶²⁴ E. LAFERRIERE, *Chapitre II – Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir*, *Revue générale du droit* en ligne, 2020, n°52446.

⁶²⁵ CE, Ass., 17 février 1950, *ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, Recueil Lebon, p. 110 (RD publ. 1951.478, concl. J. DELVOLVÉ, note M. WALINE.

⁶²⁶ Conseil d'État 6^{ème} sous-section 22-06-2007 N° 272650, *Contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires prononcées par la commission nationale des experts en automobile*.

d'appréciation et la disproportion. Le contrôle de proportionnalité est retenu par le juge de la même manière que l'administration⁶²⁷ dans un recours de pleine juridiction.

255. **L'évolution cohérente du recours en France vers la pleine juridiction.** Comme souvent en droit, l'évolution du recours contre les décisions des autorités sectorielles s'explique en partie par l'influence du droit européen ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En pratique, le recours de pleine juridiction est devenu la norme notamment en matière de sanction administrative.

256. Dans l'hypothèse, où la situation mérite d'être observée « *toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'État d'un recours de pleine juridiction* »⁶²⁸. Cette jurisprudence ancienne milite pour la pleine juridiction et a été repris depuis l'arrêt *Le cun*. Pourtant, c'est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a immanquablement appuyé ce type de recours, le recours en cassation étant dans l'impossibilité de corriger les défauts d'instance des juridictions administratives. En effet, dans l'affaire *Le compte, van Leuven et de Meyere*⁶²⁹, la Cour européenne des droits de l'homme souligne qu'il « *n'entre pas dans ses attributions (la Cour de cassation) de corriger les erreurs de fait que commettraient les conseils d'appel ni de contrôler la proportionnalité entre faute et sanction* ». Elle considère par cette décision que le recours en cassation devant une juridiction judiciaire ne remplit pas les conditions de la pleine juridiction. Ceci peut paraître d'autant dommageable que l'on ne peut aménager un recours respectant les règles du procès équitable. Aussi, si elle ne respecte pas les conditions de l'article 6 de la CEDH, le recours en cassation devant le Conseil d'État peut-il répondre à cette exigence ?

⁶²⁷ M. Fromont, *Le principe de proportionnalité*, AJDA 1995 p. 156. V. aussi J. ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, AJDA 1996 p. 185. V. aussi G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 179, 1996 ; G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, Mélanges offerts à M. WALINE, *Le juge et le droit public*, 1974, p. 297 ; M. GUIBAL, *De la proportionnalité*, AJDA 1978, p. 477 ; J.-P. COSTA, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État*, AJDA 1988, p. 434 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990 ; J. MEKHANTAR, *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, Thèse dactyl., Paris II, 1990 ; D. PEANO, *Recours pour excès de pouvoir, Contrôle de la légalité interne*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152, n° 153 suiv..

⁶²⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁶²⁹ CEDH, AFFAIRE LE COMPTE, VAN LEUVEN ET DE MEYERE c. Belgique, Requête no 6878/75 ; 7238/75.

257. Le recours pour excès de pouvoir peut apparaître comme la solution pour répondre aux conditions de l'article 6. L'avis ROUXEL du 27 septembre 1999, la CEDH exclut le recours de pleine juridiction concernant une affaire, mais introduit la possibilité d'un recours de pleine juridiction à la demande du requérant sur un recours pour excès de pouvoir. Avec l'instauration de ce type de procédure, elle remplit les conditions de l'article 6§1 de la CEDH. Toutefois, le recours de pleine juridiction est venu du législateur qui semble pallier l'absence de contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État lors d'un recours pour excès de pouvoir. Aussi quoique les conditions se cumulent, il semble évident que l'évolution naturelle des décisions du Conseil d'État se tourne vers le plein contentieux. À cet égard, le Conseil d'État pose le principe « *qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration* »⁶³⁰ : c'est alors que la formule du Conseil d'État est adaptée. En effet, « *il y a lieu pour le Conseil d'État, statuant comme juge de plein contentieux sur la demande de la [société], d'appliquer ces dispositions à l'infraction commise par cette société* ».

258. Les autorités spécialisées sont nées de la volonté de l'Union européenne d'ouvrir au marché des monopoles d'État et ce en application du principe de primauté du marché et de la libre concurrence rappelée par le traité et notamment l'article 4 du traité CE. Cependant, de la même manière que l'Autorité de la concurrence, les décisions des autorités spécialisées tiennent leurs pouvoirs du droit de l'Union européenne et justifie la possibilité d'un recours juridictionnel. Ce droit est d'ailleurs reconnu pour certains secteurs⁶³¹, reprenant les écrits de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux⁶³². Dans l'optique d'une protection des

⁶³⁰ CE, Ass., 16 février 2009, 274000, Publié au recueil Lebon.

⁶³¹ Directive 2002/21/CE modifiée, article 4§ 1 : « *Les États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions efficacement. Les États membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace* ». Aussi article 37,§ 17, de la directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE ; article 41§ 17, de la directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

⁶³² C.J.U.E., 8 décembre 2011, *KME Germany AG c. Commission européenne*, aff. C-272/09 P ; C.J.U.E., 8 décembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commission européenne*, aff. C-386/10 P ; C.J.U.E., 8 décembre 2011, *KME Germany AG c. Commission européenne*, aff. C-389/10 P. Chacune des affaires réitère le principe du recours contre les décisions de la Commission en reprenant les éléments de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

justiciables au nom du droit de l'Union européenne, la Cour de justice s'assure que les droits soient effectivement respectés⁶³³. Elle met en balance entre une protection par le droit « *la plus étendue possible et ne connaître aucune faille* »⁶³⁴ et une institution administrative qui peut manifester une « *attitude arbitraire ou systématiquement défavorable envers les appareils importés* »⁶³⁵ et remette en cause la liberté des échanges.

259. Afin d'assurer un recours effectif pour les justiciables, non seulement elles ne doivent pas porter atteinte aux droits des justiciables, mais également ne pas remettre en cause la compétence des États membres dans la répartition des juridictions⁶³⁶. Par conséquent, « *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* »⁶³⁷. L'État membre a donc compétence pour fixer les modalités d'organisation et procédurales. Ce principe implique que les recours formés contre les décisions de l'autorité doivent s'effectuer « *dans le respect des formes et procédures du droit national* »⁶³⁸.

B. Le recours de pleine juridiction

260. On définit traditionnellement le recours de contentieux par un recours qui s'exerce devant une juridiction administrative, comme les juridictions de droit privé, entre deux parties au litige. Si l'existence de cette procédure suppose la reconnaissance d'un contrôle de plein contentieux (1), c'est de manière incertaine qu'il semble faire l'objet d'une évolution (2).

⁶³³ A. ARNULL, *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?* European Law Review, 2011, p. 51 et suiv.

⁶³⁴ P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 14, 2002, spéc. p. 64.

⁶³⁵ Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, considérant 12.

⁶³⁶ CJCE., 27 novembre 2001, Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche, aff. C-424/99 (Recueil 2001, p. I-09285).

⁶³⁷ CJCE., 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33-76 (Recueil 1976, p. 1989).

⁶³⁸ CJCE., 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen.*, aff. 39/70 (Recueil, p. 49). G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, préc., spéc. p. 316.

1. La construction d'un contrôle de plein contentieux

261. Les textes mettent en avant le recours de pleine juridiction contre les décisions de l'ensemble des autorités sectorielles en matière de règlement des différends⁶³⁹, de mesures d'urgence annexes⁶⁴⁰ et enfin de sanctions⁶⁴¹. Pour les autres types de recours, il requiert du recours pour excès de pouvoir⁶⁴², même si cette condition de pleine juridiction ne dispense pas le Conseil d'État de considérer l'ensemble des motifs. Ce recours de pleine juridiction est devenu le recours de droit commun en matière de sanction administrative⁶⁴³. Ce recours semble correspondre aux conditions fixées par la jurisprudence européenne en matière des droits de l'homme⁶⁴⁴. Mais, ce recours de pleine juridiction doit s'effectuer pleinement. Dans l'affaire *STENU c/ France* en 1991⁶⁴⁵, le Conseil d'État dispose normalement d'un pouvoir de pleine juridiction seulement elle déclare que la violation de l'article 6 de la CEDH ne s'applique qu'aux sanctions pénales. Dès lors, elle s'interdit d'examiner les éléments de l'affaire, en absence d'une compétence de pleine juridiction⁶⁴⁶. L'existence de ce recours de pleine juridiction est devenue une exigence du droit interne en matière de sanction administrative.

262. C'est donc le pouvoir du juge qui requiert l'établissement d'un recours de plein contentieux. Mais ce recours ne se distingue du recours pour excès de pouvoir qu'à ce niveau,

⁶³⁹ Article L. 5-6 du Code de la procédure civile, article R. 331-75 du Code de la propriété intellectuelle, article L. 2134-3 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁶⁴⁰ Article L. 36-8-III du Code de la procédure civile.

⁶⁴¹ Article L. 36-11-5° du Code de la procédure civile ; article 40-7° de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; article L. 2135-8 du Code des transports.

⁶⁴² Conseil d'État, 30 décembre 2002, Mme de RIMONTEIL de LOMBARES, Recueil Lebon p. 490.

⁶⁴³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 13^e éd., 2008, p. 240.

⁶⁴⁴ C.E.D.H., 2^e sect., 27 août 2002, Didier c. France, n° 58188/00 (La Semaine Juridique Édition Générale n° 46, 12 novembre 2003, II 10177, note G. GONZALEZ) : « La Cour relève que l'article 8 du décret n° 96-872 du 3 octobre 1996 relatif aux formations disciplinaires du CMF prévoit un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État. La Cour en tire la conséquence que l'article 2 du Protocole n° 7 n'a pas davantage été violé que l'article 6§ 1 de la Convention. La Cour considère en effet que, quelle que soit la qualification qui lui est donnée en droit interne, le Conseil des marchés financiers, selon les critères de sa jurisprudence et la notion autonome qu'elle a d'un «tribunal» au sens de l'article 6§ 1 de la Convention, doit être regardé comme un «tribunal» au sens de ces dispositions (voir, par exemple, l'arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, série A n° 84, § 36). Elle observe en outre qu'un «tribunal» au sens de l'article 6 l'est également au sens de l'article 2 du Protocole n°7 (décision *Hauser c. Autriche* du 16 janvier 1996, D.R. 84, p. 164). La Cour note enfin que le contrôle exercé par le Conseil d'État sur les décisions du CMF est un contrôle de pleine juridiction, si bien qu'en se livrant à ce contrôle le Conseil d'État est lui aussi un «organe judiciaire de pleine juridiction», c'est-à-dire un «tribunal» (voir a contrario l'arrêt *Diennet c. France* du 26 septembre 1995, série A n° 325-A, § 34). Dans ces conditions, la Cour estime que le requérant a eu droit à un double degré de juridiction en matière pénale, conformément aux stipulations du premier alinéa de l'article 2 du Protocole n° 7. Il s'ensuit que ce grief doit également être rejeté comme manifestement mal fondé, en application de l'article 35§§ 3 et 4 de la Convention ».

⁶⁴⁵ Commission E.D.H., 30 mai 1991, *Société STENUIT c. France*, n° 11598/85.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

c'est la raison pour laquelle le professeur CHAPUS parle de recours objectif de pleine juridiction. Il s'agit d'un contentieux objectif dans lequel le juge dispose d'un pouvoir de modulation, allant ainsi « au-delà de l'annulation ». Le juge dispose dans l'exercice de ses compétences d'un pouvoir de plein contentieux : en matière répressive pour la juridiction administrative ou en matière de règlement des différends devant la Cour d'appel de Paris, le juge dispose d'un véritable pouvoir de plein contentieux. En effet, l'amplitude de ce recours de plein contentieux « *en combinant l'exercice de ses pouvoirs d'annulation et de réformation de l'acte administratif, le juge de plein contentieux objectif s'est octroyé un très large pouvoir de réformation de l'acte* »⁶⁴⁷. Cependant, une distinction doit être opérée dans la mesure où le juge n'a pas annulé la décision de procéder à une modification ou un ajour à l'acte administratif. En revanche, lorsque l'acte est annulé, il s'agit d'appliquer une substitution de l'acte par une nouvelle décision qui s'impose à l'autorité administrative à l'origine de l'acte. La substitution de cet acte suppose que le juge dispose des mêmes pouvoirs que l'autorité administrative. On parlera plus communément d'un pouvoir qui s'effectue « *de la plus minime rectification... à sa modification la plus substantielle* »⁶⁴⁸.

263. Dans un recours de plein contentieux, le juge peut annuler ou réformer la décision de sanction, en substitution de l'acte en cause. Cette possibilité s'effectue dans le cadre d'une erreur de droit sur l'existence de l'infraction qui au demeurant peut conduire le juge à diminuer la portée de la sanction. Sur le conseil du marché à terme, l'ancienne autorité boursière a pu considérer qu'il fallait « *réduire la sanction prononcée en la limitant au blâme et à une sanction pécuniaire d'un montant de 100 000 F* »⁶⁴⁹ en l'absence d'une infraction caractérisée. De même dans une décision du Conseil d'État, le juge administratif considère qu'il est de la compétence du juge d'examiner « *la régularité de la notification et le bien-fondé de chaque grief attaqué* », afin de revenir sur les « *les griefs non régulièrement notifiés et ceux qui ne lui paraissent pas fondés* », et ce pour adapter « *la sanction à la gravité des faits qui peuvent être valablement reprochés au requérant* »⁶⁵⁰. Dans ce dernier cas, le juge est amené à juger de la régularité de la décision pour adapter la sanction à la différence de l'annulation. Le pouvoir du juge est de

⁶⁴⁷ H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse dactyl., Université Paris 2, Panthéon-Assas, 2007, spéc. p. 463 suiv.

⁶⁴⁸ *Ibid*, p. 464.

⁶⁴⁹ Conseil d'État, 4 mai 1998, *Sté de Bourse Patrice Wargny*, n° 164294. Pour un autre exemple de réduction : Conseil d'État, 15 mars 2006, *M. Olivier A*, n° 276375 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. RONTCHEVSKY. J.-M. WOEHLING, *La revanche du plein contentieux*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque anniversaire des tribunaux administratifs, 1995, p. 247.

⁶⁵⁰ Conseil d'État, 15 mars 2006, *M. LAURENT A.*, n° 276370 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. RONTCHEVSKY.

plein contentieux dès lors qu'il prend une décision ayant un caractère définitif. En effet, le juge dispose de « *la faculté de substituer sa décision à celle de l'autorité administrative, en la réformant le cas échéant, en prévoyant des dispositions et des injonctions et en statuant sur l'objet même du différend qui avait été soumis* »⁶⁵¹.

264. Concernant la Cour d'appel de Paris, notamment en matière de concurrence et de marché financier, elle peut annuler également une décision en s'appuyant sur le fond du litige⁶⁵². Le cas s'est présenté dans l'affaire *France Télécom C/ Iliad*, le juge a considéré une violation du principe de contradictoire justifiant une annulation de la décision et a examiné « *le différend dont l'Autorité était saisie* »⁶⁵³ de même, la Cour d'appel de Paris non seulement annule la décision, mais en « *statuant au lieu et place de l'Autorité* »⁶⁵⁴. Dans son rôle de recours juridictionnel, le juge qu'il soit administratif ou judiciaire dispose du pouvoir de réformation des décisions des autorités sectorielles en lieu et place de l'autorité en appliquant une « *régulation de deuxième niveau* »⁶⁵⁵. Néanmoins, ce pouvoir de réformation est tributaire des compétences de l'autorité administrative. Elle ne peut de son initiative s'octroyer des compétences supplémentaires quant aux compétences de l'autorité sectorielle qui a pris la décision. La Cour d'appel de Paris rappelle cette limite lorsqu'elle affirme qu'elle ne peut « *prononcer des condamnations tendant à l'exécution d'obligations contractuelles ou à la réparation d'un préjudice né de leur inexécution et pas davantage d'enjoindre la signature d'un contrat* »⁶⁵⁶. Une partie ne peut donc demander au juge lors du recours « *à vouloir faire trancher, au détour d'un recours contre une décision de l'Autorité, des questions dont elle n'a pas été saisie et qui n'ont pas été débattues devant elle* »⁶⁵⁷. En outre, si la procédure qui

⁶⁵¹ Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution, n° 335336.

⁶⁵² L. RICHER, *Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire)*, C.J.E.G., novembre 1990, pp. 367-379 ; L. RICHER, *L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 depuis 1989 : principales décisions du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris*, C.J.E.G., juin 1991, pp. 175-178 ; M.-C. BOUTARD LABARDE, Y. GAUDEMET, *Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence*, Les Petites Affiches, n° 50, 25 avril 1990, p. 7-14 ; P. DELVOLVÉ, *La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative*, Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 47-70 ; P. DELVOLVÉ, *La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières*, Bulletin Joly Sociétés, 1 juin 1990 n° 6, p. 499, n° 133.

⁶⁵³ Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n° RG 2003/18407 : Droit administratif, 2004, n° 7, comm. 117, p. 29-31, note M. SENAC de MONSEMBERNARD.

⁶⁵⁴ Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 3 avril 2007, Société Telegate c. Société Orange France, n° RG 2006/11319.

⁶⁵⁵ F. DUPUIS-TOUBOL, *Le juge en complémentarité du régulateur*, Petites affiches, 23 janvier 2003, n° 17, p. 17.

⁶⁵⁶ Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 24 février 2004, E.D.F. c. Société Sinerg, n° RG 2003/10671.

⁶⁵⁷ E. ROLIN, *La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'ART d'ouverture d'un nouveau pallier tarifaire pour l'accès — Internet à la minute*, La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications, n°26 juillet 2002, p. 6 suiv ; Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, n° 1709.

conditionne le prononcé de l'acte est irrégulière, il ne peut donc faire l'objet d'une réformation, mais oblige la juridiction de recours d'annuler la décision. Dans le sens inverse, si la décision doit être réformée, elle ne doit pas être annulée⁶⁵⁸. Sensible différence avec une procédure classique ou lorsque l'on interjette appel, il est toujours possible que la sanction soit plus forte que celle prise dans la juridiction de première instance. Dans le cadre du recours contre une décision d'une autorité administrative, la personne incriminée ne peut voir s'imposer une sanction plus grave que la sanction d'origine. Cet état de fait est confirmé par le Conseil constitutionnel en garantissant que l'exercice du recours « *ne peut conduire à aggraver sa situation* »⁶⁵⁹. Au contraire, le juge doit appliquer, dans le cas où l'intervention est justifiée, une sanction moins sévère⁶⁶⁰.

265. Pour autant, est ce que le recours peut-lui-même faire l'objet d'un recours ? La question ne se pose pas pour les juridictions administratives, mais concerne les juridictions judiciaires, les décisions de la Cour d'appel de Paris pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Le délai de recours auprès de la Cour de cassation est d'un mois⁶⁶¹ qui peut être étendu à deux mois si rien n'est spécifié par la loi⁶⁶². Les règles du pourvoi sont respectées lorsque la Cour de cassation rejette une observation de l'autorité administrative à l'exemple de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) qui s'est vu rejeter ses observations : « *Attendu qu'aucun texte ni principe n'habilite la CRE à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions ; que ces observations sont irrecevables* »⁶⁶³. Afin de respecter le caractère équitable de la procédure, la Cour considère qu'elle « *bénéficie de prérogatives de nature juridictionnelle, étant compétente pour trancher les litiges s'élevant entre différents acteurs de ce secteur* »⁶⁶⁴. Alors même que la Cour d'appel de Paris accepte les observations lors du recours, il apparaît « *qu'aucune autorité administrative indépendante ne dispose de la possibilité de déposer des observations devant la Cour de cassation, une telle initiative, devant la Cour d'appel de Paris, leur étant néanmoins reconnue* »⁶⁶⁵. Cependant, cette position est discutable selon l'autorité où des observations ont

⁶⁵⁸ Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H., 26 juin 2007, E.D.F. c/. SIPPAREC, n° RG 2006/19689.

⁶⁵⁹ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, cons. 31.

⁶⁶⁰ Conseil d'État, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000.

⁶⁶¹ Article L. 5-6 du CPC.

⁶⁶² J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile 2009/2010*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4^e éd., 2008, n° 51.72 (délai en matière de communications électroniques), n° 51.73 (délai en matière d'énergie), p. 225.

⁶⁶³ Cass, Com., sect., 22 février 2005, *Société Sinerg c/. Electricité de France* (E.D.F.), pourvoi n° 04-12.618.

⁶⁶⁴ Cass, Com., 12 décembre 2006, *société Western Télécom c/. France Télécom*, n° de pourvoi 05-19610.

⁶⁶⁵ P.-A. JEANNENEY, *La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie*, Recueil Dalloz 2005 p. 1835.

pu être appréciées par la Cour de cassation. En effet, elle « *a admis la recevabilité d'un mémoire présenté pour l'Autorité de régulation des télécommunications, considérant que celle-ci avait la qualité de défenderesse au pourvoi* »⁶⁶⁶. Cette règle dépend également des secteurs concernés. En matière financière, le président a la « *qualité pour agir au nom de celle-ci devant toute juridiction* »⁶⁶⁷. De même depuis la création de l'ADLC, le président peut former un pourvoi en cassation⁶⁶⁸. Si le droit au pourvoi diffère peu sur la procédure, si la décision de la Cour d'appel de Paris est censurée par la Cour de cassation, alors l'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Paris⁶⁶⁹. La Cour d'appel de Paris occupe une place essentielle dans le système. Son rôle fait partie maintenant du fondement constitutionnel de l'ordre juridique concurrentiel en France, au point que le Conseil d'État montre parfois une certaine réticence à contrôler les décisions des autorités en matière de droit de la concurrence. La manière dont procède la Cour d'appel de Paris montre à quel point elle cherche à préserver l'exclusivité de sa compétence en France. Ce n'est pas sans risque de dénaturation des compétences du Conseil d'État qui pourtant avait déjà appliqué les règles de concurrence dès l'origine avec l'arrêt *Million et Marais*⁶⁷⁰.

2. L'évolution du modèle de contrôle

266. **Un rattachement à l'analyse du juge.** Le rattachement à l'analyse du juge reprend l'analyse classique des faits de l'affaire pour prendre une décision afin de relever un problème lié à la légalité. A la généralité des termes, la réponse du juge administratif est d'annuler une erreur de droit de la façon la plus classique en tenant compte du défaut de base légale ou d'erreur de droit⁶⁷¹. Encore faut-il préciser les règles auxquelles le juge s'attelle pour sa mise en œuvre. Or, il ne s'agit pas de mettre en œuvre un quelconque critère de proportionnalité ou de nécessité, mais au contraire un examen des faits à l'origine de la décision. Seule est visée la capacité de

⁶⁶⁶ Cour de cassation, 1^{re} ch. 14 novembre 2000, *Sté Copper Communications*, D. 2000, IR p. 305, Bulletin 2000 I n° 291 p. 188 ; 5 mars 2002, *Sté Spacotel Communications*, n° 00-12.972.

⁶⁶⁷ Article L. 621-2-II du Code monétaire et financier.

⁶⁶⁸ Article L. 464-8 du Code de commerce.

⁶⁶⁹ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile 2009/2010*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4^e éd., 2008, n° 45.20, p. 211.

⁶⁷⁰ CE, Sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, Rec. Leb. p. 406.

⁶⁷¹ En France l'arrêt Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, *ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, Recueil Lebon, p. 110 (RD publ. 1951.478, concl. J. DELVOLVÉ, note M. WALINE). Dans cet arrêt le Conseil d'État juge que « *si cette disposition (...) a pour effet de supprimer le recours qui avait été ouvert au propriétaire par l'art. 29 de la loi du 19 févr. 1942 devant le conseil de préfecture pour lui permettre de contester, notamment, la régularité de la concession, elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ».

l'autorité administrative de garantir que la qualification a été examinée avec exactitude et ce n'est qu'à cette condition que le juge intervient.

267. En outre, le principe de proportionnalité permet au juge d'évaluer si la mesure est en accord avec les motifs. Cet instrument constitue un instrument de protection effective des droits de l'individu. Il permet de concilier la nécessité de contrôler « *si l'acte était le mieux adapté à la situation litigieuse et si n'existait aucune autre solution plus satisfaisante* »⁶⁷². On pourrait penser que cela correspond à un moyen de contrôle idéal du contrôle de proportionnalité. Il n'en est rien. La plupart des sanctions sont perçues par le juge à travers le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. L'arrêt *Lebon* de 1978 a tout de même donné l'occasion au Conseil d'État de se prononcer dans le cadre d'une procédure de proportionnalité en considérant qu'il « *lui incombe de vérifier, dans les termes de l'erreur manifeste d'appréciation, le lien de proportionnalité entre la faute disciplinaire commise par un agent public et la sanction prononcée* »⁶⁷³. L'encadrement strict dont le contrôle fait l'objet souligne ici que c'est l'impératif de proportionnalité qui est recherché et non l'exactitude de l'application de la règle. Sans doute le caractère strict aurait pu stériliser la protection de la règle de son fondement. Or passer par une définition stricte n'est pas toujours un avantage pour le requérant. Ainsi dans l'arrêt *Le Cun*, où le tribunal était saisi pour un recours pour excès de pouvoir visant de fait un contrôle restreint a distingué pourquoi il ne pouvait faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. La procédure aurait été accélérée si le contrôle pour excès de pouvoir avait en même temps été élargi à l'examen de la proportionnalité sans quoi la décision ne pouvait avoir de motivation. Cela signifie que, pour le Conseil d'État, le contrôle des sanctions administratives ne peut être opéré via le recours pour excès de pouvoir si le juge se contente d'opérer un contrôle restreint. Il n'est pas pour autant nécessaire de l'opérer *via* le recours de pleine juridiction⁶⁷⁴.

268. **L'aménagement et l'évolution des recours.** Parce qu'une brèche était ouverte pour les recours contre les décisions des autorités sectorielles, la France a choisi de reconnaître par

⁶⁷² F. MELLERAY, *Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)*, 2007, Répertoire de contentieux administratif, préc., n° 54.

⁶⁷³ A. de LAUBADÈRE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, Droit administratif général*, tome 1, LGDJ, 16^e éd., 2001, n° 1247. V. Conseil d'État., Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, Recueil Lebon p. 245.

⁶⁷⁴ C.-A. COLLIARD et R. LETTERON estiment qu'en droit constitutionnel le contrôle ou test de proportionnalité « *se présente comme un prolongement du contrôle de l'erreur manifeste* ». Il est utilisé dans deux hypothèses : « *D'une part, lorsque le législateur a dû opérer une conciliation entre deux exigences constitutionnelles, le juge vérifie le caractère équilibré, proportionné, de cette conciliation. D'autre part, lorsqu'un seul principe constitutionnel est en cause, il s'assure que la loi ne lui apporte pas une atteinte qui serait excessive* » (*Libertés publiques*, Dalloz, Coll. Précis, 8^e éd., p. 123-124).

extension le recours de pléines juridictions en matière de sanction administrative. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu juger qu'il « *appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanctions de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »⁶⁷⁵. Ainsi le Conseil d'État est compétent pour contrôler les infractions en infligeant une sanction dans le cadre d'un recours de pleine juridiction. Envisagée à l'aune des garanties constitutionnelles, la jurisprudence prévoit d'élever le contrôle des sanctions administratives. Comme on le verra par la suite, il ne s'agit en aucun cas d'une obligation. Même si la Cour européenne des droits de l'homme y a rattaché le recours en cassation. Or, pour que soit exercé un plein contrôle, elle l'a étendu au recours de plein contentieux des sanctions administratives.

269. Dans son arrêt *Le Compte*, la CEDH a saisi l'occasion offerte pour revenir sur un principe : « *il n'entre pas dans les compétences de la Cour de cassation de corriger les erreurs de fait ni de contrôler la proportionnalité entre faute et sanction [...]* ». Aussi l'article 6§1 relatif au respect des conditions du procès équitable ne permet pas à la Cour de cassation de pallier l'absence de recours juridictionnel effectif, pas plus qu'elle ne permet de pallier les insuffisances d'un recours de pleine juridiction. Le niveau de protection offert par le droit commun n'étant pas assez élevé, le Conseil d'État donne accès à son prétoire pour garantir la protection qui ne peut être assurée par une juridiction judiciaire. Pour autant, si cette possibilité a le mérite d'exister elle ne permet pas d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction. Au regard du processus juridictionnel, ce qui est retenu ici ce n'est pas l'absence du contrôle des faits, mais l'absence de recours au contrôle de proportionnalité. Il marque par nature une dégradation du système contentieux, car le rôle de la Cour de cassation lorsqu'elle « *contrôle la qualification juridique de faute et, par-là, si les faits imputés à la personne poursuivie sont de nature à justifier une sanction. Mais la juridiction de cassation ne vérifie pas que ces mêmes faits sont de nature à justifier la sanction qui a été prononcée ; autrement dit, elle ne s'assure pas que la sévérité de la sanction est adaptée à la gravité de la faute, cette appréciation relevant du pouvoir souverain des juges du fond* »⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ F. MELLERAY, *L'accroissement du degré de contrôle des sanctions professionnelles*, Droit Administratif n° 10, octobre 2007, comm. 145

⁶⁷⁶ J. PETIT, *L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales. Commentaire de l'avis du Conseil d'État*, Section, 5 avril 1996, M. Guy Houdmond », RFDA, 1997 p. 843.

270. La conception systémique du contentieux conduit à renvoyer à un problème de compatibilité avec la protection des droits fondamentaux. La démarche proposée par le juge Mattias GUYOMAR est intéressante. Pour lui, « *l'effectivité de l'intervention du juge sera assurée, au regard des exigences de l'article 6§1, soit par l'existence d'un contrôle de pleine juridiction soit, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, par l'existence d'un entier contrôle sur le pouvoir de sanction - motifs comme dispositif ce qui comprend l'appréciation des éléments de fait y compris en ce qui concerne l'adéquation entre la faute et la sanction* »⁶⁷⁷. Il faut dès lors se pencher sur les conclusions de l'arrêt *Le cun* pour comprendre que si le recours de pleine juridiction n'est pas une obligation pour le Conseil d'État, il traduit pourtant la prise de conscience du besoin de revenir sur la nécessité d'un recours de plein contentieux. Cette interprétation est résolument constructive. Le renvoi à une juridiction nationale de l'article 6 de la CEDH correspond donc à une lecture maximale du recours pour excès de pouvoir dans le cadre du contrôle de proportionnalité. La déconnexion effectuée par les traités, entre le contrôle juridictionnel et celui pratiqué par les autorités administratives, conduit à un avis du 6 mai 1976⁶⁷⁸ pour la mise en place d'un recours de pleine juridiction en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles. La Cour devait s'assurer de la garantie des droits qui en résulte puisqu'en tout état de cause la jurisprudence *Lebon* ne permettait qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Or, ce n'est que le recours pour excès de pouvoir qui permet l'annulation de la sanction. Cependant, la lecture de la jurisprudence a favorisé une structure restrictive de sa compétence qui contraint l'établissement d'un recours de plein contentieux en la matière. Ce choix marque une grande flexibilité juridictionnelle dans lequel le juge dispose d'un pouvoir de modulation.

271. **Le besoin de cohérence.** Les législateurs ont choisi librement entre obligation et renvoi de passer par le recours de pleine juridiction. Pour la première fois, le juge national pouvait se voir doter du recours de pleine juridiction. Aussi le danger de voir le juge être privé d'un contrôle de proportionnalité pour excès de pouvoir a motivé pour privilégier le recours de pleine juridiction. Seulement, la reconnaissance du législateur n'aurait cependant pas permis d'enclencher le mouvement si le Conseil d'État n'avait pas consacré le recours de plein

⁶⁷⁷ V. M. GUYOMAR, *Les sanctions infligées par une autorité administrative Commission nationale des experts en automobiles. Conclusions sur Conseil d'État*, Section, 22 juin 2007, M. P. ARFI, RFDA 2007 p. 1199.

⁶⁷⁸ Assemblée générale du Conseil d'État, 6 mai 1976, avis n° 317.341. La mise en place d'un recours de pleine juridiction en matière de concurrence peut aussi se justifier par la volonté de doter les juges des mêmes pouvoirs que la CJCE dans la même matière : V. B. CLEMENT, *Les nouveautés introduites dans le droit français de la concurrence par la loi du 19 juillet 1977*, Petites Affiches, n° 5 et 6 et ici n° 7 du 16 janvier 1978, spéc. p. 4-5.

contentieux comme recours de droit commun des sanctions administratives. Ainsi, il a pu affirmer « *qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration* »⁶⁷⁹. Le principe de protection juridictionnelle rend effective l'application du recours de pleine juridiction à l'ensemble des « *sanctions administratives pour lesquelles le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce trouve à s'appliquer* »⁶⁸⁰. Le législateur parachève donc l'évolution vers une prise en compte toujours plus importante de la pleine juridiction. L'apport est réel en termes de rapprochement entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. Fort de cette valeur interprétative, la France a pris appui à plusieurs reprises sur les dispositions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne pour faire évoluer la condition de légalité du recours de pleine juridiction pour les juridictions administratives.

272. **La consécration de la Cour d'appel de Paris.** Le législateur a consacré le droit à un recours juridictionnel réservé à la Cour d'appel de Paris en tant que principe général du droit commun, allant à l'encontre de la tradition constitutionnelle qui considère que les sanctions administratives ne relèvent que des juridictions administratives. L'application en France est implacable lorsqu'elle démontre une relative complexité⁶⁸¹. Le recours au juge judiciaire contribue donc à remettre en cause la séparation entre le droit privé et le droit administratif. Empreint d'une logique d'effectivité, il traduit la logique française de confier le contentieux des secteurs régulés aux deux juridictions. Le principe est en tout point en opposition avec *Le Competition Appeal Tribunal britannique*⁶⁸² ou le Collège d'appel du commerce et de

⁶⁷⁹ Conseil d'État, 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000 : S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, *L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ?* AJDA 2009 p. 583 ; RFDA 2009 p. 259, concl. C. LEGRAS ; Revue juridique de l'économie publique n° 665, juin 2009, comm. 30, note F. MELLERAY ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 20, 13 mai 2009, II 10087, note K. GRABARCZYK. Sur le basculement du contentieux du retrait du permis à point dans la pleine juridiction : D. BAILLEUL, *Le contentieux du retrait du permis à points, contentieux de pleine juridiction*, Droit Administratif n° 10, Octobre 2010, comm. 133 (CE, avis, 9 juill. 2010, n° 336556, Bertaux : JurisData n° 2010-011152). En revanche, le contentieux de la révocation des maires reste de l'excès de pouvoir, mais le juge exerce un contrôle normal : Conseil d'État, 22 mars 2010, Dalongeville, n° 328843 ; C.-A. DUBREUIL, *Le contrôle juridictionnel de la révocation des maires*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38, 20 septembre 2010, 2281. A. BA, *Le contrôle du juge administratif sur les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel*, Revue administrative, 2005, n° 345, p. 284-290, spéc. p. 288. V. S. ETOA, *L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives*, AJDA, 2012, p. 358-365.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ C'est spécialement en matière de recours contre les décisions de l'A.M.F. que l'insécurité juridique est la plus grande.

⁶⁸² T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Volume 127, Dalloz, Coll : Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013.

l'industrie aux Pays-Bas⁶⁸³. Concernant les conditions de la recevabilité des recours en droit français, aucune cour spécialisée n'a été créée à cet effet. En revanche la ligne de démarcation entre les juridictions est loin d'être claire lorsque l'on prend le cas du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Au premier abord, il semble se dégager une règle dans laquelle les recours pour les décisions répressives sont du ressort du Conseil d'État alors que les recours pour excès de pouvoir relèvent de la Cour de Paris⁶⁸⁴. Cependant, le Conseil supérieur de l'audiovisuel relève exclusivement de la Cour d'appel de Paris. Pour autant, les législateurs semblent satisfaits par le caractère complet du système des voies de recours et une tendance se dégage faisant de la Cour d'appel de Paris une juridiction spéciale en matière économique. Quoiqu'il en soit, le recours au juge judiciaire fait l'objet aujourd'hui d'une certaine banalisation. Personne ne voit d'inconvénients à ce que les recours se fassent devant une cour composée essentiellement de juristes sans connaissances économiques. Ainsi, lorsque les requérants invoquent leurs droits par rapport à l'Autorité de la concurrence ou l'Autorité des marchés financiers, on se réfère systématiquement à la juridiction de la Cour d'appel de Paris. La Cour d'appel de Paris, sollicitée sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles, a d'ailleurs été consacrée par la loi NRE du 15 mai 2001 dans le cadre de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence faisant de la Cour d'appel de Paris, la seule cour de seconde instance⁶⁸⁵.

273. Au terme de ces développements, il est possible d'affirmer un véritable mouvement au sein du contrôle des autorités sectorielles demeurant comme un rempart efficace contre les abus de position dominante caractérisé par les monopoles dans l'économie de réseau. Les autorités sectorielles peuvent en règle générale faire l'objet d'un contrôle de légalité ou d'excès de pouvoir qui relève des juridictions administratives. Il semble cependant acquis que le contrôle des actes des autorités bascule dans la vérification de l'application de leurs règlements portant

⁶⁸³ G. MARCOU, *Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé*, in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, Comparaisons et commentaires*, préc., p. 60 ; T. van der VIJVER, C. RUERS, *Netherlands : The establishment of 'super regulator' ACM*, février 2014, *Revue Concurrences* N° 1-2014, Art. n° 62197, p. 248-253.

⁶⁸⁴ C.S.A. : Conseil d'État, 27 juin 2005, *SARL Saprodif Méditerranée FM*, n° 258402 ; Conseil d'État, 18 décembre 2009, *Sté Canal Plus*, n° 310646. V. concernant les mises en demeure de la C.N.I.L. : Conseil d'État, réf., 5 septembre 2008, *Sté Direct Annonces*, n° 319071 : « *Considérant que la mise en demeure prononcée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, sur le fondement des dispositions précitées du I de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, indique à la Société Direct Annonces que, faite pour elle de se conformer aux injonctions qui lui sont adressées, elle s'expose à faire l'objet des sanctions mentionnées au même paragraphe ; que, dès lors, et contrairement à ce que soutient la commission, cette mise en demeure présente, non pas le caractère d'une mesure préparatoire, insusceptible de recours pour excès de pouvoir, mais celui d'une décision de nature à être contestée par la voie d'un tel recours* ; Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. MECHRI, n° 262851.

⁶⁸⁵ S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Coll. Précis, 2021, 16^e éd., n° 409. V. Code de l'organisation judiciaire, articles L. 311-11 à L. 311-13.

sur des règles de concurrence. Le recours juridictionnel auprès de la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation représente l'expression de cette nouvelle forme de contrôle des autorités de régulation, d'autant que ces dernières sont considérées comme spécialistes en matière économique.

274. On retiendra ici que si la procédure de pleine juridiction permet de rapprocher les deux ordres de juridictions pour le contrôle juridictionnel des autorités sectorielles, la Cour d'appel de Paris jouit d'une position favorable tant en droit privé qu'en droit public. Il est regrettable que le choix ne soit pas arrêté pour une juridiction de la régulation pleinement reconnue. La reconnaissance d'un seul tribunal de la régulation constituerait un pas certain pour une plus grande uniformité des recours des décisions des autorités sectorielles.

275. Aussi, cette section était consacrée à l'application du recours par les juridictions judiciaires et administratives dans les relations avec les opérateurs économiques, supposés jouir d'un traitement relativement favorable pour l'application des règles de concurrence pour les secteurs en situation de monopole. La procédure reste suffisamment ancrée dans les principes du droit commun pour créer la confusion dans les rapports avec les tiers.

Conclusion du Chapitre 1

276. L'examen du contrôle exercé par la Cour de justice démontre l'importance du juge sur le plan contentieux. Ce contrôle s'est aligné sur le modèle juridictionnel de droit commun, le Traité de Lisbonne n'a fait d'ailleurs qu'accroître la place du juge. Aujourd'hui, la Cour de justice s'inscrit dans un système juridique où le juge national apparaît comme un relais dans le contrôle des contentieux.

277. D'une part, il en résulte une coopération active dont la Cour de justice assure le respect par le biais de l'interprétation en mettant en avant la primauté du droit européen. Le mécanisme du recours préjudiciel est un instrument qui a fait la preuve de son efficacité en permettant une accélération des procédures.

278. D'autre part, l'alternative apportée par la Cour européenne des droits de l'homme est un garant des droits fondamentaux qui souligne la difficulté de l'adhésion des justiciables aux

décisions prises par les instances européennes. Il s'applique de manière induite en matière de décisions prises par la Cour de justice, mais s'avère plus beaucoup plus prégnant pour les juridictions de droit commun. En outre, le juge de droit commun investit le champ de compétence du contrôle des contentieux de concurrence pour les autorités sectorielles. Les tensions sont vives entre les juridictions nationales lorsque s'efface progressivement la frontière entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Aussi, pour l'instant, la protection juridictionnelle des justiciables subit l'absence d'une véritable juridiction spécialisée en matière de régulation qui éviterait l'instrumentalisation des distinctions juridictionnelles en France.

Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel cumulatif des pratiques anticoncurrentielles

279. Précédemment, on a vu que l'application des règles de concurrence est soumise, dans l'Union, à un système de contrôle juridictionnel. Au sein de ce système, la Cour de justice exerce légitimement un contrôle alors même que les juges interviennent déjà en la matière. Le contrôle était ici pluriel, placé entre les mains de différents juges, issus d'ordres juridiques différents, mais légitimer par leurs propres prérogatives.

280. À côté de cette coexistence des contrôles juridictionnels qui forme un équilibre impliquant un dialogue jurisprudentiel entre les interprètes, les juridictions nationales continuent à appliquer les règles de concurrence issue du droit interne de la concurrence. Mieux, c'est en support du droit des pratiques anticoncurrentielles que les prérogatives en matière de concurrence déloyale et des pratiques restrictives sous le contrôle des juridictions prennent une acuité particulière. Tant pour des raisons pratiques que dans le respect des législations en la matière, les traités ont confirmé ce rôle certain des juridictions.

281. La mise en œuvre de la concurrence déloyale et le régime des pratiques restrictives est naturellement le terrain de prédilection des juges. Il s'impose comme un relais des pratiques anticoncurrentielles à tel point qu'elle conforte même leurs compétences. De fait, l'entraide des juges s'est développée afin d'agir de manière complémentaire avec la sanction classique des comportements déloyaux (**Section 1**).

282. Par ailleurs, souvent considérée à tort de façon subsidiaire, l'action en termes de pratiques restrictives mettant en œuvre les principes de la responsabilité civile relève du contrôle exclusif des juridictions nationales. Si le rapprochement du régime des pratiques restrictives de concurrence du droit des contrats s'est imposé, dans le même temps, les réformes n'ont fait qu'intensifier le caractère restreint de l'action en matière de pratiques restrictives (**Section 2**).

Section 1. La sanction classique des comportements déloyaux

283. La fonction de la concurrence déloyale se montre extrêmement prégnante en matière de droit interne de la concurrence, notamment lorsque les pratiques fautives entre professionnels se trouvent sanctionnées au nom de la responsabilité civile. Le juge est donc amené à intervenir lorsqu'une faute constitutive d'une responsabilité civile entraîne une indemnisation de la victime du fait de la pratique de son auteur⁶⁸⁶. Tandis que le droit de la concurrence déloyale apparaît comme un moyen supplétif d'action du juge en droit de la concurrence (§1), ce dernier peut également paraître comme un moyen alternatif d'action du juge (§2).

Paragraphe 1. L'action du juge en concurrence déloyale comme moyen supplétif du droit de la concurrence

284. Pour définir la notion classique de concurrence déloyale, et suivant un plan convenu seront distinguées l'introduction de la notion de concurrence déloyale (A) et l'implication des pratiques constitutives de concurrence déloyale (B). Naturellement, la simplicité du plan ne peut éluder le caractère particulier de l'analyse des comportements déloyaux, en combinant plusieurs formes d'analyse.

A. L'introduction de la notion de concurrence déloyale

285. **Notion de concurrence déloyale.** La concurrence déloyale peut être définie comme « *un fait constitutif d'une faute qui résulte de l'usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence par l'emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle dans la compétition économique* »⁶⁸⁷. Cette formulation a un caractère général repris en partie de l'article 10 de la Convention d'Union de Paris⁶⁸⁸ comme « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ». On reconnaît notamment le rôle central du comportement, au point qu'il est inutile d'insister sur le caractère primordial de la conduite en droit de la concurrence. À cet effet, les codes de conduites que l'on

⁶⁸⁶ Article 1240 et suivant du Code civil.

⁶⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° « Concurrence déloyale ».

⁶⁸⁸ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

retrouve dans la *lex mercatoria*⁶⁸⁹ ont particulièrement nourri la mise en œuvre de la concurrence déloyale. De façon contre-intuitive à travers un mécanisme singulier du « *soft law* »⁶⁹⁰, la règle trouve son origine dans les pratiques, dans des standards de comportement dans les secteurs d'activité respectif. Même s'il n'a pas une valeur normative⁶⁹¹ en tant que telle, il est probable que son incidence la plus manifeste est de marginaliser le professionnel qui ne respecte pas les codes de conduite. En réalité, la caractéristique principale est l'analyse de la conduite dite « déloyale » en énonçant des principes de déontologie dans les relations entre professionnelles⁶⁹². Par déontologie, on entend des relations qui s'étendent « *aux usages du commerce* »⁶⁹³ ou encore à « *l'éthique des affaires* »⁶⁹⁴.

286. **Analyse classique du juge.** En somme, la situation est relativement simple. Le juge, pour prendre une décision, s'appuie sur une définition générale et abstraite comme le standard de comportement⁶⁹⁵. Cependant, le droit de la concurrence déloyale ne fait pas exception, le juge dispose d'un fort pouvoir d'appréciation répondant à des nécessités autant sur le plan moral que sur le plan déontologique dans les relations professionnelles⁶⁹⁶. Outre le fait que ces usages acquièrent un caractère obligatoire⁶⁹⁷, le juge l'impose par l'autorité de la chose jugée. Il est certain que cette modalité échoit au juge⁶⁹⁸ alors même que les difficultés pratiques et

⁶⁸⁹ B. GOLDMAN, *Frontières du droit et « lex mercatoria »*, Arch. phil. Droit, 1964, p. 177-192.

⁶⁹⁰ G. FARJAT, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, Études offertes à B. GOLDMAN, Litec, 1987, spéc. p. 59 ; P. SANDERS, *Codes of Conduct and Sources of Law*, dans *Le droit des relations économiques internationales*. Etudes offertes à B. GOLDMAN, Litec, Paris, 1987, p. 298.

⁶⁹¹ G. FARJAT, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, op. cit., spéc. p. 48.

⁶⁹² M.-A. FRISON-ROCHE, *Le modèle de marché*, Arch. phil. Droit, t.40, 1995, p. 286-313, spéc. p. 299.

⁶⁹³ L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence, théorie et pratique*, Paris, Vuibert, Coll. Dyna'sup, série Droit, 2011, n°425 ; L. VOGEL, *Traité de droit des affaires*, Tome 1, Vol. 1 : *Du droit commercial au droit économique : commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentrations*, 19^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, 2020, n° 718 ; Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Paris : Litec, Coll. Responsables, 1998, n°16 ; Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle – contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, thèse, Préf. Y. SERRA, Bibl. de droit privé, t. 315, Paris : LGDJ, 2000, n°478, pour qui les usages du commerce sont pris en compte dans la notion de faute.

⁶⁹⁴ G. DECOCQ, A. BALLOT-LENA, *Droit commercial*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Hypercours, 2020, n°641 et 645 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 29^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2022, n°629, où l'auteur utilise l'expression « comportements contraires à la morale des affaires » ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GUIDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2020, n°7012.

⁶⁹⁵ G. CORNU, *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, Cahiers de Méthodologie juridique n°2, RRJ 1987-4, p. 2713-2720.

⁶⁹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le modèle de marché*, Arch. phil. Droit, t.40, 1995, p. 286-313, spéc. p. 299.

⁶⁹⁷ E. LOQUIN, *Où en est la lex mercatoria ?* dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du vingtième siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*. Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec, Paris, 2000, p. 23-51, spéc. p. 32-33.

⁶⁹⁸ P. SANDERS, *Codes of Conduct and Sources of Law*, op. cit., spéc. p. 290.

théoriques de la matière semblent avoir conduit à une relative renonciation des autorités administratives sur la question.

287. **L'implication du juge.** En reconnaissant l'existence de deux principes juridiques dans la mise en œuvre par le juge des règles de concurrence déloyale, sa décision prend une dimension particulière lorsque c'est par la « *tradition et (...) la conception des intérêts protégés* »⁶⁹⁹ que le juge peut justifier son intervention. Derrière sa formulation est mise en jeu l'implication des usages honnêtes ou loyaux⁷⁰⁰. Malgré l'assignation de ses différents objectifs derrière le droit de la concurrence déloyale, la liberté d'appréciation du juge s'en trouve-t-elle pour autant brimée ? Il n'en est rien. Tout comme les autres droits, en droit de la concurrence déloyale, le syllogisme est de mise et ne fait donc pas appel à l'analyse téléologique du droit de la concurrence ne s'appuyant que sur des questions économiques⁷⁰¹. La motivation du juge passe non seulement par la reconnaissance des usages honnêtes ou loyaux, mais aussi la prise en considération de leur irrespect dans l'évaluation d'un acte de concurrence déloyale ou pratiques commerciales déloyales⁷⁰².

288. Si l'objectif de la Convention d'Union de Paris était d'abord de favoriser la protection de la propriété industrielle⁷⁰³, finalement, la concurrence déloyale a montré un caractère plus pragmatique en permettant de condamner le commerçant à l'origine d'une concurrence contraire à la morale des affaires provoquant ainsi un trouble commercial. Le constat est que cette contrainte morale des affaires s'appuie sur l'ensemble des usages légaux et sanctionnés par le droit. Ce principe battu en brèche n'est pas sans soulever quelques interrogations quant à sa définition.

⁶⁹⁹ E. ULMER, *Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun*, La propriété industrielle 1963, n°2, p. 33-44, spéc., p. 36.

⁷⁰⁰ P. DEUMIER, *De l'usage prudent des « usages honnêtes. Réflexions sur un –éventuel malentendu*, dans Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ. *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, p. 119-133.

⁷⁰¹ Contr. Com. 8 février 2017, n°15-17.904, Rev. Sociétés 2017. 290, obs. P. PINORI dont l'analyse relève d'une interprétation téléologique.

⁷⁰² ⁷⁰² H. COLLINS, *EC Regulation of Unfair Commercial Practices, in The Forthcoming of EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, European review of contract law 2, 2006, spéc. p. 20.

⁷⁰³ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

289. **La vision de la Cour de justice.** La notion de concurrence déloyale n'est pas clairement définie par le droit français et ne fait d'ailleurs l'objet d'aucun texte législatif. Il est donc acquis que son appréciation résulte de la jurisprudence et pour parti de la doctrine. Aussi, il est juste de remarquer que la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas apporté plus d'éclairage sur cette notion⁷⁰⁴. C'est même l'arrêt *Mirro*⁷⁰⁵ qui a encouragé les États membres à disposer d'une législation spécifique dans le respect de l'impératif de loyauté dans les transactions commerciales concernant la morale ou l'éthique dans les affaires en affirmant que « *dans un régime de marché commun, des intérêts tels que la loyauté des transactions commerciales doivent être assurés dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les différents États membres* »⁷⁰⁶. La Cour de justice renvoie aux autorités de concurrence nationale le soin de définir la manière d'agir en présence d'un comportement déloyal. En pareille hypothèse, cette facilité n'est pas sans poser la question d'une possible législation. Il est notable que la législation allemande ait fait preuve de plus de pragmatisme en proposant une loi sous la forme d'une liste d'applications non exhaustive⁷⁰⁷. Or, il n'est pas exclu d'y voir un écueil lorsqu'il s'agit de caractériser la concurrence déloyale dès lors qu'il se distingue de ses fondements en droit de la concurrence, avec d'un côté un droit qui se fonde sur le droit commun et de l'autre un droit spécial qui peut tout aussi bien être caractérisé par le droit des pratiques restrictives de concurrence ou encore le droit de la consommation comme la publicité comparative qui d'ailleurs est de la compétence de l'Union européenne⁷⁰⁸. Dans ces conditions, le contentieux en matière de concurrence déloyale, exercée sous l'angle national, ne peut être considéré comme les autres.

290. **Concurrence déloyale, concurrence illicite.** La question d'un éventuel lien entre la concurrence déloyale et la concurrence illicite en revanche se pose. Il s'avère que l'évocation de la publicité comparative qui est d'ailleurs sanctionnée par la concurrence déloyale est consacrée par le Code de la consommation⁷⁰⁹. Non dénuée de fondement, la publicité

⁷⁰⁴ En l'absence de réglementation commune adoptée spécifiquement en matière d'actes de concurrence déloyale, les législations des États membres peuvent diverger à la fois au regard de l'appréciation du caractère illicite ou déloyal du comportement et au regard des sanctions prévues.

⁷⁰⁵ CJCE, *Miro*, 26 novembre 1985, aff. 182/84, Rec., p. 3731.

⁷⁰⁶ CJCE, *Miro*, *op. cit.*, pt. 24.

⁷⁰⁷ V. loi allemande du 3 juillet 2004 précitée, art. 3 et 4, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb - UWG ; Sur cette loi, v. Y. PICOD, Y. AUGUET, N. DORANDEU, *op. cit.*, n°138.

⁷⁰⁸ Directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JO L 376 du 27.12.2006, p. 21-27.

⁷⁰⁹ Art. L. 122-1 et s. C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n° 2016-301, anc. art. L. 121-8 s. C. conso ; où la publicité comparative est encadrée sous le titre : « pratique commerciale réglementée » ; elle était auparavant atteinte comme un fait de dénigrement, constitutif de concurrence déloyale.

comparative peut être considérée comme une concurrence illicite⁷¹⁰. Un traitement spécifique s'applique en pareil cas et c'est la possibilité d'une sanction pénale pour un cas de pratique commerciale trompeuse. Or, non seulement cette pratique fonde l'action en concurrence déloyale⁷¹¹, mais permet au professionnel de fonder son action sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. Une telle motivation de l'action auprès du juge a fait dire à certains auteurs de voir dans les pratiques restrictives de concurrence une forme de concurrence déloyale⁷¹². Dès lors, certaines applications du droit de la concurrence déloyale peuvent être considérées de concurrence illicite⁷¹³. Or, en matière de concurrence illicite, la jurisprudence a été plus prudente en s'appuyant sur l'absence de proximité des textes⁷¹⁴. Si la concurrence déloyale est vouée à une perpétuelle évolution, il n'en est pas pour autant une nouvelle manière de percevoir l'action en concurrence déloyale⁷¹⁵. Cependant, dans la plupart des cas, les atteintes à la concurrence sont communément des comportements qui portent atteinte à la loyauté de la concurrence et sont l'objet de sanctions relevant le plus souvent des mêmes fondements. Un professionnel lésé intente une action en concurrence déloyale en s'appuyant sur les règles relatives à la responsabilité civile délictuelle c'est-à-dire l'article 1240 du Code civil. En toute cohérence, les partisans de la protection du marché trouvent dans la réception de ses règles une exégèse de la police du marché dès lors que la réparation d'une victime d'un acte de concurrence déloyale ou parasitaire⁷¹⁶ vise également la concurrence sur le marché.

291. Droit discrétionnaire des États membres. Peut-on voir une sollicitation de l'Union pour harmoniser la concurrence déloyale ? C'est ainsi qu'il est notable que le dernier traité de Lisbonne démontre en la matière un certain renoncement quant à son éventuelle harmonisation. Il s'agit là incontestablement d'une volonté de l'Union européenne afin, avant tout, de favoriser le marché intérieur et la sanction des atteintes sur le marché. L'objectif de loyauté des échanges affirmé aux origines dans le Traité de Rome de 1957 est vaguement éloigné de l'idée de

⁷¹⁰ P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GUIDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE : *op. cit.*, n°7017 où les auteurs expriment à l'inverse que la concurrence illicite est une forme de concurrence déloyale.

⁷¹¹ V. par ex. la possibilité d'action pour la confusion, prévue par l'art. L. 121-5 C. conso. Alors même que la confusion est traditionnellement un fait constitutif de concurrence déloyale.

⁷¹² Y. PICOD, *Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale*, précité, n°4.

⁷¹³ V. par ex. : l'interdiction de l'ancien article L. 442-6, I, 6° C. com. de « *participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive* ».

⁷¹⁴ Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-11.741, *F-D, SARL Bac Plus c/ Sté Acadomia*: Juris-Data n° 2006-035451.

⁷¹⁵ La doctrine continue d'ailleurs majoritairement à opérer la distinction classique entre concurrence déloyale et concurrence illégale, Cf. : M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, n°307 ; L. NICOLAS-VUILLERME, *op. cit.*, n°15.

⁷¹⁶ Y. SERRA, *Concurrence déloyale, op. cit.*, §108.

concurrence déloyale telle qu'il est perçu dans les législations nationales des États membres. Ce postulat laisse toutefois la place à une appréciation plus nuancée lorsque le changement de paradigme du droit de la concurrence relatif notamment à la protection du consommateur permet d'envisager une incursion dans le domaine des pratiques commerciales déloyales⁷¹⁷. Si la Directive de 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ne peut certes être vue dans un objectif d'harmonisation, il répond à la volonté de protéger le consommateur et indirectement les entreprises. Si cela plaide pour favoriser un lien ténu entre pratiques commerciales déloyales et concurrence déloyale, on peut aboutir à une certaine circonspection quant à l'absence d'intérêt pour la question de concurrence déloyale. En effet, le dénigrement d'un concurrent peut prendre la forme de campagnes médiatiques⁷¹⁸ ou de lettre circulaire adressées aux clients ou aux partenaires clés qui induisent le consommateur dans l'erreur⁷¹⁹ et rentrent dans le champ d'application de la directive alors même qu'il s'agit d'un acte de concurrence déloyale. Pour autant, la Directive de 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs n'est-elle pas en elle-même une législation indirecte de la concurrence déloyale ? Il y a un pas qui ne peut être franchi. La Directive elle-même pose ses propres limites, car elle « *ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels* »⁷²⁰. Très clairement, son domaine d'application est limité au simple consommateur et elle invite à revenir à la législation nationale lorsqu'il s'agit d'un professionnel. La distinction est fine dans la mesure où elle implique que l'application de la directive en matière de concurrence déloyale est active dès lors que cela touche le consommateur. La protection du consommateur reste cependant embryonnaire en droit de la concurrence, lorsqu'il ne peut agir devant le juge, où ces derniers ne retiennent que les actions entre professionnelles.

292. La position en cohérence avec l'idée que les « comportements déloyaux » procèdent de l'intervention de l'autorité publique, le principe demeure le bon fonctionnement de l'économie. Si la pratique déloyale est sanctionnée, ce n'est que dans la mesure où le professionnel est à l'origine d'une faute délictuelle particulière. Cela accrédite l'idée de même que les pratiques

⁷¹⁷ Cf. directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, précitée.

⁷¹⁸ C. Cass., Ch. Com, 12 avril 2016, n°13-28217, non publié au bulletin.

⁷¹⁹ C. Cass., Ch. Com, 12 mai 2004, n° 02-19.199, arrêt n° 777 FS-P+B.

⁷²⁰ Directive 2005/29/UE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, considérant 6.

anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence, que la sanction se fonde sur les principes de la liberté du commerce et de l'industrie dans une moindre mesure de la protection du consommateur. Il convient de revenir sur les pratiques incriminées.

B. L'implication des pratiques constitutives de concurrence déloyale

293. **L'encadrement de certaines pratiques, objet de l'action en concurrence déloyale.** L'action en concurrence déloyale et son application ne font pas, *a priori*, difficultés dans le principe. En effet, la jurisprudence met en exergue certaines pratiques mettant en œuvre la responsabilité des auteurs de concurrence déloyale⁷²¹. Classiquement, la législation relève du droit interne à l'exception des comportements déloyaux qui sont régis par l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁷²² notamment en matière de « dumping social » ou de corruption⁷²³. Le mécanisme de la concurrence déloyale ne saurait être analysé autrement qu'à travers des normes souples ou des normes de conduites⁷²⁴. Bien évidemment, en termes d'application du droit commun, on peut distinguer quatre pratiques qui font l'objet d'une sanction en matière de concurrence déloyale, même si la jurisprudence peut être amenée à étendre cette liste. C'est ainsi que le doyen ROUBIER énonce une typologie de ces pratiques telles que la confusion, le dénigrement, la désorganisation de l'entreprise concurrente, auxquels la doctrine moderne ajoute le parasitisme économique. Aussi, comme le fait justement remarquer l'auteur, ce sont des fautes au sens le plus classique de l'article 1240 du Code civil. La confusion⁷²⁵ consiste à utiliser les signes distinctifs d'un concurrent afin de profiter de sa renommée et ainsi capter sa clientèle. Pour que ces comportements soient qualifiés de concurrence déloyale, encore faut-il que ces entreprises soient en situation de concurrence⁷²⁶. Le dénigrement⁷²⁷ consiste à jeter publiquement le discrédit sur un concurrent, en répandant, à son propos, ou au sujet de ses produits ou services, des informations malveillantes⁷²⁸. Le

⁷²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2021, n°480 ; L. NICOLAS-VULLIERME, *op. cit.*, n°427 s. ; L. VOGEL, *op. cit.*, n°736.

⁷²² M. RAINELLI, *Réflexions sur la loyauté dans le commerce international*, in J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté des relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2011, p.213-229, et les exemples cités.

⁷²³ J. CHEVALLIER, *Lutte contre la corruption et loyauté dans les relations internationales*, dans J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 185-211.

⁷²⁴ S. RIALS, *Les standards, notions critiques du droit*, dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 39-53.

⁷²⁵ Article 1349 du Code civil.

⁷²⁶ Com. 5 juillet 2016, n°44-17.783, ccc. 2016. Comm. 208-obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

⁷²⁷ Article 1103 du Code civil. Par exemple, Cass. Soc., 23 novembre 2010, n°09-67.249 ou encore Cass. 19 mars 2013 n°11-28481.

⁷²⁸ Article L. 120-1 du Code de la consommation.

parasitisme⁷²⁹ qui est le fait, pour une société exerçant une activité dans un domaine différent, de tirer profit, sans rien dépenser, de la réputation ou du savoir-faire d'une entreprise de renom. Cette technique consiste à se greffer sur la notoriété du concurrent, sans nécessairement chercher à imiter la marque. Et enfin, la désorganisation⁷³⁰ qui vise à perturber l'entreprise concurrente par différents moyens, comme le débauchage du personnel tenu par une clause de non-concurrence, ou par la désorganisation commerciale de son activité.

294. **La sanction des pratiques de concurrence déloyale.** La voie choisie par la sanction de la concurrence déloyale est l'action en responsabilité civile délictuelle en s'appuyant sur la jurisprudence des articles 1240⁷³¹ et 1241⁷³² du Code civil. La jurisprudence en offre diverses illustrations avec la mise en jeu de cet article et suppose alors une triple condition cumulative : d'abord l'existence d'une faute comme un fait fautif ou une pratique fautive puis la survenance d'un préjudice dont l'appréciation est large⁷³³ et enfin l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice⁷³⁴. Fréquemment, la doctrine est unanime pour apprécier les fondements du droit de la concurrence déloyale⁷³⁵ même si la faute a pu être caractérisée d'abus de droit⁷³⁶ ou encore d'abus de liberté⁷³⁷. Or, la doctrine suggère que le préjudice peut lui-même conduire à discussion, sa démonstration s'avérant inutile⁷³⁸.

295. **La faute et le préjudice en droit de la concurrence déloyale.** En pareille hypothèse, la question se pose de façon aiguë, la fonction normative de la responsabilité civile délictuelle,

⁷²⁹ Fondé sur l'article 1240 du Code civil.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ L'article 1240 du Code civil indique que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

⁷³² L'article 1241 du Code civil dispose que chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

⁷³³ V. Y. SERRA, *Rapport introductif*, précité, p.6, qui met en évidence l'évolution de l'appréciation du préjudice par la Cour de cassation, qui a considéré « *qu'il résultait des actes déloyaux qu'ils causaient un préjudice* » ; Cass. com., 25 janvier 2000, n°97-19.809.

⁷³⁴ V. par ex. d'une jurisprudence constante : Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549, non publié au Bulletin, D. 2001, p. 2587, note sous arr. Y. SERRA ; CCC, 2000, comm. 161, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁷³⁵ V. pour des ex. : M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2022, n°480 ; L. NICOLAS-VULLIERME, *op. cit.*, n°427 s. ; L. VOGEL, *op. cit.*, n°736.

⁷³⁶ CA de Douai, 28 janvier 2016, n° 14/06882.

⁷³⁷ Cass. Com., 22 octobre 1985, n°83-15096, publié au bulletin.

⁷³⁸ V., Y. SERRA, *op. cit.*, *loc. cit.* Ou encore admettant que le préjudice s'infère nécessairement du comportement déloyal, comme s'il s'agit d'une interdiction par nature, V. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n°17-14.582, ccc 2018, Comm. 136, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

après une forte poussée des actions *per se*⁷³⁹, la responsabilité sans faute⁷⁴⁰ prenant de l'importance alors que la faute garde toute sa prégnance dans les règles régissant les actes de concurrence déloyale⁷⁴¹. La prétention garde la totalité de ses aspects dans la mesure où l'action en concurrence déloyale exige la preuve de la faute commise⁷⁴², le juge devant s'appuyer sur l'appréciation de la faute⁷⁴³ pour caractériser le dommage, en effet, « *les procédés fautifs utilisés sont des faits générateurs d'un trouble commercial* », ou encore que « *le préjudice s'infère nécessairement des actes déloyaux* »⁷⁴⁴. Donc, contrairement à l'évolution du droit commun de la responsabilité délictuelle, le droit de la concurrence déloyale reste fondé sur l'article 1240 du Code civil permettant de réparer le préjudice par des dommages et intérêts. Comme souvent la notion de préjudice est sollicitée en un « *détournement abusif de la clientèle du lésé, une usurpation de la valeur économique, une dépréciation d'un signe distinctif, une diminution de son chiffre d'affaires, une perte d'un avantage concurrentiel, ou encore une perte d'un avantage de développement* »⁷⁴⁵, alors, la victime est susceptible d'obtenir réparation sur deux types d'atteintes « *les atteintes à des éléments attractifs de clientèle, et les atteintes à la capacité de concurrence de la victime des agissements déloyaux* »⁷⁴⁶. Une telle motivation exigée en matière de préjudice prend une dimension différente en matière de concurrence déloyale.

296. La sanction de la concurrence déloyale en l'absence de concurrence. La situation la plus classique de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale exige que l'auteur soit en concurrence avec la victime de la pratique déloyale. En réalité, il n'y a aucune difficulté, le comportement déloyal apparaît lorsqu'il y a une atteinte aux intérêts du marché. La sanction survient du fait de l'inobservation des dispositions législatives et réglementaires d'ordre public et son application à une entreprise ou à un secteur professionnel. Il peut être formulé ainsi alors

⁷³⁹ Cass. Civ. 1^{ère} ch. 21 mars 2018, n°17-14.582, ccc 2018, comm. 136, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, l'action en concurrence déloyale, en admettant que le préjudice s'infère nécessairement du comportement déloyal, comme s'il s'agissait d'une interdiction par nature.

⁷⁴⁰ V. C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle bibl. de thèse, 2006, p. 85 et suiv.

⁷⁴¹ M.-L. IZORCHE, *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RTD com 1998, p. 17- 52.

⁷⁴² Y. SERRA, *Concurrence déloyale*, op. cit, p. 6, § 22 ; Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2005 ; CA Paris, 5^{ème} Ch. B, 21 janvier 2005, n°03/00679, D. 2005, Pan., p. 2463, obs. Y. AUGUET.

⁷⁴³ CA Paris, 13 mai 2005, n°03/12092, D. 2005, Pan., p. 2464, obs. Y. AUGUET.

⁷⁴⁴ Cass., com., 14 juin 2000, RJDA 2000, n°1195 ; Cass., com., 1er juillet 2003, *Prop. Indu. 2003*, Comm., 96, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

⁷⁴⁵ CA Paris, 13 mai 2005, n°03/12092, D. 2005, Pan., p. 2464, obs. Y. AUGUET.

⁷⁴⁶ Y. SERRA, *L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français*, in Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002, p. 287-296, spéc. p. 289.

que l'action est liée à la situation ou l'offre d'une entreprise « *de produits ou de services qui tendent à satisfaire un besoin équivalent, avec une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle* »⁷⁴⁷. En pareille hypothèse, le but de l'entreprise est de chercher à conquérir la clientèle non pas par rapport à un concurrent, mais par rapport au marché. Or, selon ce schéma, en l'absence de clientèle commune, une pratique pourrait ne pas être sanctionnée voir rejetée⁷⁴⁸.

297. La jurisprudence plus souple suggère que l'action en concurrence déloyale peut être admise sans caractériser la clientèle⁷⁴⁹ en l'absence de clientèle commune. La Cour d'appel de Paris dans l'affaire opposant Cartier à L'Oréal, la société invoque la reprise d'une identité visuelle de la maison *Cartier*. La Cour énonce à cet effet que « *l'exercice de l'action pour parasitisme ou concurrence parasitaire n'est pas subordonné à une absence de situation de concurrence entre les parties* »⁷⁵⁰. Cette jurisprudence s'est étendue à l'ensemble des pratiques sur le parasitisme qui n'est plus subordonné exclusivement d'une concurrence entre les parties. On peut en effet s'interroger sur son rapport avec la concurrence déloyale⁷⁵¹ puisque la jurisprudence ne s'appuie pas spécifiquement sur la question de concurrence entre les parties⁷⁵².

⁷⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° « concurrence ».

⁷⁴⁸ Sur ce point, v. Y. PICOD, Y. AUGUET et N. DORANDEU, *Répertoire de droit commercial*, V° « concurrence déloyale », n°100 s, où les auteurs citent par exemple les associations de consommateurs, les coopératives, les organismes mutualistes, les pharmacies ou encore les opticiens.

⁷⁴⁹ Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549, précité. Dans cette espèce, la Cour estime que « *l'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, lesquels impliquent l'existence d'une faute commise par un demandeur préjudiciable au défendeur, peut être mise en œuvre quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée* ». En effet, l'action était dirigée contre une association, a priori étrangère à la vie économique dans le sens où elle n'a pas de clientèle. La Cour poursuit en estimant que « *la circonstance que la clientèle que se disputent des opérateurs soit réputée être celle d'un tiers au litige, est indifférente pour accueillir une action en concurrence déloyale, laquelle suppose seulement que soit établie l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice* ». En l'espèce, l'argumentation prétendait que la clientèle appartenait à un tiers au litige. Cet argument n'a pas prospéré et la jurisprudence affirme que l'action en concurrence déloyale est admise même en l'absence de clientèle.

⁷⁵⁰ CA. Paris, 21 octobre 2015, 13/08861 ; Cass., Com. 15 novembre 2011, n° 10-25.473 ; Cass. com. 3 mai 2016, n°14-24905.

⁷⁵¹ L. VOGEL, *op. cit.*, n°719, l'auteur estimant que l'exigence sera plus stricte pour la confusion que pour le dénigrement où « *le rapport étroit de concurrence n'est pas exigé* » ; L. VOGEL, *Droit de la concurrence européen et français*, Paris : Lawlex, Coll. Juriscience, traité de droit économique, Tome 2, 2020, n°456. Contra, Y. AUGUET, th. Précitée, n°471 s ; M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, n°482 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, n°300 ; G. DECOCQ ET A. BALLOT-LENA, *op. cit.*, n°646 ; Y. PICOD, *Plaidoyer pour une consécration légale de la concurrence déloyale*, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Y. SERRA, Paris : Dalloz, 2006, p. 359-371, n°8 ; R. BOUNIOL, *Loyauté et concurrence in Droit et loyauté*, dir. F. PETIT, colloque, Avignon, 2015, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 85-94, spéc. p. 92-93.

⁷⁵² Cass. Com, 3 mai 2016, n°14-24.905 : « *Une situation de concurrence directe ou effective entre les sociétés considérées n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice* ».

Finally, such a solution comes, in fact, first, to favor the repair of the victim. Or, the need for competition goes against this aspect of the protection of the victim.

298. **La concurrence déloyale au sens du droit de la concurrence ?** Dès lors, peut-on voir un élargissement du champ d'application du droit de la concurrence déloyale ? La réserve est de mise, la concurrence déloyale est une pratique mettant en action le droit commun et le droit de la responsabilité civile délictuelle. Par comparaison avec la réparation d'un préjudice d'une victime de pratiques anticoncurrentielles, la sanction des pratiques déloyales est très proche lorsqu'elle s'appuie sur un fait fautif, une responsabilité et un préjudice réparable. Pourtant évoquer un élargissement serait impromptu en l'absence de consécration par une loi spéciale ou d'une législation clairement définie. Nombre d'actes sont constitutifs de concurrence déloyale, mais sont appréhendés par les règles sur les pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence voire le droit de la consommation.

Paragraphe 2. L'action du juge en droit de la concurrence déloyale comme moyen alternatif du droit de la concurrence

299. L'encadrement de la concurrence déloyale relève de la compétence du juge de droit commun et révèle la difficulté qu'il y a à gérer des outils différents du droit européen de la concurrence, mais qui évolue dans un même ensemble, l'ordre concurrentiel de l'Union. La spécificité normative de la concurrence déloyale est largement déterminée par son encadrement différencié (A). Le principal souci est que cet encadrement peut s'avérer inadapté (B).

A. L'encadrement différencié de la concurrence déloyale

300. Avec l'entrée en vigueur des traités en droit de la concurrence, la question de la soumission du droit de la concurrence déloyale à l'ordre concurrentiel suppose la conformité des objectifs. Ceci dit, il n'y a pas davantage d'homogénéité au sein des États membres. Si au premier abord l'action en concurrence déloyale est concomitante aux objectifs du droit de l'Union (1), elle se différencie suffisamment (2) en l'absence d'une véritable homogénéité.

1. L'action concomitante du droit de la concurrence déloyale

301. **Une finalité contrastée.** Les objectifs de la concurrence déloyale et le droit des pratiques anticoncurrentielles convergent vers une même finalité. Les deux pratiques assurent une protection de la loyauté envers les actes qui peuvent restreindre la concurrence ou empêcher le bon fonctionnement du marché, notamment en évitant les ruptures d'équilibre⁷⁵³ ou les distorsions sur les marchés. La généralité des termes permet d'imaginer que la concurrence déloyale peut être perçue comme un complément au droit des pratiques anticoncurrentielles. Si la preuve d'une relation ne pose pas de difficulté en matière de liberté de la concurrence⁷⁵⁴, la question de son rapport avec la protection de l'intérêt des consommateurs peut être plus délicate, même si à l'origine l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* permet aux États de prendre en compte la protection de l'intérêt des consommateurs⁷⁵⁵. De façon paradoxale, la législation française n'hésite pas à démontrer ce lien avec l'intérêt des consommateurs. En effet, un acte de concurrence déloyale entre deux concurrents peut être constitutif d'un acte de concurrence déloyale affectant un consommateur⁷⁵⁶. Il est clair que la concurrence serait effective ou loyale que si le consommateur ne peut bénéficier d'un avantage concurrentiel. Cette règle peut-elle toutefois aller dans le sens de la finalité du droit de la concurrence dans la mesure où, aujourd'hui, au-delà du marché, c'est le bien être du consommateur ?⁷⁵⁷ Rien n'est moins sûr. En deuxième analyse, la concurrence déloyale est donc une discipline qui peut appréhender les pratiques à l'encontre de l'intérêt économique des consommateurs⁷⁵⁸. Une telle approche conduirait à approuver que la régulation des comportements déloyaux puisse soit faire appel au droit de la concurrence, soit au droit des obligations ou encore au droit de la consommation⁷⁵⁹. Or, peut-on voir dans les normes régissant la concurrence déloyale une fonction d'ordre public ?

⁷⁵³ A. PIROVANO, *La concurrence déloyale en droit français*, RIDC 1974, vol. 26, p. 467-504.

⁷⁵⁴ Y. SERRA, V° Concurrence déloyale, § 16 ; sur cette question, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 223 et suiv.

⁷⁵⁵ En ce sens, M. HÖPPERGER and M. SENFTLEBEN, *Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization*, in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?* 2007, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, p. 62-76, spéc. p. 67.

⁷⁵⁶ D. FERRIER, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, JCP E 2000, p. 36.

⁷⁵⁷ G. CANIVET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ?*, *Revue Lamy de la Concurrence* 2006, n°9, p. 134-165, spéc. p. 135, qui considère que le droit de la concurrence « est (...) aussi un droit de protection du consommateur comme l'est le droit de la consommation », le premier s'attachant à « l'agent économique (...), au consommant », alors que le second prend en considération « l'être juridique (...), le sujet de droit, dont la protection s'inscrit dans l'analyse d'un rapport de force inégal, d'un risque contractuel asymétrique ».

⁷⁵⁸ D. FERRIER, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, *ibid*, p. 36.

⁷⁵⁹ J. STUYCK, *La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs*, *Concurrence et consommation* 1994, p. 95-109.

Certains auteurs voient dans les règles de concurrence déloyale un ordre public de direction en qualifiant ces actes comme des infractions pénales⁷⁶⁰. Or, la doctrine est moins unanime sur la question⁷⁶¹ dans la mesure où les pratiques occupent cette fonction à travers l'article L. 442-6 du Code de commerce qui visent à assurer la loyauté des relations entre producteurs et fournisseurs par l'entremise des conditions de discrimination, ou encore l'obtention d'un avantage commercial disproportionnée, l'abus de dépendance économique et enfin les règles quant aux ruptures des relations commerciales établies ou abusives. Ce sont des types de comportements qui permettent d'ailleurs le prononcé de dommages et intérêts ou d'une sanction pénale.

302. Pourtant, la jurisprudence enseigne de façon paradoxale qu'à un certain point la concurrence déloyale se distingue du droit de la concurrence au sens strict. En effet, au-delà des finalités, leurs objets même divergent⁷⁶². Dès lors où le droit de la concurrence a un but d'intérêt général et de bon fonctionnement du marché, les règles en matière de concurrence déloyale l'appréhendent dans le domaine privé même si elles peuvent viser les « *comportements délictuels de marché* »⁷⁶³. Les juristes imposent une idée d'éthique⁷⁶⁴ avec pour objectif la protection des intérêts ne visant que les professionnels⁷⁶⁵. En outre, la suppression progressive

⁷⁶⁰ C. GIVERDON, *Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce*, R.T.D.Com. 1953, p. 855-867.

⁷⁶¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA 1994, p. 483-488.

⁷⁶² B. REMICHE, *Droit de la concurrence et droit de la concurrence déloyale : objets différents et objectif commun*, LIDC, Congrès de Cambridge, Second rapport international concernant la question n°3, Revue internationale de la concurrence, 1996, p. 29-39, spéc. p. 30.

⁷⁶³ Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Préf. de Y. SERRA, LGDJ, Paris, 2002, spéc. p. 72 et suiv.

⁷⁶⁴ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, in *L'avenir du droit*, mélanges en hommage à F. TERRÉ, Paris : PUF : Dalloz : Jurisclasseur, 1999, p. 603-634, n°6. Adde, J. CEDRAS, *Liberté – égalité - : Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, in *L'égalité, Rapport annuel de la Cour de cassation*, Paris : La documentation française, 2003, p. 186-204, spéc. p. 186., où l'auteur estime que « *constituent un Code de bonne conduite, une éthique que chaque cocontractant doit respecter dans l'univers contractuel l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance, et d'autres vertus* » ; V. aussi : D. MAZEAUD, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. GRYNBAUM, M. NICOD, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 58-71, où l'auteur évoque également le « *civisme contractuel* » ; du même auteur, *Mais qui a peur du solidarisme contractuel ?*, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01-00.475, D., 2005, p. 1828 ; C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Droit et patrimoine, mars 1998, spéc. p. 97, la nécessité d'une plus grande « *souplesse dans l'exécution* », et plus généralement la révision du contrat ; du même auteur, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, Colloque, Centre René Demogue de l'Université Lille 2, 2001, dir. C. JAMIN ET D. MAZEAUD, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, où l'auteur estime que le solidarisme contractuel permettrait de faire entrer dans le droit des contrats le droit des droits de l'homme, spéc. p. 14 s. et 26.

⁷⁶⁵ J. -B. BLAISE, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2000, p. 336, § 654.29.

de l'obligation de concurrence pour la recevabilité d'une action en concurrence déloyale⁷⁶⁶ permet de s'éloigner du droit de la concurrence au sens strict.

303. Si l'on se place dans cette éventualité, la concurrence déloyale au sens large à l'appui du consommateur ne répond pas aux mêmes conditions de mise en action. En effet, les conditions sont regroupées dans le Code de la consommation sous le titre « *pratiques commerciales déloyales* »⁷⁶⁷. Or, l'objectif des pratiques commerciales déloyales est la protection directe du consommateur après un fait constitutif de concurrence déloyale. La sanction ne fait pas l'objet spécifiquement d'une mise en action pour responsabilité civile, mais peut être pénale⁷⁶⁸. Cette distinction a toute son importance, le consommateur est amené à agir sur le fondement des pratiques commerciales déloyales et non sur la responsabilité civile. Alors que le professionnel peut agir sur le terrain du droit de la consommation pour agir au niveau pénal⁷⁶⁹, mais devra en revanche mettre en œuvre une action en concurrence déloyale pour obtenir réparation de son préjudice⁷⁷⁰. Si pour autant, la protection du marché semble être dans les objectifs de la concurrence déloyale, le caractère indirect sur le consommateur ne semble pas valider l'objectif de protection des consommateurs. Pourtant, le fait que les professionnels puissent intervenir en concurrence déloyale sur les deux plans du droit que sont le Code de commerce et le Code de la consommation permettent pourtant un certain lien intrinsèque.

304. Donc, en tant que tels, les actes de concurrence déloyale ne concourent pas à la préservation de l'intérêt public ou à la régulation du marché comme peut le faire le droit des

⁷⁶⁶ Sur cette question, notamment, Y. SERRA, *L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français*, dans Mélanges en l'honneur de B. DUTOIT, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002, p. 287-296, spéc. p. 289 et suiv.

⁷⁶⁷ Art. L. 121-1 C. conso. Le texte dispose dans son al. 4 que les pratiques commerciales déloyales peuvent être des pratiques commerciales trompeuses, ou des pratiques commerciales agressives. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.) ; V. not., au titre des pratiques commerciales trompeuses, art. L. 121-2 C. conso qui prévoit dans son 1° qu'une pratique commerciale est trompeuse « *lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent* ». Cette pratique constitue, entre entreprises, une forme de concurrence déloyale.

⁷⁶⁸ En cas de pratique commerciale trompeuse, Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 à L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit.

⁷⁶⁹ Article L.121-5 C. conso. Le délit est constitué dès lors que la pratique commerciale trompeuse est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France.

⁷⁷⁰ En ce sens : J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND, N. TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 31^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2021 n° 169 ; les auteurs citant pour l'action civile en concurrence déloyale d'un professionnel Cass. com., 7 juillet 2009, n°08- 11.660, Bull. civ. IV, n°104 où à la suite d'une publicité trompeuse, la victime de celle-ci a assigné son auteur en concurrence déloyale afin d'obtenir réparation de son préjudice.

pratiques anticoncurrentielles. La concurrence déloyale n'intervient que dans la mesure où les comportements incriminés ne peuvent faire l'objet de la sanction par la concurrence déloyale en l'absence d'autres fondements. Or, cela n'est possible que si l'intérêt privé du professionnel est lésé au travers de la responsabilité civile délictuelle au titre de l'article 1240 du Code civil, et donc ne répond pas à une finalité d'ordre public de direction dont le caractère est plus général. Chacun comprend aisément que l'encadrement de la concurrence déloyale se fait non sur le terrain de la protection du marché, mais bien sur la morale⁷⁷¹. Il en est ainsi dans la mesure où « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* »⁷⁷². On peut en déduire aisément de cette définition que le juge doit faire la part entre l'acte - un comportement - et un standard de comportement, un respect des usages en matière industrielle et commerciale. Or, en tant que telle, l'action en concurrence déloyale sur le marché et les consommateurs n'est pas le but premier puisque sa fonction est de permettre de mettre en action la responsabilité civile en réparation d'une faute. De même que la réparation d'un préjudice civil pour une victime d'une pratique anticoncurrentielle s'appuie sur la responsabilité civile de son auteur.

305. La possibilité d'être un moyen subsidiaire du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le droit de la concurrence sanctionne des comportements déloyaux. Or, sa visée générale se fondant sur l'article 1240 du Code civil permet d'envisager qu'il soit intenté pour sanctionner une pratique anticoncurrentielle ou une pratique restrictive de concurrence, dès lors que les dispositions légales sur la concurrence ne sont pas remplies⁷⁷³. Pourtant, la substitution d'une action en matière de pratiques anticoncurrentielles en une action en concurrence déloyale⁷⁷⁴ est difficilement admissible pour la Cour de cassation. Dans l'arrêt du 6 décembre 2005, une société assigne des sociétés concurrentes pour avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles d'entente selon l'article L. 420-1 du Code de commerce, d'abus de position dominante à l'article L. 420-2, de prix abusivement bas établis par l'article L. 420-5 ainsi que d'actes de concurrence déloyale, pour avoir mis en œuvre des prix qu'elle qualifiait d'abusivement bas. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence est saisi pour avis par la première juridiction ayant considéré que les pratiques reprochées ne pouvaient faire l'objet

⁷⁷¹ E. PATTARO, *Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique*, Cahiers de Méthodologie Juridique n°3, R.R.J. 1988-4, p. 813-823, spéc. p. 816.

⁷⁷² Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

⁷⁷³ Cass. Com., 1^{er} mars 1982, n°80-15834 ; CA Paris, 22 oct. 1997, n°1997-0232295.

⁷⁷⁴ Cass., com., 6 décembre 2005, pourvoi n°05-10929.

d'une prohibition au titre des pratiques anticoncurrentielles⁷⁷⁵. Finalement, le tribunal a jugé que ces pratiques étaient des actes de concurrence déloyale en se fondant sur l'ancien article 1382 du Code civil. La cour d'appel ainsi que la Cour de cassation infirme ce jugement dès lors que « *n'engage pas la responsabilité de son auteur pour concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la pratique de prix qualifiés d'anormalement bas lorsque cette pratique n'est pas constitutive d'une infraction aux dispositions des articles L.420-1, L.420-2 ou L.420-5 du Code de commerce, et qu'aucun fait distinct n'est invoqué* ». La référence est explicite et souligne l'évidente différence de fondement juridique, même si concurrence déloyale et autres droits de la concurrence participent aux mêmes modalités de protection appartenant au droit économique⁷⁷⁶. L'existence d'un fondement commun fait naître la croyance légitime que l'action en concurrence déloyale résulte de l'égalité dans les moyens de concurrence alors même que les caractéristiques diffèrent entre le droit contractuel de la concurrence qui sanctionne une activité et la concurrence déloyale qui sanctionne les moyens utilisés à l'exercice de l'activité⁷⁷⁷. En effet, en ce sens, les règles de protection issue des principes de concurrence déloyale veillent autant que les règles restreignant les actes de concurrence illicite au bon fonctionnement du marché. En d'autres termes, l'intervention des règles de concurrence a pour objectif commun d'éviter les ruptures d'équilibre⁷⁷⁸ ou les distorsions de concurrence sur un marché⁷⁷⁹. Cette intervention relativement commune au droit de la concurrence n'empêche pourtant pas des divergences entre ces mêmes droits.

⁷⁷⁵ Conseil de la concurrence, avis n° 03-A-12 du 15 juillet 2003 relatif à une demande d'avis du tribunal de commerce de Versailles concernant une plainte déposée par la SA Usines Merger à l'encontre des sociétés Giat Industries, Gitech SA, Foc Transmissions et CMD.

⁷⁷⁶ C. CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*, D. 1967, Chron., p. 215 ; G. FARJAT, *La notion de droit économique*, Archives de philosophie du droit, t. 37, 1992, p. 27-62 ; R. M. HILTY, *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, p. 1-60, spéc. p. 4.

⁷⁷⁷ Y. PICOD, *Rapport français : la concurrence déloyale*, in Association HENRI CAPITANT, *La concurrence*, Société de législation comparée, 2010, p. 154.

⁷⁷⁸ A. PIROVANO, *La concurrence déloyale en droit français*, RIDC 1974, vol. 26, p. 467-504 ; M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 78, §44.

⁷⁷⁹ P. NIHOUL, C. VERDURE, *Droit de la concurrence, Aspects belge et européen*, coll. Les Codes thématiques Larcier, 2005, p. 257.

2. L'action différenciée du droit de la concurrence déloyale

306. **Distinction entre les différents droits de la concurrence.** Au-delà d'une telle immixtion du droit de la concurrence déloyale, la protection offerte par le droit de la concurrence peut alimenter les débats doctrinaux. Cependant, une césure peut être faite. En effet, il convient de distinguer le droit de la concurrence au sens strict, ayant pour but de préserver l'intérêt général, et dans un sens plus général d'assurer le bon fonctionnement du marché. Loin d'être antithétiques, mais plutôt complémentaires, les règles régissant les actes de concurrences déloyales s'appliquent certes à des rapports de droit privé, mais ont vocation à s'appliquer au marché⁷⁸⁰ en visant l'intérêt particulier des professionnels comme un détournement de la clientèle ou une désorganisation faisant suite à un débauchage massif. Fort de ce constat, la protection de ce caractère déloyal n'est d'ailleurs pas distinctive des autres règles de concurrence. Les pratiques restrictives issues des anciens articles L. 441-6 III et L. 442-6 I du Code de commerce visant à assurer la loyauté dans les transactions commerciales entre producteurs et distributeurs⁷⁸¹. Ces pratiques relèvent des mêmes sanctions en rapport avec un déséquilibre significatif soit par le prononcé de dommages et intérêts⁷⁸², soit par le prononcé d'une sanction pénale⁷⁸³. Néanmoins, une distinction subsiste.

307. **Finalités différentes.** Face à cet écueil, la problématique principale est bien définie. Une telle immixtion de la concurrence déloyale dans la protection du marché a de quoi effrayer juristes et justiciables. Or, la finalité du droit régissant les actes de concurrence déloyale est de préserver les intérêts privés des professionnels⁷⁸⁴ et de fait ne préserve pas des intérêts publics⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Préf. de Y. Serra, LGDJ, Paris, 2000, spéc. p. 72 et suiv.

⁷⁸¹ Ces articles régissent les conditions commerciales discriminatoires, l'obtention d'un avantage commercial injustifié ou disproportionné, l'abus de dépendance, les primes de référencement, la menace de rupture abusive de relations commerciales, la rupture de relations commerciales établies, l'interdiction de revente hors du réseau de distribution, ou les conditions de règlement abusives ou discriminatoires.

⁷⁸² Cass., com., 27 mai 2015, *Galec c/ Ministre*, n°14-11.387.

⁷⁸³ Le texte de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 en matière de délai de paiement induit que « VI. – Sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux neuvièmes alinéas du I du présent article, ainsi que le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties conformément au neuvième alinéa dudit I. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 465-2. Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. Sous les mêmes sanctions, sont interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés au présent article ».

⁷⁸⁴ A. PIROVANO, *La concurrence déloyale en droit français*, Revue internationale de droit comparé, 1974, Volume 26, numéro 3, p. 467-504, spéc., p. 30.

⁷⁸⁵ F. JENNY, *L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 21 mars 2013, p. 1169.

ni concourt à la régulation du marché⁷⁸⁶ comme les règles relevant des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence même si par extension, les règles de concurrence déloyale, c'est la protection du consommateur⁷⁸⁷. Si l'on en perçoit la philosophie, une pareille extension s'appuie dans les faits d'abord par une nouvelle codification intégrant le Code de la consommation⁷⁸⁸ et ensuite par une transposition pratique lorsque le consommateur ne bénéficie pas des bienfaits d'un ajustement des prix par le jeu de l'offre et de la demande en l'absence d'une concurrence effective et loyale⁷⁸⁹. Et peut-être faut-il réserver une place particulière à la consommation lorsqu'aujourd'hui la finalité première du droit de la concurrence est la recherche du bien-être des consommateurs⁷⁹⁰. L'extension entre droit de la concurrence et droit de la consommation est relativement aisée et peut être appréhendée indistinctement. Pour autant, l'action en concurrence déloyale se distingue par son caractère alternatif.

B. L'encadrement inadapté de la concurrence déloyale

308. Les règles de compétence en droit judiciaire ont vocation à limiter les stratégies procédurales des parties dans la mesure où elles ne peuvent servir de variable de contournement du droit⁷⁹¹. L'action en concurrence déloyale ne peut être intentée par le demandeur que devant le domicile du défendeur s'il s'agit d'une personne physique ou bien le siège social, le principal établissement pour une personne morale⁷⁹². Cette règle doit être appréciée avec plus de souplesse en matière internationale où le choix du demandeur peut faire exception au principe soit en agissant devant la juridiction la plus proche géographiquement (*lex fori*) soit devant la juridiction du lieu du fait dommageable (*lex loci delicti*). La question peut se poser également sur les opportunités du droit applicables et le mode de sanctions applicables⁷⁹³.

⁷⁸⁶ C-A. MORAND, *Régulation, complexité et pluralisme juridique*, in Mélanges P. AMSELEK, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 615-630.

⁷⁸⁷ M. HÖPPERGER and M. SENFTLEBEN, *Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization*, in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?* Springer; Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, p. 62-76, spéc. p. 67.

⁷⁸⁸ S. PIEDELIÈVRE, *La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation*, *Etudes et commentaires affaires*, 1176, La semaine juridique - entreprise et affaires - n° 14 - 3 avril 2014, p. 26.

⁷⁸⁹ D. FERRIER, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, *JCP E* 2000, p. 36.

⁷⁹⁰ G. CANIVET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ?* *Revue Lamy de la Concurrence* 2006, n°9, p. 134-165, spéc. p. 135.

⁷⁹¹ Article 42 du Code de procédure civile.

⁷⁹² L. USINIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préf. de H. MUIR-WATT, Economica, Paris, 2008, spéc. p. 186, §247 et suiv.

⁷⁹³ M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 255, spéc. §340. Selon B. Audit, *op. cit.*, §327, p. 277, son choix sera guidé par des « considérations d'opportunité » tenant à la

309. La problématique de la compétence en concurrence déloyale lorsqu'il y a un caractère d'extranéité peut donc être délicate. En effet, la compétence du juge va donc dépendre de la motivation recherchée par la partie demanderesse. La demande sera sur une approche selon l'objet - cessation ou réparation - et selon les critères de rattachement au litige selon que c'est une pratique commerciale déloyale ou un acte de concurrence déloyale. Cette manière de choisir une juridiction, sous couvert que le demandeur dispose d'une information suffisante du droit applicable et de son contenu, est de nature à fonder un *forum shopping* excessif.

310. **Possibilité d'appréciation du juge.** Les juges sont amenés à se prononcer quant à ce type de situation, il est vrai que son rôle est de déterminer la loi la plus appropriée, dans la mesure où le « *lieu du délit apparaît comme très accessoire par rapport aux intérêts en cause* »⁷⁹⁴ en prenant en compte « *l'ensemble des facteurs qui présentent un lien significatif avec le rapport de droit* »⁷⁹⁵. Les magistrats ferment ainsi la porte à toute possibilité à une imprévision des solutions au litige et fort logiquement, à une insécurité juridique. La solution ne peut être qu'approuvée lorsque le juge recherche un maximum de prévisibilité en favorisant le critère de rattachement en matière de concurrence déloyale⁷⁹⁶ et qui s'entende en matière concurrentielle, mais vis-à-vis des relations de consommation⁷⁹⁷ avec un objectif de protection du consommateur considéré comme partie faible⁷⁹⁸. Il sera lié notamment par la loi applicable de l'acte de concurrence déloyale dont les obligations non contractuelles en sont la contrepartie. Aussi, cette flexibilité s'exprime par la prise en compte de lien autre que la *lex loci damni* ou la loi de résidence habituelle.

311. **Une sanction du juge dépendant d'une liberté d'appréciation.** Il convient toutefois d'être attentif à l'utilisation de cette flexibilité alors que la volonté du juge est de ne pas trop étendre cette appréciation ; car, souvent, c'est de manière subsidiaire que les conditions des

« *proximité de la juridiction, les frais encourus, la confiance dans la justice du pays envisagé, la solution donnée au conflit de lois et la loi applicable* ».

⁷⁹⁴ G. LEGIER, *Sources extracontractuelles des obligations - Détermination de la loi applicable*, Jurisclasseur Droit international, Fasc. 553-1, n° 51.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ Cass. Com. 8 novembre 2017, n°16-10.850, D. 2018.966, obs. S. CLACEL, et 1934, obs. L. D'AVOUT. A l'application de l'article 6§2 du règlement Rome II, on préférera l'article 6§1, « *la loi applicable à l'action en concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts effectifs de consommateurs sont susceptibles ou susceptibles de l'être* ».

⁷⁹⁷ Sur la rigidité de la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts des consommateurs,

⁷⁹⁸ M. S. M. MAHMOUD, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, Recueil des Cours 2005, t. 315, p. 141-264 ; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 776.

« *policy and consequences-based thinking* » sont prises en considération⁷⁹⁹. Dès lors, il résulte une différence forte entre la flexibilité de la règle de conflit et la flexibilité des standards de comportement en droit de la concurrence déloyale⁸⁰⁰.

312. Il paraît évident que la concurrence déloyale pose une interrogation quant à la détermination du droit applicable et de la compétence du juge lorsqu'un acte de concurrence déloyale se compose d'un élément d'extranéité « *comme celle qui noue des liens avec plusieurs pays, soit par la nationalité ou la résidence des protagonistes, soit par les lieux de (...) production des faits ou d'accomplissement des actes concernés* »⁸⁰¹. La concurrence des juges est patente en la matière. Elle a cependant pour effet d'ignorer la loi applicable pour les parties alors même qu'elle encadre les relations entre professionnels. Le juge n'interviendra qu'en application d'un droit qui lui est commun, ce qui semble au premier abord éviter toute forme d'imprévision.

313. Le juge mettra en œuvre la règle de conflit de lois que lorsqu'une loi étrangère est invoquée dans le litige. Il semble toutefois que la situation ne soit pas aussi simple. À travers l'article 4 du Règlement Rome II, la reconnaissance de l'acte fautif est distinguée par pays. Il est intéressant de noter que la *lex fori* reste une référence et la sanction sera distinguée dans chaque État où résulte le dommage. En vérité, les conditions d'application du droit de la concurrence déloyale étant différentes dans chaque État tant les disparités sont importantes d'un pays à l'autre.

314. **Difficulté technique du conflit de lois.** Il est plus difficile de trouver rapidement un critère de rattachement même en rapport avec la théorie de la localisation⁸⁰². Se pose en effet la question délicate du champ d'application du droit de la concurrence déloyale. Le principe en la matière est traditionnellement le postulat de l'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère. Comme le remarque le professeur BOUREL, le principe en la matière reste inefficace lorsqu'il s'agit

⁷⁹⁹ E. LOQUIN, *La règle de conflit de lois générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)*, dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, p.35-53.

⁸⁰⁰ P. RÉMY-CORLAY, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les règles de conflit de lois*, RCDIP2003, p. 37-76, spéc. p. 40.V. à l'inverse, S. C. SYMEONIDES, *Tort Conflicts and Rome II : A View from Across*, in *Festschrift für Erick JAYME*, vol. 2, Sellier, München, p. 935-954.

⁸⁰¹ M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 2020, p. VI.

⁸⁰² F. C. Von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, 1849 (trad. GUENOUX, 1851, reproduit aux Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, préf. Y. SYNVET).

d'appliquer la loi d'un milieu social avec pour but de préserver l'intérêt de la personne lésée⁸⁰³. Si la jurisprudence montre une certaine efficacité, il s'avère que le risque de délits complexes produisant leurs effets dans plusieurs pays, le raisonnement classique semble poser difficulté. Il convient pour le juge de chercher à préserver une stricte égalité entre la loi de survenance du fait générateur et la loi de réalisation du dommage en cas de délit complexe⁸⁰⁴. L'exigence probatoire est alors limitée au seul principe de proximité⁸⁰⁵. Cela semble justifier par la diversité des législations nationales en matière de concurrence déloyale. Le juge n'aura de choix que de prendre en compte la variété des sanctions et des comportements⁸⁰⁶.

315. L'appréhension de la concurrence déloyale par le juge est d'une parfaite orthodoxie. Montrant de relatives difficultés à intégrer l'intérêt du consommateur⁸⁰⁷ à travers la sanction pour des faits de concurrence déloyale, en revanche, il démontre une certaine stabilité pour les cas « classiques » de concurrence déloyale.

⁸⁰³ P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Préf. de Yvon LOUSSOUARN, LGDJ, Paris, 1961, spéc. p.54 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 12^{ème} édition, Précis Domat, Paris, 2019, p. 500, §678.

⁸⁰⁴ B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois)*, recueil de cours : 186, 2008, spéc. p. 301. La compétence de la loi du lieu de réalisation du dommage a été expressément retenue à une seule reprise en France : Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1983, Bull. civ. I, n°51, J.D.I. 1984, p. 123, note G. LEGIER.

⁸⁰⁵ Arrêt Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 2007 ; Rev. Lamy droit civil 2007, p.22, note C. KLEITZ ; D. 2007, n°16, p. 1074-1075, note I. GALLMEISTER : « Mais attendu que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit ; qu'en cas de délit complexe, ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ; que le lieu de réalisation du dommage étant fortuit, il convient de rechercher le lieu du fait générateur (...). »

⁸⁰⁶ Pour des études de droit comparé, se reporter, notamment, dans le domaine des actes de concurrence déloyale, à E. ULMER, *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la Communauté économique européenne*, Dalloz, Paris, 1978, p. 1036 ; OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, op. cit. ; B. DUTOIT, *Convergences et divergences des droits nationaux de la concurrence déloyale dans la CEE*, dans *Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du Colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, p. 97-117 ; R. W. de VREY, *Towards a European Unfair Competition law. A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006 ; R. M. HILTY, F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe ?* Springer ; Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, p. 62-76, spéc. p. 67. Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, C. MONTFORT, *La loyauté des pratiques commerciales déloyales en droit communautaire du marché. Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, op. cit. ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préf. de P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, Paris, 2006, spéc. p. 103H. COLLINS, (Ed.), *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Applications*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2004, p. 293 ; S. WEATHERILL, U. BERNITZ (Eds), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, p. 290.

⁸⁰⁷ J. PASSA, *Domaine de l'action en concurrence déloyale*, J.-Cl. civ., fasc. 240, p. 7, § 22.

316. Si la doctrine et la jurisprudence présentent certaines inflexions vers le droit européen de la concurrence⁸⁰⁸, les règles nationales résistent compte tenu⁸⁰⁹ du fort pouvoir d'appréciation laissé au juge. On aboutit à une certaine frilosité à l'insertion des règles de concurrence déloyale issue des lois étrangères. Finalement, la concurrence déloyale offre encore d'importantes perspectives en matière de protection de la concurrence.

317. A l'étude de la concurrence déloyale, on se rend compte que l'action du juge vise plutôt des aspects disciplinaires voire une certaine protection des moyens de concurrence subséquente au droit des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, si le droit européen de la concurrence a tendance à se tourner vers l'indemnisation et la protection de la concurrence, en revanche, même si le droit de la concurrence déloyale s'y intéresse de manière indirecte, il ne remplit pas toutes les conditions de l'évolution du droit de la concurrence en la matière.

318. Il est indéniable que « *le fondement des moyens de concurrence est pour l'essentiel impénétrable* »⁸¹⁰, il s'avère pourtant incapable de concilier les intérêts en présence favorisant essentiellement la sanction des pouvoirs économiques au détriment de la victime.

319. Un phénomène qui s'est amplifié avec l'absence d'harmonisation des règles de concurrence déloyale dans les États membres. L'absence de pénétration du droit européen de la concurrence dans l'application du droit de la concurrence déloyale ne permet pas de régir efficacement les déséquilibres entre le niveau de protection offert par la loi et la loi appliquée par l'État membre. Le juge devrait appliquer la loi en offrant une protection plus importante au consommateur.

⁸⁰⁸ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO L 149 du 11 juin 2005, p. 22.

⁸⁰⁹ B. DUTOIT, *Un nouveau droit européen (tronqué) de la concurrence déloyale* in : A. EPINEY, M. HAAG, A. HEINEMANN (Ed.) *Die Herausforderung von Grenzen - Le défi des frontières - Challenging boundaries*, p. 645-660.

⁸¹⁰ R. LE MOAL, *Contribution à l'étude d'un droit de la concurrence*, thèse, 1972, p. 127.

Section 2. L'action restreinte en matière de pratiques restrictives

320. La fonction de moralisation des relations commerciales du droit des pratiques restrictives de concurrence constitue une autre forme d'intervention du juge dans le contrôle des actes anticoncurrentiels. Tandis que le recours au droit des pratiques restrictives justifie encore son action (§1) auprès des autres droits de la concurrence, il est intéressant de voir si le rapprochement s'étend avec l'opportunité d'un recours collectif en droit des pratiques restrictives (§2).

Paragraphe 1. La justification du recours au droit des pratiques restrictives

321. Les règles applicables en droit des pratiques restrictives de concurrence ont principalement trait à la validité de ces dernières, que le Code de commerce encadre très largement. Néanmoins, les règles du marché ne sont pas sans influence sur l'élaboration (A) ou la détermination (B) des pratiques restrictives.

A. L'élaboration du droit des pratiques restrictives

322. Le fondement des pratiques restrictives est la moralisation des pratiques commerciales à travers l'application du droit commun. Cette constatation ne peut cependant éluder son apport en droit de la concurrence qui est l'objet de la notion de pratiques restrictives (1). Il semble qu'il existe une fonction déterminée du droit des pratiques restrictives (2). Ainsi, il peut revendiquer son rôle auprès du droit des pratiques anticoncurrentielles.

1. La notion de pratiques restrictives de concurrence

323. **La notion de pratiques restrictives.** Pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence partagent le terme « pratique » qui, en droit, « *se dit d'un usage ou d'une façon d'appliquer le droit* »⁸¹¹ et en tant que tel les pratiques de concurrence relèvent du droit des comportements⁸¹² qui conduisent à une sanction. Les pratiques restrictives de

⁸¹¹ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Larcier, Coll. Paradigme, 2020, p. 757.

⁸¹² M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D., 1995, p. 51, où l'auteur explique que « *le droit de la concurrence est un droit économique qui ne s'intéresse qu'aux comportements* », du même auteur, *Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il des limites à la négociation contractuelle ?*, Etude, CCC, 2008, n°11, Dossier n°5 : Moderniser l'économie..., où l'auteur conclut que la réforme opérée par la

concurrence ne sont pas définies et sont énoncées dans le Code de commerce⁸¹³. Il est de mise de caractériser la différence entre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence de « grand droit de la concurrence » et de « petit droit de la concurrence ». Or, la conception européenne de ces droits comme en droit national n'oppose pas véritablement le « grand » et le « petit » droit de la concurrence⁸¹⁴. Est-ce à dire que le droit des pratiques anticoncurrentielles qui tire aujourd'hui sa substance du droit européen de la concurrence serait supérieur au droit des pratiques restrictives de concurrence alors que ces derniers sont une spécificité du droit de la concurrence nationale ? Nous ne le pensons pas. L'intégration des pratiques restrictives de concurrence dans le droit de la concurrence ne viserait tout simplement pas les mêmes objectifs.

324. Le droit de la concurrence au sens strict ne serait pas spécifiquement la loyauté dans les relations commerciales, mais aurait une finalité économique sur un marché qui serait défini par la lutte « *contre le pouvoir de monopole ou de marché, c'est-à-dire la capacité dont dispose une entreprise ou un groupe d'entreprises contrôlant une part relativement importante du marché, d'induire une hausse des prix en réduisant les quantités offertes et en obligeant ainsi les consommateurs à se détourner vers d'autres biens, au risque de gaspiller des ressources économiques rares* » et serait donc « *dépourvu de toute préoccupation d'équité* »⁸¹⁵. Alors que les pratiques restrictives de concurrence auraient des intérêts « étrangers » quant au marché⁸¹⁶. En effet, les pratiques restrictives sont toujours condamnables, quels que soient les effets sur le marché, lorsqu'elles affectent de façon directe et de façon individuelle la capacité

loi du 4 août 2008 anticipe une réforme plus importante visant à « *sanctionner les comportements déloyaux dans la relation contractuelle* ».

⁸¹³ V. M. MARTIN, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Préf. L. VOGEL, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, n°5 s, où l'auteur observe que « *les pratiques restrictives de concurrence [...] ne reçoivent pas de définition légale et il faut se contenter d'une typologie désordonnée des concepts qu'elles recouvrent* ».

⁸¹⁴ Le droit des exemptions par catégories en matière d'ententes témoigne de cette double dimension du droit européen de la concurrence : protection de la concurrence mais aussi des concurrents et des contractants. V. J.- M. MOUSSERON, V. SELINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Paris, Litec, 1988 ; J.-C. FOURGOUX, *La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1er juillet 1996*, Rev. de sc. crim., 1997 p. 653 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, *concurrence et compétition*, D. 2004, p. 1722 ; P. ARHEL, Rép. com. Dalloz, *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, 2015 ; D. MAINGUY, *L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce*, JCP, E, 2002, n°48, 1729, n°1 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Droit de la concurrence et droit des contrats (Brèves observations)*, RDC, n°3-2004, p. 870, l'auteur allant jusqu'à évoquer le vrai droit à l'égard du droit des pratiques anticoncurrentielles, ce dont il est possible de déduire que le droit des pratiques restrictives de concurrence est un faux droit de la concurrence.

⁸¹⁵ L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, M. GERMAIN (dir.), 3^{ème} éd. LGDJ, 2020, p. 561-562.

⁸¹⁶ L. IDOT, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, RDC, n°3/2004, p. 882, dont la conclusion tend à considérer que l'art. L. 442-6 du Code de commerce est « *étranger au droit de la concurrence* ».

concurrentielle d'une entreprise⁸¹⁷. Outre la distinction entre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence, souvent décrite comme protecteur des concurrents⁸¹⁸, elles posent pour certaines des interdictions⁸¹⁹. À l'exemple de l'article L. 442-5 modifié du Code de commerce, la pratique de revente à perte est sanctionnée par une interdiction. Elles sont représentatives de l'extension de l'abus de dépendance économique⁸²⁰. Cependant, cette dernière faisait l'objet d'une sanction au titre des pratiques anticoncurrentielles. Or, elle implique la démonstration d'une exploitation abusive d'un état de dépendance économique ainsi qu'une entrave à la concurrence. Seulement dans le cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, elle s'est avérée inefficace. Les législateurs, avec les lois de 1996⁸²¹ et 2001⁸²², ont créé un nouveau type de sanction *per se* donc indépendamment des effets anticoncurrentiels, au titre des pratiques restrictives.

325. **Droit de la concurrence et défense des intérêts individuels des professionnels**⁸²³.

L'encadrement des pratiques restrictives de concurrence se fait principalement à l'issue des relations contractuelles. La problématique est bien connue. La relation contractuelle conduit à ce qu'« *un des partenaires tient l'autre en son pouvoir [...] et, abusant de cette situation, lui impose des avantages de tous ordres ou bafoue ses intérêts* »⁸²⁴. En toute rigueur, il convient de reprendre l'ancienne nomenclature des pratiques restrictives : la revente à perte de l'article L. 442-6, I al. 2 du Code de commerce pour le déséquilibre significatif, de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce pour rupture brutale des relations commerciales établies⁸²⁵. Si l'on

⁸¹⁷ D. FERRIER, *Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ?* in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. SERRA, Paris : Dalloz, 2006, n°6, où l'auteur s'interroge sur la finalité de cette réglementation, a priori selon lui « *la protection des concurrents* », mais aussi « *l'action sur les prix à la consommation* ».

⁸¹⁸ D. MAINGUY, M. DEPINCE, *droit de la concurrence*, 3^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuel, 2019, n°142.

⁸¹⁹ V. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D., 1995, p. 51.

⁸²⁰ O. BENOIT, *Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations*, in *Dossier : l'abus dans le droit des affaires*, Dr. et patr., 2000, p.83 où l'auteur explique que la loi du 1er juillet 1996 « *vient interdire trois types d'abus de dépendance économique, qui sont prohibés en eux-mêmes, sans nécessité d'établir un effet restrictif sur le marché* ». L'auteur semble classer parmi les pratiques anticoncurrentielles, et notamment au sein de l'article L. 420-2 C. com. des pratiques restrictives de concurrence qui n'en font pas partie. Cette position isolée semble devoir être considérée comme méconnaissant la différence entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence.

⁸²¹ Loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JORF n°153 du 3 juillet 1996.

⁸²² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Version en vigueur au 05 octobre 2020.

⁸²³ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001, JO 16 mai 2001, p. 1176.

⁸²⁴ J. ROCHFELD, *A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2004-4. p. 473-486.

⁸²⁵ Ils ont fait l'objet d'une renumérotation avec l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 qui simplifie et clarifie les pratiques restrictives de concurrence de l'ancien article L. 442-6 qui sont désormais codifiées aux articles L.

perçoit la philosophie, la transposition de cette distinction est couplée le plus souvent avec la protection des relations avec un partenaire commercial en effectuant un contrôle de la formation du contenu ainsi que des conditions de rupture du contrat⁸²⁶. Peut-être faut-il réserver une place particulière aux sanctions des pratiques restrictives de concurrence issue du législateur qui a interdit de nombreuses pratiques restrictives avec la particularité d'être du ressort exclusif des juridictions judiciaires⁸²⁷. On peut dès s'interroger sur l'éventuel intérêt des pratiques restrictives de concurrence par rapport au droit de la concurrence en général.

2. L'objet de la fonction des pratiques restrictives

326. L'objectif de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence⁸²⁸ avait comme son nom l'indique pour but de consacrer la liberté des prix après une longue période d'après-guerre de fixation des prix⁸²⁹. Si elle supprime les règles relatives aux prix, elle favorise les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles⁸³⁰, de transparence et de pratiques restrictives⁸³¹. Au soutien de la relative innovation des pratiques restrictives, on retrouve les pratiques restrictives de concurrence nommément désignées la revente à perte, l'imposition d'un prix de revente et le non-respect des délais de paiement en matière d'aliments périssables qui font l'objet d'une sanction pénale et les pratiques de discrimination, de refus de vente et de vente liée qui font l'objet d'une sanction civile. Il y a un certain anachronisme d'évoquer la dépénalisation d'une pratique⁸³², mais lors de cette réforme opérée par l'ordonnance de 1986, les anciennes pratiques de refus de vente et de ventes liées ne sont plus sanctionnées par le droit pénal, mais sanctionnées au nom de la responsabilité civile⁸³³. N'en déplaise aux partisans des anciennes règles, les articles 31 à 35 de l'ordonnance de 1986 nommément désignés de ventes

442-1 à L. 442-4 du code de commerce à savoir la tentative d'obtention ou l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou disproportionné, la tentative de soumission ou la soumission à un déséquilibre significatif, la rupture brutale des relations commerciales établies, la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive, l'interdiction des pratiques d'avantages rétroactifs et du bénéfice automatique de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes. Les sanctions sont également quelque peu modifiées.

⁸²⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8^{ème} éd., Sirey, 2019, p. 122.

⁸²⁷ Le contentieux du droit des pratiques restrictives de concurrence a été confié à des juridictions spécialisées par le décret du 11 novembre 2009 (D n°2009-1384, 11 novembre 2009, JO, 15 novembre, p. 19761 ; JCP G 2010, n°272). Ils sont listés par l'article D. 442-3 du Code de commerce.

⁸²⁸ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

⁸²⁹ L'ordonnance n° 45-1483 est abrogée par l'ordonnance de 1986.

⁸³⁰ Art. 7 à 27 de l'ord. de 1986.

⁸³¹ Art. 28 à 37 de l'ord. de 1986.

⁸³² B. BOULOC, *Une repénalisation sournoise du droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence 2006 - n°4 ; W. P. J. WILLS, *La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution ?* Revue Lamy de la concurrence 2005 - n°4.

⁸³³ Art. 36 de l'ord. de 1986, respectivement, 1, 2 et 3.

liées et le refus de vente aux professionnels sont abrogés, en 1996. Dans le même temps, quatre nouvelles pratiques restrictives sont ajoutées⁸³⁴. Avec cette modification apportée par la loi de 1996⁸³⁵, le nombre de pratiques restrictives sanctionnées augmente. En 2001, les pratiques restrictives de concurrence sont intégrées au Code de commerce dans le Chapitre II du Titre IV⁸³⁶ en ajoutant trois nouvelles sanctions de pratiques restrictives⁸³⁷. De ce point de vue, certains termes rappellent le droit des pratiques anticoncurrentielles telles que l'abus de puissance d'achat ou de vente au titre de l'article L. 442-6, I, 2 du Code de commerce. La loi de 2005⁸³⁸ ne fait que compléter le droit des pratiques restrictives de concurrence. En 2008, une première loi⁸³⁹ apparaissant aujourd'hui des plus anecdotique fait place à la Loi de Modernisation de l'Économie (LME) du 4 août 2008 dont l'apport le plus important est la suppression de l'abus de dépendance économique en tant que pratique restrictive de concurrence⁸⁴⁰. La généralisation de la protection de concurrence engendre mécaniquement une multiplication des pratiques restrictives de concurrence conduisant à un ensemble de dispositions dont certaines sont devenues obsolètes souvent faisant double emploi avec les règles sur les pratiques anticoncurrentielles. En vérité, il est toutefois permis de tirer quelques enseignements en la matière lorsque l'article L. 420-2 du Code de commerce sanctionne les exploitations abusives d'une position dominante et les abus de dépendance économique. En outre, le recours à cet article du droit des pratiques anticoncurrentielles énumère des exemples

⁸³⁴ Art. 14, 2° de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 3° de l'ordonnance de 1986 sur un avantage préalable à la passation de commande, sans s'engager par écrit sur un volume d'achats proportionné ; Art. 14 3°, al. 1er de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 4° de l'ord. de 1986 sur la menace de rupture brutale des relations commerciales pour obtenir ou tenter d'obtenir « *des délais de paiement, des modalités de vente, des conditions de coopération commerciales manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente* » ; Art. 14, 3°, al. 2 de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 5° de l'ord. de 1986 sur la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies ; Art. 14, 3°, al. 3 de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 6° de l'ord. de 1986 sur la prohibition de la pratique qui consiste à participer à la violation de l'interdiction de la revente hors-réseau, interdiction faite au distributeur qui est lié par un contrat de distribution sélective ou exclusive.

⁸³⁵ Loi n°96-588 du 1 juillet 1996, JORF n°153 du 3 juillet 1996 page 9983.

⁸³⁶ Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce.

⁸³⁷ Art. 56, 2° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, a C. com. Sur un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ; Art. 56, 2° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, a C. com. ; Art. 56, 2° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, b C. com sur l'abus de la relation de dépendance d'un partenaire et l'abus de puissance d'achat ou de vente, par « *la soumission à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* » ; Art. 56, 5° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 7° C. com sur la sanction de la soumission d'un partenaire à des « *conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux* ».

⁸³⁸ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF n°0179 du 3 août 2005, p. 12639.

⁸³⁹ LOI n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 4 janvier 2008 p. 258.

⁸⁴⁰ Art. L. 442-6-I-2°, b du Code de commerce.

qui sont des pratiques restrictives⁸⁴¹. C'est alors par la mise en jeu de l'interprétation et l'utilisation qui est faite de l'article que la sanction de la dépendance économique fera l'objet d'une intervention de l'Autorité de la concurrence ou du juge judiciaire en faisant preuve d'un certain pragmatisme au nom de la réglementation sur les pratiques restrictives.

327. **Les objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence.** L'objectif de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques vise à compléter les pratiques commerciales et notamment « *celle figurant au Titre IV de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relatif aux pratiques restrictives de concurrence* »⁸⁴², elle expose les motifs de cette loi en considérant son intérêt « *sur la concentration de la distribution et les dérives de comportement dans les relations entre fournisseurs et distributeurs créent le besoin d'une régulation commerciale adaptée à ce nouvel environnement* ». Cela remet en cause les objectifs initiaux du droit des pratiques restrictives de l'ordonnance de 1967 qui n'évoquait pas la régulation commerciale, mais la notion de comportements⁸⁴³. Les législateurs sont particulièrement sensibles à cette analyse et démontrent une volonté de faire des pratiques restrictives une action complétive entre droit des pratiques anticoncurrentielles et droit des affaires. Il est toutefois possible de penser que l'objectif de l'éthique des affaires envers les professionnelles et les cocontractants a basculé vers la protection des petits professionnels.

328. **La suppression du droit des pratiques restrictives.** Les nombreuses réformes sur les pratiques restrictives ont pourtant conduit à conforter le contrôle des relations contractuelles entre professionnels. Souvent critiquées pour ses fréquentes réformes qualifiées de douteuses⁸⁴⁴ voire contradictoires⁸⁴⁵, les pratiques restrictives sont source d'innovation procédurale permettant au juge de sanctionner des actes anticoncurrentiels dans un contrat.

⁸⁴¹ Art. L.420-2 al. 1^{er} C. com. qui prévoit : « *ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, ventes liées, conditions de vente discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* » ; l'al. 2, consacré à l'abus de l'état de dépendance économique prévoit : « *ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme* ».

⁸⁴² Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Doc. AN n°2250, 15 mars 2000, p. 13.

⁸⁴³ Rapport au président de la République de l'ordonnance n°67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence.

⁸⁴⁴ F. DEKEUWER-DEFFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Paris : Montchretien, Coll. Domat, droit privé, 12^{ème} éd., 2019, n°827. Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE, C. NOURISSAT, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence et consommation*, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2012, n°224.

⁸⁴⁵ M. MARTIN, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Préf. L. VOGEL, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, n°8 où l'auteur estime que les dispositions sont « *issues d'une longue série d'interventions législatives aussi contradictoires que souvent impénétrables, et qui traduisent un réel malaise du législateur, elles ne servent pas l'objectif dont elles se réclament, à savoir la libre concurrence* ».

329. Si l'on adopte une vision restrictive du droit de la concurrence, alors le droit des pratiques restrictives a un double emploi et peu très bien faire l'objet d'une sanction selon le droit commun. L'article 1171 du Code civil répute non écrites les clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif, même si ce dernier ne permet pas de contrôler n'importe quel type de pratiques, y compris tarifaires⁸⁴⁶. Maintenant, si l'on adopte une conception plus extensive de la matière, en effet, l'objectif de protection du marché est totalement concomitant au principe de loyauté⁸⁴⁷. Ce dernier principe d'inclure le livre IV du Titre IV du Code de commerce qui peut être caractérisé de « *branche significative du droit de la concurrence* »⁸⁴⁸.

330. En résumé, les pratiques restrictives peuvent avoir un effet sur la concurrence alors qu'ils n'ont pas d'effet sur le marché. Si certains auteurs militent pour sortir les pratiques restrictives du champ de la concurrence⁸⁴⁹, c'est par une mauvaise appréhension des règles de concurrence qui confond pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives, la question du marché étant le point d'achoppement, mais ne remet pas en cause l'action des pratiques restrictives sur la concurrence dans l'environnement contractuel.

⁸⁴⁶ Cass. Com. 25 janvier 2017, n°15-23547, publié au bulletin (Galec), D. 2017, p. 481, note F. BUY, RTD civ. 2017, p. 383, obs. H. BARBIER, RTD com, 2017, p. 593.

⁸⁴⁷ CJCE, 11 novembre 1986, *British Leyland c/ Commission*, aff.226/84, Rec. 1986, p. 3263.

⁸⁴⁸ J.- L. FOURGOUX, *Fasc. 281 : Transparence tarifaire et pratiques restrictives de concurrence*, Jcl. Commercial, 2013, n°1.

⁸⁴⁹ Y. SERRA, *L'obligation de non-concurrence*, th. préf. J.- M. MOUSSERON, Paris, Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 23, 1970, qui définit le terme concurrence comm⁸⁴⁹. Y. REINARD, S. THOMASSET-PIERRE ET C. NOURISSAT, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : LexisNexis, Coll. Manuels, 8^{ème} édition, 2012., n°205 où les auteurs estiment que « *la finalité du droit de la concurrence n'est pas de protéger les entreprises faibles, ni de rechercher l'équilibre ou la justice contractuelle, mais seulement de veiller au bon fonctionnement du marché* », et n°234 où ils estiment que « *ce droit a pour objectif la protection des entreprises vulnérables et la préservation d'une logique contractuelle, aucune de ces logiques n'est convaincante* » ; L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE ET C. MONTET, *Un droit de la concurrence, pour quoi faire ?*, in *Dossier Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 22, n°4 où les auteurs estiment que « *le droit de la concurrence a un objectif d'efficacité économique. Lorsque le droit de la concurrence tente de répondre à des objectifs contraires, des incohérences peuvent alors apparaître, comme c'est le cas en France avec les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce* » et « *la compétition qui joue, sur un même marché, entre plusieurs individus dans l'intention d'atteindre plus complètement une fin économique, en particulier, l'offre de produit ou de services qui satisfont des besoins égaux ou proches* » ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Préf. J. GHESTIN, Paris : Dalloz, Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, n°577 ; L. ROBERVAL, *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, Thèse, Université du Littoral, 2010, dactyl., n°579 ; L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, thèse, préf. P. Brunet, Bibl. dr. publ., t. 272, Paris : LGDJ-Lextenso, 2012, n°6 et n°47 dans lequel l'auteur exclut de son étude les pratiques restrictives de concurrence, nommées « *pratiques déloyales* ».

B. La détermination des fonctions des pratiques restrictives

331. Afin de lutter contre les pratiques nocives en matière de comportement, le droit des pratiques restrictives intervient au sein des contrats entre professionnels. Mais, il peut être affirmé un objectif de protection du marché des pratiques restrictives subsidiaire aux pratiques anticoncurrentielles (1). Néanmoins, cette fonction semble beaucoup plus limitée (2) lorsque le droit des pratiques restrictives se trouve à la frontière de deux droits, concurrence et contrat.

1. Une fonction subsidiaire des pratiques anticoncurrentielles

332. **La place des pratiques de concurrence au sein du droit de la concurrence.** Instrument par excellence pour appréhender les abus d'exploitation que le droit des pratiques anticoncurrentielles peine à saisir. Pour autant, cette confusion est entretenue lorsque parfois les pratiques anticoncurrentielles sont définies comme « *des pratiques restrictives de concurrence* »⁸⁵⁰. De fait, cette définition omet l'effet potentiel du marché dont son étude est essentielle pour appliquer les pratiques anticoncurrentielles. Même la loi parfois entretient cette confusion, l'article L. 420-2 du Code de commerce sanctionne l'abus de position dominante tout en listant des exemples de sanctions relevant des pratiques restrictives.

333. **Une autre manière de sanctionner le droit de la concurrence.** En droits des pratiques restrictives de concurrence, le critère d'applicabilité est la relation contractuelle entre les parties. Parce qu'elles ne répondent pas aux mêmes modalités, elles sont soumises à un régime différent du droit des pratiques anticoncurrentielles⁸⁵¹. Le droit des pratiques anticoncurrentielles se place dans l'objectif de protection du marché dès l'origine⁸⁵² même s'ils font l'objet d'une législation interne, il n'adopte donc pas le même point de vue. Une différence à cette règle prévue explicitement par l'article 2 du Traité de Lisbonne prévoit que l'Union dispose d'une compétence exclusive « *pour l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur* »⁸⁵³ et la nouvelle numérotation du Traité

⁸⁵⁰ L. N.-VULLIERME, *Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code de commerce*, Jcl. Concurrence-Consommation, Fasc. 290, cote 03, 2013, n°13.

⁸⁵¹ V. contra, E. CLAUDEL, *L'abus de puissance économique d'achat*, in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, colloque, dir. Y. Serra, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 69-86, spéc. p. 69 où l'auteur considère que « *l'abus de puissance d'achat est en effet une des pratiques restrictives de concurrence les plus sensibles aujourd'hui* ».

⁸⁵² Art. 2 du Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier ; L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz, Coll. Précis, 2020, n°491.

⁸⁵³ Art. 2. 1, b) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de Lisbonne 2007.

reprend dans le Titre VII « *Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations* » du Chapitre I « *Les Règles de concurrence* » apporte une précision en prohibant les ententes⁸⁵⁴, l'exploitation abusive d'une position dominante⁸⁵⁵ comme « *incompatibles avec le marché intérieur* »⁸⁵⁶. Le souci est que cette compétence est partagée avec les États membres et leur permet de mettre en œuvre des législations spécifiques pour les professionnels⁸⁵⁷. Il concerne les pratiques restrictives de concurrence qui aménage la procédure afin de tenir compte de la fragilité des PME. Les pratiques restrictives à l'inverse s'appuient sur des principes civilistes par « *un contrôle accru des juges de circonstances de celle-ci s'est peu à peu développé que ce soit sur le fondement des articles 1134, alinéa 3 du Code civil (exécution de bonne foi), de l'article 1135 (obligation de loyauté)* »⁸⁵⁸. Si la bonne foi ne pose pas de problème, ici, à l'objectif de loyauté il faut ajouter la condition d'équilibre ou d'égalité⁸⁵⁹ des relations commerciales. Des objectifs qui apparaissent bien éloignés de la mise en application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles.

334. C'est donc par truchement du Code de commerce que le droit de la concurrence est concerné par la victime dans lequel le consommateur peut être visé. Ce critère permet de rappeler le lien entre volonté de protection du consommateur promulgué par l'Union européenne⁸⁶⁰ et les actions dans le domaine notamment en matière de pratiques commerciales déloyales⁸⁶¹. La restriction de concurrence par les pratiques restrictives de concurrence a un but microéconomique de protection des petites entreprises, notamment dans le cadre de la grande distribution. En réponse à l'émergence des centrales d'achats de la grande distribution et l'existence d'innombrables entreprises fournisseurs de petite taille a conduit à renforcer la législation en matière d'abus de dépendance⁸⁶² et par la même favorise le rééquilibrage des relations commerciales⁸⁶³. Le lien entre les clauses restrictives et les pratiques restrictives de

⁸⁵⁴ Art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸⁵⁵ Art. 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸⁵⁶ Art. 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸⁵⁷ La compétence de l'Union européenne a pour objectif exclusif les règles de concurrence du droit européen.

⁸⁵⁸ J. ROCHFELD, *A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence*, Revue Juridique de l'Ouest, 2004, 4, p. 473-486, p. 484, §21.

⁸⁵⁹ Y. AUGUET, *L'équilibre, finalité du droit de la concurrence*, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Paris, Dalloz, 2006, p. 29 à 58, n°2, où l'auteur estime que « *la finalité d'équilibre permet d'appréhender le droit de la concurrence dans son unité*. C'est ainsi que l'objectif d'équilibre serait partagé par les deux pans du droit de la concurrence. Cependant, il n'apparaît dans la loi, (à l'art. L.442-6, I, 2° C. com.) que concernant les pratiques restrictives de concurrence.

⁸⁶⁰ Article 2 C, f) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸⁶¹ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁸⁶² Article L. 420-2 du Code de commerce.

⁸⁶³ Article L. 442-1 du Code de commerce.

concurrence vient alors de l'intervention du législateur soumettant les engagements par contrat à une analyse et une sanction de certaines clauses ou de pratiques.

2. Une fonction limitée pour l'intérêt des parties

335. Si la formation du contrat fait déjà l'objet de limitations en droit de la concurrence, les implications des pratiques restrictives dans le contrat sont des plus problématiques. En effet, « *les contrats dans lesquels sont insérées des pratiques restrictives ne pourraient plus être annulés sauf à invoquer la liberté du commerce et de l'industrie* »⁸⁶⁴. Le rôle du juge s'est adapté, surtout depuis la loi LME du 4 août 2008, l'article L. 442-6 du Code de commerce ajoutant de nouvelles prohibitions en matière de pratiques restrictives. On peut dès lors s'étonner de l'immixtion du juge dans la négociation contractuelle. Fort de ce constat, si la négociation contractuelle est prônée par la Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, notamment en supprimant l'interdiction des pratiques discriminatoires, l'intervention du juge pose la question de la réalité de la libération.

336. Dans ces circonstances, les tribunaux vont-ils devoir intervenir dans l'équilibre du contrat ? Les limites restent floues dans l'exercice de ces prérogatives. Le juge devra prendre en compte des règles issues du droit de la concurrence pour déterminer ce nouvel équilibre, favorisant d'abord l'équilibre concurrentiel avant l'équilibre contractuel. Le problème des pratiques restrictives dans le contrat en est une illustration des plus caractéristiques. Le raisonnement est en deux temps. Lorsque le contrat a un effet sur le marché, l'action du juge du juge se distingue sur deux points : en premier lieu, l'affectation du marché, sans laquelle il ne pourrait mettre en œuvre les dispositions visant à sanctionner les actes anticoncurrentiels nocifs au libre jeu de la concurrence et, dans un second temps, une approche duale entre les règles de droit de droit commun inhérent au contrat et les règles issues d'une analyse économique des faits favorisant la concurrence. Au-delà des conséquences discutables envers la liberté contractuelle, le raisonnement des tribunaux est donc tributaire d'une vision pragmatique des faits en rapport avec la concurrence praticable conduisant à une sanction entre droit des contrats et droit de la concurrence.

⁸⁶⁴ J. BRILL, *Les sanctions civiles de l'ordonnance du 1er décembre 1986*, G. P., 1^{er} décembre 1987, Doct. 775.

337. **La sanction entre droit des contrats et droit de la concurrence.** Il est incontestable que la sanction en matière de contrat est de nature à créer un trouble, car il est concevable que la liberté contractuelle peut être limitée par la notion d'ordre public. Ce même lien d'ordre public est aussi bien issu des règles limitant l'atteinte au marché que l'application des règles du droit commun, ils raisonnent donc à l'unisson dans l'application de l'article 6 du Code civil, le contrat encourant la nullité pour le non-respect des règles de concurrence au contrat.

338. **Nouvelle manière de voir le contrat en droit de la concurrence.** Le mécanisme s'applique en droit des contrats par une double option de validité. On retrouve les tenants contractuels de l'application en droit commun entre le consentement des parties, leurs capacités et un contenu licite et certain de la convention avec un particularisme induit par le droit de la concurrence. Pour rappel, l'intérêt légitime réside « *dans la personne du créancier et justifiant l'atteinte portée à la liberté du débiteur* »⁸⁶⁵ donc licite lorsqu'il existe un intérêt légitime. Alors que l'objet s'appuie sur une subtile nuance liée à une appréciation subjective, en tenant compte de « l'incidence excessive »⁸⁶⁶ sur la liberté du débiteur. Pour des raisons, bien compréhensibles aujourd'hui, ce dernier est protégé par une limitation de son obligation de non-concurrence sur deux plans : son activité et l'étendue dans le temps et dans l'espace. Dès lors l'article L. 420-1 du Code de commerce est applicable que s'il existe une atteinte notable au marché. Néanmoins, dès 1994⁸⁶⁷, cette position est somme toute relative. La Cour de cassation avait fortement temporisé ces effets, en se fondant sur le motif « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat* ». Elle infirme par la même l'assertion de la cour d'appel se fondant sur l'article 1134 du Code civil (devenu article 1103 du Code civil) : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'en l'espèce, la clause combattue est limitée dans le temps et dans l'espace, et que la licéité des restrictions aux libertés individuelles qu'elle stipule est reconnue* »⁸⁶⁸.

339. La solution était déjà représentative de la difficulté de l'application du droit de la concurrence. Sous l'apparence d'une application rigoureuse de la loi, le droit de la concurrence

⁸⁶⁵ Y. AUGUET, *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail*, Issu de Petites affiches - 24/06/1998 - n° 75 - p. 14 ; Y. SERRA, *La non-concurrence : en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz 1991, n°195.

⁸⁶⁶ Y. SERRA, préc., n°198.

⁸⁶⁷ Cass. Com., 4 janvier 1994, *R.J.D.A.* 1994, 247, n° 297; *R.T.D.Civ.* 1994, p. 349, obs. J. MESTRE.

⁸⁶⁸ Cour d'appel, 12° ch., 6 février 1992, *R.T.D.Civ.* 1994, p. 349, obs. J. MESTRE.

reste pris dans son caractère polysémique intrinsèquement modulable entre des dispositions de nature civile, pénale, voire administrative. Cela à fait dire au professeur CALAIS-AULOY que « *la classification traditionnelle, fondée sur la nature des règles doit être combinée avec une classification transversale plus récente, dictée par la fonction des règles juridiques* »⁸⁶⁹. On assiste donc à une véritable concurrence des règles du droit de la concurrence dans le contrat.

340. **L'abus de dépendance économique.** Le caractère fautif de l'abus de dépendance économique dépend non pas de l'abus, mais de l'excès dans le comportement et l'entrave à la concurrence. Toujours, dans le cadre du contrat, le droit commun se heurte au droit de la concurrence frontalement, le juge tantôt appliquant les règles liées à l'abus de dépendance économique du droit de la concurrence ou le droit commun avec la violence économique reprenant la notion de vice de consentement. Au titre de la répercussion de cette confrontation classique de ces deux droits, l'exemple des cuves pour les stations-service apparaît comme un cas d'école. Le but n'est pas de reprendre toutes les réflexions abondantes du sujet qui ont tant jalonné la doctrine. À titre d'illustration, il semble toujours d'actualité. Les juridictions judiciaires retenaient la licéité de la clause de restitution en nature des cuves pour les stations-service. S'appuyant sur l'article 1103 du Code civil, les compagnies pétrolières étaient fondées à demander l'exécution de la stipulation contractuelle. La Cour d'appel de Paris confirmé par la Cour de cassation a relativisé la portée de cette stipulation par application de la seule réponse conjointe du droit commun et du droit de la concurrence, celle de l'abus de droit⁸⁷⁰.

341. C'est pourtant sous la notion de dépendance économique de l'article L. 420-2 du Code de commerce que le juge aborde la question vis-à-vis de la franchise. Le juge doit pourtant une fois de plus porter son analyse sur la question de la concurrence praticable, il ne s'agit pas de porter atteinte au libre jeu de la concurrence⁸⁷¹. Cependant, cette appréciation s'avère délicate, le dommage concurrentiel est acceptable en droit de la concurrence, la violence économique est un fondement juridique caractéristique au droit de la concurrence animé par un esprit de compétition⁸⁷². Dans cette expectative, le droit des pratiques restrictives semble plus à même de répondre aux *desideratas* du franchisé notamment au terme de l'article L. 442-6 I du Code

⁸⁶⁹ J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D.Civ. 1994, p. 240.

⁸⁷⁰ CA Paris, 28 février 1985, G.P. 1985.2. 441.

⁸⁷¹ CA Lyon, 2 juillet 1999, *La lettre de la distribution*, novembre 2009, p. 3.

⁸⁷² N. DORANDEU, *Violence économique et droit de la concurrence*, in *La violence économique, À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Journées nationales Tome XXI/ Perpignan, sous la direction de Yves PICOD et Denis MAZEAUD, Association Henri Capitant, Dalloz, 2017, p. 66.

de commerce en s'appuyant sur la rupture contractuelle en sanctionnant le fait « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale* ». On retient que si l'obligation de non-concurrence est une protection efficace, il est regrettable que le juge ait des difficultés à appliquer systématiquement le droit de la concurrence. Les restrictions de concurrence ont nécessairement une obligation de plein droit dans le cadre du contrat.

B. L'opportunité d'un recours collectif en droit des pratiques restrictives

342. **La prise en compte du consommateur.** Si les pratiques anticoncurrentielles ont aujourd'hui une visée sur la protection du consommateur, qu'en est-il des pratiques restrictives de concurrence ? Cela implique d'assimiler une pratique restrictive à un acte anticoncurrentiel ayant un effet sur les prix dommageable pour les consommateurs. Nonobstant, les dispositions de l'ordonnance de 1986 relatives à la liberté des prix et à la concurrence, la nature des textes ayant une action sur les prix à la consommation vise à favoriser le pouvoir d'achat des consommateurs. Dans une certaine mesure, les pratiques des professionnelles peuvent introduire la possibilité d'une mise en œuvre des pratiques restrictives en tenant compte des consommateurs.

343. En France, les recours collectifs en droit des pratiques restrictives sont un cas d'école. D'ailleurs aucun texte législatif n'exprime en tout cas cette possibilité. Si un préjudice concurrentiel consumériste est suffisant pour identifier un intérêt à agir, est-ce suffisant pour une action collective en matière de pratiques restrictives de concurrence ? On voit que le droit des pratiques restrictives peut être qualifié de pratiques illicites ; or, le Code de la consommation est clair, il permet aux consommateurs de faire valoir leurs droits en justice afin que soit prise « *toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites* »⁸⁷³ et demander la réparation d'un préjudice direct ou indirect⁸⁷⁴. Dans ce cas, le dommage pour le consommateur est relativement le même que dans une procédure ayant trait au droit des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, les pratiques restrictives de toute évidence répondent des agissements illicites des professionnelles et peuvent très bien en l'état faire l'objet d'une action des consommateurs.

⁸⁷³ Art. L. 621-2 C. conso.

⁸⁷⁴ Cass, Civ. 1, du 21 octobre 2003, 01-13.239, Inédit.

344. Cependant, la nature spécifique du comportement en cause nuit à la demande de la victime dans certaines conditions. La mise en adéquation du modèle de contrôle juridictionnel de droit commun ne permet pas de faire entrer le consommateur dans le cadre du droit des pratiques restrictives. Les consommateurs peuvent effectivement être concernés par un déséquilibre significatif entre distributeurs et fournisseurs. Or, ce n'est que pour une question d'équilibre que le distributeur augmente les prix afin de pallier un déséquilibre. Il est envisageable que le fournisseur fasse de même. Pour autant, le consommateur est-il directement concerné ? Rien n'est moins sûr. Le principe est qu'un agissement illicite n'apparaît que lors de la relation exclusive entre un professionnel et un consommateur. Donc, son absence ne permet pas de répondre aux conditions prévues par l'article 4 de la directive de 2009⁸⁷⁵.

345. En résumé, l'action d'une association de consommateurs en matière de pratiques restrictives de concurrence doit non seulement respecter les conditions posées par la Directive de 2009, mais suppose que cette condition s'applique également pour les actions en réparation pour préjudice. À l'inverse, la question peut se rattacher à la directive de 2005⁸⁷⁶, vis-à-vis des pratiques entre professionnels et consommateurs. La Directive synthétise en quelque sorte cette réflexion lorsque dans le considérant 6 de la Directive est énoncé que « *la présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. Conformément au principe de proportionnalité, la présente directive protège les consommateurs des conséquences de ces pratiques commerciales déloyales dès lors qu'elles sont substantielles, tout en reconnaissant que, dans certains cas, ces conséquences sont négligeables* »⁸⁷⁷. Il convient donc de souligner que la directive s'appliquant aux pratiques commerciales déloyales concerne directement le consommateur. Initialement si elle paraît dénuée de tous liens avec le droit des pratiques restrictives, on peut soutenir pourtant un raisonnement par analogie tel que la revente à perte. En pareil cas, l'article L. 442-2 du Code de commerce dispose que « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le*

⁸⁷⁵ Article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

⁸⁷⁶ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁸⁷⁷ Directive 2005/29/CE, considérant 6 ; Sur ce point, v. : B. KEIRSBILCK, *Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b »*, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales évolution et perspectives*, colloque, Lille, 2011, dir. E. TERRY ET D. VOINOT, Bruxelles, Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 156-175, spéc. n°8.

préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence »⁸⁷⁸. Il est possible d'appliquer le texte visant la réparation du préjudice par une association de consommateur⁸⁷⁹. En équité la question demeure tout de même. La doctrine reviendra sur l'atteinte directe au consommateur. Si ce choix peut paraître contestable, il est possible d'appliquer le texte que dans certains cas⁸⁸⁰. Pour le consommateur c'est le fait de supporter le poids provoqué par le déséquilibre significatif. On comprend aisément que la présence de ce déséquilibre justifie une action en cessation de la pratique. Toutefois, l'action en réparation demande pour sa part de démontrer le préjudice.

346. Parallèle avec le droit des pratiques anticoncurrentielles. Il est possible de soutenir un raisonnement par analogie, notamment pour l'action de groupe. En pareil cas, il est vrai que l'article L. 621-1 du Code de la consommation dispose que *« les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin en application de l'article L. 811-1, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs »*. Si l'on considère que le consommateur à un sort à part en droit des pratiques restrictives, il offre pourtant de larges développements sur cette question.

⁸⁷⁸ L'interdiction de la revente à perte est prévue par l'art. L. 442-2 C. com. ; V. D. VOINOT, *L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs*, AJCA, 2014, p. 171.

⁸⁷⁹ Cass. crim., 10 octobre 1996, n°95-80.226, Bull. crim. n°358, qui approuve la Cour d'appel qui a admis l'action d'une association de consommateurs agréée en matière de revente à perte, en se fondant sur l'art. L. 421-1 C. conso. et en estimant que la revente à perte est contraire à l'intérêt des consommateurs ; RTD Com. 1997, p. 339, obs. B. BOULOC.

⁸⁸⁰ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 décembre 2013, n°12/00150, où la Cour constate un déséquilibre significatif en ce *« qu'il n'existe à la charge du distributeur aucune pénalité pour ses manquements dans l'exécution des obligations nées des contrats de coopération commerciale, alors que ces manquements peuvent être dommageables tout autant pour le fournisseur »* ; CCC, 2014, alerte 13, note L. MOLINIE ET N. CONTIS ; CCC, 2014, comm. 64, note N. MATHEY ; RLC, 4-2014, n°39, p. 45-48, note J.- C. GRALL ET T. BUISSONNIERE ; RDC, n°3/2014, p. 411, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; puis pourvoi rejeté par Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, précité. CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juil. 2013, n°12/07651, Dans cette espèce, la Cour d'appel a estimé que la clause de retour des invendus *« impute au fournisseur la totalité de la charge de la mévente d'un produit, ainsi que le coût de la reprise, alors que le distributeur détient presque tous les leviers lui permettant, à ce stade, d'agir sur le niveau des ventes », « mettant à leur charge une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée, elle instaure par là un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »* ; RLC, 1-2014, n°38, p. 43, note J.- C. GRALL ET P. TOURRET ; J.- L. FOURGOUX, L. DJAVADI, *Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence*, CCC, 2013, étude 14 ; CCC, 2013, comm. 208, note N. MATHEY.

347. Le principe est qu'un consommateur qui subit un préjudice individuel peut demander réparation *via* une association de consommateur et ce par l'action de groupe⁸⁸¹. Le corollaire de ce principe est que la réception de l'action de groupe est déjà connue en droit de la consommation. Selon l'article L. 623-1 du Code de la consommation, une association peut agir « *afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles : 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services* ». S'appliquant au droit de la consommation, il n'est pas contraire au fait qu'elle permette à un consommateur de l'appliquer en droit des pratiques restrictives de concurrence. Bien que cela ne vise que les cas applicables au droit de la consommation, rien n'empêche finalement cette action alors même qu'elle est reconnue par le Code de commerce à l'article L. 481-5. Il est imaginable qu'en cas d'un préjudice subi par un acheteur en raison d'une pratique restrictive de concurrence, en suivant le raisonnement du Code de la consommation, une action individuelle serait plausible.

348. Naturellement une telle position permettrait de rattacher le droit des pratiques restrictives de concurrence au droit de la consommation. Un tel raisonnement par analogie implique donc que l'on considère que l'action d'un professionnel sur les prix aurait un effet sur le consommateur. On pense notamment à l'article L. 442-6 qui prévoit qu'« *est puni d'une amende de 15000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* » ou dans un sens plus large est applicable à des « *pratiques commerciales* » qui comprend tous les procédés liés au commerce, c'est-à-dire toute forme d'acte en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un bien ou d'un service au consommateur⁸⁸². Cette solution est, en tout état de cause, une hypothèse, dans la mesure où le consommateur est rarement évoqué en droit des pratiques restrictives de concurrence.

349. De la même manière que lorsque le législateur légifère en matière de pratiques anticoncurrentielles et qu'il évoque le consommateur, l'objectif évident des pratiques restrictives sur la concurrence et le marché est d'agir indirectement au bénéfice du

⁸⁸¹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du Décret n° 2014-1081 du 24 sept. 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation.

⁸⁸² CJUE, 16 avril 2015, aff. C-388/13.

consommateur. D'ailleurs, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs⁸⁸³ proclame implicitement que le droit de la concurrence et le consommateur ont des intérêts conjoints, même s'il n'est pas assorti d'une grande précision par le texte. Encore faut-il aborder la protection du consommateur en matière de pratiques restrictives avec une grande prudence dans la mesure où les hypothèses visées ont certes un impact pour les consommateurs, mais ont une importance relative. Suivant l'exemple de la rupture des relations commerciales ou le déséquilibre significatif, il est possible d'y voir un intérêt indirect à terme pour le consommateur. On ne peut pourtant lui appliquer cette position pour définir l'objectif des pratiques restrictives, il n'est pas nécessaire de rappeler que les clauses restrictives de concurrence ne seront en aucun lié à la protection du consommateur. Du point de vue du droit de la concurrence, on peut finalement s'interroger sur la faisabilité de la prise en compte du consommateur lorsqu'en droit interne ni le droit des pratiques restrictives ni le droit de la concurrence déloyale ne semble faire une place à la protection du consommateur.

350. À l'inverse, le fait que le fournisseur puisse être directement concerné pourrait être la voie d'une ouverture à une action de groupe pour les PME caractérise à l'évidence une situation de dépendance par rapport au distributeur. De la même manière que le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence retient le cocontractant comme la victime ayant subi un préjudice en raison de la répercussion par le contractant direct de tout ou partie de la majoration ou de la minoration du prix des biens ou services concernés par la pratique. Déséquilibre significatif reconnu par le nouveau texte qui dit que le déséquilibre significatif peut être contrôlé comme pratique restrictive de concurrence lors de la négociation d'un contrat commercial, de la conclusion de ce contrat ou de son exécution à la faveur de l'ordonnance du 24 avril 2019, une action peut être engagée⁸⁸⁴. Or, l'article 12§1 de la directive 2014/104 se recoupe avec la possibilité pour une personne d'agir en réparation qu'elle « *soit ou non un acheteur direct ou indirect d'un auteur de l'infraction* ». Il est possible d'imaginer les situations où la relation distributeur-fournisseur serait susceptible de tomber sous le coup du droit de la concurrence, tout en ayant pour effet d'encourir un grief du point de vue des pratiques restrictives comme l'indique l'article L. 481-6 pour lequel l'action s'étend « *aux fournisseurs directs ou indirects de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle qui invoquent un préjudice*

⁸⁸³ Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 4 janvier 2008.

⁸⁸⁴ Ord. n°2019-359, 24 avril 2019, RLC 2019/84 n°3584 pour la réforme des pratiques restrictives.

résultant d'une baisse du prix des biens ou services concernés par cette pratique ». L'article L. 490-10 du Code de commerce peut parfaitement s'interpréter comme un fondement en ce qui concerne l'action en matière de pratiques restrictives dans le but d'indemniser un préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession. En vérité, la lettre même du texte montre une certaine souplesse : l'application du texte implique de démontrer l'atteinte à l'intérêt collectif même si le préjudice indirect est pris en compte. Consciemment ou pas, la jurisprudence montre que cette possibilité est faiblement évoquée voir quasi inexistante de la part des organisations professionnelles. Les juridictions sont relativement peu saisies pour cette question⁸⁸⁵. La saisine de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) semble être au plus la seule sollicitée⁸⁸⁶. Au vu d'une relative absence de ces actions limitées dans le temps, il n'est pas difficile d'en extirper un réel manque d'intérêt. Aussi, l'action de groupe semble réservée aux seuls consommateurs même si c'est encore difficile à mettre en place et ne bénéficie pas encore pleinement aux entreprises.

351. La limitation des personnes ayant un intérêt à agir. L'article L. 442-4 du Code de commerce prévoit la nullité des clauses ou des contrats illicites pour les personnes qui justifient d'un intérêt « *toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus* ». On peut s'interroger de l'impact réel de notion de « *justifiant d'un intérêt* » sur le consommateur pour la cessation du préjudice ou la réparation du préjudice subi. La personne intéressée dans l'esprit des législateurs semble être le partenaire commercial dans le sens entrepreneurial du terme d'autant que les victimes sont nommément désignées comme le ministère public et le ministre de l'Économie seuls capables de demander « *la nullité des clauses ou des contrats illicites et la restitution des avantages indus* ».

⁸⁸⁵ T. com. Paris, 4 octobre 2011, n°2010/027945, *Synhorcat et a. / Expedia et a.*, allouant à un syndicat professionnel des dommages et intérêts au titre des frais engendrés pour obtenir la cessation des pratiques et au titre de l'atteinte portée aux intérêts collectifs de la profession.

⁸⁸⁶ CEPC, avis n° 14-06 du 30 septembre 2014, relatif à une demande d'avis d'un syndicat de fabricants du secteur automobile sur les nouvelles conditions générales d'achat proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles ; CEPC, avis n°15-28, 15 décembre 2015, relatif à une demande d'avis d'une organisation professionnelle portant sur deux clauses contractuelles dans le secteur pharmaceutique.

352. La problématique du droit des pratiques restrictives est d'être considéré comme une catégorie à part issue du droit français⁸⁸⁷. Sans minimiser son importance théorique et pratique de son approche, il est intéressant de constater qu'il appréhende plus particulièrement les relations entre distributeur et fournisseur et le petit commerce. La professeure Laurence IDOT voit dans les pratiques restrictives de concurrence notamment la transparence tarifaire, le refus de vente, l'imposition des prix de vente ou la non-discrimination envers les acheteurs des règles *per se* qui pourrait faire l'objet d'une action du juge au cas par cas selon la règle de raison⁸⁸⁸. Actuellement, le juge est limité à la sanction des règles par une amende forfaitaire. Ces textes ont vocation à s'appliquer alors même qu'ils font double emploi avec les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce en matière de pratiques anticoncurrentielles alors que la différence d'application n'est pas évidente. Surtout que le Titre IV énonce que ce type de pratiques n'implique pas l'existence d'une entente pour être sanctionné. Sa portée est même discutable en termes d'efficacité économique. Si le texte a pour vocation, par ricochet, de favoriser le consommateur, et si la non-discrimination et la transparence tarifaire ont un intérêt⁸⁸⁹, les effets sur la concurrence sont encore à prouver.

353. Le régime du droit des pratiques restrictives de concurrence ne fait pas transparaître fondamentalement de particularités. En effet, « *le législateur vise la situation dans lesquelles l'un des partenaires tient l'autre en son pouvoir et, abusent de cette situation, lui imposant des avantages de tous ordres ou bafoue ses intérêts* »⁸⁹⁰. Or, c'est l'exploitation abusive d'une dépendance économique selon l'article L. 410-2 du Code de commerce qui donne lieu à sanction au titre des pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques restrictives apparaît comme une alternative sur le fondement que tous les deux partagent : la relation de dépendance si elle s'avère répréhensible. Cependant, son inefficacité a conduit à se tourner vers la sanction de l'abus *per se* indépendamment de son effet anticoncurrentiel au titre des pratiques restrictives.

⁸⁸⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8e éd., Sirey, 2019. 15.

⁸⁸⁸ L. IDOT, *Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale*, *Revue internationale de droit comparé*, Année 2002 54-2 p. 371-399.

⁸⁸⁹ M. ET J.-M. MOUSSERON ET D. MAINGUY, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Act. dr. ent. t. 18, Litec, 1998 ; L. J. VOGEL, *Ombres et lumières de la transparence tarifaire*, JCP éd. E 1995, I, 436 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Transparence tarifaire et liberté contractuelle*, JCP éd. E 1996, I, 537. Adde P. PIGASSOU, *La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises*, RTD com. 1995, p. 693.

⁸⁹⁰ J. ROCHFELD, *A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2004-4. p. 473-486, p. 474, §4.

354. Même si le droit des pratiques restrictives s'est tourné vers une optique civiliste et ses préoccupations de la protection de la partie faible, il n'a pourtant pas été plus loin notamment pour la victime. L'idée est que si le droit commun s'est trouvé dans un premier temps influencé par le droit de la concurrence, l'appréciation de l'abus par le juge s'appuie néanmoins dans un second temps plus particulièrement sur les règles de droit commun.

355. Les nombreuses réformes et notamment la dernière n'ont fait que renforcer l'éloignement des pratiques restrictives des fondements concurrentiels. De façon paradoxale, c'est en se tournant vers le droit de la consommation et ses spécificités et en organisant une défense collective des contractants en situation de faiblesse que le droit des pratiques restrictives redeviendra une véritable alternative du droit des pratiques anticoncurrentielles⁸⁹¹.

Conclusion du chapitre 2

356. **Prépondérance du juge de droit commun.** L'encadrement des relations contractuelles entre les parties est, dans une certaine mesure, assuré par le droit commun et plus particulièrement par le droit civil. L'évolution des règles internes de concurrence s'est tournée peu à peu vers la possibilité de l'invoquer même en l'absence de concurrence entre les parties. Ces règles répondent à des principes anciens aboutissant à un encadrement sous la réserve de l'abus de droit ou encore du comportement.

357. **L'alternative de droit commun des pratiques anticoncurrentielles.** Il est inexact de penser que le droit européen de la concurrence se désintéresse du droit interne de la concurrence. Mais c'est par l'entremise du droit de la consommation qu'est tenté un élargissement de son champ d'application, même si le droit national consacre encore une place importante à une construction jurisprudentielle ancienne et stable.

358. **Adaptation du droit de la concurrence interne.** La difficulté de ce rapprochement avec le droit européen de la concurrence est paradoxalement liée au sort de la victime. La protection offerte par la concurrence déloyale ou les pratiques restrictives est assurée

⁸⁹¹ Les relations entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et les autres branches du droit sont également au cœur d'un arrêt rendu par la Cour de cassation (Com., 11 mai 2017, n°14-29.717. D2017.1583, note O. DESHAYES et A. TADROS ; AJ Contrat 2017.387, obs. F. BUY ; RTD civ. 2017.643, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2017.593, obs. M. CHAGNY ; JCP 2017.763, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; JCP E. 2017.1304, note N. DISSAUX.

exclusivement dans l'intérêt du marché. À cet égard, l'objectif de protection des petits professionnels est assez important notamment dans leurs relations avec la grande distribution. Ainsi, dans la mesure où le réseau de distribution devient un partenaire obligatoire des petits fournisseurs, les pratiques restrictives sanctionnent les abus de dépendance, ou de puissance d'achat ou de vente⁸⁹² et favorisent également l'équilibre des relations commerciales. Il reste un mécanisme efficace en la matière. Cependant, les différentes réformes tempèrent son caractère concurrentiel pour la simple application du droit commun en s'éloignant de sa variable d'ajustement du droit des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, si l'on considère que le droit des pratiques restrictives doit prendre en considération le consommateur, il reste trop résiduel, l'article L. 442-2 du Code de commerce semble peiner à remplir cet objectif.

⁸⁹² Article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce.

Conclusion du Titre II

359. **Prééminence de la Cour de justice.** L'encadrement des décisions de la Commission est assuré par le contrôle du juge de la légalité des actes de l'ensemble des actes européens. L'intervention de la Cour en la matière ne se résume pas essentiellement à un simple perfectionnement des mécanismes connus. Il en est ainsi de l'ensemble des décisions issues des États membres par l'entremise des autorités de concurrence, la Cour de justice opérant un contrôle visant à mettre en œuvre des actions décidées dans le cadre de la politique de concurrence.

360. **Rôle loin d'être marginal de la Cour de justice.** Il s'avère toutefois exact d'affirmer que l'ascension de la Cour de justice et du tribunal confère une légitimité réduisant à néant les prétentions considérant que le contrôle juridictionnel n'est ni nécessaire ni obligatoire. En cette matière, toutefois, la protection juridictionnelle effective, auquel on aboutit, est pour l'essentiel similaire à celle que l'on trouve en droit interne. Le Traité de Lisbonne confère un rôle à la coopération avec les juridictions des États membres. La Cour a fait de son contrôle un instrument du respect du système juridique autonome qui découle des traités.

361. **Adaptation nécessaire du recours juridictionnel.** La difficulté vient de la manière d'appréhender le contrôle des autorités sectorielles d'autant plus patent qu'il existe en France un clivage entre les juridictions privées et administratives. Le recours est assuré quasi exclusivement par la Cour d'appel de Paris, le Conseil d'État conservant une large partie du contrôle. Le contrôle est donc assuré selon la situation par l'une ou l'autre des juridictions. À cet égard deux constats s'imposent : la grande élasticité du contrôle selon les autorités sectorielles. Ainsi, la protection de la concurrence a pour spécificité particulière de laisser un vaste champ au *forum shopping* des recours auprès des juridictions. En outre, la conception de la régulation ne permet pas une parfaite appréhension des pratiques de concurrence par les agents économiques. La réunion au sein d'une seule juridiction de contrôle des autorités sectorielles serait relativement plus efficace pour assurer la protection de la concurrence.

362. Au final, seul le traitement des mécanismes de contrôle des juridictions en matière de concurrence déloyale ou de pratiques restrictives nous semble bien investi même si les réformes peuvent rendre perfectibles leurs actions. La souplesse de l'action en concurrence déloyale s'est

avérée efficace pour assurer le contrôle des comportements anticoncurrentiels, voir comme support des actions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, serait-il plus à même d'améliorer son action en favorisant une plus grande harmonisation des règles de concurrence déloyale ? En revanche, en matière de pratiques restrictives, les réformes successives ont vidé de sa substance son caractère concurrentiel en rapprochant encore plus son action de celui du droit commun, notamment le droit des contrats. L'absence de rapport avec les pratiques anticoncurrentielles se ressent d'autant plus que le consommateur se trouve exclu des résolutions dans ce sens en droit européen.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

363. L'étude des fondements du contrôle juridictionnel permet de saisir les étapes qui ont conduit à la juridictionnalisation comme facteur de coopération des États membres au sein de l'Union. Elle fait ressortir tout l'intérêt de la mise en place du contrôle juridictionnel pour autant qu'il s'agisse d'un constat.

364. Le raisonnement par lequel le juge a conquis sa position en matière de pratiques anticoncurrentielles permet de mieux comprendre les tensions qui ont pu en résulter. Toute l'originalité du processus de juridictionnalisation a été de favoriser la coopération des juridictions tout en renforçant la position des instances européennes dans l'édiction du droit de la concurrence au sein de l'Union. La dynamique qui s'est mise en place a favorisé la reconnaissance d'un juge au point de remettre en cause la position juridictionnelle des autorités. Cette dynamique a notamment renouvelé le clivage entre autorité et juge à l'avantage du juge.

365. L'admission progressive du principe s'accompagne d'une organisation du contrôle. Le droit de la concurrence issu du droit européen s'est confondu avec le droit commun au point d'en devenir une composante essentielle. En s'alignant sur le droit commun, non seulement le contrôle par la Cour de justice s'est banalisé au sein de l'Union d'autant que ce particularisme s'est étendu à la manière de traiter les contentieux.

366. Aussi, la manière dont le juge a intégré l'ordre concurrentiel porte sur un nouveau terrain d'intervention en matière de pratiques anticoncurrentielles. Si le principe du *private enforcement* fonde le raisonnement, c'est aussi dans l'expectative de se départir des insuffisances de la protection juridictionnelle offerte par les instances européennes en la matière. Le processus d'ensemble ne peut se comprendre qu'au travers des fonctions de contrôle. Plus qu'un aboutissement, le mouvement de juridictionnalisation s'inscrit dans un processus évolutif. Les instances européennes se retrouvent gardiennes des valeurs de l'Union pour lequel le juge national est un partenaire essentiel dont la proximité et les prérogatives existantes sont des qualités indéniables.

367. En évoquant le renouveau des fonctions de contrôle juridictionnel, on appréhende les mécanismes du développement des pouvoirs du juge en droit de la concurrence. Combiné avec

l'appréhension des formes de contrôle, l'étude des pouvoirs du juge permet d'embrasser ce processus.

PARTIE II. LES POUVOIRS DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

368. **Les juges, réceptacle d'une vision économique.** Dans la première partie de cette étude, nous avons démontré de quelle façon le juge assure la mise en application du droit de la concurrence dans le but de compléter l'action des autorités sur un marché concurrentiel. Cette analyse nous a permis d'analyser le rôle du juge en assurant l'équilibre dans la stratégie concurrentielle voulue par les législateurs, lequel vise à limiter les effets des actes anticoncurrentiels, tout en favorisant la liberté du commerce et de l'industrie. On peut légitimement s'interroger sur le rôle des juges dans l'édiction des normes dans le cadre de la régulation des rapports entre le marché et la concurrence des acteurs économiques. Ne peut-on pas considérer, voire confirmer, un pouvoir des juges permettant de justifier son intervention ? L'organisation adoptée ne permet-elle pas d'imposer la vision économique souhaitée par les législateurs ?

369. **Singularité du droit interne.** En y regardant de près, la *summa divisio*, caractéristique de notre système juridique ne peut être ignoré dans l'application du droit de la concurrence. Cet aspect est susceptible de créer un nouvel équilibre dans les relations entre acteurs économiques. La jurisprudence des juridictions administratives est un exemple éloquent de l'émancipation du juge administratif dans l'application des règles de concurrence en s'appuyant sur les règles de concurrence en vigueur dans l'Union européenne. Cet attrait de l'émancipation peut-il concerner tout autant les juridictions judiciaires ? L'approche pragmatique de la primauté du droit européen de la concurrence semble gommer cette possibilité⁸⁹³.

370. **Spécificités de l'analyse d'un juge.** En renversant la démarche, les spécificités du juge apparaissent. Le juge n'a-t-il pas acquis une certaine autonomie, notamment par l'entremise de son pouvoir d'interprétation ? L'appréhension de la concurrence par le juge est patente d'un mode d'intervention différent avec pour problématique l'interprétation des faits de l'affaire. L'intégration des données d'ordre économique ne constitue-t-elle pas un terrain fertile de multiples interprétations ? De même, en décentralisant le droit européen de la concurrence à l'ensemble des juridictions nationales, il s'impose une interrogation essentielle : vis-à-vis du

⁸⁹³ R. MEHDI, *Ordre juridique communautaire. – Primauté du droit communautaire*, JurisClasseur Europe Traité, novembre 2005, Fasc. n° 196) et d'applicabilité directe (CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

justiciable qui, de l'autorité ou du juge, a la qualité pour mettre en œuvre les outils juridiques offerts par le droit de la concurrence ?

371. Ainsi, afin de déterminer une échelle des compétences, il est opportun de relier de quelle manière le juge matérialise son pouvoir (**TITRE I**) à la façon d'aboutir à sa valorisation (**TITRE II**).

TITRE I. LA MATÉRIALISATION DU POUVOIR DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

TITRE II. LA VALORISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE

TITRE I. LA MATÉRIALISATION DU POUVOIR DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

372. La Commission européenne avec l'appui des tribunaux européens a mis en place un cadre pour la politique de concurrence en Europe. Il est indéniable que la politique de concurrence est fondée sur la promotion de l'ouverture des marchés et le renforcement des institutions européennes. Elle engendre un effet d'uniformisation qui n'est pas sans conséquence sur l'évolution de droit de la concurrence⁸⁹⁴. Afin d'éviter les divergences dans l'application des pratiques anticoncurrentielles, il convient par conséquent que chaque interprète national coopère avec les institutions européennes et que la décision soit en totale adéquation avec les règles de concurrence⁸⁹⁵. Le droit qui unifie la réglementation des ententes, des abus de position dominante et des aides d'États qui s'applique de manière exclusive et uniforme dans tous les États membres. Ces derniers sont démis de toutes compétences législatives dans le domaine de compétence exclusive de l'Union.

373. D'un point de vue strictement matériel et procédural, cette centralisation se justifie au premier abord, mais, au terme, elle risquerait de compromettre l'effectivité du droit européen dans les États membres⁸⁹⁶. Ces effets délétères obligent à une redéfinition des compétences entre l'Union et les États membres. Reste encore que l'autonomie juridique de ces derniers doit être traduite sur le plan juridique.

374. Le Constat présuppose toutefois qu'aux yeux du droit, la redistribution soit réelle. Or, encore faut-il que cette considération juridique des États membres aille vers une véritable reconnaissance d'un réel pouvoir de décision dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Or, dans les rapports entre systèmes juridiques, le droit de la concurrence doit

⁸⁹⁴ Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence, Bruxelles, le 28.04.1999, COM (1999) 101 final du 28/04/1999, pts.83-84 ; R. WITTERWULGHE, *Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire*, in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p.3-20. Sur la question plus générale des divergences de jurisprudence : E. SERVERIN, *Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche*, in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p. 73-91.

⁸⁹⁵ COMMISSION CE, Communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, 2004/C 101/04, JOUE n° C 101, 27.4.2004, p. 54-64.

⁸⁹⁶ F. GRAUPENER, *Commission decision making on competition questions*, CMLR, 1973, vol.10, p. 599- 633 ; J. TEMPLE-LANG, *The Procedure of the Commission in Competition cases*, CMLR, 1977; vol.14, p. 155-173; S. KON, *Article 85, para.3: a case for application by national Courts*, CMLR, 1982, vol.19, p. 541-561.

prendre en compte le marché et organiser un système procédural pour assurer célérité, visibilité et sécurité juridique aux acteurs économiques⁸⁹⁷. Le principe de libre concurrence implique que les entreprises bénéficient d'une réelle protection contre les comportements anticoncurrentiels⁸⁹⁸. Il convient également que sur le plan national, l'ordre juridique concurrentiel ne soit pas trop éloigné et inaccessible aux tiers. C'est ainsi aux institutions nationales que revient la tâche de développer une véritable culture de la concurrence.

375. Ainsi le réseau de concurrence donne sa spécificité au droit de la concurrence, dans lequel chacun se meut encadré par la compétence centralisée des instances européennes (**Chapitre 1**), même s'il s'avère difficile de garantir une certaine uniformité dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles lorsque la compétence est étendue aux juges nationaux (**Chapitre 2**).

⁸⁹⁷ D. SPECTOR, *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison*, in *Rapport CAE, Les politiques de la concurrence*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 271-285.

⁸⁹⁸ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2021, au pg. 2126.

Chapitre 1. La compétence centralisée des juges européens au sein de l'Union

376. L'intervention de la Commission a été adaptée à son objet. Or, cette adaptation se manifeste à deux niveaux, justifiée d'abord par la politique de concurrence⁸⁹⁹ et ensuite par l'organisation juridictionnelle. Certes, le principe est la juridictionnalisation touchant l'ensemble de la coopération des États membres dans l'Union. Au lendemain de la décentralisation d'une partie des compétences aux membres de l'Union, la réflexion sur la recomposition de l'environnement juridique européen est d'une intensité particulière.

377. Une première recomposition a été apportée en matière de contrôle des juridictions nationales. Dans les textes, les États membres conservent une relative autonomie. Ils rendent compte d'un processus de juridictionnalisation durant ces dernières années. Cependant, le levier de la contrainte est devenu une réalité tangible et il convient de s'interroger sur les implications de la centralisation des compétences au sein de l'Union (**Section 1**).

378. Une seconde recomposition touche aux instruments de contrôle. La compétence des instances européennes en la matière n'est pas discutée et le Traité de Lisbonne n'a fait que le confirmer. En matière de coopération avec les États membres, le respect de la jurisprudence européenne doit être vu comme un domaine réservé. La Cour de justice est clairement intégrée au dispositif. Cette réserve permet d'élever la question du maintien de l'ordre concurrentiel, la construction d'un espace de sécurité et de justice étant l'objectif. Là encore le processus de juridictionnalisation permet d'apprécier les compétences au sein de l'Union (**Section 2**) alors que le contrôle des instances européennes s'est paradoxalement approfondi.

Section 1. La centralisation des compétences au sein de l'Union

379. Comme principal facteur de centralisation des compétences, le principe du domaine exclusif du droit européen de la concurrence (§1) mérite d'être discuté, avant d'envisager le domaine étendu du droit international de la concurrence (§2).

⁸⁹⁹ V., D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 3^{ème} édition, 2001, p. 482 à 487.

Paragraphe 1. La mise en œuvre des domaines de compétence

380. **Article 2 et 3 du TFUE.** Deux textes européens fondent essentiellement le principe de centralisation des compétences. Le premier est l'article 2§1 du TFUE s'appuie sur le principe que seule l'Union européenne peut légiférer alors que les États ne peuvent le faire que s'ils y sont habilités. Le deuxième, l'article 3 du TFUE, affirme le principe que seule l'Union européenne peut agir dans les domaines comprenant l'Union douanière et la politique commerciale. Les deux textes reposent sur l'idée fondamentale qu'il existe un domaine exclusif du droit européen de la concurrence (**A**). La vision semble difficilement dépassable, à moins de considérer le domaine étendu au droit international de la concurrence (**B**).

A. Le domaine exclusif du droit européen de la concurrence

381. Le contentieux du droit de l'Union a été établi à l'origine par pilier sous l'égide de l'article 47 du Traité de Maastricht en lui attribuant la personnalité juridique ce qui lui permettait de conclure des traités ou d'adhérer à des conventions. Face à la tentation des États membres de résister aux contraintes du droit européen de favoriser le droit commun. La Cour de justice l'a utilisé comme levier pour rappeler la compétence unique du juge européen de la concurrence (**1**) en étendant la compétence matérielle de l'Union européenne (**2**).

1. La prise en compte de la compétence unique du juge européen de la concurrence

382. De façon ambitieuse, la reconnaissance de ces prérogatives passe d'abord par l'étendue de la compétence textuelle de l'Union européenne (**a**). Le patrimoine juridique qui en résulte forme en quelque sorte un monopole d'attribution en cas de compétence exclusive du droit de l'Union (**b**).

a. L'étendue de la compétence textuelle de l'Union européenne

383. **Rôle capital du traité de l'Union européenne.** Dès les premiers traités de fonctionnement de l'Union européenne, l'article 2 du TFUE confère une compétence exclusive de l'Union européenne en matière d'établissement des règles de concurrence, « *lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant*

le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union »⁹⁰⁰. L'article 2§2 du Titre I des Catégories et domaines de compétences définissait plus spécifiquement cette compétence, « *lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* »⁹⁰¹. Le paragraphe 5 se réfère d'une manière plus déterminante au renforcement et au développement de la politique de concurrence auprès des États membres « *dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines* ». Bien que largement empreint d'une perspective politique dans lequel s'inscrit l'Union européenne, cette mention à la compétence n'est pas un simple effet de style. Dès le Traité de Maastricht de 1992, au moment de la construction européenne, le droit de la concurrence a commencé à se politiser. Cependant, l'Union ne pouvait fermer la porte conduisant au juge.

384. L'objectif de la juridictionnalisation du droit de la concurrence. Le règlement n°1/2003 a imposé par ailleurs de nouvelles règles de compétence en décentralisant l'application des règles européennes de concurrence. Précédemment, résultait du règlement n°17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité devenus articles 101 et 102 après le Traité de Lisbonne qui posait le principe que « *les entreprises désirant se prévaloir des dispositions de l'article 85, paragraphe 3, à l'obligation de notifier à la Commission leurs accords, décisions et pratiques concertées* » conforté dans l'article premier où « *les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité et l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du traité sont interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des dispositions des articles 6, 7 et 23 du présent règlement* »⁹⁰². Si l'objectif du traité permettait de prendre en compte les préoccupations nouvelles des questions de

⁹⁰⁰ Article 2 du TFUE, Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'union européenne, Journal officiel de l'Union européenne C 115/47.

⁹⁰¹ Article 2§ 2 du TFUE, op cit.

⁹⁰² Règlement CE 17/62 du Conseil, du 21 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE, n°13, du 21 février 1962.

concurrence, la réflexion menée par l'Union européenne s'est formulée autour d'une idée, la coopération avec les juridictions des États membres.

b. Le monopole d'attribution en cas de compétence exclusive du droit de l'Union

385. **Principe d'attribution.** Appréhender le principe d'attribution dans l'Union suppose de revenir sur la distinction entre la compétence matérielle dite *ratione materiae* et la compétence territoriale dite *ratione loci*. Bien sûr, cette typologie est au centre de l'analyse. Or, de façon intuitive, sa présence dans les textes européens s'exprime par le vocable « principe d'attribution » relatif à l'ordre juridique de l'Union. Il s'inspire en grande partie du « principe de spécialité » caractérisant l'organisation fonctionnelle⁹⁰³ du droit de la concurrence. La formule est à retenir comme un ensemble dynamique largement retenu par les juges de l'Union⁹⁰⁴ intéressant directement les justiciables. Par principe, il est amené à jouer un rôle essentiel qui en toute hypothèse permet d'avoir une vision d'ensemble relevant d'une volonté de ne pas étendre les compétences de l'Union⁹⁰⁵. Pour autant, la prise en compte de la compétence d'attribution par le droit européen repose sur un monopole même s'il est indéniable qu'aucun texte ne fait référence directement à une quelconque compétence exclusive. De surcroît l'article 5 du traité instituant la communauté européenne de 1957 n'en apporte qu'une ébauche lorsque « *la communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* »⁹⁰⁶. Une approche peut être retenue, même si le texte n'a aujourd'hui qu'une valeur documentaire, le même article du Traité de Maastricht⁹⁰⁷ complète la question « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* ». Indissociable des prérogatives de l'Union, ce principe n'est pas en remise en cause lorsque « *la constitution, puis*

⁹⁰³ J.-S. COMBACAU, *Droit international public*, Montchrestien, 13^e éd., 2019, p. 722 et s.

⁹⁰⁴ Voir par exemple les conclusions de D. Ruiz-Jarabo Colomer sur CJCE, 26 septembre 2000, *Kofisa Italia*, C-1/99 ou de J. Mischo sur CJCE, 28 janvier 2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen*, C-363/01.

⁹⁰⁵ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, *Compétences de l'Union européenne*, Répertoire Droit européen, Dalloz, § 59.

⁹⁰⁶ Article 5 du Traité instituant la Communauté européenne (Rome, 25 mars 1957) - Version consolidée 2001 Journal officiel des Communautés européennes (JOCE). 24.12.2002, n° C 325. [S.I.]. ISSN 0378-7052. *Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne*, p. 33.

⁹⁰⁷ Article 5 du Traité de Maastricht sur l'Union européenne signé le 7 octobre 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, Traité sur l'Union européenne (JO C 191 du 29.7.1992, p. 1-112).

le traité de Lisbonne, ne sont pas revenus sur les choix effectués par les traités antérieurs »⁹⁰⁸, on peut même dire qu'il est confirmé⁹⁰⁹.

386. L'extension du champ d'application du droit de l'Union⁹¹⁰ a donc pour objectif d'unifier les règles de concurrence en mettant la Commission au centre de la politique d'homogénéisation du droit de la concurrence⁹¹¹. Il s'agit là d'un mécanisme original unifiant la réglementation des ententes, des abus de position dominante et des aides de l'État dans l'ensemble des États membres. Sous couvert d'unité, la compétence de l'Union européenne est exclusive dans ces domaines. Sur le plan législatif, si l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive, les États membres sont donc déchargés de toutes compétences législatives dans ces domaines.

387. Cependant, la compétence du juge national ne se résume pas à la seule application du droit de l'Union⁹¹², il dispose d'une compétence résiduelle en matière de pratiques restrictives et de concurrence déloyale. Or, si l'Union européenne a choisi de décentraliser l'application du droit européen de la concurrence à l'ensemble des États membres par l'entremise des autorités de concurrence (ANC) et des juridictions nationales, la Commission reste le principal acteur de la mise en œuvre de ces règles. L'article 2 du TFUE confère une compétence exclusive à l'Union européenne en matière d'établissement des règles de concurrence. En effet, « *lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ». Au terme de l'article 2§2 du Titre I des Catégories et domaines de compétences, « *lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter*

⁹⁰⁸ J.-P. JACQUE, *Le traité de Lisbonne*, RTD eur., 2008, p. 439.

⁹⁰⁹ F. PICOD, *Traité de Lisbonne*, J-Cl. Droit International, fasc. 161-20, § 33.

⁹¹⁰ Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence, Bruxelles, le 28.04.1999, COM (1999) 101 final du 28/04/1999, pts. 83-84 ; R. WITTERWULGHE, *Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire*, in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p. 3-20. Sur la question plus générale des divergences de jurisprudence : E. SERVERIN, *Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche*, in P. ANCEL, M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p. 73-91

⁹¹¹ Y. SERRA, *Les divergences de jurisprudence en droit de la concurrence*, in P. ANCEL, M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p. 223-226.

⁹¹² M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004 ; F. DREIFUSS NETTER, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, RTD Civ, 1990, p. 369 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D, 2019, chron, p. 51 ; E. CLAUDEL, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?* RTD Com, 1999, p. 291.

des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ». De même, le paragraphe 5 de ce même article vient préciser que « *dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines* ». La reformulation qui préside à l'interprétation de la procédure est la soumission des juridictions nationales au principe de primauté. Dès lors, même si le règlement n°1/2003 a instauré une « décentralisation »⁹¹³ notamment par l'application des articles 101 et 102 du TFUE, paradoxalement les prérogatives de l'Union et de la Commission se sont trouvées renforcées⁹¹⁴.

388. Cette centralisation a néanmoins pour enjeu de se confronter aux législations internes des États membres. Cette nouvelle politique concurrentielle fondée sur la centralisation doit non seulement répondre aux besoins du marché, mais aussi assurer une organisation procédurale propre à favoriser la célérité, la visibilité et la sécurité juridique des acteurs économiques⁹¹⁵. Le défi est donc d'harmoniser deux conceptions juridiques : d'abord appréhender les comportements des multinationales en matière de pratiques anticoncurrentielles⁹¹⁶ mais en tenant compte de la sécurité juridique et judiciaire des

⁹¹³ P. ARHEL, *Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence*, JCP E, n°51, 16 décembre 2004, p. 2010-2015.

⁹¹⁴ J.-C. FOURGOUX, *La modernisation du droit de la concurrence : du Livre blanc à la proposition de règlement d'application des articles 81 et 82. Un enfer pavé de plus ou moins bonnes intentions*, Gaz. Pal, juillet 2001, p.9-16 ; E. CLAUDEL, *Pratiques anticoncurrentielles. À propos du nouveau règlement CE n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ?* LPA, n°100, mai 2003, p.7; A. RILEY, *EC Antitrust Modernization: The Commission does very nicely, thank you!* ECLR, 2003, n°24/11, p. 604-615 et n°24/12, p. 657-672.

⁹¹⁵ V. Trib., 20 octobre 2016, République Tchèque c./ Commission, aff. T-141/15, § 72 : « *Ce principe exige que le droit de l'Union soit clair et son application prévisible pour ceux qui sont concernés. Cet impératif requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit de l'Union qui doit expressément être indiquée comme base juridique et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu* (voir arrêt du 19 juin 2015, Italie/Commission, T-358/11, EU:T:2015:394, point 123 et jurisprudence citée) » ; V.-B. BERTRAND, *Les blocs de jurisprudence*, RTDE, 2012, p. 741 et s. qui sont présentés comme un « *outil conceptuel* » transformant une « *jurisprudence inexprimée en une jurisprudence intelligible* » ; V. Conclusions P. MENGOLZI dans l'affaire Anagnostakis, 7 mars 2017, C-589/15 (pourvoi) : « *Il s'agit d'un instrument fondamental pour la démocratie participative européenne qui peut se révéler délicat à mettre en œuvre. En effet, d'une part, si l'idée est celle de donner aux citoyens un rôle actif dans la construction du droit de l'Union, il faut veiller à ne pas enserrer ce droit d'initiative dans des conditions, de forme ou de fond, trop strictes ou trop complexes – et donc, au final, peu compréhensibles – à satisfaire pour le non-spécialiste du droit de l'Union ; mais, d'autre part, l'on ne saurait ignorer que l'ordre juridique de l'Union est régi par le principe d'attribution des compétences, et la démocratie participative, à laquelle l'article 11, paragraphe 4, TUE tente de donner vie, ne peut donc s'exercer que dans ces limites* ».

⁹¹⁶ L. ARCELIN, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUF, 2013 ; F. BRUNET, G. CANIVET, *Le nouveau droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

multinationales⁹¹⁷. Cette dernière assertion s'illustre également sur le plan national où le droit de la concurrence doit être un instrument de promotion pour les petites et moyennes entreprises. L'application du droit des ententes et des concentrations ne doit pas freiner le développement de ces entreprises. Le droit de la concurrence est donc enserré dans un cadre favorisant concurrence, compétitivité et développement⁹¹⁸. À terme d'illustration de l'unité législative, l'article 3 du TFUE exige la conformité des normes nationales. En matière d'ententes, l'interprétation du droit national ne doit pas être plus stricte que celle du droit européen⁹¹⁹. Non seulement le droit national ne doit pas tenir en échec le droit de l'Union⁹²⁰, mais uniformise complètement l'interprétation des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles.

2. L'étendue de la compétence matérielle de l'Union européenne

389. **L'unification des règles de concurrence.** On l'a vue l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour légiférer en droit européen des pratiques anticoncurrentielles ce qui inclut la même compétence exclusive en matière d'interprétation des articles 101, 102 et 107 du TFUE. À cet égard, il est intéressant que ce besoin d'harmonisation soit dans le seul but d'éviter toutes stratégies des juges pour ces mécanismes. D'ailleurs, le règlement n°1/2003 et le Traité de Lisbonne de 2007 ont certes délégué l'application du droit des pratiques européennes de concurrence aux autorités nationales de concurrence et aux juridictions nationales, mais dans le même la Commission a veillé à renforcer son contrôle sur les instances nationales. Cependant, cette précaution pose une difficulté. En distinguant le domaine des contentieux objectifs et des contentieux subjectifs⁹²¹, ce contrôle sur la police des marchés pour le premier ne pose pas de problème, néanmoins pour le second, le risque est l'immixtion de la Commission dans les contentieux civils. D'ailleurs, « (...) *l'intérêt des plaignants n'est pas le seul visé. C'est en fait l'efficacité de la politique de concurrence qui est poursuivie. L'action*

⁹¹⁷ M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ/Montchrestien, 1998 ; S. RAMIREZ PEREZ, *La mise en œuvre des règles de concurrence du traité de Rome*, E&H, n°53, 2008/4, p. 100-105.

⁹¹⁸ R. AMARO, M. BÉHAR-TOUCHAIS, N.S CHARBIT, *A quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, relance... 100 personnalités répondent*, Concurrences, LGDJ, 734 pages - Parution : 10/2014.

⁹¹⁹ Les droits nationaux ne peuvent par conséquent tenir en échec celui de l'Union. Cette disposition aboutit à ce qu'un accord exempté en droit européen ne puisse pas être interdit au niveau national. À l'évidence, l'article 3 uniformise entièrement l'interprétation de l'article 101 du TFUE

⁹²⁰ L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 41.

⁹²¹ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2004. Cette dualité est aussi rappelée par la Commission elle-même, v., Communication n°2004/C 101/04 de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JOCE, C 101, 27 avr.2004, p. 54.

des particuliers est envisagée comme un facteur d'intensification de la concurrence sur le marché intérieur »⁹²². Fondamentalement, la volonté du législateur européen a tout de même été de ne pas remettre en cause l'application des droits internes de concurrence. On assiste dès lors à une cohabitation de deux droits concurrents. En France, l'énoncé des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce s'aligne sur celui des articles 101 et 102 du TFUE.

390. **Au niveau procédural et institutionnel.** Certes les États membres disposent d'une certaine autonomie pour organiser et mettre en œuvre le droit de la concurrence ainsi que pour déterminer les règles de procédures des autorités de concurrence et des juridictions internes. La Cour de Justice s'était déjà exprimée sur cette question en avril 1968, dans une disposition du traité CEE, en affirmant qu'elle « *ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits substantiels conférés par le droit communautaire* »⁹²³. Elle ajoute même qu'elles « *obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des États membres à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions [...]; il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection* »⁹²⁴. Les instances européennes ont certes amplifié ce mouvement, dernièrement, avec l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles transposant la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Cependant, la Cour de justice se réfère à un principe qui rappelle seulement que les États membres « *portent la responsabilité, d'assurer dans chaque cas, une protection juridictionnelle effective* »⁹²⁵. Il n'en demeure pas moins que cette autonomie procédurale ne

⁹²² M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, et.al, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 572.

⁹²³ CJCE, 4 avril 1968, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, aff. 34-67, ECLI :EU :C :1968 :24, p. 370 ; CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28-67, ECLI :EU :C :1968 :17, p. 228 ; il s'agissait de l'article 95 du Traité CEE sur l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires.

⁹²⁴ D.-U. GALETTA, The expression of “*procedural autonomy*” – widely referred to in the doctrine, but much less frequent in the language of the ECJ – is probably derived from this expression of “*autonomous choice of the means*” [de l'arrêt *Gebrüder Lück*] » [l'expression d' « *autonomie procédurale* », à laquelle se réfère largement la doctrine, mais bien moins fréquente dans le langage de la Cour, provient probablement de cette expression de « *choix autonome des moyens* »], *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Berlin, Springer-Verlag, 2011, p. 12.

⁹²⁵ CJCE, 9 juillet 1985, *Piercarlo Bozzetti c. Invernizzi SpA et ministère du Trésor*, aff. 179/84, ECLI :EU :C :1985 :306, point 17 ; V, CJCE, 19 décembre 1968, *Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce*

remet pas en cause la compétence exclusive de la Commission en laissant une marge d'interprétation aux instances nationales en s'appuyant sur les normes législatives issues de l'Union ⁹²⁶. Il apparaît donc que cette autonomie procédurale est relative et ne se retrouve pas au niveau des règles de concurrence et rend, par la même, dans la confusion des marchés économiques des États membres, désuètes les règles spécifiques nationales des États membres. D'ailleurs, les articles L.420-1 et L.420-2 font doublons avec les articles 101 et 102 du TFUE.

391. Ce faisant le droit national est phagocyté par le droit européen de la concurrence en exerçant le principe de primauté déjà entamé par la jurisprudence *Walt Wilhem* qui rappelle la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux. En effet, l'application parallèle des droits nationaux ne peut d'aucune façon porter « *préjudice à l'application uniforme des règles communautaires en matière d'entente et du plein effet des actes pris en vertu de ces règles* »⁹²⁷. En outre, son rôle centralisateur se double d'un rôle de régulateur des règles de concurrence en donnant aux États membres dépourvus de législations nationales en matière d'interdiction des ententes, d'abus de position dominante et d'aides d'État. Dès lors, le droit européen se substitue aux législations nationales existantes en cas d'« *affection du commerce entre États membres* »⁹²⁸. En définitive, l'alignement des règles de concurrence des États membres sur un fond commun du droit européen peut être vu comme un facteur de visibilité et de sécurité juridique des acteurs économiques présents sur le marché européen⁹²⁹.

392. Tout bien considéré, le monopole des décisions de la Commission de sanctionner positivement ou négativement reste de rigueur. Monsieur Stéphane MAIL- FOUILLEUL, souligne d'ailleurs à cette intention, « *l'effectivité de la règle de droit ne pouvant d'ailleurs être*

extérieure de la République italienne, aff. 13-68, ECLI :EU :C :1968 :54 « *Les dispositions des articles 31 et 32 obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des États membres à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions en leur assurant une protection directe et immédiate de leurs intérêts...* », p. 675.

⁹²⁶ M. DELMAS-MARTY distingue, dans un système juridique supranational entre le « 'normateur', sorte de 'législateur supranational' qui émet la norme, le 'juge supranational' qui peut être simple récepteur, mais peut disposer aussi d'une marge d'interprétation de la norme et devient alors également émetteur, et le destinataire final qui est l'État (en réalité plusieurs États) », v. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, Revue internationale de droit comparé, 2000, (note 35), p. 85.

⁹²⁷ CJCE, 13 févr.1969, *Walt Wilhem c/ Budenskartellamt*, aff.14/68, Rec. 1969, p.1, note F-C. Jeantet, JDI, 1970, p. 447-455.

⁹²⁸ Règlement (CE) n° 1/2003, n° 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, J.O n° 001 du 4 janv.2003, article 3.

⁹²⁹ D. SPECTOR, *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison* », in Rapport CAE, Les politiques de la concurrence, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 271-285.

évaluée qu'à la lumière des contrôles et des sanctions la soutenant »⁹³⁰. En ce sens, ce monopole qui résulte des fondements de la politique de la concurrence se manifeste au niveau matériel et au niveau procédural. La décentralisation de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles n'a pas remis en cause ce monopole. Il est facile d'en déduire que la Commission intervient en dernier ressort pour interdire une pratique ou accorder une présomption individuelle ou par catégorie.

393. **Le monopole de la procédure d'enquête.** Lorsque la Commission se saisit ou est saisie d'un cas de violation des dispositions du droit européen de la concurrence, elle ouvre une enquête. Cette enquête doit permettre de réunir des informations et preuves pour déterminer l'effectivité de la violation si tel est le cas alors elle fera l'objet d'une procédure. Les articles 17 à 21 du règlement n°1/2003 décrivent les pouvoirs d'enquêtes de la Commission soit par secteur ou par type d'accord⁹³¹. Au niveau local, l'Autorité de la concurrence peut parallèlement diligenter des enquêtes ne relevant pas des articles 101 et 102 du TFUE⁹³² et les règles de concurrence nationale. Néanmoins, si concernant la phase d'enquête et d'instruction, la Commission rassemble l'essentiel des pouvoirs même si la décentralisation de l'application du droit de la concurrence donne un véritable pouvoir d'instruction et de décision reconnu aux autorités nationales en application du droit européen⁹³³. Le maintien d'un monopole d'enquête implique que la Commission et les autorités de concurrence sont censées avoir la charge d'instruire tous les dossiers dont les pratiques ont un effet minime sur une partie imperceptible du marché des États membres⁹³⁴. Or, seule une surveillance et des enquêtes de proximité sont à même de déceler des pratiques susceptibles de se produire sur un marché localisé. Cet argument va dans le sens de cette prérogative donnée au juge. En France, si l'enquête⁹³⁵ relève des services de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF)⁹³⁶ c'est soit en amont de la saisine de l'Autorité de la concurrence ou des juridictions civiles et pénales par le ministre de l'Économie, soit en aval sur demande de l'Autorité de concurrence. Dès lors, les services d'instruction de l'Autorité de la

⁹³⁰ S MAIL -FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2002, p. 1

⁹³¹ Article 17 à 20 du règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des interdictions prévues aux articles 81 et 82 du traité JOCE, 4 janvier 2003.

⁹³² Article L. 450-3 du Code de commerce.

⁹³³ Article 13 du 20 du règlement n°1/2003, *op. cit.*

⁹³⁴ Article 20 et 21 du règlement n°1/2003, *op. cit.*

⁹³⁵ Les enquêtes diligentées pour la recherche et la constatation des infractions aux articles L. 420-1 à 6 du Code de commerce sont effectuées sur le fondement des pouvoirs prévus aux articles L. 450-1 à L. 450-8 et R. 450-1 et R. 450-2 du Code de commerce.

⁹³⁶ Article L.450-5 du Code de commerce.

concurrence comme les services du ministre de l'Économie disposent du pouvoir discrétionnaire d'engager une procédure d'enquête. Elle doit veiller à faire respecter les droits fondamentaux des entreprises ainsi que les principes du contradictoire dans la phase d'instruction.

394. **Le quasi-monopole dans le déroulement de la procédure.** Si le constat du rôle central de la Commission dans la conduite des enquêtes n'est guère discutable. En vertu de l'article 20 du règlement n°1/2003 permet à la Commission de « *procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises* ». Ainsi, après saisine de la Commission par les victimes des pratiques anticoncurrentielles et/ou des États membres, elle peut diligenter des enquêtes. Aux termes de l'article 22§2 du même règlement, elle peut demander l'appui des autorités de concurrence des États membres pour procéder à l'inspection sur leur territoire. Selon la typologie du droit français de la concurrence, le texte couvre les enquêtes aussi bien simples que lourdes d'ailleurs régies dans l'ordre par les L. 450-3 et L.450-4 du Code de commerce. La directive 2019/1/UE du 11 décembre 2018 renforce cette coopération en reconnaissant un véritable pouvoir d'instruction aux autorités⁹³⁷. L'entrée en vigueur de la directive n'a pas mis fin aux difficultés que cette procédure pose sur le plan juridictionnel. Là, encore, deux régimes juridiques se superposent. Le système institutionnel s'en trouve compliqué. Le procédé s'explique davantage par la difficulté de mettre en œuvre la collaboration des États membres pour mener sa mission. Le problème n'est pas tant matériel que politique lorsque la juridictionnalisation s'en trouve affecté. En effet, la Commission là encore monopolise le pouvoir de décision en étant seul habilité, et ce en dernier ressort à interdire une pratique ou formuler une exemption⁹³⁸.

395. Ainsi, la mise en œuvre de la décentralisation de certaines compétences aux États membres ne semble pas remettre en cause la centralisation des compétences de l'Union européenne notamment en ce qui concerne la politique de concurrence. Son appréhension a varié avec le temps pour parvenir à un consensus. La nouvelle organisation des compétences se justifie sur deux points : un organe unique de décision et une application des règles uniformes sur l'ensemble du territoire. Vu comme un ensemble, les États membres sont impactés par ce

⁹³⁷ Dir. 2019/1/UE, 11 décembre 2018, visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

⁹³⁸ V. encore pour une argumentation classique de la contrariété dans son ensemble du système à l'art. 6 CEDH, écartée de longue date, Trib. UE, 13 juillet 2011, T-138/07.

principe, le respect des règles de concurrence implique une structure unique permettant non seulement la surveillance des marchés, mais aussi la mise en œuvre d'une législation uniforme. À dire vrai, la seule limite notable est celle de l'effectivité. Dès lors, la centralisation est un facteur de cohérence et s'oppose à toute tentative des États membres de remettre en cause le droit européen en application du droit commun. La centralisation des compétences de l'Union en réaction aux excès des juridictions nationales ne tient pas compte de la protection des intérêts individuels.

B. Le domaine étendu au droit international de la concurrence

396. Le Traité de Rome n'avait pas pour but d'avoir une incidence majeure sur le marché international⁹³⁹. D'une part, le Traité de Rome présupposait l'idée d'unité là où on ne voit qu'une pluralité de législations en droit interne. Naturellement, cela n'est pas sans conséquence sur les règles du droit de la concurrence, elle n'offre qu'une protection relative en droit européen de la concurrence dans les États membres. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) apparaît plus à même de juger du droit international de la concurrence comme sources internationales des principes du droit de la concurrence (1), avant de déterminer son influence internationale (2).

1. Les sources internationales des principes du droit de la concurrence

397. Le postulat selon lequel l'Union européenne n'est pas un acteur majeur des relations internationales est assez limité, alors qu'elle peut conclure des accords internationaux⁹⁴⁰. Poussée à l'extrême, le principe d'avoir une Union européenne n'est-il pas de nature à remettre en cause l'intérêt de conclure des accords internationaux au niveau des États membres ?

⁹³⁹ F. DE LA SERRE, *L'architecture institutionnelle de l'Union européenne comme acteur international : genèse et évolution*, in D. HELLY et F. PETITEVILLE, *L'Union européenne, acteur international*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 24 ; v. P. ROYER, *La tardive émergence de la notion d'Europe puissance - Les étapes de la construction européenne*, in J.-M. HUISSOUD et P. ROYER (dir.), *Europe : la puissance au bois dormant*, Paris, PUF, 2008, p. 31-47.

⁹⁴⁰ L'article 207§1 du TUE dispose notamment que « la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libération, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions » ; et l'article 207§3 que « Si des accords avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales doivent être négociés et conclus, l'article 218 est applicable, sous réserve des dispositions particulières du présent article. La Commission présente des recommandations au Conseil, qui l'autorise à ouvrir les négociations nécessaires. Il appartient au Conseil et à la Commission de veiller à ce que les accords négociés soient compatibles avec les politiques et règles internes de l'Union ».

L'Union européenne est en effet constituée pour se substituer aux accords internationaux entre États membres, chaque État membre est lié par sa participation dans l'Union européenne. Tout au plus peut-on considérer la communauté européenne comme un agrégat d'accords entre États membres. L'article 348§1 du TUE envisage la question sous un angle spécifique. En ces termes la Commission veille à se coordonner avec l'État membre responsable pour adapter les mesures prises lorsqu'elles ont « *pour effet de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun* »⁹⁴¹.

398. Si la vocation d'une organisation internationale est pour le moins présente en matière de concurrence, elle a sans conteste l'ambition d'aplanir les différentes législations. En effet, une centaine d'États ou de communautés d'État ont aujourd'hui un droit de la concurrence sous l'égide d'autorités nationales. L'ensemble est encore divisible dans la mesure où la plupart ont mis en place un contrôle des concentrations voir ont introduit une obligation de notification préalable.

399. Le groupe peut vite montrer ses faiblesses lorsque l'indépendance juridique des États avec leurs différents codes de concurrence peut conduire à des conflits entre États. En somme, le droit de la concurrence semble bien en peine pour donner une cohérence à l'ensemble, de même que les législations nationales peuvent avoir des effets néfastes sur la conciliation des effets sur la concurrence. Un sentiment renforcé par la règle qui suppose qu'un droit national est applicable dès lors que le comportement anticoncurrentiel produit des effets dans le commerce de ce pays.

400. En allant plus loin encore, on peut estimer à raison que les décisions administratives conduisent à des prises de position juridiques en passant par des sanctions économiques ou des guerres commerciales à l'exemple de la Chine et des États-Unis. Le parallèle est à faire avec la politique commerciale des sociétés multinationales qui en devant se conformer aux législations nationales doivent prendre des décisions coûteuses financièrement et en termes de temps. Cela implique des opérations nombreuses de notifications avec des délais d'attente et avec le risque d'insécurité juridique en tenant compte de la diversité des législations nationales.

⁹⁴¹ Article 348§1 du TUE.

2. L'influence internationale des principes du droit de la concurrence

401. Si, comme il peut être soutenu, l'OMC a un rôle juridique et non juridictionnel, il semble inévitable que la lutte anticoncurrentielle s'impose à chaque état dans leur droit propre où encore à travers le droit de l'Union européenne. Tout au plus, si la protection du marché est un but en soi, il s'agit, également, de souligner la légitimité de l'OMC en matière concurrentielle (a), tout du moins l'impact de ses travaux sur le droit de la concurrence (b).

a. L'incidence du modèle organisationnel de l'OMC

402. **La légitimité des organisations de la concurrence.** Au-delà des justifications traditionnelles avancées de la protection du marché, il convient de s'interroger sur les effets. En somme, une organisation de la concurrence sera destinée à discipliner le comportement des acteurs sur le marché. Il paraît inévitable que la concurrence fasse l'objet d'un contrôle, car elle n'est qu'un moyen et non une fin⁹⁴².

403. L'OMC n'est donc pas appelée à jouer un rôle de juridiction du commerce international⁹⁴³. Cette assertion n'a rien de choquant dès lors que la caractéristique de l'OMC est d'être une organisation fondée sur ses membres. Or, si l'on admet que ce sont les États qui sont titulaires de droit, il n'apparaît pas extravagant que ce soit ces mêmes États qui déterminent la nature, la portée et la méthode de la négociation. À ce compte, il faut interpréter le rôle de l'OMC non point comme une institution à part entière, mais comme une transcription des différentes dispositions juridiques issues des accords : un système commercial fondé sur les préférences collectives organisées dont la finalité est de déterminer « *comment une nation, dans une situation actuelle du monde et eu égard aux circonstances qui lui sont particulières, peut conserver et améliorer son état économique* »⁹⁴⁴. C'est donc un modèle cohérent de gestion de la dynamique concurrentielle.

⁹⁴² Théorie de la concurrence moyenne cf. articles 2 et 3 du Traité de Rome et Y. AUGUET, C. GALOKHO, A. RIÈRA, *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2020, spéc. p. 10.

⁹⁴³ P. LAMY, *Pour une mondialisation plus régulée avec des politiques domestiques adaptées ?* Entretiens avec le directeur général de l'OMC, Petites affiches, 31/10/2007, p. 13 ; M.-A. FRISON ROCHE, *Régulation et règlement des différends : présentation du thème et synthèse du 10^e forum de la régulation*, Petites affiches, 22/10/2004, p. 6 ; D. CARREAU, J. JULIARD, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2003, p. 78.; M. RAINELLI, *L'OMC : Vers une régulation de la mondialisation marchande ?* in *Mondialisation et gouvernance mondiale*, sous la direction de J. LAROCHE, PUF, Paris 2011, p. 61.

⁹⁴⁴ F. LIST, *Système national d'économie politique*, Gallimard, Paris, réédition, 1998, p. 98.

404. **L'existence d'une juridiction supranationale ?** L'Organisation de règlement des différends (ORD) offre une première réponse à ce questionnement. L'ORD est « administré » par l'Organisation mondiale du commerce, selon la qualification de l'article 3§3 de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994. Le Mémoire d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends ne dissimule rien : « [l]e système de règlement des différends de l'O.M.C. est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »⁹⁴⁵. L'ORD et les groupes spéciaux sont des « quasi-juridictions en juridictionnalisation progressive »⁹⁴⁶, ils produisent une « quasi-jurisprudence dont la juridicité est croissante ». Le Mémoire affirme que « le mécanisme de règlements des différends qui fonctionne depuis le traité de Marrakech dans le cadre de l'OMC est un système destiné à trancher les contentieux commerciaux entre les parties »⁹⁴⁷. Cette position n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté. La lecture de ce Mémoire pourrait se traduire par l'existence d'un organe quasi juridictionnel, créateur de source de droit autorisé à sanctionner les États. Ainsi, on peut déduire de la libéralisation des échanges une dualité de principe : l'une intégrant la liberté des échanges et la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production et l'autre caractérisant un déploiement normatif s'appuyant sur la non-discrimination et les rapports de concurrence. Dès lors, au sein d'un ordre juridique international, les textes conventionnels et les engagements régissent des droits et des obligations auxquelles les États ne peuvent déroger sous peine d'être sanctionnés. De même, à l'instar de

⁹⁴⁵ Article 3§ 2 du « Memorandum d'accord », R.G.D.I.P., 1994, p. 814-836. Préc. p. 815.

⁹⁴⁶ E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT. Contribution à l'étude de la structure d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993, xiii + p. 687 (puis *Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*, R.G.D.I.P., 1994, p. 689-707, et *La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du Commerce*, A.F.D.I., 1996, p. 845-863), TH. FLORY, *Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des Accords du cycle d'Uruguay*, J.D.I., 1995, p. 877-891, et H. RUIZ FABRI, *Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, J.D.I., 1997, p. 709-748 ; J. HIPPLER BELLO, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More*, A.J.I.L., 1996, p. 416-418 ; adde, D. PALMETER, P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organisation. Practice and Procedure*, La Haye, Kluwer, 1999, xvi + p. 313, Y. RENOUF, *Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ?*, A.F.D.I., 1994, p. 776-791, J. H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, Londres, Royal Institute of International Affairs / Pinter Phi., 1990, vi + 119 p., et, du même auteur, *Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures : WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects*, in A. O. KRUEGER (dir.), *The WTO as an International Organisation*, Chicago / Londres, The University of Chicago Press, 1998, xvi + p. 425, aux p. 161-176, ou encore, *Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay*, R.G.D.I.P., 1994, p. 675-688, R. E. HUEDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger Pbl., 1975, xiv + p. 399, et N. KOMURO, *The WTO Dispute Settlement Mechanism. Coverage and Procedures of the WTO Understanding Journal of World Trade*, 1995, p. 5-86.

⁹⁴⁷ *Ibid.*

la Commission européenne ne peut-on franchir un pas et considérer que l'OMC n'est autre qu'une institution qui relève de l'ordre international avec une fonction de sanction des échanges ? Si la création de l'ORD ne peut qu'inviter à souscrire à cette analyse, on perçoit rapidement les limites d'une possible juridicisation. Car, en somme, le raisonnement implique l'émergence d'un tribunal international. Comment déterminer l'existence d'une juridiction internationale à travers une institution internationale ? Faut-il rechercher dans cette institution la même définition qu'un juge classique tel qu'il est perçu en droit national ? En cas d'existence d'un tel organe, faut-il rechercher la même motivation de répression que la Cour pénale internationale ?

405. Au surplus, comme le relèvent de nombreux auteurs⁹⁴⁸, il y a quelque caractère à reconnaître à une institution juridique validant l'existence d'une juridiction : une juridiction est un organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire « *revêtue de l'autorité de la chose jugée* »⁹⁴⁹ rendue en application du droit, auxquelles correspond un triptyque : différend, application du droit et caractère obligatoire. Critiquable en pratique, la distinction semble vaine sur un plan juridique. Une décision rendue ayant un caractère obligatoire n'émane pas obligatoirement d'une juridiction, à l'exemple de la Commission européenne, un règlement des différends peut faire l'objet d'une conciliation ou d'une transaction, l'application d'un droit peut être le fait d'un maire refusant un permis de construire. Ces critères peuvent pourtant céder devant le concept de fonction juridictionnelle : posséder la maîtrise juridique de mettre fin au différend par application du droit en tranchant ou rejetant les prétentions d'une ou plusieurs parties. Si l'on substitue la fonction aux critères de juridiction, alors on pourrait qualifier l'ORD de juridiction. Cette constatation se heurte pourtant à son mode d'intervention. En effet, quelle est son activité si ce n'est de former un compromis ? Dès lors, la conclusion semble relever de l'évidence. L'ORD n'exerce pas une fonction juridictionnelle, car sa décision ne serait pas un acte juridictionnel. Cette position diffère de l'action de la Commission européenne lorsqu'elle énonce que la décision doit trouver une solution « *satisfaisante* » (article 3§4) à « *toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords (...) se trouve compromis* » (article 3§3). On peut affirmer qu'elle doit énoncer une solution « *compatible avec les accords* », les objectifs ne doivent pas voir leur

⁹⁴⁸ M. J. ANDRIANARIVONY, *Un panel institué dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce n'est-il pas une juridiction ?* R.R.J. NXXV – 84, p. 1181-1202 ; L. CAVARE, *La notion de juridiction internationale*, A.F.D.I., 1956, p. 496-509.

⁹⁴⁹ C. SANTULLI, *Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D.*, Annuaire français de droit international, Année 2000, Volume 46, Numéro 1, p. 61 et 70-81.

réalisation entravée (article 3§5), et « conforme » aux « droits et obligations » résultant des accords et du Mémorandum (article 3§4)⁹⁵⁰. Sa décision propre à sa fonction est conforme au droit, mais sa fonction n'est pas l'application. Cette dernière ne fixe pas de délais et ne vise qu'à guider l'exécution des accords et non la force de l'autorité de la force juger. En effet, c'est aux parties « *de trouver une solution pratique satisfaisante* ».

406. **L'absence de juridiction supranationale ?** On ne peut nier le rôle de l'ORD dans le processus de judiciarisation de l'OMC. Sans doute, l'ORD répond à la définition d'une juridiction « *une institution investie du pouvoir de juger, c'est-à-dire de trancher des litiges entre États par une décision obligatoire, qu'il s'agisse d'un organe arbitral ou judiciaire ou de tout autre organisme disposant de pouvoirs juridictionnels* »⁹⁵¹. Cependant, la doctrine reste assez prudente. Comment qualifier l'ORD ? Certainement pas par son action, l'ORD n'a pour rôle que d'administrer le mécanisme de règlement des différends, mais également de superviser la légalité et l'opportunité des solutions qui sont dégagées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Ce qu'apporte l'ORD est la facilitation du règlement des différends, mais en aucun cas de régler le différend par lui-même. Pour le professeur Carlo SANTULLI, l'ORD est « *un organe administratif, et non juridictionnel, d'assistance à l'exécution des obligations des membres* »⁹⁵². Il est facile de reconnaître dans cette assertion la dualité existante entre Commission européenne et juridiction européenne, dont cette dernière est seule à mériter cette appellation.

407. Ainsi, il résulte une certaine appréhension quant à l'existence d'une juridiction supranationale : l'OMC intervient afin de renforcer la prévisibilité du commercial international, d'inciter l'évolution des comportements pour favoriser la concurrence et, enfin, de créer un modèle jurisprudentiel afin d'interpréter les règles coutumières en droit international. Au terme de cette analyse, on ne peut qu'être conduit à repenser la pertinence d'une juridiction internationale en renforçant le caractère juridictionnel de la procédure en passant par une professionnalisation des groupes spéciaux ou encore l'accès à des personnes privées à la procédure pouvant intenter une action au niveau interne à l'image du droit européen. Un écueil

⁹⁵⁰ W. A. DYMOND, M. HART, *Post-Modern Trade Policy. Reflections on the Challenges to a Multilateral Trade Negotiations After Seattle*, Journal of World Trade, vol. 34, n° 3, juin, 2000, p. 21-38.

⁹⁵¹ J. SALOMON, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « juridiction internationale ».

⁹⁵² C. SANTULLI, *Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D.*, Annuaire français de droit international, Année 2000, Volume 46, Numéro 1, p. 58-81.

connu lorsqu'il s'agit d'élever le débat de la juridiction nationale sur le plan international devant l'OMC. C'est un véritable équilibre difficile entre *pacta sunt servanda* et *l'officium iudicis*.

b. L'incidence des travaux de l'OMC sur le droit de la concurrence

408. **L'affirmation de la liberté d'accès au marché.** La liberté d'accès au marché se retrouve aussi bien en droit interne, en droit européen et en droit du commerce international. Il est indéniable que la mise en place de l'OMC n'est pas étrangère à cet effet. Cette approche va d'ailleurs au-delà de la distinction entre droit public et droit privé. Ce fondement s'explique aussi à travers d'un ordre concurrentiel⁹⁵³ des marchés, dont l'ensemble des organisations sont les assesseurs. Le cycle de l'Uruguay Round a apporté une référence supplémentaire à la politique de concurrence notamment à travers de l'accord plurilatéral permettant à une entreprise opposée à une pratique anticoncurrentielle en matière de marché public de déposer une plainte directe pour obtenir gain de cause auprès des tribunaux du pays concerné. Il est clair que le soutien de l'OMC n'est que l'entame d'une notion large de lutte anticoncurrentielle.

409. Il est traditionnel de considérer que le concept de libre-échange est du fait de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) succédant le 1^{er} janvier 1995 à l'Accord général sur le commerce et les tarifs (GATT)⁹⁵⁴. Souhaitant améliorer son intervention, et contrairement au GATT⁹⁵⁵, l'OMC est devenue une véritable organisation internationale⁹⁵⁶. Considérer comme une institution de la libéralisation des échanges, elle a pris la forme d'une institution de la régulation⁹⁵⁷. Les États membres ont conféré à l'OMC l'application de trois principes : la non-discrimination, la réciprocité et la transparence.

⁹⁵³ A. HEINEMANN, *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, RIDE, 2004, p. 293-324.

⁹⁵⁴ Selon l'acronyme anglais.

⁹⁵⁵ K. SEIDEL, *DG IV and the origins of a supranational competition policy establishing an economic constitution for Europe*, in W. KAISER, B. LEUCHT, et al., *The History of European Union: Origins of Trans and Supranational polity, 1950-1972*, London, Routledge, 2008, p. 129-147.

⁹⁵⁶ L'ascension de l'OMC s'est fait par cycle s'appuyant sur les tarifs non agricoles : de 1947 à 1967 (GATT, commerce et développement), de 1973 à 1979 : le cycle de Tokyo (Antidumping, subventions, sauvegarde, barrières techniques au commerce, clause d'habilitation pour les Pays en développement (PED), de 1986 à 1994 : le cycle d'Uruguay : Propriété intellectuelle, services, règlement des différends, marchés publics, mesures sanitaires et phytosanitaires, mesures d'investissement liées au commerce et depuis 2001 : le cycle de Doha : Commerce et environnement, commerce et concurrence, investissement, facilitation des échanges, accords régionaux, traitement spécial et différencié des PED, commerce et transfert de technologie, commerce et dette. Pour ce dernier, pour la première fois, on parle de « concurrence ».

⁹⁵⁷ P. LAMY, *Pour une mondialisation plus régulée avec des politiques domestiques adaptées ? Entretiens avec le directeur général de l'OMC*, Petites affiches, 31/10/2007, p. 13 ; M.-A. FRISON ROCHE, *Régulation et règlement des différends : présentation du thème et Droit international économique* », Dalloz, Paris, 2003, p. 78 ; M. RAINELLI, *L'OMC : Vers une régulation de la mondialisation marchande ? in Mondialisation et gouvernance mondiale*, sous la direction de J. LAROCHE, PUF, Paris 2011, p. 61.

410. Dans sa dimension historique, au terme de ces principes est associée la volonté de favoriser les échanges. La proposition d'absence de barrières douanières appelle une réponse réciproque de l'État au nom de la réciprocité. Enfin, l'obligation pour les États de notifier leur législation commerciale nationale et internationale fait l'objet du contrôle de l'Organe d'examen des politiques commerciales et de l'Organe de règlement des différends (ORD) favorisant le principe de transparence. La position particulière adoptée par cette dernière, consultée pour des questions qui touchent à la concurrence, bénéficie d'un statut proche d'une juridiction supranationale⁹⁵⁸.

411. **Débat historique quant au rôle de l'OMC dans l'univers concurrentiel.** La question de savoir quel rôle donné à un organisme supranational a longtemps agité doctrine et jurisprudence. C'est le professeur WEILLER qui reprend d'ailleurs cette difficile mise en abîme de la titularité d'un organisme supranational, s'interrogeant sur la remise en cause de la fonction historique des États dans la gestion de la mise en concurrence de son espace économique et politique⁹⁵⁹. Le multilatéralisme apparaît comme un mode de gestion du régime concurrentiel entre les États dont le contrôle des aides d'État par les juridictions européennes et nationales est l'exégèse. Les États ont semblé peu réceptifs à ces changements tant l'argumentation entre libéralisation d'un secteur et renforcement de leur protection semble antinomique. Les négociations ont pris pourtant une position convergente telles que la gestion des concurrences interétatiques et le contrôle des pratiques étatiques lorsqu'elles affectent l'espace économique. Le régime de concurrence est la marque de principes juridiques et normatifs des accords de l'OMC. Le mode de coopération de l'Union européenne prend une forme équivalente, même si elle se veut plus nuancée et plus pragmatique, entre non-discrimination et réciprocité⁹⁶⁰.

412. Ce dernier est le résultat du multilatéralisme, mais dans sa fonction déterministe. « *Comment une nation, dans une situation actuelle du monde et eu égard aux circonstances qui lui sont particulières, peut conserver et améliorer son état économique ?* »⁹⁶¹. L'intérêt est donc

958 M. GARCIA-RUBIO, *Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlements des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in F. OSMAN (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? Colloque*, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 245-260.

959 J. WEILLER, *Problèmes d'économie internationale*, P. U. F., Paris, 1950, p. 282 - 285 et *Économie Internationale hier et aujourd'hui : crises-ruptures et déséquilibres dans les relations internationales*, P. U. G., Grenoble, 1989, p. 22 et suiv.

960 J. A. CAPORASO, *International Relations Theory and Multilateralism: The Search for Foundations*, in J. G. RUGGIE (ed.), 1993, p. 51-90.

961 F. LIST, *Système national d'économie politique*, Paris, Collection Tel (n° 297), Gallimard Parution : 23-10-1998.

de permettre une concurrence praticable entre les productions nationales et les importations. Le mode de gestion est remarquable. En effet, en envisageant la question sous un angle juridique, les accords de l'OMC ne font que raviver le dilemme entre autonomie nationale et discipline multilatérale⁹⁶². En effet, cette analyse résulte d'un changement par rapport aux accords du GATT de 1947 puisque l'OMC a étendu ses domaines à des mécanismes de règlement des différends et la régulation sectorielle⁹⁶³.

413. La libéralisation du commerce s'accompagne d'une relative discipline du comportement des acteurs sur le marché : les comportements anticoncurrentiels doivent faire l'objet d'un contrôle et d'une régulation⁹⁶⁴. Le respect d'un accord multilatéral conditionne l'application de règles contraignantes pour les producteurs nationaux et pour les exportateurs étrangers. Dès lors, l'OMC se rapprocherait du modèle européen : l'édiction d'une union politique stable afin de développer des échanges commerciaux⁹⁶⁵. La problématique de la libéralisation des échanges est la compétitivité entre les acteurs. Les accords de l'OMC ont donc basculé vers un instrument de régulation du commerce international. La formation de cartels et de trusts internationaux légitime l'existence d'un cadre institutionnel de régulation.

414. **La passation d'un régime de simple contrôle des barrières douanières à un régime favorisant la concurrence.** La conférence ministérielle de Singapour de décembre 1996 a fondé son objectif sur « *la poursuite de la libéralisation du commerce dans le cadre d'un système fondé sur des règles pour réaliser l'objectif de la croissance et du développement durables dans l'intérêt de tous. À cet effet, nous renouvelons notre engagement d'œuvrer en faveur : i) d'un système fondé sur des règles [...] ; iii) de la libéralisation et de l'élimination progressives des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce ; iii) de la libéralisation progressive du commerce des services ; iv) du rejet de toutes les formes de protectionnisme ; v) de l'élimination du traitement discriminatoire dans les relations commerciales internationales* »⁹⁶⁶. Cette position n'est cependant pas dénuée d'ambiguïtés. La lecture traduit

⁹⁶² A. MATTOO, A. SUBRAMANIAN, *Regulatory Autonomy and Multilateral Discipline: The Dilemma and a Possible Solution*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, n° 2, mars, 1998, p. 303-322.

⁹⁶³ W. DIEBOLD, *From the ITO to GATT - And Back?* in O. KIRSHNER (ed.) *The Bretton Woods-GATT System*, Armonk, New York, M.E. Sharpe, 1996 et J. G. RUGGIE, *At Home Abroad, Aboard at Home: International liberalization and Domestic Stability in the New World Economy*, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 24, n° 3, 1994, p. 507-526 et R. WILKINSON, *Multilateralism and the World Trade Organization. The Architecture and Extension of International Trade Regulation*, Routledge, London, 2000, p. 35 et suiv.

⁹⁶⁴ Y. AUGUET, C. GALOKHO, A. RIÉRA, *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2020., spéc. p. 10.

⁹⁶⁵ L. CARTOU, *L'Union européenne -Traité de Paris-Rome-Maastricht*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., Paris, 1999, p. 39-41.

⁹⁶⁶ OMC, *Déclaration ministérielle de Singapour*, OMC, Genève, 1996, p. 1-3.

une volonté d'accroître le degré de concurrence et non pas le simple accès au marché. Ainsi, l'OMC doit faire coexister politique commerciale et politique concurrentielle ⁹⁶⁷. La Charte de La Havane de 1946-1947 avait déjà consacré en des termes des plus limpides sa position sur les « pratiques restrictives », la fixation des prix, le partage des marchés, la mise en œuvre de quotas de production, les restrictions en matière de recherche et développement et certaines utilisations de brevets, marques déposées et autres droits de propriété intellectuelle. Dans le même temps, l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (OCDE) soumet à l'institution, de 1967 à 1986, les comportements à éviter dans le domaine des acquisitions, de la prédation, du refus de vendre, de la discrimination et des prix de transferts. En somme, au terme d'un débat d'une soixantaine d'années, l'OMC peut se résumer par la mise en œuvre d'une politique de concurrence.

415. L'OMC est apparue dès que le principe de libre-échange était contestable. Il a été un moteur de l'ouverture des marchés, ce qui justifie son rôle d'influenceur de la politique de concurrence de l'Union européenne. Il est apparu également comme une juridiction, mais il semble toutefois que son rôle a été quelque peu exagéré. Il nous semble contestable de le considérer comme une juridiction de la concurrence dans la mesure où son rôle ne semble ni généralisé ni systématisé.

Paragraphe 2. Les conditions de mise en œuvre des domaines de compétence

416. Au-delà de son importance historique, la décentralisation des compétences de la Commission à la base juridique des instances nationales a eu un impact décisif sur la mise en œuvre du droit de la concurrence à l'ensemble des États membres. Celle-ci a été confirmée par le Traité de Lisbonne en organisant la coopération entre les instances de l'Union et les juridictions nationales dans un processus de diffusion unique. En principe, l'application par les juridictions nationales est soumise au même processus décisionnel et au même traitement contentieux que le droit européen. Néanmoins, les spécificités de l'organisation juridictionnelle, en France, apportent une certaine nuance au propos.

417. Loin d'être ordinaire, la décentralisation à laquelle procèdent les traités est confrontée à de nouveaux enjeux propres à la distinction entre les ordres de juridiction. Ainsi, la dynamique

⁹⁶⁷ R. BALDWIN, D. NELSON, J. D. RICHARDSON, *The Political Economy of International Market Access*, *World Economy*, vol 15, n° 6, novembre 1992, p. 679-683, p. 679.

d'attribution des compétences doit être prise en compte (A). Mais, en allant plus loin, les schémas complexes de la coopération entre les instances européennes et les juridictions nationales s'étendent au schéma de répartition des compétences entre les juridictions nationales (B).

A. La dynamique d'attribution des compétences

418. La disparition des limites à la compétence du droit européen qui caractérisait l'application par l'Union européenne est la principale nouveauté. Il en résulte un alignement des juridictions des États membres sur l'application des règles de concurrence en droit commun. Les prérogatives des juges s'en trouvent renforcées. Le traitement particulier ayant trait à la coopération des États membres dans l'espace juridique européen justifie positivement la décentralisation des compétences (1). Pour autant, les traités ne transforment pas radicalement la politique de concurrence appliquée par l'Union. L'organisation de la coopération ne remet pas totalement en cause les spécificités de l'application des règles de concurrence de telle façon qu'il en résulte une certaine influence négative du fait de la centralisation (2).

1. La justification positive de la décentralisation des compétences

419. L'alignement du principe de coopération des juridictions nationales sur le droit européen de la concurrence justifie la compétence des juridictions nationales (a). Le propos ne peut éluder le problème persistant qui met en avant la singularité du processus décisionnel dans certaines situations. En effet, la décentralisation dans le système normatif ordinaire est un aspect essentiel de la réforme en profondeur à laquelle a procédé le Traité de Lisbonne, même si elle résulte d'une certaine nécessité comme il a pu être constaté (b).

a. La justification de la compétence des juridictions nationales

420. **La distinction opérée.** Si à l'origine la compétence en droit de la concurrence portait systématiquement sur la défense du marché commun, il n'en demeure pas moins que l'insertion d'un caractère juridique a changé la donne. Se pose dès lors la question de l'insertion territoriale des nouvelles règles de concurrence au profit des juridictions nationales. Un contrôle fondé sur

le droit suppose une coopération des entreprises⁹⁶⁸ afin de prohiber les pratiques anticoncurrentielles. De telles pratiques sont considérées comme une restriction à la concurrence caractérisée. Ils suscitent en revanche encore diverses interrogations. Le droit comparé procède d'une distinction forte entre les politiques concurrentielles des États-Unis et de l'Union européenne, distinction que l'on entend également entre l'Union européenne elle-même et les États membres. Effectivement, les dispositifs actuels s'éloignent du concept de concurrence pure et parfaite pour une caractéristique plus juridique de l'entrave d'un agent économique⁹⁶⁹. Le changement correspond à une réelle convergence. Schématiquement, les fonctions d'instruction et de décision sont séparées outre-Atlantique, alors que ces mêmes fonctions sont aux seules mains de la Commission et des autorités de concurrence nationales. Ce n'est pas sans poser de difficulté lorsque le juge prend le relais pour des atteintes à la concurrence dont les victimes sont les particuliers. Hormis, le problème particulier de dynamique procédurale des plus complexes, les règles concurrentielles suscitent surtout une difficulté quant à la liberté d'application par les juges. On le sait, la convergence vers un système moins complexe emporterait le transfert de la charge procédurale vers les tribunaux.

421. L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles est, par nature, soumise au contrôle des autorités. Le rôle central des autorités en la matière explique l'admission tardive de la compétence des juridictions nationales pour contrôler l'application du droit de la concurrence. Une fois la compétence des juridictions reconnue, réfléchir au contrôle complémentaire des juridictions nationales est devenu indispensable. En bâtissant un système de recours aux juridictions, la place occupée par les juridictions nationales érige le juge comme un acteur essentiel de l'application du droit de la concurrence. Dans cette espace de l'ordre concurrentielle, le juge devient une préoccupation du droit matériel du droit européen de la concurrence. La philosophie du contrôle des actes concurrentiels s'en trouve modifiée au point que le juge impose sa compétence au niveau territorial. Or, son rôle a su s'imposer notamment par la volonté française d'intégration à travers le droit commun et la subsidiarité a justifié le rôle du juge national comme juge communautaire de droit commun⁹⁷⁰. Mais cette compétence reste encadrée par le renvoi préjudiciel et le principe de primauté du droit de l'Union. Même si

⁹⁶⁸ P. D. CAMESACA, J. YSEWYN, T. WECK et B. BOWMAN, Cartel appeals to the Court of justice : the song of the sirens ? *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 218.

⁹⁶⁹ Au modèle d'un délit d'entrave aux fonctions de commissaire aux comptes aux articles L. 820-4, 1° et 2° du Code de commerce.

⁹⁷⁰ G. CANIVET, *Le droit communautaire et l'office du juge national in Droit et Société*, LGDJ, 1992, p. 133.

la place du juge s'est trouvée renforcée par la juridictionnalisation du droit de la concurrence, la complémentarité reste classiquement liée par la compétence des institutions européennes.

422. **Le principe de considération des juridictions.** En effet, il ne suffit pas simplement que les juridictions soient compétentes pour prétendre à une amélioration des rapports entre les instances juridiques. Encore faut-il déterminer les enjeux de cette compétence nouvellement affirmés. La question fondamentale est en vérité qu'elle est le véritable intérêt. En d'autres termes si la technique de l'autorisation préalable centralisée à un système d'exception légale décentralisé sous le monopole de la Commission favorise une solution juridictionnelle, il apparaît que « *tandis que la suppression de la notification préalable ressort des principes, l'extension au juge national et/ou à l'autorité nationale de l'examen des conséquences a posteriori de la suppression d'une telle précaution n'a pas le droit à la même qualification* »⁹⁷¹. La question alimente la doctrine comme le relève fort justement l'ancien commissaire Van MIERT sous la direction du commissaire MONTI, la modernisation du droit européen de la concurrence « *met fin aux quarante ans de monopole de la Commission* »⁹⁷². Le principe est ainsi posé. La décentralisation a surtout pour intérêt principal de trouver une solution à l'impossibilité pour la Commission et la Cour de justice de traiter l'ensemble des contentieux de la concurrence. Ces derniers n'ont eu d'autres choix que l'ordre concurrentiel en favorisant le retour des juridictions nationales dans le schéma juridictionnel européen. Il est vrai que même si son influence est indirecte, il n'en reste que la référence au champ d'application du droit de la concurrence par le marché sert le fondement de la compétence européenne. Il s'ensuit que la protection du marché étant toujours un objectif de la politique de concurrence⁹⁷³, le caractère juridictionnel ne peut donc s'appuyer que sur celui-ci.

423. **Une réorganisation plus qu'une décentralisation.** Dès lors, la décentralisation permet à la Commission de concentrer son activité sur les infractions les plus graves, notamment les cartels et sur la surveillance *a posteriori* notamment au moyen des enquêtes. La professeure Laurence IDOT l'a d'ailleurs résumé ainsi : une condition de préemption négative appelée

⁹⁷¹ J. M MEFFRE, T. LAMY, *1er mai 2004 : entrée en vigueur du nouveau règlement sur le contrôle des ententes. Quelques réflexions du praticien*, Dalloz, 2004, n° 18, p. 1298.

⁹⁷² J. F. BELLIS, *Les défis de la modernisation du droit européen de la concurrence*, JTDE, n° 97, mars 2003, p. 73-74.

⁹⁷³ L'ordolibéralisme est un courant intellectuel qui naît durant la Seconde Guerre mondiale et qui prône, à la différence des courants néolibéraux classiques, une intervention forte de l'État contre les entreprises privées dans le but de lutter à la fois contre les monopoles publics et privés, V. F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, 1964.

« NAAT rule124 » doit être remplie, « la part de marché totale des parties sur un marché communautaire en cause affectée par l'accord n'excède pas 5 %, et dans le cas des accords horizontaux, le chiffre d'affaires annuel moyen réalisé dans la Communauté par les entreprises en cause⁹⁷⁴ avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros⁹⁷⁵ ;[...] Dans le cas des accords verticaux, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la Communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros(...) » et une condition de préemption positive, « la Commission estime que si un accord ou une pratique sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, par exemple parce qu'ils concernent des importations et des exportations ou bien plusieurs États membres, il existe une présomption positive [...] dès lors que le chiffre d'affaires réalisé [...] excède 40 millions d'euros » ou que « la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5 % (...) »⁹⁷⁶. On comprend d'ailleurs que les seuils sont sensiblement inférieurs que par le passé⁹⁷⁷ et « (...) si l'on retrouve le seuil en parts de marché de 5%, celui en chiffre d'affaires emprunté à la définition de la PME, est plus faible. Il y a là une extension sensible de la compétence potentielle du droit communautaire »⁹⁷⁸. Si la fixation de tels seuils limite le champ d'application, il suppose un double effet : d'abord bien sûr celui de baliser la compétence de la Commission et de la Cour de justice, mais dans le même temps transfère aux juridictions nationales le conflit de compétence, notamment entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives.

b. La nécessaire attribution des juridictions nationales

424. En somme, la compétence tant en droit de l'Union européenne qu'en droit interne résulte de la distinction entre la compétence matérielle dite *ratione materiae* dite d'attribution et la compétence territoriale dite *ratione loci*. La seconde est subordonnée à la première. Au-delà de la numération des différentes compétences, le critère d'attribution retenu est le « principe d'attribution » qui semble être le critère retenu par l'Union européenne. C'est ainsi que la notion

⁹⁷⁴ Le terme « entreprises en cause » englobe les entreprises liées telles que définies au paragraphe 12.2 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne, Journal officiel C 368 du 22.12.2001, p. 13.

⁹⁷⁵ LD affectation, pt. 52.

⁹⁷⁶ LD affectation, pt. 53.

⁹⁷⁷ V. par exemple la précédente communication sur les accords d'importance mineure du 9 décembre 1997, Journal officiel n° C. 372, 9 décembre 1997.

⁹⁷⁸ L. IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 47, pt. 83.

d'attribution serait sous-entendue comme « principe de spécialité » caractérisant l'organisation fonctionnelle⁹⁷⁹ du droit de la concurrence. Ce critère dont les contours sont nécessairement et volontairement flous est pourtant la formule retenue par les juges de l'Union européenne⁹⁸⁰. Il n'en demeure pas moins que le terme de principe d'attribution intéresse directement les justiciables. Sur le terrain de l'application, portée à la connaissance des États membres, il relève d'une volonté de ne pas étendre les compétences de l'Union⁹⁸¹.

425. La consécration du juge national dans le droit de la concurrence. L'Union européenne en favorisant l'émergence des juges dans le processus d'application du droit européen de la concurrence a ouvert la voie à la jurisprudence des juges nationaux en permettant « *dans le corps du droit national (d'insérer) un corps de droit venu d'ailleurs, non point une collection de normes figées, mais un corps vivant, qui continue à produire du droit* »⁹⁸². En effet, en favorisant l'intégration de nouveaux acteurs dans l'application du droit de la concurrence, elle a voulu non seulement imposer la primauté du droit de l'Union dans les États membres⁹⁸³, mais par la même occasion a voulu reconnaître la compétence des juges en matière de droit européen de la concurrence⁹⁸⁴. Sur cette question la Cour de cassation a d'ailleurs reconnu les prérogatives des juridictions judiciaires pour appliquer le droit européen de la concurrence, et ce en parallèle ou en écartant le droit national⁹⁸⁵. Cette reconnaissance est à comparer avec le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme qui s'impose aux juridictions françaises en accord avec la législation nationale⁹⁸⁶. Il ressort de cette analyse un caractère intrinsèque des droits. Le droit européen de la concurrence tout comme le droit conventionnel ne peuvent s'imposer qu'avec la transformation des pouvoirs dévolus aux juges

⁹⁷⁹ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2019, p. 722 et s.

⁹⁸⁰ V. par exemple les conclusions de D. RUIZ-JARABO COLOMER sur CJCE, 26 septembre 2000, *Kofisa Italia*, C-1/99 ou de J. MISCHO sur CJCE, 28 janvier 2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen*, C-363/01.

⁹⁸¹ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, *Compétences de l'Union européenne*, Répertoire Droit européen, Dalloz, § 59.

⁹⁸² Sur la responsabilité des professeurs français dans l'élaboration des fondations institutionnelles de l'Union européenne, v. J. FOYER, *Le droit communautaire, droit de professeurs français ?* RHFDSJ, 1992, n° 13, p. 201.

⁹⁸³ Sur ces principes essentiels du droit communautaire, v. les rubriques de G. ISAAC, *dans le Répertoire de droit communautaire* Dalloz, « *Effet direct du droit communautaire* » et « *Primauté du droit communautaire* », 1997.

⁹⁸⁴ A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1. Rappr. J. G. HUGLO, *L'application du droit communautaire par le juge national*, Gaz. Pal., 10 juin 1997, doct. p. 844.

⁹⁸⁵ Sur ce thème, v. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, not. p. 29-72.

⁹⁸⁶ P. ESTOUP, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal., 8 février 1990, doct. p. 110 ; G. COHEN- JONATHAN, *la place de la convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français*, in F. SUDRE, *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Arlington, Ed. Engel, 1994, p. 1 ; ou plus récemment, plusieurs contributions des Mélanges en hommage à L. E. PETTITI, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1998.

nationaux⁹⁸⁷. La décentralisation du droit européen aux juridictions nationales est donc la suite logique de l'extension du domaine de compétence du droit de la concurrence à l'ensemble du droit privé⁹⁸⁸.

426. **L'affirmation d'une nouvelle attribution des juges.** Si la Commission s'est réservée une compétence à part en matière d'inspection, la décentralisation des pouvoirs offre en revanche de larges développements de cette question. Le principe est posé. L'article 5 paragraphe 1 du Traité précise que « *le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences* ». Au-delà de la subsidiarité qui demeure inchangée et constitue un principe régulateur, le Traité de Lisbonne ajoute « *les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole* ». Cette protection de la concurrence s'entend donc autour de la compétence territoriale et s'avère efficace pour cette même protection. Exigeant la répartition des compétences « *multilevel constitutionalism* », l'action en concurrence vise à un objectif d'intégration que l'on conçoit souvent comme un fédéralisme.

2. L'incidence négative de la décentralisation

427. **La rigidité de l'application des règles concurrentielles.** L'analyse du système démontre en effet une certaine complexité dans la mesure où il constitue une restriction et

⁹⁸⁷ O. BEAUD, *Ouverture : l'Europe entre droit commun et droit communautaire*, en introduction au numéro 14 de la revue *Droits* précitée ; B. OPPETIT, *Droit commun et droit européen*, in *L'internationalisation du droit*. Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN, Paris, Dalloz, 1994, p. 311 ; ou encore J.-P. GRIDEL, *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen* », D. 1999, chron. 139. Rapp. les travaux de A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991 ; et M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, précité. Du même auteur, V. également *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D. 2000, chron. 421.

⁹⁸⁸ J. L. DEVOLVÉ, *Le Pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges*, JCP 1968, I, 2184. Libertés publiques. D. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995 ; rapp. P. De FONTBRESSIN, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations*, in *Liber amicorum*, M. A. EISSEN, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1995, p. 157. Plus prosaïquement, sur les effets de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, v. J. P. MARGUENAUD, dir., CEDH et droit privé. *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001 ; ainsi que la récente thèse d'A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002. Rapp. Ph. MALAURIE, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français*, JCP 2002, I, 143.

gène d'importants débats faisant l'objet de nombreuses critiques des juristes⁹⁸⁹. En la matière, la prérogative des Autorités est perçue comme un « *moyen totalitaire* »⁹⁹⁰, « *un danger pour les libertés publiques* »⁹⁹¹. On peut s'interroger légitimement sur le caractère quasi juridictionnel des autorités lorsque l'on fait entrer dans le champ d'application du droit européen de la concurrence les juridictions nationales⁹⁹². En matière juridictionnelle, la distinction entre les autorités et les juridictions opère par la spécialisation⁹⁹³.

428. **Le conflit de compétence résiduel.** Si la volonté des instances européennes de permettre aux juges nationaux d'intervenir en matière de pratiques anticoncurrentielles est manifeste, elle n'en présente pas moins certaines limites qui tendent à favoriser le clivage entre les juridictions nationales. Sous réserve que les dispositions du droit de la concurrence s'appliquent autant pour les personnes privées que pour les personnes publiques, la compétence de l'autorité de la concurrence demeure. Or, la présomption d'application à une entité administrative fait rejaillir un nouveau conflit de compétence.

429. Le tribunal des conflits est donc amené à intervenir dans l'hypothèse où le caractère d'activité économique s'appliquerait à une puissance publique. Il est vrai, depuis les jurisprudences *Ville de Pamiers* et *Million et Marais*⁹⁹⁴, le Conseil d'État bénéficie d'un monopole sur le droit public de la concurrence. Cependant, l'interprétation de l'article L.410-1 du Code de commerce entretient le conflit entre les ordres juridictionnels d'autant que

⁹⁸⁹ « *Le procédé de la sanction administrative ne bénéficie guère de la faveur des juristes* » (J.-M. AUBY, *Les sanctions administratives en matière de circulation automobile*, D. 1952 chron. p. 111).

⁹⁹⁰ V. J.-P. MUNCH, *La sanction administrative*, Thèse, Paris, 1947.

⁹⁹¹ V. M. WALINE, note sous CE, Sect., 4 mars 1960, Lévy, RDP 1960.1030.

⁹⁹² Le principe est aussi repris dans une Décision de la Commission du 17 juil.1968, ACEC-Berliet, JO, n° L 201 du 12 août 1968, p. 7. La Commission emploie parfois aussi l'expression « liberté d'exportation », Déc. Commission, 6 novembre 1968, *Cobelaz-usine de synthèse*, 68/374/CEE, JO, n° L 276 du 14 novembre 1968, p. 13; Déc. Commission, 6 novembre 1968, *Cobelaz-Cokeries*, 68/375/ CEE, JO, n° L 276 du 14 novembre 1968, p. 19; Déc. Commission, 6 novembre 1968, C.F.A., 68/377/CEE, JO, n° L 276 du 14 novembre 1968, p. 29; Déc. Commission, 30 juin 1969, SEIFA, 69/216/CEE, JO, n° L 173 du 15 juillet 1969, p. 8

⁹⁹³ Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, mars 1998, doc. C 98 (35) final ; OCDE, *Les ententes injustifiables. Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation 1998*, 2006, p. 1-44 ; Communication de la Commission (CE), 20 avril 2004, *Une politique de la concurrence proactive pour une Europe compétitive. Pour une discussion sur ce thème*: M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves*, in 1986, Litec, 2008, p. 81-89; G. DECOQ, *Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves*, in, Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, *op.cit.*, p. 91-93; F. JENNY, *Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves*, in Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre, 1986, évolutions et perspectives, *op.cit.*, p. 73-74; p. 95-98.

⁹⁹⁴ CE, 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, Rec. p. 406, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour apprécier la légalité d'une convention de délégation de service public au regard de l'ordonnance de 1986 ; CA Paris, 30 juin 1988, *SAEDE c/ Ville de Pamiers*, BOSP, n°14, 9 juillet 1988, p. 187.

l'interprétation de l'activité économique⁹⁹⁵ maintient la survie du conflit entre les deux ordres juridictionnels.

430. **Le conflit entre les ordres juridictionnels nationaux.** Le tribunal des conflits est amené à trancher la question de la répartition de compétence⁹⁹⁶. Le litige naît du fait que toute activité économique est assujettie aux lois sur la concurrence. Pour le raisonnement, il importe peu que l'activité soit le fait d'une entreprise publique. La répartition contentieuse est conditionnée par l'exercice de prérogatives de puissance publique. De façon classique, le juge administratif se déclare compétent si l'activité économique est liée à la souveraineté de l'État. Pour rappel, l'Autorité de la concurrence s'est estimée compétente pour appliquer le droit de la concurrence sur le domaine public. Dans les décisions *Ville de Pamiers*, *ADP* et *Éditions Gisserot*⁹⁹⁷, le juge administratif s'est attribué la compétence pour apprécier les pratiques au regard du droit de la concurrence, si ce n'est pas détachable de l'activité de puissance publique. Or, selon la décision du 6 juillet 2011, *Sté Park and Fly c/ Aéroport de Lille* : le refus d'accès à une voie réservée aux professionnels opposé par le concessionnaire de l'aéroport de Lille à la *société Park and Fly*⁹⁹⁸, l'Autorité de la concurrence s'est déclarée incompétente, car le refus s'appuie sur un arrêté préfectoral portant règlement de police générale sur l'aéroport. L'intervention du tribunal des conflits s'explique par la difficulté de déterminer si l'activité économique est détachable de service public, d'autant que la compétence de chaque ordre dépend d'une interprétation extensive. Néanmoins, la question reste ouverte d'un point de vue jurisprudentiel.

431. **Résistance du conflit.** Les conflits de compétence résultent des divergences jurisprudentielles. Si la compétence d'attribution est identifiée par l'activité économique ou la prérogative de puissance publique, pourtant il est difficile de définir quel ordre est compétent. La Commission n'a pas tranché la question, laissant les juridictions nationales définir leur propre compétence⁹⁹⁹. L'intervention du tribunal des conflits est donc inévitable¹⁰⁰⁰. La

⁹⁹⁵ CE, 28 mai 2010, *Sté Enfrenconiance*, n°328731, note G. ECKERT, *Notion d'activité économique*, *CMP*, n°8, août 2010, comm. n°268.

⁹⁹⁶ TC, 15 janvier 2007, *Sté Alpha Flight Services c/ Aéroports de Paris, Préfet de la Région Ile de France*, n°3568, concl. I. DA SILVA.

⁹⁹⁷ T. conflit 30 juin 1988, *Ville de Pamiers*, *AJDA* 1989. 46 ; T. conflit 18 octobre 1999, *Aéroport de Paris c/ TAT*, *RJDA* 2/00, n°214 ; T. conflit 4 mai 2009, *Stés éd. J. P* ; GISSEROT, n°C-3714.

⁹⁹⁸ ADLC n°11-D-11-D-15 du 16 novembre 2011, *Sté Park and Fly c/ Aéroport de Lille*.

⁹⁹⁹ Loi n°87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, *JO*, 7 juillet 1987, p. 7391.

¹⁰⁰⁰ Y. GAUDEMET, *Conflit de compétence et droit de la concurrence sur une équivoque*, in Mélanges Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dalloz, 1996, p. 121-129.

décision prise par un concessionnaire d'installer des distributeurs automatiques sur le domaine public n'est pas de la compétence de l'Autorité de la concurrence. En revanche, elle s'est déclarée compétente pour l'autorisation d'accès à des emplacements de domaine public : « *si la régularité de l'octroi ou de retrait d'une autorisation du domaine public ne peut être appréciée que par le juge administratif, il est constant que la chambre de commerce (...) donne par ces autorisations accès à des emplacements du domaine public aéroportuaires à la société de location (...)* »¹⁰⁰¹. Au regard de la décision, le désaccord subsiste tant il est difficile de dissocier la sphère concurrentielle de la sphère publique.

432. **Le principe de légalité.** Une conciliation a été trouvée par le tribunal des conflits entre exigence du marché et exigence de l'intérêt général. Finalement, ce qui est sanctionné c'est une rupture de légalité¹⁰⁰². La juridiction administrative a compétence pour examiner « *les besoins de création de services publics au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, a contrôlé l'exercice des pouvoirs de police, la ratification d'accords ou pratiques professionnelles, l'égalité des concurrents devant les délégations de service public ou dans la passation des marchés publics ou dans la commande publique, ou a statué sur les conditions d'occupation du domaine public ou sur l'octroi de droits exclusifs* »¹⁰⁰³. C'est donc par une interprétation précise que le Conseil d'État parvient à retenir en l'espèce sa compétence.

433. Plus discutable au regard de la répartition des compétences est la règle récemment posée par le Conseil d'État selon laquelle, dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, tout recours qui n'est pas spécifiquement attribué à la Cour d'appel de Paris par une disposition expresse est de la compétence du Conseil d'État. Tel est, par exemple, le cas du recours pour excès de pouvoir, créé par la jurisprudence récente du Conseil d'État, contre les actes « *qui revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance [...] lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* »¹⁰⁰⁴. Une telle jurisprudence, qui revient à donner une compétence au Conseil d'État dans un domaine réservé par la loi aux juridictions judiciaires,

¹⁰⁰¹ Conseil de la concurrence n°91-D-51 du 19 novembre 1991, ODA (BOCC 1991.388).

¹⁰⁰² CE, 26 mars 1999, *société EDA c. / ADP*, n°202260, publié au recueil Lebon.

¹⁰⁰³ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8^{ème} éd., Sirey, 2019, p. 53.

¹⁰⁰⁴ Arrêt d'Assemblée n° 390023 du 21 mars 2016.

est source de confusion puisqu'elle confère à la juridiction administrative un pouvoir d'interprétation sur des textes appliqués par les juridictions judiciaires sous le contrôle de la Cour de cassation.

B. La dynamique de répartition des compétences

434. Afin de déterminer un tribunal compétent, le droit de la concurrence s'est doté d'un arsenal juridique particulier. Or, la poursuite d'activité sur l'ensemble du territoire européen n'est pas sans difficulté dans le choix d'un tribunal. Tout d'abord, la détermination passera par la définition de la compétence matérielle en droit de la concurrence selon l'activité économique et la condition de la victime de la pratique anticoncurrentielle, ce qui conduit à des règles effectives de détermination (1). Par ailleurs, la distinction entre les différentes juridictions a fait l'objet d'une répartition des compétences depuis le règlement n°1/2003 (2).

1. Les règles effectives de détermination

435. **Inconvénients quant à la détermination du tribunal compétent.** En dehors de toute considération du degré d'autonomie des juridictions, de l'organisation judiciaire propre à chaque État, et plus largement de l'ensemble de la politique de concurrence, la protection de la concurrence est assurée par divers processus d'affectation liés au marché en cause¹⁰⁰⁵. En pratique, deux situations méritent d'être distinguées en droit français ou en droit européen.

436. En l'absence de toute spécialisation, la détermination est fondée sur deux critères. Dans un premier temps, la détermination du tribunal compétent se fonde sur le critère de rattachement au litige ou au procès. Un tel critère permet d'attribuer le procès à un ordre juridique national

¹⁰⁰⁵ TPICE, *Airtours*, *op.cit.*, pt. 61. Le même constat s'agissant de l'étendue du contrôle peut être fait en droit français depuis que la Cour de cassation fait référence à une approche par les « effets » : Cass. com, 29 juin. 2007, n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397. La Cour décide dans l'affaire des ententes en matière de téléphonie mobile: «Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision »; V. dans le même sens, Cass.com, 6 décembre 2005, n° Y 04-19.541; Cass.com, 16 février 2010, *France Télécom, Apple*, n°226 FS-D. Le Conseil n'est pas non plus de reste dans ce mouvement, v., CE, 31 juillet 2009, *Sociétés FIDUCIAL AUDIT et FIDUCIAL EXPERTISE*, n° 305903, note M. BAZEX, *DA*, janv.2010, comm. n°1.

particulier. Ensuite, on déplace la compétence sur le plan matériel. C'est alors à un jeu de répartition des compétences qui dépend de l'organisation judiciaire. À ce titre, le droit de la concurrence aménage la compétence matérielle, voir construit, pour respecter les normes, un ensemble de contraintes juridiques en séparant l'économique du non économique traçant les limites du champ de compétence matériel du droit de la concurrence. Aussi, dans les mains du droit européen de la concurrence, l'activité économique étend le champ de compétence matériel du droit de la concurrence.

437. « **Public enforcement** » et « **Private enforcement** ». La séparation peut apparaître pour certains artificielle¹⁰⁰⁶. Avec l'instauration du droit de la concurrence européenne, les acteurs économiques se sont trouvés contraints de réfléchir à plusieurs degrés. En effet, à ces débuts, le droit de la concurrence n'a été pensé qu'à travers le « *public enforcement* », permettant à la Commission d'obtenir des pouvoirs étendus d'élaboration et d'application de la loi en la matière¹⁰⁰⁷. Toutefois, la Cour de justice européenne en 2001 « *Courage contre Crehan* »¹⁰⁰⁸ inclut fort heureusement la possibilité d'une action privée pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles en Europe que l'on retrouve dans les articles 101 et 102 du TFUE. Aussi, alors que le droit permet le cumul des actions¹⁰⁰⁹, il apparaît que c'est finalement le règlement n°1/2003 qui évoque le « *Private enforcement* ». À cet égard, le droit de la concurrence apparaît comme un système juridique satisfaisant. Elle n'empêche en rien la poursuite pour les victimes de ses pratiques de solliciter des dommages et intérêts devant les juridictions nationales. Plus fondamentalement, il semble que l'intégration de cette nouvelle possibilité n'a pas été sans conséquence. Il a été nécessaire de respecter l'autonomie procédurale de chacun. Le degré d'autonomie des juridictions nationales est en effet incompatible avec une intégration totale en réduisant de fait la marge d'initiative de ces derniers. Dès lors, un rapport du Parlement européen rendu public le 9 mars 2009 a conclu sur le rôle complémentaire des actions privée : « *l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités doit rester une priorité, car les autorités compétentes en matière d'ententes disposent d'instruments d'enquête de droit public qui ne peuvent être confiés aux particuliers. L'application du droit privé revêt*

¹⁰⁰⁶ F. JENNY, *L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 21 Mars 2013, 1169.

¹⁰⁰⁷ C. PRIÉTO, *L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus*, La Semaine Juridique - Edition générale, 21 mars 2007.

¹⁰⁰⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Bernard Crehan et Courage Ltd. e.a*, aff.C-453/99, Rec.2001, p. I-6297.

¹⁰⁰⁹ CE, 3 février 1911, *Anguet*, Rec. 146 ; S. 1911, 3, p. 137, note HAURIOU.

un caractère complémentaire à cet égard »¹⁰¹⁰ qui a d'ailleurs fait l'objet d'une proposition en juin 2013¹⁰¹¹.

438. Dans l'hypothèse d'une action en droit de la concurrence qui semble compatible avec l'esprit du droit de la concurrence, le concurrent qui est lésé juridiquement et économiquement pourra poursuivre auprès des Autorités de concurrence selon l'implantation de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles. Une activité économique sur l'ensemble du territoire européen sera donc de la compétence de la Commission et des juridictions européennes dans la limite des lignes directrices fixées par la Cour de justice, sinon c'est l'Autorité de la concurrence qui sera attiré à l'affaire, selon l'implantation territoriale. Pour les particuliers, les juridictions nationales sont compétentes pour les actions en dommages et intérêt¹⁰¹². L'incongruité de la situation n'a pas été sans poser de difficultés puisque le droit européen se juxtapose avec les droits nationaux de la concurrence (pratiques restrictives, concurrence déloyale...). Il faut alors s'intéresser au fait que cette dernière possibilité ait encore souvent ignoré par les particuliers en matière de pratiques anticoncurrentielles, ce qui explique jusqu'à récemment la faiblesse des contentieux dans ce domaine¹⁰¹³.

2. La répartition des compétences depuis le règlement n°1/2003

439. Selon une approche des plus classiques, il va être traité de la répartition des compétences entre les juridictions européennes et les juridictions internes (**a**), avant de s'intéresser à la répartition des compétences entre les juridictions internes (**b**).

a. La répartition des compétences entre les juridictions européennes et les juridictions internes

440. La répartition entre ces juridictions est le résultat d'un processus relativement récent de décentralisation au terme d'une délimitation entre les champs d'application respectifs du droit

¹⁰¹⁰ Projet de rapport sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

¹⁰¹¹ Proposition de directive du parlement européen et du conseil « relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des états membres et de l'union européenne », 11 juin 2013.

¹⁰¹² V. MILUTINOVIC, *The right to damages under EU competition law, from Courage v. Crehan to the white paper & beyond*, Kluwer Law International, 2010. p. 39.

¹⁰¹³ J. BASEDOW (ed.). *Private enforcement of EC competition law*. Kluwer law international, 2007.

européen et des droits nationaux. On trouve ainsi une nette référence à l'article 3 du Règlement (CE) n°2201/2003 quant à la répartition des compétences¹⁰¹⁴ et l'interprétation qui en est faite¹⁰¹⁵. Dès lors, la répartition des compétences ou son accroissement a rapidement mis en difficulté l'activité juridique en matière de pratiques anticoncurrentielles. Il faut toutefois remarquer que dès la mise en place du règlement n°1/2003 la situation a changé. Aussi en proclamant l'effet direct de l'article 101§3 du TFUE, le risque de divergence juridique a été réduit, dans la mesure où les Autorités nationales de concurrence (ANC) et les juridictions nationales se sont vues attribués la compétence dans l'application du droit européen de la concurrence.

441. Néanmoins, le droit interne de la concurrence peut être un obstacle à l'immixtion du droit européen de la concurrence. Dans le cadre de l'ordre juridique interne, l'autonomie procédurale constitue une limite forte entre les droits européens et internes dans la mesure où « *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de fixer les modalités d'exercice de ce droit* » en ajoutant « [...] *pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés* »¹⁰¹⁶. Il en est ainsi des règles de concurrence qui sont facilement transposables et pourront être utilisées en droit interne. Au-delà, le juge est donc susceptible de recouvrir les éléments procéduraux par le droit commun de la concurrence. Si l'article 3 du règlement exige la conformité avec le droit européen de la concurrence, notamment en matière d'entente, rien n'empêche le juge national d'insérer sa propre interprétation, qui peut être plus stricte que celle du droit européen de la concurrence¹⁰¹⁷. Cette constatation, aussi pertinente qu'elle soit, ne remet cependant pas en cause l'exigence de conformité au droit européen de la concurrence en la matière. Bien au contraire, puisque « *en ce qui concerne l'application parallèle du droit national de la concurrence et de l'article 82 CE dans le cas d'un comportement unilatéral, l'article 3 du règlement ne prévoit pas d'obligation de convergence similaire. Toutefois, dans le cas de dispositions contradictoires, le principe général de primauté du droit communautaire exige que les juridictions nationales*

¹⁰¹⁴ Article 3 Règlement (CE) no 2201/2003.

¹⁰¹⁵ Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, n° C 101/81, du 27 avril 2004.

¹⁰¹⁶ Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 13 juillet 2006 (demandes de décision préjudicielle du Giudice di pace di Bitonto - Italie) - *Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito / Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* et *Nicolò Tricarico C-297/04*, *Pasqualina Murgolo (C-298/04)*/ *Assitalia SpA*.

¹⁰¹⁷ Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n°1017/68, (CEE) n°2988/74, (CEE) n 4056/86 et (CEE) n°3975/87, Préparation du Conseil "Compétitivité" du 26 novembre 2002 en vue d'un accord politique.

laissent inappliquée toute disposition de loi nationale contraire à la règle communautaire, que cette disposition soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »¹⁰¹⁸.

b. La répartition des compétences entre les juridictions internes

442. La doctrine est unanime pour reconnaître la distinction en droit français entre le droit privé et le droit public dans le rôle de la lutte anticoncurrentielle. Il constitue une véritable originalité du droit de la concurrence en France. Néanmoins, il semble que les fondements de cette distinction ne soient pas sans effet sur l'application. Sans aborder la question de la légitimité du droit public à protéger la concurrence parmi les acteurs publics, il est à noter que les juridictions administratives ne sont pas concernées par la distribution à des juridictions spécialisées de la compétence du droit de la concurrence qui dépende de l'article L. 420-7 du Code de commerce. Donc toutes les juridictions administratives sont compétentes pour appliquer le droit des ententes et des abus de position dominante¹⁰¹⁹. L'explication est certes pertinente lorsqu'il s'agit d'aborder le décalage pratiqué en matière de procédure. Il est d'ailleurs peu probable que cette prérogative soit bouleversée dans les années à venir. Au surplus, la victime aura donc la possibilité de se tourner vers la juridiction administrative pour violation des règles de concurrence : suspension, annulation, injonction de faire ou de ne pas faire, condamnation à verser une somme d'argent, en référé, en contentieux de l'annulation en contentieux indemnitaire. Dès lors, le juge administratif sanctionne les pratiques anticoncurrentielles préjudiciables aux personnes publiques. Par-delà, ces implications d'ordre pratique, notamment pour les commandes publiques sur un marché public, la délégation de service public ou les partenariats public-privé. Dès lors, si l'ouverture à la concurrence des secteurs publics en pleine transition est apparue comme nécessaire, elle n'est pas sans effet. En l'espèce, la protection de la concurrence n'est pas un long fleuve tranquille tant les marées du marché sont fécondes. Seul l'attrait généré par ces différents éléments justifie que l'on s'intéresse à la compétence d'attribution en droit de la concurrence.

¹⁰¹⁸ Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales pour l'application de l'article 81 et 82 du traité CE, JO 2004/C 101/04/, du 27 avril 2004. Pour un commentaire de cette disposition : JB. BLAISE, L. IDOT, *Concurrence: champ d'application des articles 81 et 82 CE*, RTD Civ, 2004, n°4, p. 669-689; S. HAUTBOURG, S. QUELLA, *Droit communautaire ou droit national de la concurrence: le critère d'affectation du commerce*, Décideurs juridiques et Financiers, n°58, 2004, p. 112-113; J- P. VIENNOIS, *Clarification du champ d'application communautaire du droit de la concurrence (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité)*, LPA, 2004, n°190, p. 9-12

¹⁰¹⁹ D. MARGAIRAZ, *L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contraintes de nommer »*, RHMC, n°52, 2005, p. 5-9.

443. La décentralisation des fonctions procédurales a influencé la fonction du juge. Au-delà de son importance historique, son implication dans la réorganisation des systèmes institutionnels a conféré aux instances européennes une nouvelle vocation institutionnelle que les traités n'avaient pas attribuée à ses origines. Le juge assume sa part dans le contrôle des contentieux de concurrence dans un esprit fédéral. Il continue à exercer ainsi ses fonctions, mais en s'attardant sur ses fonctions d'une nouvelle nature.

444. La surprise vient de ce que l'on aurait pu croire que cela mettrait fin au clivage des droits de la concurrence. Or, il n'en est rien et le conflit s'est décentralisé entre les juridictions de deux ordres différents, judiciaire et administratif, et illustre la permanence du conflit de compétence. Sans doute sont-ils le marqueur d'un clivage résiduel entre les autorités administratives et les juridictions judiciaires.

445. Aussi l'arbitrage entre les règles européennes de concurrence et la procédure des juridictions nationales est déterminant sur le plan de l'autonomie des juridictions. Dans cet espace, la fonction du juge dans la protection des droits particuliers revêt une importance particulière. On pressent à quel point cela constitue un point d'achoppement dans la construction de l'ordre juridictionnel en droit de la concurrence.

Section 2. L'appréciation des compétences au sein de l'Union

446. Il est acquis en droit que « *le droit positif ne reconnaît que la centralisation et la décentralisation partielle* »¹⁰²⁰. La raison est bien connue : la construction du marché intérieur et l'ouverture à la libéralisation des marchés ont motivé l'unification des règles de concurrence (§1). Il est toutefois intéressant de voir de quels outils disposent les instances européennes pour intégrer les règles de concurrence (§2).

¹⁰²⁰ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris et Bruxelles, LGDJ et Bruylant, 1997, p. 355.

Paragraphe 1. Les motivations de l'unification des règles de concurrence

447. La question de la compétence est apparue au moment où les traités se dotaient d'institutions¹⁰²¹ pour l'encadrement des acteurs économiques. Pourtant, la législation européenne n'a pas immédiatement engagé l'Union européenne sur la voie de la juridictionnalisation et a finalement restreint le système de contrôle juridictionnel. Il en est ainsi dans la mesure où « *celui-là est dans la dépendance de celui-ci, comme un effet particulier du principe général de la primauté du droit communautaire* »¹⁰²².

448. En la matière, l'unification des règles de concurrence revête une dimension juridique incontestable. Le dispositif est fondé sur le respect de l'orientation idéologique de la politique de concurrence (**A**) et sur la consolidation de l'édifice prétorien (**B**).

A. Le respect de l'orientation idéologique de la politique de concurrence

449. Le juge judiciaire peut-il juger seul en toute indépendance l'intégralité des contentieux de la concurrence ? Le critère de légitimité du juge dans la protection du marché est un élément fondamental de l'appréciation en droit commun. Plus encore que dans les autres matières du droit, l'immixtion du juge sur l'économie des acteurs économiques est la clé de voûte du raisonnement en droit des affaires. Cette ambiguïté interroge la nécessité pour le droit de la concurrence d'imposer sa vision du marché (**1**). C'est en effet confronté à cette ambiguïté que le droit de la concurrence exige du juge de choisir la voie de la protection des intérêts du marché au détriment des acteurs économiques (**2**).

1. Le droit de la concurrence et la vision du marché

450. **La primauté du droit européen.** Il est de tradition d'enseigner que le droit dans une moindre mesure doit suivre une voie constante. Il a été démontré que le revirement jurisprudentiel doit être justifié et ce dès la seconde moitié du XVIII^e siècle. Le procureur DENISART écrivait ainsi qu'un « *arrêt solitaire, qui a décidé une question, ne forme qu'un*

¹⁰²¹ V. D. BERLIN, *L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises*, RTDE, 1991, p. 1, 211 et 379.

¹⁰²² A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9^e édition, 2021, p. 10, pt. 3.

préjugé ; mais si plusieurs arrêts ont jugé la même question de la même manière, cela forme un usage et une Jurisprudence dont les juges ne doivent pas s'écarter sans de grandes raisons »¹⁰²³, tandis que le président Jean- Paul JEAN voit dans le domaine du droit européen que « *c'est aussi à la justice en tant qu'institution responsable des millions de décisions que l'on s'adresse* »¹⁰²⁴. On trouve l'expression légitime de l'intérêt de la jurisprudence en droit européen de la concurrence dans les différentes décisions, bien que le concept soit davantage utilisé pour renforcer la primauté de la jurisprudence européenne que pour invalider les décisions qui ne respecteraient pas cette exigence. Ce pas a été franchi avec l'arrêt *Walt Wilhem* qui affirme sans ambiguïtés que le droit interne ne peut porter « *préjudice à l'application uniforme des règles communautaires en matière d'entente et du plein effet des actes pris en vertu de ces règles* »¹⁰²⁵. Cet engagement apparaît indispensable à la protection des intérêts des acteurs économiques. On estime traditionnellement que cette décision de la Cour de justice a été ultérieurement généralisée pour éviter les divergences nationales en droit des pratiques anticoncurrentielles.

451. Rôle majeur de la politique de concurrence sur l'appréciation des juges. Le Livre blanc de la Commission en 2008 consacré aux « *actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante* » suivi par la proposition de directive de 2013¹⁰²⁶ et sa consécration en 2014 a été accueilli avec enthousiasme par les observateurs. Toutefois, la portée de ce texte doit être relativisée. Il semble au premier abord qu'il s'agit d'une véritable césure dans l'appréciation du rôle des juges dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles. L'introduction d'un nouvel intérêt pour le « *private enforcement* » de l'Union européenne apparaît nettement moins enchanteresse pour le juge. Cet intérêt soudain est un message fort envers les juges. C'est ainsi que l'on trouve la revendication des obstacles actuels de la difficulté des victimes d'accéder aux preuves et de

¹⁰²³ J. B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1773, Tome 1, V° Arrêt, p. 137, n° 8. Rapp. C. J. de FERRIERE qui dans son Dictionnaire de droit et de pratique (préc.) d'une part définit la « *Jurisprudence des arrêts* » comme « *l'induction que l'on tire de plusieurs Arrêts qui ont jugé une question de la même manière, dans la même espèce* » (Tome 2 p. 100) ; et d'autre part rappelle que « *plusieurs Arrêts se trouvant conformes in terminis sur une question, forment à la fin une espèce d'usage (...) que les Juges ne sont pas absolument obligés de suivre, mais dont ils ne doivent pas non plus s'écarter facilement & sans raison* » (Tome 1, V° Arrest, p. 118).

¹⁰²⁴ J.-P. JEAN, *De l'effectivité du droit au juge en Europe*, Bruylant, p. 19, 2010.

¹⁰²⁵ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhem*, aff.14/68, Rec, p.1; CJCE, 28 février 1991, *Delimitis*, aff.C-234/89, Rec.p. I-935, obs. M-A. HERMITTE, JDI, 1991, p.485-487; obs. G. DALENS, RCC, 1991, p.35-38; CJCE, 12 décembre 1995, *Dijkstra e.a.*, aff. C-319/93, Rec, p. I-4471.

¹⁰²⁶ Comm. UE, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : COM (2013) 404 final, 11 juin 2013, p. 4.

quantifier leur préjudice, ainsi que l'absence d'un véritable recours collectif pour les victimes de pratique anticoncurrentielle. Il est notable de constater qu'au-delà de l'émancipation du juge en matière de pratiques anticoncurrentielles, la motivation est de rechercher une législation harmonisée notamment sur la question d'un régime commun de responsabilité¹⁰²⁷. Ainsi, en 2001, la Cour de justice n'hésitait pas à affirmer qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre, dans la limite des principes d'équivalence et d'effectivité, de fixer les modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde du droit à réparation que les justiciables tiennent de l'effet direct du droit européen¹⁰²⁸. Il s'agit de ne pas mésestimer l'influence du droit européen sur le droit interne¹⁰²⁹. L'intérêt recherché ici réside dans l'adaptation du droit commun à la spécificité du contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

2. La protection des intérêts du marché au détriment des acteurs économiques

452. Si l'intérêt du droit européen pour la réparation des particuliers en droit des pratiques anticoncurrentielles apparaît comme légitime dans l'engagement de la protection de concurrence, c'est certainement sur ce point que le droit européen devient nouvellement intrusif. Cette étude a déjà démontré que le droit européen de la concurrence avait des effets sur l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il nous a semblé que le droit de la concurrence était susceptible de justifier l'intrusion du droit européen. Si dans un premier temps, ce raisonnement a tout son intérêt, l'examen de l'article 10 de la proposition de directive nous amène à une nouvelle interrogation : la protection des intérêts du marché que représente le droit européen de la concurrence peut-elle conduire à une modification du droit commun en matière de responsabilité ? La loi Hamon modifiant l'article 2224 du Code civil¹⁰³⁰ apporte formellement une réponse. Il convient de rappeler que c'est l'ancien article 1304 du Code civil qui définissait la règle de la prescription quinquennale : « *dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts* ». Or, est venu s'ajouter l'article 2224 du Code civil, issu de la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription, et affirmant

¹⁰²⁷ P. JOURDAIN, *Les sources communautaires du droit de la responsabilité civile*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, spéc. p. 29 et s.

¹⁰²⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99, CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. C-95 à 298/04.

¹⁰²⁹ J. RIFFAULT-SILK, *Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond, RLC*, janv.-mars 2006, n°6, p. 85.

¹⁰³⁰ Art. 2224 C. civ.

que le point de départ de la prescription se situe au jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Vidée de sa substance, la réforme du droit des obligations dites Macron du 1^{er} octobre 2016 a d'ailleurs supprimé la règle de prescription quinquennale de l'article devenu 1144 du Code civil qui faisait doublon avec l'article 2224 du Code civil. On perçoit très rapidement les difficultés pratiques et techniques lorsque les actes de l'ADLC n'avaient pas d'effet sur le délai de prescription¹⁰³¹. Dès lors, la loi Hamon en accord avec la directive de l'Union européenne a contraint le principe, l'instruction d'un dossier par l'ADLC a un effet interruptif et non suspensif de prescription¹⁰³².

B. La consolidation de l'édifice prétorien

453. La protection de la concurrence est relativement entrée dans l'état d'esprit des juristes dans la mesure où - en dépit des débats inhérents à l'existence des différents droits de la concurrence - c'est l'altération du marché par les opérateurs économiques, notamment les entreprises qui justifient une véritable culture de la concurrence pour ces derniers (1), d'ailleurs par ce biais la jurisprudence européenne forge une véritable politique de concurrence (2).

¹⁰³¹ TGI de Paris, 17 décembre 2013 : « [La saisine de l'ADLC] ne peut constituer une citation en justice au sens de l'article 2244 du Code civil et elle n'est pas interruptive de la prescription de l'action en responsabilité délictuelle ».

¹⁰³² Art. 462-7 C. com : « L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence.

Toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci.

Tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile et de l'action indemnitaire engagée devant une juridiction administrative sur le fondement de l'article L. 481-1. L'interruption résultant d'un tel acte produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de l'autorité de concurrence compétente ou de la juridiction de recours ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire.

Le délai mentionné au troisième alinéa est suspendu jusqu'à la notification à l'Autorité de la concurrence d'une décision juridictionnelle irrévocable lorsque :

1° L'ordonnance délivrée en application de l'article L. 450-4 fait l'objet d'un appel ou lorsque le déroulement des opérations mentionnées au même article fait l'objet d'un recours, à compter du dépôt de cet appel ou de ce recours ;

2° La décision de l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8, à compter du dépôt de ce recours ;

3° La décision prise par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée fait l'objet d'un recours. Le délai mentionné au troisième alinéa du présent article est alors suspendu à compter du dépôt de ce recours ».

1. Une culture de la concurrence

454. Les auteurs¹⁰³³ constatent que l'exercice de la libre concurrence est le seul moyen d'arriver au bonheur individuel. La culture de la concurrence ne fait pas exception, et le divorce entre justice et utilité apparaît d'autant plus facile que le droit de la concurrence a opté pour la seconde. Aussi comme le fait remarquer l'avocat général COSMAS, l'essor de l'effet utile s'adresse aux États membres qui visent « à protéger la libre concurrence »¹⁰³⁴. L'essor de l'effet utile et de l'existence d'une norme conduit à ce que « toute réglementation nationale entravant directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »¹⁰³⁵ même si dans ce cadre « la priorité accordée à l'instauration d'un régime de libre concurrence peut, dans certains cas, être conciliée, dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun, avec la prise en considération des incidences sociales de cette opération, lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte aux objectifs sociaux visés à l'article 2 du traité »¹⁰³⁶. La Commission peut ainsi « être conduite à vérifier si l'opération de concentration est susceptible d'avoir des répercussions, même indirectes, sur la situation des salariés dans les entreprises concernées, de nature à affecter le niveau ou les conditions d'emploi dans la Communauté ou une partie substantielle de celle-ci »¹⁰³⁷. Ce constat, somme toute pragmatique, et finalement l'ouverture à l'effet utile au nom du postulat de neutralité et de l'orientation de la politique de concurrence. Il est donc acquis en droit positif qu'il doit exister un lien direct entre le comportement d'une entreprise et une mesure étatique. Au-delà de la condition de sanction du droit c'est sa valeur pédagogique qui prime.

455. **Le monopole de la Commission en droit de la concurrence.** Les sollicitations sont pourtant élevées de la part du droit national où la tentation est grande d'appliquer le droit

¹⁰³³ M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 5-15.

¹⁰³⁴ Concl. Cosmas, 13 mai. 1997, sur l'affaire *France c/ Ladbroke Racing*, aff. C-359/95, 379/95 P, Rec. p. I-6288. Pour une analyse de l'effet utile dans la jurisprudence de la Cour : M. WAELBROECK, *Les rapports entre les règles de libre circulation des marchandises et les règles de libre concurrence applicables aux entreprises de la CEE*, in *Liber Amicorum P. PESCATORE*, Baden-Baden, 1987, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 781-803.

¹⁰³⁵ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. C-8/74, Rec. 1974, p. 837, pt. 28 ; CJCE, 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. C-82/77, Rec. p. 25 ; CJCE, 29 novembre 1983, *Roussel*, aff. C-181/82, Rec. p. 3849 ; CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. C- 238/82, Rec. p. 523

¹⁰³⁶ S. GENEVAZ, M. OIKNINE, *Droit procédural européen des concentrations : Textes et commentaires*, Bruylant, 16 décembre 2019, 454 pages, pg. 28.

¹⁰³⁷ TPI, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, Rec. 1995, p. II-1213, note M-A. HERMITTE chron, JDI, 1996, p. 514-516 ; note D. SIMON, chron, JDI, 1996, p. 474-476.

commun, estimant que l'application du droit de la concurrence doit être de manière subsidiaire. C'est ainsi que le professeur KOVAR souligne que la Commission est investie de pouvoirs « *lui conférant une prééminence justifiée par la nécessité de préserver la cohérence de la politique de concurrence de la Communauté* »¹⁰³⁸ ou encore que ce pouvoir intervienne lorsque « *L'emprise du règlement sur les règles de procédure nationale se poursuit* »¹⁰³⁹. S'il s'agit incontestablement d'un principe fort imposé aux États membres, l'application prétorienne des tribunaux apporte des appréciations plus nuancées.

2. Une véritable politique de concurrence

456. La culture de la concurrence et la politique de régulation plaide en la faveur d'une véritable politique de concurrence. Comme le font remarquer certains auteurs « *les études et comparaisons internationales disponibles suggèrent qu'un renforcement du degré de concurrence permettrait d'améliorer significativement la performance économique. [...] d'autres considérations de politique économique font souvent obstacle à l'émergence d'une véritable concurrence. Des pressions concurrentielles relativement faibles prévalent dans plusieurs secteurs [...] L'action des pouvoirs publics doit pondérer davantage le bien-être global des consommateurs face à l'opposition des groupes d'intérêt spéciaux de taille relativement restreinte, mais très actifs* »¹⁰⁴⁰. Comme souvent en droit de la concurrence, la notion économique est sollicitée voir consacré lorsque le professeur JOLIET souligne dans son analyse que « *toute considération de droit comparé mise à part, l'arrêt Cadillon illustre le danger de se contenter dans le cadre du droit européen de la concurrence, de méthodes de raisonnement empruntées au droit privé traditionnel au lieu de s'attacher à une analyse économique des situations en cause* »¹⁰⁴¹. Ces arguments infléchissent la position de l'emprise du droit lorsque le président SUTHERLAND s'appuie sur la jurisprudence issue de la Cour de justice pour renforcer les pouvoirs de la Commission¹⁰⁴². La question d'un éventuel abus de l'ordre juridique européen se pose lorsqu'elle impose à travers la jurisprudence un

¹⁰³⁸ R. KOVAR, *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE*, Dalloz Cahier droit des affaires, 13 février 2003, n° 7, p. 483.

¹⁰³⁹ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 482.

¹⁰⁴⁰ J. HØJ et M. WISE, *Concurrence sur les marchés de produits et performance économique en France, Document de travail du département des affaires économiques*, OCDE, 2006, n° 473.

¹⁰⁴¹ R. JOLIET, note sous l'arrêt Cadillon du 6 mai 1971, aff. 1/71, RTDE, n°3-4, 1971, p. 809-818. Dans une même perspective comparée, V. aussi, G. Van HECKE, *Le droit anti-trust : aspects comparatifs et internationaux*, RCADI, 1962, II, p. 344.

¹⁰⁴² L. Mc GOWAN, M. CINI, *Discretion and politicization in EU competition policy*, Governance, vol.12, n°2, 1999, p. 175-200.

moyen de parvenir à un consensus, il s'avère que les arguments avancés ne sont pas dénués de sens. La Commission s'est montrée inflexible avec la jurisprudence *Continental can* pour amorcer l'initiative sur l'adoption du règlement du 21 février 1989 relatif au contrôle des concentrations¹⁰⁴³. Il n'est donc pas illogique que la Commission motive ses décisions en faisant peu de cas des sensibilités juridiques.

457. Il s'évince des développements précédents que le droit de la concurrence a eu une influence sur la manière d'organiser le système juridique. Son implication apparaît intrusive et permet d'éliminer un certain nombre de résistances parmi les juridictions des États membres. Ainsi, les traités puis la politique de concurrence sont de nature à renforcer l'emprise du droit de la concurrence sur les différentes juridictions.

Paragraphe 2. Les instruments d'intégration des règles de concurrence

458. La volonté d'une orientation commune du droit de la concurrence auprès des États membres ne sera toutefois efficace que dans l'hypothèse où les instruments à leur disposition ont un impact significatif sur les interprètes. Parmi, les instruments les plus pertinents, on peut compter sur la technique de l'intervention d'office (A) ou encore sur la procédure de l'*amicus curiae* (B).

A. La technique de l'intervention d'office

459. La possibilité pour les autorités de concurrence d'intervenir devant le juge national place le juge national dans une situation de dépendance. L'application des articles 101 et 102 du TFUE est limitée par les prérogatives de la Commission. Il existe une ambivalence entre la décentralisation des pouvoirs et la compétence de la Commission. Même si le règlement n°1/2003 donne compétence aux instances nationales, les articles 3 et 16 du règlement limitent leurs prérogatives. L'article 3 rappelle que les juridictions nationales sont soumises au principe de primauté, autant pour les autorités de concurrence que pour les juridictions nationales. En effet, la jurisprudence *Walt Wilhelm* rappelle ce principe : l'application parallèle des droits nationaux ne peut d'aucune façon porter « *préjudice à l'application uniforme des règles communautaires en matière d'entente et du plein effet des actes pris en vertu de ces règles* ».

¹⁰⁴³ H. HÖLZER, *Merger Control*, in *European Competition Policy*, P. MONTAGNON (éd), London, Chatham House/RIIA, 1990.

L'affaire met en cause sept entreprises sanctionnées par les autorités de concurrence allemandes¹⁰⁴⁴. De façon parallèle, la Commission s'était saisie des mêmes infractions. La Cour a estimé que la Commission tient compte de la décision d'une autorité nationale qu'à la condition que les règles du traité soient appliquées de manière uniforme. En confortant la primauté des règles européennes, cette jurisprudence vise à taire toutes divergences dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Donc, lorsqu'une autorité applique une décision, l'interprétation du droit européen prime lorsque l'activité touche le commerce entre États membres. Cela implique que les décisions soient conformes au traité et interdit toute interprétation contraire par le droit national.

460. **Primauté de la Commission.** L'article 16 du TFUE renforce cette disposition, puisque les juges nationaux sont tenus de respecter la pratique décisionnelle de la Commission. Une affaire du même type déjà saisie par la Commission doit servir de référence et doit donc « *s'efforcer d'éviter toute décision contradictoire avec les décisions adoptées par la Commission* »¹⁰⁴⁵. Cela conduit à deux conséquences : d'abord les juges nationaux sont tenus de prendre une décision qui ne va pas à l'encontre des décisions de la Commission. Ensuite, si la Commission se saisit de l'affaire, les juridictions nationales sont tenues de suspendre l'instance pour laisser statuer la Commission¹⁰⁴⁶.

461. Un regard d'ensemble des mécanismes du règlement n°1/2003 montre que la Commission a un très large rôle d'intervention¹⁰⁴⁷. D'autant que le règlement renforce la légitimité de la Commission dans son rôle de coordination¹⁰⁴⁸. L'autorité de concurrence quoiqu'on puisse en penser à un rôle à jouer en tant que « *juridiction* ». La question est de savoir à quel titre elle intervient au niveau national ou comment son interventionnisme demeure. Cet aspect pose un problème : comment concilier la primauté de la Commission en matière de politique de concurrence et l'action de l'Autorité de la concurrence plus spécifique ?

¹⁰⁴⁴ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhem c/ Budenskartellamt*, aff.14/68, *Rec.* 1969, p. 1, note F.-C. JEANTET, *JDI*, 1970, p. 447-455.

¹⁰⁴⁵ Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité, *op.cit.*, pt 12.

¹⁰⁴⁶ CJCE, 14 décembre 2000, C-344/98, *Masterfoods LTD*, pt 60.

¹⁰⁴⁷ CJCE, 11 juin 2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV*.

¹⁰⁴⁸ L. IDOT, *La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales en droit de la concurrence*, *Revue des affaires européennes*, 2009-2010/1, p. 59.

B. La procédure d'*amicus curiae*

462. « **Ami** » de la cour. Le terme d'*amicus curiae* est apparu lorsque la Commission devait intervenir dans les États membres au nom du principe d'application cohérente du droit des pratiques anticoncurrentielles. Or, la Commission devait respecter l'autonomie procédurale des juridictions des États membres. Il n'en reste que sous le déguisement de « l'ami », le problème de l'intervention de la Commission reste entier. Le règlement n°1/2003 organise son rôle d'*amicus curiae* : d'une part, en répondant aux demandes d'information des instances nationales et d'autre part, en intervenant dans les procédures nationales¹⁰⁴⁹. Ces informations s'appuient sur le passif procédural de la Commission. Les juges nationaux peuvent demander à ce que leur soient « *communiqu(ées) des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence* »¹⁰⁵⁰. Ces informations sont nécessaires afin d'éviter de prendre une décision qui va à l'encontre des décisions de la Commission ou pour décider de surseoir à statuer. En outre, le juge national peut demander un avis à la Commission « *sur des questions économiques, factuelles et juridiques* »¹⁰⁵¹. Il s'agit d'apporter un simple éclairage sur l'affaire en cours.

463. **Attribution.** Son véritable rôle d'*amicus curiae* s'exprime avec le dépôt d'observation devant le juge national : « *lorsque l'application cohérente de l'article 81 et 82 du traité (articles 101 et 102 du TFUE) l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres* »¹⁰⁵². Ces interventions résultent de la volonté du juge et n'ont pas de caractère contraignant. Néanmoins, cumulé avec les articles 3 et 16 du traité, il apparaît difficile d'aller à l'encontre des « *conseils* » de la Commission¹⁰⁵³. Les différents mécanismes évoqués confirment la subsistance de la compétence de la Commission pour appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles. La délégation de pouvoir aux instances nationales a eu pour effet de leur octroyer des compétences supplémentaires afin de contrôler la « bonne » interprétation du droit de la concurrence européen. Elle a donc étendu

¹⁰⁴⁹ E. CLAUDEL, *La procédure d'amicus curiae : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française, Concurrences*, n°4-2012, n°6 ; J. VIALENS, *Les garanties d'une application uniforme et cohérente du droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles par les juridictions de droit commun*, in par M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLUDEL, V. MICHEL-ANSELLEM et J. VIALENS (dir.), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, collection Droit des affaires*, Paris, LGDJ 2008, p. 717 et s.

¹⁰⁵⁰ Article 15.1 du règlement 1/2003.

¹⁰⁵¹ Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales, etc., préc., pt 27.

¹⁰⁵² Article 15.3 du règlement 1/2003.

¹⁰⁵³ CJCE, 11 juin 2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV*, pt 30.

son contrôle aux instances nationales à travers des communications ou des informations. Le barrage de l'autonomie procédurale a donc cédé devant l'implication de la Commission dans la procédure nationale. La compétence de l'Autorité de la concurrence conforte ces dispositions. La formulation suggérée était plutôt celle « d'intervention d'office » dans « l'intérêt public ». En effet, le terme d'*amicus curiae* ne figurait pas dans la version initiale du texte présenté par la Commission.

464. On retiendra ici que les instruments d'intervention sur les juridictions des États membres sont particulièrement efficaces, mais il peut paraître regrettable que ce système ait eu tendance à réduire l'autonomie de décision des juridictions nationales. Une plus grande intégration de la culture de concurrence voulue par les législateurs de l'Union constituerait un pas non négligeable vers une plus grande intégration du droit de la concurrence.

465. L'essentiel de la politique de concurrence repose sur la réception de l'idéologie du droit de la concurrence tel qu'il est conçu par les législateurs de l'Union. Sa mise en œuvre suppose de consolider et d'affirmer les compétences de la Commission. Toutefois, cela n'est possible qu'avec le concours de la Cour et du tribunal de l'Union européenne. Dès lors, face à de nouvelles contraintes, la Commission a lancé une réforme de la politique de concurrence. Au final, la protection du marché repose sur des mécanismes uniformes et simplistes. Cependant, elle s'appuie sur des instruments des plus contraignants pour tenter d'harmoniser l'application du droit européen de la concurrence à l'ensemble des États membres.

Conclusion du Chapitre 1

466. Dans cette analyse des compétences des interprètes en droit de la concurrence, il en ressort que la centralisation des compétences de la Commission s'explique par les conditions d'existence de l'Union. La diversité juridique des États membres est contournée par un alourdissement du contrôle de la Commission. Le réseau des autorités de concurrence n'est donc rien d'autre qu'un relais de proximité de la politique de concurrence.

467. Par ailleurs, on a pu identifier un aspect de ce contrôle à savoir les mécanismes de l'intervention d'office et la procédure d'*amicus curiae*. La portée normative des décisions européennes s'en trouve conforté en cherchant à appréhender et à déjouer les tentatives de

divergence d'interprétation en matière de pratiques anticoncurrentielles. L'hypothèse d'un conflit potentiel de juridiction entre ordres juridiques, privé et public, a pu être effleurée à cette occasion.

468. Au plus, la clémence dont fait preuve l'Union sur les compétences résiduelles des États membres est une option offerte pour les juridictions de renforcer leur influence et voir de tenir en échec les résolutions de la Commission sur sa volonté d'harmonisation. Il est à tout le moins paradoxal qu'elle prenne en considération l'adhésion des juges nationaux tout en minimisant ses aspects voir en les occultant aux fins de protection du marché. Enfin, l'instabilité des préceptes idéologiques n'arrange en rien la volonté de vulgarisation du droit de la concurrence à l'ensemble des États membres.

Chapitre 2. La compétence étendue aux juges nationaux en droit de la concurrence

469. L'Union européenne est sensible à l'impératif de l'équilibre juridictionnel de l'ordre concurrentiel de l'Union, au point de s'assurer du respect des règles concurrentielles par les États membres en assurant une fonction de contrôle de leurs bonnes applications. De même qu'elle s'intéresse à la protection des droits des particuliers, la protection de l'application du droit de la concurrence est attachée à la fonction régulatrice, car elle contribue à la sécurité juridique.

470. Le respect de l'orientation idéologique du droit de la concurrence est sans doute le domaine le plus significatif du processus de juridictionnalisation dans l'Union. Cette orientation ne va pas de soi lorsque le juge national est compétent pour appliquer le droit européen de la concurrence. La diversité juridictionnelle des États membres est néanmoins un risque et, sous l'effet de l'obligation de coopération et le besoin d'autonomie des juridictions nationales, un mouvement s'est enclenché conduisant à une dépendance de juge judiciaire (**Section 1**).

471. Mouvement qui ne s'est pas construit de la même manière pour le juge administratif avec un processus d'émancipation (**Section 2**). En effet, le juge administratif à l'inverse à imposer ses impératifs d'ordre public affirmant à la fois la conception de sa fonction et la vision du droit de la concurrence pour les personnes publiques.

Section 1. La dépendance du juge judiciaire

472. Voir la création d'un espace de liberté pour les juges judiciaires en droit de la concurrence exige de saisir sa contribution dans le processus de juridictionnalisation de l'ordre concurrentiel. Ici, l'acquisition de cette liberté par les juges n'est pas évidente, cependant on peut voir les fondements avec le règlement n°1/2003 pour assurer une application efficace des articles 81 et 82 du Traité CE¹⁰⁵⁴ devenu les articles 101 et 102 du TFUE avec le Traité de Lisbonne. Les juridictions des États membres sont soumises à cette évolution, dont le professeur

¹⁰⁵⁴ Considérant n°1 du Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n°L 1, du 4 janvier 2003, p. 1-25.

Claus-Dieter EHLERMAN a pu préciser que cette modernisation constitue une révolution légale et culturelle¹⁰⁵⁵.

473. Tandis que l'interprétation des juges nationaux apparaît comme l'expression de leur autonomie (§1). En réalité, leurs actions se trouvent fortement limitées par les prérogatives européennes (§2), ici, plus qu'ailleurs, la conformité au droit européen de la concurrence est source d'obligation pour les juges.

Paragraphe 1 L'autonomie de l'interprétation des juges nationaux

474. Au-delà des conditions classiques de légitimation du juge qui, selon le professeur François TERRÉ, repose sur « *un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée – et plus ou moins organisée -, régissent les rapports entre les hommes* »¹⁰⁵⁶ et la justice « *l'ensemble des institutions permettant de rendre la justice, c'est-à-dire de juger les procès* »¹⁰⁵⁷. Paradoxalement, ce mouvement en droit de la concurrence s'opère en même temps que les juridictions nationales acquièrent une importance dans l'application du droit européen en matière de pratiques anticoncurrentielles. C'est donc vers le terrain de la mise en œuvre du jugement que se situe la novation. Ainsi, ceci comme d'autres le suggèrent serait une modalité d'ouverture des juridictions traditionnelles vers une application du droit des pratiques anticoncurrentielles et de son droit commun de la concurrence par substitution au monopole de la Commission européenne du moins pour le droit européen des pratiques anticoncurrentielles. La doctrine a ouvert une brèche quant à l'interprétation des juridictions nationales, notamment judiciaires (A), alors même que le juge administratif a tracé son propre chemin en matière d'interprétation du droit de la concurrence (B).

A. L'interprétation du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires

475. *Interpretatio cessat in claris* nous fixe-t-on comme limite à l'interprétation. En dépit de la formule un peu solennelle, on ne peut voir qu'une manière habile de nuancer un droit qui

¹⁰⁵⁵ C.-D. EHLERMAN, *La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle*, RDUE, 1/2000, p. 13-74 ; C.-D. EHLERMAN, *The modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CML Rev., 2003, p. 546-547.

¹⁰⁵⁶ F. TERRÉ, *Introduction Générale au Droit*, Précis DALLOZ, 13^{ème} éd., 2021., p. 3.

¹⁰⁵⁷ GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., DEBARD T., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Coll. Précis, 16^e éd., 2021, p. 1.

énonce des normes collectives et une justice qui doit apporter dans la pratique des réponses individuelles. La jurisprudence s'est rapidement heurtée à ce fait dans son analyse en droit de la concurrence, où « *la recherche du juste est très souvent assignée au droit et légitime sa sanction* »¹⁰⁵⁸. Bien que les termes diffèrent, l'exigence rejoint largement l'idée que le pouvoir du juge s'appuie sur un mécanisme de délégation et de légitimation de la pratique du juge. Au-delà de l'âpreté du mouvement, la pratique en droit de la concurrence ressort d'« *un besoin d'organisation, et même de beaucoup d'organisation, pour fonctionner de manière satisfaisante* »¹⁰⁵⁹. Il convient en effet de voir que la pratique ne doit pas servir d'échappatoire à la loi. Comme le note de façon fort justement le professeur Erhard FRIEDBERG, « *loin que le juge soit toujours un simple exécutant qui déduirait de la loi les conclusions directement applicables au cas particulier, il dispose d'une part d'autonomie qui constitue sans doute la meilleure mesure de sa position dans la structure de la distribution du capital spécifique d'autorité juridique ; ses jugements qui s'inspirent d'une logique et de valeurs très proches de celles des textes soumis à son interprétation, ont une véritable fonction d'invention* »¹⁰⁶⁰. Si ceci souligne le caractère du juge lequel est loin de vider de sa substance le texte originel, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles, ce n'est que l'illustration des « *figures actuelles du pouvoir [qui] impliquent l'affirmation de la compétence* »¹⁰⁶¹.

476. La jurisprudence montre de façon relativement paradoxale que l'application du droit classique n'est pas sans conséquence sur l'application du droit de la concurrence. En première analyse, il est vrai que la compétence d'un juge national ne se résume pas qu'au seul droit de l'Union¹⁰⁶² puisqu'il a la charge de l'interprétation du droit civil, du droit commercial et du droit pénal dont il ait plus coutumier. En deuxième analyse, le raisonnement est qu'un juge examine les prétentions des parties selon une grille de lecture plus familière¹⁰⁶³ en puisant la justification de ces décisions à travers la liberté contractuelle ou la responsabilité civile¹⁰⁶⁴. Ce

¹⁰⁵⁸ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Presses Universitaires de France, 1995, p. 135.

¹⁰⁵⁹ E. FRIEDBERG, *Le pouvoir et la règle, Dynamiques de l'action organisée*, Paris, Seuil, 1993, p. 20.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ G. BALANDIER, *Le pouvoir sur scène*, Fayard, 2006, p. 109.

¹⁰⁶² M. CHAGNY, *Droit communautaire et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004 ; F. DREIFUSS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, RTD Civ, 1990, p. 369 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D, 1995, chron, p. 51 ; E. CLAUDEL, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?* RTD Com, 1999, p. 291.

¹⁰⁶³ C. NOURISSAT, *Spécialisation des juridictions, regards croisés sur la réforme*, RLC, 2007, n°10.

¹⁰⁶⁴ L. VOGEL, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, RCC, 2000, n°115 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droits des contrats*, D, 1995, chron, *op.cit.*

sera plus particulièrement le cas lorsque le juge verra une cessation de l'obligation contractuelle en matière d'entente et appliquera le droit de la responsabilité à l'article 1240 du Code civil¹⁰⁶⁵.

477. Dès lors, plus qu'une véritable stratégie de contournement, c'est l'intensité de la volonté de maintenir une position idéologique différente qui apparaît le plus pertinente pour caractériser l'attitude des juges nationaux. La Cour d'appel de Paris en 2015¹⁰⁶⁶ « a réformé la décision de l'Autorité et dit qu'il n'était pas établi que les organismes en cause avaient enfreint les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce ». L'Autorité de la concurrence est intervenue en s'appuyant sur un principe « que le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut justifier sa décision en se fondant sur l'obscurité ou l'insuffisance de la loi ». Ceci illustre la difficulté pour les juges nationaux de sortir de leurs prérogatives d'interprétation, même si la Cour de cassation a sursis à statuer jusqu'à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne.

B. L'interprétation devant le juge pénal

478. Les sanctions en droit de la concurrence tiennent essentiellement autour des sanctions pécuniaires de l'Autorité de la concurrence, la réparation du préjudice et l'indemnisation du dommage par les juges et enfin les peines de prison en droit pénal. Ainsi, on retrouve la possible sanction pénale aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ou encore L. 420-6 du Code de commerce. Une atteinte en droit de la concurrence est donc passible d'une sanction pénale (1) même si son efficacité semble remise en question (2).

1. La sanction pénale d'une atteinte à la concurrence

479. **La sanction pénale en rupture.** La sanction pénale en droit de la concurrence est visée par l'article L. 420-6 du Code du commerce relève d'une particulière simplicité. En effet, il permet de punir « *d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait,*

¹⁰⁶⁵ On peut utilement se reporter sur cette question à la livraison de la Revue de la concurrence et de la consommation n°115, de mai-juin 2005 intitulée : Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence, p. 6-35. Pour des illustrations jurisprudentielles, v., Cass.com, 4 février 1970, *GNA*, n°68-13303, bull. n° 44, p. 44 ; Cass.com, 18 février 1970, *Sté Leduc c/ EDF*, n°68-11986, bull. n°66, p. 63 ; Cass.com, 24 novembre 1970, Cass.com, 27 avril 1971, *Total c/ Fortier*, n°69-12939, bull. IV n°85, p. 79 ; Cass.com, 20 mai 1980, Bull.civ, IV, n°212.

¹⁰⁶⁶ Cass. Com. 8 décembre 2015, n° de pourvoi 14-19.598.

pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 ». À la différence des autres articles appliqués en droit de la concurrence, le droit de la concurrence est donc pénalement sanctionnable sur deux fronts : d'un côté, les pratiques restrictives de concurrence comprenant les modalités de ventes discriminatoires, le refus de vente entre les commerçants ou les ventes liées et, de l'autre, les pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes et les abus de position dominante. Autrement dit, le droit pénal de la concurrence est bien délimité, mais suffisamment large pour intervenir sur le domaine concurrentiel.

480. Une telle intervention qui rappelle les conditions exigées par la Commission du droit de l'entreprise de la Chambre de commerce de Paris (CCIP) sur les critères du droit pénal en droit de la concurrence, « *la légitimité de la sanction pénale n'est, a priori, pas discutable [pour] les infractions caractérisées par une volonté frauduleuse et les atteintes à l'ordre public économique* »¹⁰⁶⁷. Quel est l'intérêt d'une sanction pénale alors que pour l'Autorité de la concurrence, l'instrument essentiel de la sanction en droit de la concurrence est la sanction pécuniaire ? En ce sens, il est pourtant difficile d'affirmer que les amendes infligées par celle-ci ne soient pas efficaces, mais sont-elles pour autant dissuasives ? En souscrivant à cette analyse, la question pénale pose irrémédiablement la question de la dépénalisation du droit de la concurrence ? Cette position toujours en balance s'appuie sur le fait que la sanction pénale est rarement mise en œuvre¹⁰⁶⁸. Il est regrettable que les commentateurs y voient un marasme de la matière alors que l'on peut y voir une certaine inadaptation. Les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 février 2008 et du 17 juin 2009 sont riches d'enseignement. Les magistrats développent une argumentation tentaculaire pour sanctionner dans l'ordre des arrêts la complicité et le recel de corruption et la participation frauduleuse à une entente prohibée. On remarque sans peine la difficulté, à la lecture des arrêts, de sanctionner sur le seul chef d'accusation du droit de la concurrence. On revient à l'idée qu'une intention frauduleuse est nécessaire, mais difficile à démontrer et ne se prête qu'avec parcimonie à la mise en œuvre d'une disposition¹⁰⁶⁹. Finalement, l'analyse ne se cantonne pas à l'article L. 420-

¹⁰⁶⁷ Rapport de D. NORGUET, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires*, Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008.

¹⁰⁶⁸ C. LEMAIRE, *Premier bilan de l'application du règlement n°1/2003, LPA*, 17 déc.2009, n°251, p. 38-48 ; C. LEMAIRE, D. BLANC, *Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence*, JCP E, n°45, 2006, p. 1879-1982.

¹⁰⁶⁹ C. L. de LEYSSAC, *L'inquiétant article L.420-6 du Code de commerce*, Concurrences n°1-2008.

6 du Code de commerce qui revient à transposer au droit de la concurrence l'analyse de l'ensemble des juridictions internes. La référence à la coopération avec les Autorités est à cet égard prometteuse.

481. **Une compétence exclusive indéniable.** En ce sens, les Autorités - Commission et ADLC - sont dotées de pouvoirs d'enquête qui vont au-delà de la sphère administrative. D'aucuns hésitent à dire que les moyens mis en œuvre correspondent à un véritable arsenal pénal. L'article L. 420-1 et 2 du Code de commerce réglementent le pouvoir de visite délégué à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en soutien de l'équipe des Autorités. Les services de la DGCCRF visée par l'article L. 450-4 du Code de commerce renvoient au contrôle par le juge des libertés et de la détention. En ce sens, ce dernier est amené à intervenir dans l'interprétation du texte. Un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux¹⁰⁷⁰ vient confirmer « *l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à effectuer des opérations de visite et saisie en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles et a prononcé sur la régularité desdites opérations* ». Cependant, la motivation de l'arrêt est assez classique. L'esprit qui s'en dégage n'en demeure pas moins la possibilité pour la chambre criminelle de la Cour de cassation de contrôler l'action de la DGCCRF. C'est au terme d'une analyse fortement détaillée que la Cour de cassation n'admet pas le pourvoi, bien que le point de raisonnement ne soit pas du fait de la décision de la cour d'appel, « *il résulte que, d'une part, les agents de l'administration ont procédé à une saisie sélective de certains fichiers à partir de mots-clés dont ils n'avaient pas à rendre compte, d'autre part, les représentants de l'occupant des lieux ont reçu une copie des fichiers avant leur saisie et ont ainsi été mis en mesure d'en prendre connaissance, enfin, l'inventaire des pièces saisies permettait à la société Brico dépôt, qui en avait conservé une copie, d'en connaître précisément la teneur et d'invoquer, dans le cadre de son recours, le cas échéant, les éléments de nature à établir que certaines d'entre elles ne pouvaient être saisies, le premier président a justifié sa décision* ». Au surplus, ce dernier illustre la compétence du juge de droit pénal sur les prérogatives d'inspection de l'Autorité de la concurrence.

¹⁰⁷⁰ Cass. Crim., 14 octobre 2015, n° de pourvoi : 14-83303.

2. Une efficacité remise en question

482. **Conditions d'application.** Contrairement aux sanctions classiques du droit de la concurrence, la sanction pénale en droit de la concurrence est moins utilisée par les juges sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles. En la matière, un événement juridique conduit à deux principes d'actions à la fois *ex post* et *ex ante*. En effet, le but est de punir le contrevenant afin de ne pas reproduire le même comportement « l'efficacité *ex post* », mais aussi de dissuader d'adopter un comportement illicite « l'efficacité *ex ante* »¹⁰⁷¹. À l'extrême limite, cela implique deux principes : les sanctions pécuniaires et le programme de clémence. Fort logiquement, le droit pénal s'applique plutôt aux cartels.

483. La question pénale pose irrémédiablement la question de la dépénalisation du droit de la concurrence plus que sa suppression. En fait, il s'agirait plutôt de mieux pénaliser. C'est ainsi que les ententes injustifiables résistent au couple intention frauduleuse et atteinte à l'économie. Pour l'Autorité de la concurrence, la sanction pécuniaire est un instrument essentiel de sanction en droit de la concurrence. Il apparaît que les amendes infligées par ce dernier semblent efficaces, mais insuffisantes pour une véritable dissuasion. Pour ces autorités, les programmes de clémence sont apparus plus encourageantes. Cette solution, non moins classique, a une fonction des plus simples : l'entreprise qui dénonce un cartel, la première, est exemptée de toute sanction pécuniaire. Les entreprises arrivant après, mais apportant des informations ayant une « plus-value », voient également leur sanction réduite selon le rang de dénonciation. En vérité, l'entreprise dénonciatrice dispose alors d'une récompense de dénonciation rendant le pouvoir dissuasif de la sanction pécuniaire moins efficace.

484. **Refus d'une sanction pécuniaire plus lourde.** À l'inverse du droit commun, une sévérité plus forte serait contre-productive. Le paradoxe est qu'elle porterait atteinte à la concurrence en obligeant l'entreprise sanctionnée à sortir du marché¹⁰⁷². Une tendance qui se confirme par les décisions de l'Union européenne¹⁰⁷³ et de certains États membres¹⁰⁷⁴ limitant la portée des sanctions pécuniaires. Tombant sous le coup de la sanction pécuniaire

¹⁰⁷¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation : « Que sais-je ? »* n° 3871, Presses Universitaires de France, 5 janvier 2011, 128 pages.

¹⁰⁷² F. SHONEVELD, *Cartels sanctions and international competition Policy: cross borders cooperation and appropriate forums for cooperation*, *World Competition*, 26, 2003, p. 433.

¹⁰⁷³ Arrêt du TPICE T-375/06 du 24 mars 2011 dans l'affaire de l'entente des producteurs de raccords en cuivre.

¹⁰⁷⁴ Arrêts du *Competition Appeal Tribunal*, CAT [2011] CAT 3 et [2011] CAT 6 du 11 et 24 mars 2011.

administrative, le juge pénal ne peut intervenir qu'après coup avec une nouvelle sanction pécuniaire et une peine privative de liberté. En soi, pas de limites posées, à l'action secondaire « *la règle selon laquelle une personne ne peut être punie deux fois pour le même fait ne trouve pas à s'appliquer en cas de cumul des sanctions pénales et administratives* »¹⁰⁷⁵. Le constat est que la personne incriminée peut bénéficier d'un plan de remboursement de l'entreprise. En outre, la protection de la personnalité morale limite l'efficacité de la sanction pécuniaire de nature pénale. Il n'est pourtant pas interdit de s'interroger sur un effet *post-ante* efficace, la peine privative de liberté. Cette condamnation à une peine de prison est à l'évidence plus dissuasive que la sanction pécuniaire. On est alors plus près de la philosophie initiale du dispositif pénal en matière de concurrence.

485. Le droit de la concurrence a une vocation, notamment morale ; or, cela implique une véritable culture de la concurrence dans ce sens. Sur ce point, les sanctions pénales dont l'infraction est spécifique ne semblent pas trouver sa légitimité. C'est une infraction qui pose difficulté au monde des affaires et la lenteur de la procédure ainsi que la médiatisation immédiate sont des préoccupations pour les juges en droit pénal plus enclin à sanctionner les abus de biens sociaux ou les faux bilans. Si la sanction pénale n'est pas à l'évidence pas la préoccupation des autorités, celle-ci est néanmoins difficilement applicable par les juges du droit pénal.

486. La solution retenue sous l'empire du droit de la concurrence demeure novatrice. Cette novation est déjà engagée à travers la sensibilisation de l'opinion publique à la culture concurrentielle afin de légitimer la sanction pénale d'emprisonnement¹⁰⁷⁶. Il est donc incontournable que le droit de la concurrence s'étende au-delà des conditions de l'article L. 420-6 du Code de commerce en étendant le programme de clémence à la sanction de la peine de prison¹⁰⁷⁷. En effet, la difficulté est de fustiger le droit pénal en concurrence avec les sanctions des autorités administratives¹⁰⁷⁸, l'immunité pour l'un grevant la compétence de l'autre. Une telle solution implique une coordination des mesures concurrentielles non

¹⁰⁷⁵ Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, § 15.

¹⁰⁷⁶ M. DEBROUX, *Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat*, lepetitjuriste.fr, 11 avril 2011.

¹⁰⁷⁷ E. COMBE, *L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique*, Concurrences n°4-2006.

¹⁰⁷⁸ Rapport de D. NORGUET, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires*, Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008.

contestable avec les juridictions civiles et commerciales. En la matière, en réponse à la dépenalisation, le droit de la concurrence doit permettre au juge en droit pénal de mieux sanctionner, ce qui n'est qu'une autre forme d'extension de compétences.

487. La question de l'interprétation tout du moins tel qu'elle est entendue par les juridictions nationales semble opérante en matière d'analyse de marché. En revanche, si l'on considère le rôle du droit pénal, qui est une composante des compétences résiduelles des États membres, semble marquer le pas. C'est donc, à notre sens, avec le droit pénal qu'il faut rechercher un nouveau fondement des pratiques anticoncurrentielles.

Paragraphe 2. La limitation de l'autonomie procédurale

488. L'intervention du juge en droit de la concurrence se manifeste à deux niveaux. Pareillement à ce qui a été abordé dans la première partie de l'étude, la position de force acquise par le juge peut laisser craindre une dérive du conformisme de l'application du droit de la concurrence. C'est ainsi que le juge en endossant un rôle de rééquilibrage fait valoir son autonomie institutionnelle et procédurale pour prendre une décision (A). Sa mission reconnue par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne conformément au principe d'attribution des compétences au sein des États membres s'accompagne d'un ensemble de limites ayant vocation à régir et à encadrer l'exécution des normes nationales par les juges (B). Au final, le processus de décision n'est parfaitement achevé que dans la mesure où le juge acquiert sa véritable autonomie.

A. Le principe d'autonomie procédurale

489. L'autonomie institutionnelle et procédurale des juridictions nationales des États membres semble être la voie choisie par les législateurs de l'Union. Cette formule est en effet le garant d'une bonne application de la justice. À l'inverse, ces mêmes législateurs de l'Union ont limité le champ d'application aux seuls aspects organiques et procéduraux de l'exécution du droit européen de la concurrence. Afin de favoriser une bonne application des textes européens, elle s'est réservée un espace d'encadrement de la norme nationale d'exécution. Toutefois, comme le souligne la jurisprudence européenne, l'enjeu est majeur dès lors que les

mesures nationales doivent être prises « *dans l'intérêt de la communauté* »¹⁰⁷⁹. Afin de favoriser la bonne application des règles européennes de concurrence dans les États membres, la Cour de justice a suggéré d'adapter les normes nationales « avec la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire pour éviter un traitement inégal des opérateurs économiques »¹⁰⁸⁰. En somme, la situation est relativement simple : les États membres sont à l'origine de l'organisation de l'autonomie procédurale (1), mais il semble que ce soit la compétence européenne que la Cour préserve, et en l'occurrence, celle de la Commission. L'idée directrice en la matière repose en réalité sur la recherche d'une cohérence de l'Union (2).

1. L'organisation de l'autonomie procédurale

490. La Cour de justice énonce « *lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins d'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiées par les États à des organes internes déterminés, relèvent uniquement du système constitutionnel de chaque État membre* »¹⁰⁸¹. L'application du droit de la concurrence ne fait pas exception, et la liberté des États membres apparaît d'autant plus acquise que le choix de la structure leur appartient. Aussi, comme le prévoit le règlement n°1/2003 revenant sur « *la mise en œuvre adéquate* », il souligne l'autonomie des États membres lorsqu'il s'agit de « *désigner des autorités habilitées à assurer l'application des articles 81 et 82 du Traité* (devenus articles 101 et 102 du TFUE) »¹⁰⁸². Cette autonomie reconnue somme toute relative s'étend même à la reconnaissance des différentes juridictions. En effet, les États membres « *doivent être en mesure de désigner des autorités aussi bien administratives que judiciaires chargées d'assurer les différentes fonctions conférées aux autorités de concurrence au titre du présent règlement. Le présent règlement reconnaît qu'il existe entre les États membres de grandes différences quant aux systèmes de mise en œuvre*

¹⁰⁷⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Otto Scheer c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 30/70, préc. note 195.

¹⁰⁸⁰ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH e.a. c. R.F.A.*, aff. jtes, 205 à 215/82, Rec. p. 2633, pt 17.

¹⁰⁸¹ CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten* aff. jtes 51 à 54/71, Rec. 1971, p. 1107 ; V. CONSTANTINESCO, *Journal du droit international*, 1973, p. 523-527.

¹⁰⁸² Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n°L 1, du 4 janvier 2003, considérant 35.

des règles dans l'intérêt public ». Il est donc acquis que cette autonomie procédurale n'est pas remise en cause même en cas de pluralité des ordres juridiques.

491. La sollicitation des autorités des États membres suppose de prendre en compte leurs disparités. D'ailleurs, les législateurs de l'Union ont répondu par la nécessité de la collaboration¹⁰⁸³ en estimant que c'est dans le sens de la sauvegarde du droit : les États membres « *portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective à ces droits* »¹⁰⁸⁴. Il s'agit là incontestablement d'un principe contraignant posé par la jurisprudence de la Cour de justice. La solution prétorienne permet une appréciation plus nuancée. Selon un schéma commun au droit, les niveaux hiérarchiques permettent d'expliquer le contrôle indirect de la Commission sur les États membres, même si ce principe semble battu en brèche par la Cour lorsqu'elle énonce que « *la Commission n'a aucune compétence pour prendre des décisions quant à leur interprétation [quant au droit européen de la concurrence] mais seulement la possibilité d'exprimer son opinion qui ne lie pas les autorités nationales* »¹⁰⁸⁵. Ce constat fait preuve de pragmatisme lorsque l'on affirme l'autonomie d'une chose que l'on contrôle. La nuance est donc bienvenue pour évaluer le degré d'autonomie des autorités nationales. Pour répondre aux prétentions du justiciable au titre d'une prétendue décision de la part d'une autorité de concurrence, les États membres sont en mesure de prendre des mesures d'exécution sans pour autant attendre une instruction de la part de la Commission. En pareil cas, l'autonomie procédurale est respectée même si par nature le juge doit rechercher une protection équivalente à celle prévue par le droit européen de la concurrence.

2. La cohérence recherchée par l'Union

492. Faute d'une véritable autonomie de procédure, la Commission assied son emprise en motivant son obligation de contrôle à travers du réseau des autorités nationales de concurrence. La mise en œuvre de la politique de concurrence passe par un renforcement du pouvoir normatif de la Commission en élaborant des lignes directrices comme le fait remarquer monsieur Michael WISE lorsque « *les lignes directrices, [...] ont inauguré la présentation désormais classique consistant en une explication de la méthode analytique et un ensemble resserré de*

¹⁰⁸³ Considérant 24.

¹⁰⁸⁴ CJCE, 9 juillet 1985, *Piercarlo Bozzetti c. Invernizzi SpA et ministère du Trésor*, aff. 179/84, ECLI :EU :C :1985 :306, pt 17.

¹⁰⁸⁵ CJCE, 27 mars 1980, *Sucrimex SA et Westzucker GmbH contre Commission des Communautés européennes*, aff. 133/79, Rec. 1980 p. 1299, pt. 16.

normes et d'interdictions claires, avec des seuils ou des maximums de sécurité à ne pas dépasser, basés sur la taille ou la part de marché »¹⁰⁸⁶. Ces lignes directrices complètent le règlement et vise à infléchir la position des instances nationales par rapport aux dispositions de la Commission. Comme souvent, la Cour de justice a été sollicitée en relevant le caractère spécifique des communications par rapport aux dispositions de l'Union¹⁰⁸⁷. Elle estime que le caractère juridictionnel prime sur le caractère systématique des règles, la solution adoptée devant s'adapter à la volonté originelle des auteurs en évitant une position arbitraire du droit appliqué¹⁰⁸⁸. Cet argument suppose que les instances nationales sont libres de ne pas se référer à ces lignes directrices. Maintenant, les effets, qui en découlent, supposent également qu'elles prennent leurs responsabilités en cas de décision différente. Les actes informels de l'Union y suppléent en mettant en avant les principes d'équivalence et d'effectivité.

493. La question se pose en revanche quant à ses mesures. Elles ont tendance à plus s'imposer aux autorités nationales de concurrence qu'aux juridictions. Il s'avère que sur ce fondement, cela montre une carence en matière de contrôle pour les juridictions. Il peut être tentant d'avoir une plus grande systématisation de l'encadrement procédural des organismes que l'on contrôle. D'ailleurs, la jurisprudence démontre une certaine limite de ces instruments somme toute pertinents.

B. L'encadrement partiel de la compétence du juge national

494. Pour une application des plus classiques par les juridictions de droit commun, la Cour de justice considère que le juge doit disposer d'une pleine compétence en application du droit européen de la concurrence. On ne peut y voir ici que l'application du principe traditionnel de contrôle des juridictions internes comme juge de droit commun du droit européen¹⁰⁸⁹. Cependant, ce principe ne place pas nécessairement le juge dans une situation de dépendance. Le principe impose effectivement que « *le juge national charge d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition*

¹⁰⁸⁶ M. WISE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, in *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007/1 (Vol. 9), §19.

¹⁰⁸⁷ S. LECLERCQ, *Les communications de la Commission et le marché intérieur*, C.D.E, 1997, p. 161.

¹⁰⁸⁸ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/Conseil*, aff. 22/70, Rec. p. 263 ; CJCE, 4 octobre 1979, *France c/Royaume-Uni*, aff. 141/78, Rec. p. 2923.

¹⁰⁸⁹ A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit*, mélanges en l'honneur de J. BOULOUIS, Dalloz, 1991, p. 1-20.

contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »¹⁰⁹⁰. La Cour ayant également jugé « que serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires »¹⁰⁹¹. La protection des dispositions du droit européen impose effectivement que chacun ne puisse se libérer du lien hiérarchique. À cet égard se pose la question de la compétence du juge national. En l'absence d'intervention directe, le juge peut faire application du renvoi préjudiciel.

1. La procédure du renvoi préjudiciel

495. Le renvoi préjudiciel est devenu un mécanisme des plus classiques en droit de la concurrence, et son application par les juges nationaux ne pose pas de difficulté de principe. En effet, dans l'arrêt *Rheinmühlen* du 12 février 1974, la Cour de justice a pu estimer qu'une « règle de droit national, liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, ne saurait enlever à ces juridictions la saisir la Cour de justice de questions d'interprétation du droit communautaire concerné par de telles appréciations en droit »¹⁰⁹². En présence d'une interprétation en contrariété avec le droit européen dans la prise de décision finale, le juge recourt à cette procédure même si la question a déjà été tranchée auparavant. Bien évidemment, son application est réservée au seul juge. Dans l'arrêt *Syfait* du 31 mai 2005¹⁰⁹³, la Cour de justice rejette la demande de renvoi préjudiciel d'une autorité nationale de concurrence en se fondant sur l'article 234 du traité CE (devenu article 267 du TFUE). Donc non seulement une autorité de concurrence ne peut exercer un renvoi préjudiciel alors que la Cour d'appel de Paris dispose de cette possibilité, mais en plus elle permet de confirmer que la Cour de justice ne reconnaît pas la qualité de juridiction à une

¹⁰⁹⁰ CJCE 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, n° 106/77, considérant principal.

¹⁰⁹¹ *Ibid*, pts 22 et 23.

¹⁰⁹² CJCE, 12 février 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Demande de décision préjudicielle : Hessisches Finanzgericht - Allemagne. - Differenztheorie. - Affaire 146-73.

¹⁰⁹³ CJCE, 31 mai 2005, aff. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a. c/ GlaxoSmithKline plc*.

autorité nationale de concurrence. En réalité, il s'agit plus d'une confirmation que d'une réelle nouveauté.

496. **Application des règles de concurrence par les juridictions nationales.** En revanche, l'application des règles de concurrence par les juridictions nationales bouleverse les mécanismes mis en place. L'application des articles 101 et 102 du TFUE par les juridictions nationales ne les place pas sous l'autorité de la Commission comme les autorités nationales de concurrence. Ce principe ne peut être analysé autrement comme la reconnaissance d'un pouvoir distinct. Dès lors, il semble falloir conclure que la vocation des autorités nationales de concurrence est d'assurer la transition des décisions issues du droit européen avec les juridictions nationales. Or, les autorités nationales de concurrence ont fait sienne cette analyse au point qu'elle peut écarter une législation nationale notamment pour les accords de fixation des prix¹⁰⁹⁴ ou de partage des marchés¹⁰⁹⁵.

497. En toute logique, le contenu de la décision doit être la copie conforme d'une décision antérieure, les juges ne pouvant exprimer une interprétation contraire. La position de la Commission et de la Cour de justice est d'affirmer l'autonomie des juridictions nationales, bien qu'en réalité il soit réservé un sort particulier à la compétence de ces juridictions, afin d'éviter qu'elles puissent se dégager facilement du contrôle de la Commission par le biais de la Cour de justice. Comme le note le professeur Dominique BERLIN, la décentralisation n'est pas sans difficulté et la relation est complexe lorsque les juridictions agissent dans le cadre d'une compétence partagée¹⁰⁹⁶. On peut dès lors s'interroger légitimement sur le sort de l'autonomie procédurale des juridictions nationales dans les États membres alors qu'elles sont soumises aux principes d'efficacité et d'équivalence¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴ Décision 12-D-08 du 06 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.

¹⁰⁹⁵ Décision 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon.

¹⁰⁹⁶ V. D. BERLIN, *L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises*, RTDE 1991, p. 1, 211 et 379.

¹⁰⁹⁷ P. GIRERD, *Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ?* », R.T.D.E, janvier-mars 2002, p. 75 ; J. G. HUGLO, *Voies et moyens d'application du droit communautaire*, Jurisclasseur Europe, 2001, Fasc. 490.

2. Les principes d'efficacité et d'équivalence

498. En matière d'autonomie, les instances européennes adoptent des mesures qui imposent une définition absolutiste de l'autonomie procédurale et institutionnelle par la contrainte de la conciliation avec les principes européens¹⁰⁹⁸. Afin de mettre en œuvre cette résolution, la Cour de justice impose l'équivalence et l'effectivité¹⁰⁹⁹(a). Cependant, par l'application de ces principes, il faut reconnaître que l'indépendance des juridictions nationales se trouve malmenée (b).

a. Les juridictions nationales soumises au principe d'efficacité et d'équivalence

499. L'encadrement mis en place interdit, directement ou indirectement, de remettre en cause le règlement. En effet, la Cour de justice a très tôt considéré « *qu'on ne saurait admettre qu'un État membre applique de manière incomplète ou sélective les dispositions d'un règlement de la Communauté, de manière à faire échec à certains éléments à l'égard desquels il aurait manifesté son opposition ou qu'il estimerait contraires à certains intérêts nationaux* »¹¹⁰⁰. La détermination des compétences se fait alors essentiellement dans ce cadre.

500. Sous couvert de cette apparence formelle, pour échapper à une violation directe des directives, le principe d'équivalence encadre la transposition des directives. Et afin de ne pas tenir en échec la transposition des directives, l'autonomie procédurale n'impose que les modalités de transfert. Pour autant, l'article 288 du TFUE conduit à considérer que le règlement est obligatoire alors que la directive laisse une certaine largesse dans la mise en œuvre. Or, les actes relevant de cette transposition se font selon les règles nationales. Il n'en sera sans doute pas autrement à l'avenir. D'ailleurs, le Traité de Lisbonne n'est pas revenu sur les principes engagés par la jurisprudence *Rewe* et *Comet*, qui oblige les États de ne pas opposer une législation nationale plus stricte. Les problèmes relatifs à la sauvegarde des droits doivent être réglés de manière similaire en droit interne. De toute façon, le contrôle des juridictions nationales ne s'apparente pas à un autre ordre de juridiction. Les juges doivent statuer en tenant compte de la responsabilité qui incombe aux États membres pour la défense des intérêts

¹⁰⁹⁸ CJCE, 6 juin 1972, *Schluter α Maack c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. 94/71, Rec. p. 307.

¹⁰⁹⁹ CJCE, 9 février 1999, *Dilexport Srl c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, aff. C-343/96, Rec. p. 579, pt. 25.

¹¹⁰⁰ CJCE, 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, Rec., 2347.

européens. Le juge désigné pour cet office doit censurer les éventuelles atteintes aux droits européens en considérant qu'il y va de son propre intérêt.

501. **L'atteinte à l'autonomie des autorités nationales de concurrence.** L'une des originalités du mode de fonctionnement de l'Union tient à la coexistence de mécanismes de coopération constituée de la Commission et des différentes autorités nationales de concurrence. Coopération et intégration ne sont pas antinomiques, bien au contraire, il forme un réseau européen de la concurrence (REC). Si elle représente une méthode originale d'intervention de l'Union, la perspective horizontale de cette coopération a pour effet de remettre en cause l'autonomie des autorités nationales de concurrence¹¹⁰¹. Au regard de ce modèle, la coopération se caractérise par une définition des interventions plus précieuses. Maître du système dans chaque État membre, ils sont en charge d'éviter tout « *forum shopping* » interétatique¹¹⁰². Le considérant 28 et l'article 22 du règlement n°1/2003 invitent même les autorités compétentes à mener des inspections à des fins de prévention et de détection pour un autre État ou la Commission. Le législateur de l'Union fait obstacle le cas échéant à l'accomplissement de dérapage décisionnel, avec un contrôle dans le but de garantir la protection des intérêts européens. Les traités se réfèrent à de multiples reprises au respect des systèmes nationaux, mais il va de soi que la Commission dispose de larges moyens d'action comme le dessaisissement d'un dossier auprès d'une autorité nationale de concurrence¹¹⁰³. Le législateur exprime parfaitement ce choix en disséminant le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres dans la plupart des instruments applicables à la coopération. Il en résulte que le gel de l'application du droit européen à une incidence sur l'application du droit interne. L'autorité nationale de concurrence ne pourra plus prendre de mesure en vertu de son droit interne et témoigne de l'importance de la contrainte¹¹⁰⁴.

b. L'indépendance des juridictions nationales malmenée

502. **La priorité donnée au contentieux subjectif.** La judiciarisation c'est-à-dire la possibilité de saisir le juge souligne l'accroissement du contentieux subjectif. Or, l'Union

¹¹⁰¹ E. CLAUDEL, *A propos du règlement C.E. n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 C.E. : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ? Les petites affiches*, 20 mai 2003, n° 100, p. 7 8.

¹¹⁰² P. RINCAZAUX et E. DIENY, *Règlement CE n°1/2003 : quels changements ?* Revue Lamy droit des affaires, Juin 2003, n° 61, p. 17.

¹¹⁰³ Article 11§6 du règlement n°1/2003.

¹¹⁰⁴ Article 3 du règlement n°1/2003.

européenne n'échappe pas à ce phénomène contemporain au droit de la concurrence. Le choix apparaît comme une caractéristique du système où une entreprise peut saisir en sus de la Commission ou l'autorité nationale de concurrence une juridiction de droit commun. En effet, les auteurs des traités ont donc choisi de faire des juridictions nationales des juges internes de l'Union. En dehors du cas particulier de l'action des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles, les contentieux publics sont plus fréquemment avancés. L'intérêt du contentieux objectif est de convenir à l'action devant les autorités de concurrence. Tel que défini par les professeurs DUGUIT et MOTULSKY, il désigne le cas où « *une personne est habilitée à déclencher l'impératif de la règle de droit, non pas pour modifier directement sa propre position juridique, mais pour rétablir la légalité objective : si celui qui agit peut bénéficier de cette situation, ce n'est que 'par ricochet', comme une conséquence du rétablissement de la légalité*¹¹⁰⁵ ». Il est certain que le plaignant en tire un avantage indirect, mais son action n'a qu'un caractère altruiste de la protection du marché. La particularité du contentieux objectif est de léser le plaignant dans la mesure où il ne se dégage aucune action particulière à son avantage. D'ailleurs, cela a pour effet de cantonner le rôle du juge dans le recours pour excès de pouvoir où « *il n'y a pas à proprement parler de parties au procès mais un demandeur, le requérant, et le défenseur de l'acte objet du procès* »¹¹⁰⁶.

503. Les limites à l'indépendance de la justice. La nature inédite de l'ordre juridique européen, avec un droit commun soumis par les textes européens, explique cette montée en puissance du juge. Mais l'intégration juridique réclamait un système encadré. Si le législateur a organisé les modalités procédurales devant le juge de droit commun, c'est aux jurisprudences *EcoSwiss*¹¹⁰⁷ ou *Masterfoods*¹¹⁰⁸ qui ont permis l'apparition d'un nouveau schéma d'organisation judiciaire. En la matière, le droit de la concurrence a pour leitmotiv autonomie et indépendance. Or, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux énonce qu'un individu a droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial en respectant la présomption d'innocence et les droits de la défense¹¹⁰⁹. Or, en droit de la concurrence, il fera l'objet d'un encadrement par le droit européen. En somme, la Cour de justice cherche inlassablement à

¹¹⁰⁵ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis », 2010, p. 287.

¹¹⁰⁶ P. GONOD, *Introduction de l'instance, Recevabilité. Décision attaquée, auteur du recours*, Encycl, JCL Justice administrative, fac. 40, n°64.

¹¹⁰⁷ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV*, aff. C-126/97, Rec. 1999 p. 3055.

¹¹⁰⁸ CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods Ltd contre HB Ice Cream Ltd*, aff. C-344/98, Rec. 2000 p. I-11369.

¹¹⁰⁹ Article 47§3 de la Charte des droits fondamentaux.

trouver un équilibre entre l'application uniforme du droit de la concurrence et le respect de l'autonomie procédurale des États membres. Elle l'a démontré avec le règlement n°1/2003. En principe, lorsqu'une autorité nationale de concurrence a un doute sur la décision prise par le juge, rien n'empêche celle-ci de soumettre des observations écrites¹¹¹⁰. L'équilibre entre l'encadrement et l'autonomie des juges nationaux semble fragile. En effet, elle impose un raisonnement de la Cour de justice qui doit respecter la diversité juridictionnelle des États membres et la collaboration juridictionnelle. Or, l'article 19 du TUE caractérise le risque d'une intervention trop poussée lorsque la Cour est autorisée à se prévaloir d'une compétence exclusive lorsque l'intervention du juge national s'avère insuffisante pour garantir l'uniformité du droit de la concurrence.

504. L'autonomie procédurale apparaît comme le seul moyen pour les juridictions nationales de s'affirmer dans la procédure concurrentielle. Il est en effet un élément majeur relevé par les textes et la jurisprudence. Il semble pourtant que les législateurs de l'Union n'hésitent pas à investir le champ de la procédure des États membres sans tenir compte de l'autonomie préexistante. Il nous apparaît encore contestable de considérer que les juridictions nationales, notamment les juridictions judiciaires disposent d'une véritable autonomie.

505. Aussi, après avoir passé en revue les modalités procédurales nationales en matière de pratiques anticoncurrentielles, la plupart ont démontré leur côté purement superficiel ou encore inadapté à l'exemple du droit pénal. En effet, le pouvoir alloué aux juridictions nationales dans le prolongement de la compétence des instances européennes ne peut avoir de finalité positive que si elle est potentiellement attractive pour les opérateurs économiques.

506. Cette attractivité est générée par l'autonomie procédurale et de façon plus marginale par l'organisation juridique interne de l'État membre. Or, cette autonomie doit être protégée des incursions des juridictions européennes.

507. La limitation de l'autonomie au simple fait de désigner les juridictions compétentes pour l'application du droit de la concurrence doit s'étendre à la prise de décision dont l'autonomie s'avère encore insuffisante.

¹¹¹⁰ Article 15§3 du Règlement n°1/2003.

Section 2. L'émancipation du juge administratif

508. Les règles applicables aux contentieux administratifs du droit de la concurrence ont comme principal trait de faire intervenir différents acteurs institutionnels combinés entre le Conseil d'État (CE), le Conseil constitutionnel et le tribunal des conflits. La sanction du non-respect des règles de concurrence a ceci d'original qu'elle permet au juge administratif d'avoir une position particulière dans l'interprétation du droit de la concurrence en s'appuyant sur l'exorbitance de la puissance publique en droit de la concurrence (§1). L'existence d'un contentieux administratif parallèle interroge cependant sur l'action spécifique du Conseil d'État comme réconciliateur de l'exorbitance et des règles du marché (§2).

Paragraphe 1. Le juge administratif, l'exorbitance de la puissance publique en droit de la concurrence

509. Indéniablement, le juge administratif dispose d'un véritable monopole dans l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques¹¹¹¹, non pas en s'opposant aux droits européens, mais en s'appuyant sur l'intérêt général (B) au regard de l'interprétation du droit de la concurrence par les juridictions administratives (A).

A. L'interprétation du droit de la concurrence par les juridictions administratives

510. La rupture est consommée, le juge administratif a imposé sa légitimité et doit être considéré comme un acteur en droit de la concurrence. Cette analyse est en phase avec l'analyse économique et concurrentielle. L'opposition entre droit administratif et marché n'est que relative. La rupture entre le droit de la concurrence et le droit public n'est plus qu'une fiction. En vérité, les liens unissant le droit privé et la position des interprètes européens ont été moins difficiles, l'exorbitance du droit administratif ayant été pendant un temps un obstacle. C'est donc après une période plus ou moins longue que le juge administratif a pu être qualifié de juge du droit de la concurrence. De la même manière que les juges de droit privé ont dû s'affirmer, l'application du droit de la concurrence en droit administratif implique un assouplissement de sa position pour devenir un interprète incontournable du droit de la concurrence afin d'obtenir un monopole d'interprétation du droit de la concurrence en droit public. On distinguera parmi

¹¹¹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le Conseil de la concurrence et ses concurrents*, Gaz. Pal, 1997, p. 282-283.

les différentes contraintes, le dépassement de l'exorbitance et l'intégration des règles du marché. Des solutions retenues pour chacun de ses éléments qui démarre dès la jurisprudence *Ville de Pamiers* qui se pose la question « quant à l'application de l'ordonnance de 1986 aux délégations de service public »¹¹¹² dont la réponse de l'arrêt *Million et Marais* est plus qu'éloquente : « Or, la jurisprudence évoquée ci-dessus n'a pas eu pour effet de restreindre le champ d'application de l'ordonnance. Réaffirmant le principe selon lequel le contrôle des décisions des collectivités publiques qui sont l'expression de prérogatives de puissance publique relève du juge administratif, elle n'interdit pas au Conseil de la concurrence d'examiner le comportement des délégataires de service public ni au juge administratif d'appliquer, le cas échéant, l'ordonnance aux actes des personnes publiques (...) »¹¹¹³.

511. Nettement le principe de « liberté du commerce et de l'industrie » n'est pas inconnu du droit européen de la concurrence, mais tamisé par la politique de concurrence et auparavant pour une raison d'intégration au marché commun, et plus communément, aujourd'hui, pour la protection du marché. Si ce principe domine encore les présupposés du droit de la concurrence en France, il apparaît comme un outil d'interprétation pour les juges¹¹¹⁴. En effet, la Cour de justice européenne se réfère plus fréquemment aux principes de la libre concurrence, ce principe étant la justification principale de l'action de la Commission notamment à travers l'article 101 du TFUE où l'affectation du marché est appréciée sous couvert du risque de violation de la libre concurrence¹¹¹⁵. La distinction peut paraître sémantique lorsque le Conseil d'État ne fait qu'apporter une précision par l'entremise de l'intérêt général. Cependant, elle a son importance dès lors qu'elle permet de s'extraire quelque peu du droit européen de la concurrence notamment sur les exceptions légales. Le fait le plus marquant est que cette initiative du juge administratif ne remet pas en cause l'application des articles 101 et 102 du TFUE puisque les mêmes textes permettent une tolérance quant à l'application de ces règles¹¹¹⁶.

¹¹¹² Rapport, Assemblée nationale, n°1782, p. 13.

¹¹¹³ Rapport, Sénat, C. Bonnet, n°200 p. 31-32.

¹¹¹⁴ P. BRUNET, *Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes*, in Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica 2006, p. 207-221.

¹¹¹⁵ CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec, 2004 p. I-0012 ; CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, Rec. 2009, p. I-4529, concl. J. KOKOTT, présentées le 19 février 2009.

¹¹¹⁶ TPI, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, Rec.1995, p. II-1213, note M.-A. HERMITTE chron, JDI, 1996, p. 514-516 ; note D. SIMON, chron, JDI, 1996, p. 474-476.

512. L'arrêt *Million et Marais* a bouleversé la pratique du droit de la concurrence, notamment en droit administratif en conciliant « concurrence » et « intérêt général »¹¹¹⁷. Si le passage à l'économie de marché avait tamisé fortement l'attrait pour l'exorbitance de droit commun. Le droit de la concurrence sous couvert de l'action publique est une preuve de conciliation de l'interprétation par rapport au droit européen du droit de la concurrence. Le terme de « conciliation » peut cependant s'étendre à l'ensemble des institutions du droit de la concurrence telles que l'Autorité de la concurrence ou encore les juridictions judiciaires. Il apparaît que l'adaptation du droit de la concurrence passe par le recours aux juges comme interprète en droit interne.

513. Il en résulterait une divergence d'ordre prétorien entre les interprètes européens et nationaux. En droit français, sous-jacent en droit européen, la liberté du commerce et de l'industrie conduit à un caractère singulier de l'interprétation extensible au juge. Certes, la limite de cette adaptation suppose un rapport de divergence, finalement le droit public est un terrain d'observation valable de la divergence des interprètes nationaux. Là où cette divergence tient sa valeur, c'est dans la possibilité offerte au juge d'interpréter une décision antérieure. En effet, il ne s'agit de s'opposer frontalement au droit européen de la concurrence¹¹¹⁸. En effet, elle ne remet pas en cause la qualification de droit expert quand il s'agit du droit de la concurrence¹¹¹⁹. Les avis ou décisions sont les supports de leur interprétation.

B. La justification de l'intérêt général

514. Bien souvent, le juge administratif démontre une certaine originalité pour appliquer le droit de la concurrence auprès des personnes publiques. C'est ainsi que le Conseil d'État en s'appuyant sur l'exorbitance s'est éloigné des intérêts de la Cour de justice pour la notion d'intérêt général. La relation entretenue entre la concurrence et l'intérêt général a conduit le Conseil d'État à s'imposer dans l'interprétation de la concurrence pour les personnes publiques. On peut donc voir dans cette capacité qu'elle s'est octroyé une certaine émancipation en donnant l'impression de se conformer aux exigences du droit européen de la concurrence tout

¹¹¹⁷ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

¹¹¹⁸ CE. ass., 24 mars.2006, Sté KPMG, n°288460, note G. CLAMOUR, *Une autre facette de l'arrêt KPMG: l'effet utile du droit communautaire de la concurrence*, RLC, 2006, n°9, p. 60-61.

¹¹¹⁹ L. DUMOULIN, *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007 ; L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, et al, *Le recours aux experts (raisons et usages politiques)*, P.U.G, coll. « Symposium », 2005.

en s'affranchissant de son contrôle. Le Conseil d'État au lieu d'être une composante de l'application du droit européen de la concurrence est devenue un interprète exclusif du droit de la concurrence pour les personnes publiques au nom de l'intérêt général en prenant en compte la qualité d'acteur économique des personnes publiques (1). Grâce à cet *anthem*, le Conseil d'État a pu imposer un monopole d'interprétation du droit de la concurrence en droit public (2).

1. La qualité d'acteur économique des personnes publiques

515. **L'impossible opposabilité de l'exorbitance au droit de la concurrence.** La généralisation des règles concurrentielles contribue à la construction d'une jurisprudence en droit public de la concurrence¹¹²⁰. Il est toutefois permis d'en tirer une première constatation en la matière. En vérité, elle aboutit à une nouvelle vision de l'intérêt général¹¹²¹ telle que la protection et la nécessité d'un intérêt de marché¹¹²². L'action économique par essence juridique de droit privé même si elle est le fait d'une entité non marchande justifie l'intervention du Conseil d'État afin de concilier le marché et l'intérêt général. Comment en revanche concilier l'ouverture du droit administratif lorsque l'ensemble des règles concurrentielles résulte de l'expérience acquise en droit dans la sphère économique privée ? En somme, il appartient au juge administratif d'éclairer l'intérêt général à la lumière du droit de la concurrence appliquée aux personnes publiques. Or, il appartient à ceci d'assumer « *'police des marchés', que le libre jeu de l'offre et de la demande ne permet pas toujours d'assurer de façon naturelle et stable. La concurrence apparaît ainsi, en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'utilisation des ressources, être un élément de l'intérêt général. (...) L'ancrage aujourd'hui acquis du concept de service d'intérêt économique général dans les principes du traité est sans aucun doute de nature à dépassionner le débat et à éviter les crispations sur les positions idéologiques* »¹¹²³.

¹¹²⁰ Pour une appréciation sur cette construction prétorienne : M. BAZEX, *Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998, p. 781 ; M. BAZEX, *Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence : contenu et spécificité*, RCC, n°116, 2000, p. 11-13 ; J. CAILLOSSE, *Le droit administratif saisi par la concurrence ?* AJDA, 2000, p. 99 ; S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2005 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

¹¹²¹ Ce qui se traduit par une approche exclusivement « économique », Conseil d'État, rapport public 1999, L'intérêt général, Paris, La documentation française, 2000, p. 268.

¹¹²² C. LAVAL, *Jeremy Bentham, le pouvoir des fictions*, PUF, 1994 ; J-P CLERO, *La réflexion benthamienne sur les mathématiques*, Rev. Synthèse, n°4, 1998, p. 447-484 ; G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel, une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2001.

¹¹²³ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

516. Dans la même idée, le Conseil d'État est légitime dans le fait d'apporter du contenu au droit public de la concurrence¹¹²⁴. La décision en ce sens est édifiante d'une volonté de faire naître une double légitimité en conservant le monopole d'interprétation du droit de la concurrence envers les personnes de droit public¹¹²⁵ et en réaffirmant ce monopole par rapport à l'attribution de la connaissance du droit de la concurrence par l'Autorité de la concurrence. Elle est fondée à se prévaloir du rôle de juge non confondu avec une autorité administrative. L'exigence probatoire aboutie à rendre visible la difficile adéquation des régimes de protection de la concurrence. En toute hypothèse, l'action concurrentielle fait rejaillir un problème commun aux autres juridictions, la répartition contentieuse en matière du droit de la concurrence.

2. Un monopole d'interprétation du droit de la concurrence en droit public

517. Les conditions de ce monopole sont le résultat de l'action du tribunal des conflits en matière de concurrence. La situation est relativement stabilisée même s'il semble difficile de concilier prérogatives de puissance publique et activité économique (a) et corrélativement la répartition des compétences avec les juges administratifs (b).

a. La conciliation entre prérogatives de puissance publique et activité économique

518. Dans la mesure où la protection de la concurrence s'est étendue aux personnes publiques, l'assimilation de ces mêmes personnes publiques aux lois du marché est devenue séduisante. Pourtant la jurisprudence a pendant longtemps rejeté cette idée en s'appuyant d'ailleurs sur la liberté du commerce et de l'industrie¹¹²⁶. L'avantage aujourd'hui est que

¹¹²⁴ Rapport, *op.cit.*, p. 223-279.

¹¹²⁵ G. BRAIBANT, *Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit*, in Mélanges en l'honneur de R. CHAPUS, Montchrestien 1992, p. 91-10 ; G. BRAIBANT, *Monisme(s) ou dualisme(s)*, REDP, n°2, 2000, p. 371-381 ; R. PUIG, *Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative*, REDP, n°2, 2000, p. 427-457 ; F. RAYNAUD, *Monisme(s) ou dualisme(s)?*, REDP, n°2, 2000, p. 561-583 ; M-F. MAZERAS, *Le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire*, AJDA, 2005, p. 1777-1781 ; D. LABETOULLE, *L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif*, AJDA, 2005, p. 1770-1776.

¹¹²⁶ Comme en témoigne l'arrêt Casanova : CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec.333, GAJA, n°8, p. 52-57 ; CE, 4 janvier 1935, De Lara, Rec.p. 1-8, note R. CAPITANT, concl. RIVET, D, 1936, p. 1-8 ; CE, 2 février 1906, *Chambre Syndicale des propriétaires de bains*, Rec.p.371 ; CE, 3 décembre 1875, *Clairouin*, Rec. CE 1875, p. 951 ; CE, 6 mars 1914, *Synd. Boucherie de la ville de Châteauroux*, Rec. CE 1914, p. 308 ; CE, 1^{er}févr.1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers*, Sirey, 1901, p-III.44, in M. HAURIOU, Notes d'arrêt sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928, La Mémoire du Droit, 2000, p. 144- 168 ; R. MOULIN, P. BRUNET, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007, p. 126-150.

l'ouverture du droit de la concurrence aux juridictions administratives a évidemment été favorisé par l'ouverture des entreprises publiques à la concurrence. De façon traditionnelle, on trouve le même type d'assouplissement de la part du Conseil d'État à la grille de lecture proposé par le droit européen¹¹²⁷.

519. D'autres interprètes concurrents de ceux de l'Union usent eux aussi des virtualités qu'elle présente dans le but de mieux s'émanciper de la contrainte du droit européen. La réception du droit de la concurrence par le Conseil d'État en est l'illustration parfaite. Afin de se redonner une nouvelle légitimité dans un contexte concurrentiel de plus en plus prégnant, la haute juridiction s'est appropriée de façon prétorienne le monopole d'un droit de la concurrence opposable aux personnes publiques. Le juge administratif s'est en grande partie affranchi du droit européen. Bien plus, il s'en approprie les catégories dans un sens totalement différent en utilisant la concurrence déloyale. Le juge administratif procède d'ailleurs d'un raisonnement similaire.

b. La répartition des compétences avec les juges administratifs

520. **Interprétation du droit public.** Depuis l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873¹¹²⁸, le droit administratif a affirmé sa place par rapport au droit judiciaire, souvent mis en opposition. Or, de la même manière, l'intérêt du juge administratif est devenu grandissant à mesure que le droit de la concurrence a pris une nouvelle ampleur. C'est la décision *Ville de Pamiers* qui a fait du Conseil d'État un interprète exclusif du droit de la concurrence opposable aux personnes publiques. L'arrêt *Million et Marais* a constitué le point culminant de ce revirement. À travers des conclusions du rapporteur STAHL, le Conseil d'État a redéfini l'application du droit de la concurrence. En intégrant au bloc de légalité administrative, les dispositions de l'ordonnance de 1986, le juge devient un acteur du droit de la concurrence. Le point d'orgue est l'application par le juge administratif des articles 101 et 102 du TFUE. En effet, depuis la jurisprudence FFSA¹¹²⁹, le juge admet la catégorie d'abus de position dominante.

¹¹²⁷ A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996 ; S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, LGDJ, 2003 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon- Assas, 2003.

¹¹²⁸ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, 1^{er} suppl., *Rec. Lebon*, p. 61.

¹¹²⁹ CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, aff. C-244/94, *Rec.I* – 4013, pt 21.

521. **L'affaire de la RATP.** Dans un arrêt du 23 mai 2012¹¹³⁰, le Conseil d'État a dû juger des conditions d'occupation du domaine public par une personne privée en vue d'y exercer une activité économique. En l'espèce, la Régie autonome des transports parisiens (RATP) a décidé, en 2006, de mettre en concurrence plusieurs opérateurs de journaux gratuits pour l'attribution de titres d'occupation de son domaine public. La Société Bolloré a été retenue au détriment de la société 20 Minutes. Cette dernière a contesté la décision sur les conditions de la procédure d'attribution. Le tribunal administratif de Paris a annulé la décision au motif que l'autorisation accordée à la Société Bolloré portait une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie. Saisie en appel, la Cour administrative d'appel de Paris a rejeté la demande de sursis à exécution de la RATP sur le fondement de l'article R. 811-15 du Code de justice administrative. La RATP se pourvoit en cassation contre cet arrêt. À cette occasion, le Conseil d'État a censuré les juges du fond, lesquels ont commis une erreur de droit en qualifiant d'atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie la procédure mise en place par la RATP. Or, les faits « *ne pouvaient relever que d'une éventuelle situation d'abus de position dominante ou de manquements à d'autres règles de concurrence, la cour a commis une erreur de droit* ». Le Conseil d'État rappelle également que le droit de la concurrence fait partie du bloc de légalité qui s'impose aux actes de puissance publique des autorités administratives, tels que les actes de gestion du domaine public¹¹³¹. Néanmoins, en l'espèce, le Conseil d'État juge que « *l'application du droit de la concurrence n'apparaît pas en l'état de l'instruction de nature à confirmer l'annulation des décisions de la RATP* ». Il ne voit pas dans la décision la démonstration d'une position dominante sur un marché pertinent de la Société Bolloré. Au demeurant, cet arrêt confirme que la mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public ne remet pas en cause l'intégration au bloc de légalité administrative du droit de la concurrence.

522. Les débats sur le rôle du droit public de la concurrence ne sont plus de mise aujourd'hui, même si certains domaines sensibles demandent l'intervention du Tribunal des conflits. En effet, le problème d'affectation des contentieux entre droit public et droit privé réapparaît de façon cyclique. Le Conseil d'État rappelle de temps en temps sa position en matière de droit de la concurrence appliquée aux personnes publiques.

¹¹³⁰ CE, 23 mai 2012, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, n° 348909.

¹¹³¹ CE, 26 mars 1999, n°202260, *Sté Eda*.

523. La cohésion du droit de la concurrence dépend des acteurs nationaux en droit de la concurrence. Le règlement n°1/2003 a formalisé le rôle de chacun. La Commission, en décentralisant sa compétence aux instances nationales, a conforté son rôle dans la mise en œuvre de la politique de concurrence¹¹³². Néanmoins des difficultés subsistent malgré l'adhésion des États membres à la nouvelle architecture des pratiques anticoncurrentielles. La Commission doit faire face aux différences idéologiques et procédurales¹¹³³. En France, la *summa divisio* implique une interprétation distincte en ce qui concerne les personnes publiques. Ainsi, le discours de cohésion et de coopération prôné par la Commission est ébranlé par les singularités juridiques des États membres. L'examen de la détermination de compétence en est d'autant plus délicat.

524. **L'exorbitance de la puissance publique en droit de la concurrence.** Pour aborder cette question, il convient de préciser que l'hypothèse avancée est que le recours à l'intérêt général constitue un moyen pour le juge de parvenir à une certaine indépendance. La question alors est de savoir si le juge administratif peut être considéré comme un juge du droit de la concurrence à part entière. Le problème doit être nuancé dès lors que le contentieux concerne les personnes publiques. La doctrine aborde le problème en termes de raisonnement en offrant un gage de loyauté quant à l'interprétation du droit de la concurrence¹¹³⁴. S'interroger sur le raisonnement présuppose que l'on adapte le droit de l'Union européenne aux personnes publiques par l'effet de l'exorbitance. Loin d'être évident, le contrôle des personnes publiques glisse sensiblement vers un contrôle moins affirmé par les instances européennes à l'avantage des juridictions administratives. Sans doute, il y a un certain paradoxe à admettre que l'intérêt général puisse s'inférer de la liberté du commerce et de l'industrie qui faisait interdiction aux personnes publiques d'intervenir sur le marché. Le raisonnement fort heureusement n'est pas aussi tranché. Aussi ce n'est que dans un cadre relatif où en apparence le droit administratif s'aligne avec le droit européen de la concurrence dans l'interprétation du droit de la concurrence.

525. **La dualité juridictionnelle propre au droit français.** Sur le terrain du droit français et plus précisément sur la distinction entre le droit public et le droit privé, le principe est

¹¹³² L. IDOT, *Réflexion sur la convergence des droits*, Concurrences n°4-2012, spéc. N°17.

¹¹³³ Cass.Com. 9 novembre 2010, n°10-937.

¹¹³⁴ D. De BECHILLON, P. TERNEYRE, *Le Conseil d'État et la Cour de Justice européenne. Nouvelle donne*, Pouvoirs, 2007, p. 105-115 ; D. SIMON, *La jurisprudence du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ?* Europe 2007, n°3, p. 5.

largement surévalué. On doit à la loi des 16 et 24 août 1790¹¹³⁵, le principe selon lequel l'existence du juge administratif appartient à la vision de séparation des pouvoirs¹¹³⁶. En tant que tel, ce n'est pas la fonction juridictionnelle qui est remise en cause. La principale difficulté s'entend d'aller à l'encontre d'un « gouvernement des juges »¹¹³⁷. Cependant, l'hypothèse peut-elle pour autant expliquer l'indépendance et la spécialisation des juridictions administratives ? Sur ce fondement, la solution radicale est de supposer une appropriation de compétence.

526. Le professeur Michel TROPER constate que « *l'administration doit disposer d'une latitude d'appréciation, compte tenu des exigences de l'intérêt public* »¹¹³⁸. Le droit public ne fait pas exception du syllogisme juridique. Aussi comme le fait remarquer l'auteur, « *dans les cas semblables, c'est-à-dire dans tous les cas où les administrateurs disposaient d'un pouvoir discrétionnaire, les tribunaux ne pouvaient juger des litiges relatifs à ces actes par le moyen d'un syllogisme, car il n'existait pas de lois auxquelles rapporter les faits litigieux : d'une part, les administrations inférieures n'exécutaient pas seulement les lois, mais également les ordres des autorités supérieures; d'autre part, dans les administrations supérieures, il n'existait pas de lois définissant l'illégalité dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et déterminant les sanctions de telles illégalités* »¹¹³⁹. Ce constat, somme toute relativement pragmatique et finalement assez moral, est la justification du pouvoir discrétionnaire qui permet de comprendre l'intérêt de soustraire le contrôle du juge judiciaire¹¹⁴⁰. Selon ce postulat, il est acquis en termes de droit positif que la compétence du juge administratif découle de sa fonction.

527. Pour appuyer cette thèse, le principe de l'exorbitance de droit commun s'appuie sur l'action de l'administration¹¹⁴¹ au moyen de l'exclusivité du dualisme juridictionnel, constitutif de la compétence du juge administratif. Le principe n'est pas nouveau est fixe une ligne de démarcation sévère entre le droit privé et le droit public. Pour le droit français, la justification de ce clivage procède d'une justification intellectuelle évidente où « *l'administration doit*

¹¹³⁵ G. BIGOT, *L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif*, in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, 2004, p. 25-43.

¹¹³⁶ P.-M. GAUDEMET, *La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité*, D, chron, XXIII, 1961, p. 121-124 ; C. EISENMANN, *La théorie des 'bases constitutionnelles du droit administratif'*, RDP, 1972, p. 1354.

¹¹³⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, 2011, p. 279-286.

¹¹³⁸ F. BURDEAU, *La crise du principe de dualité de juridiction*, RFDA, 1990, p. 50.

¹¹³⁹ M. TROPER, *op.cit.*, p.174.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ M. TROPER, *La distinction droit public, droit privé dans la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 183-197 ; Y. GAUDEMET, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 3-8.

disposer d'une latitude d'appréciation, compte tenu des exigences de l'intérêt public »¹¹⁴². Une division similaire est à mettre en perspective avec l'application du droit de la concurrence. Il est aisé d'imaginer la volonté d'exclusivité du juge administratif quant à l'interprétation des contentieux concurrentiels des personnes publiques. Dans un contexte d'interventionnisme de l'État providence, à cet effet, le professeur DELMAS-MARSALET a pu suggérer le contrôle du juge administratif de l'activité économique¹¹⁴³. C'est ainsi que les professeurs HAURIOU et DUGUIT justifient l'action administrative par une cohérence propre à voir une certaine conception de l'« État de droit » incontestablement à l'encontre d'une vision purement arbitraire du contentieux administratif¹¹⁴⁴.

528. À cet égard la notion de service public apparaît comme le berceau de la légitimité d'une jurisprudence particulière en toute autonomie du droit commun. Au-delà d'une simple différence sémantique ou de classification, les différences entre deux pans du droit de la concurrence peut être analysée comme une dérogation à la compétence suivant le fond. Pourtant la place du service public peut être perçue comme une catégorie perdant une certaine cohérence¹¹⁴⁵. Cette analyse par rapport au service public a pris son essor avec l'État providence considéré comme porteur de l'exorbitance. D'ailleurs ce terme pris en compte par le professeur DELMAS-MARSALET a été utilisé comme justification du contrôle administratif¹¹⁴⁶. Cette analyse, qui se concentre sur les personnes publiques, ne permet pas de cerner la distinction entre le régime exorbitant de droit public et le droit commun¹¹⁴⁷. Cette analyse aurait plutôt

¹¹⁴² F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Thémis, 1995, p. 50.

¹¹⁴³ B. CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État*, in *Etudes et documents*, 1950, p. 77 ; J. De SOTO, *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, in *Etudes et documents*, 1951, p. 64 ; J. DELMAS-MARSALET, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État*, in *Etudes et documents*, 1969, p. 133-160 ; P.-L. JOSSE, *Le Conseil d'État devant les réalités économiques ; ses méthodes de travail et son rôle*, in *Etudes et documents*, 1960, p. 39-59 ; P.-M. GAUDEMET, *La planification économique et les transformations du droit public français*, in *Mélanges en l'honneur de G. VAN DER MEERSCH*, T. III, 1972, p. 493-508. ; J.-L. De CORAIL, *La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique. Sa définition et son utilisation par le juge administratif*, in *Mélanges en l'honneur de P. COUZINET*, 1974, p. 117-151.

¹¹⁴⁴ J. PETOT, *La naissance du pouvoir administratif dans la France moderne*, in *Mélanges en l'honneur de R. E. CHARLIER*, éd. De l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 257-288 ; S. CASSESE, *Une des formes de l'État nouveau du monde : réflexions sur le droit administratif français*, AJDA, 1995 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, op.cit., p. 105-122.

¹¹⁴⁵ J. CHEVALLIER, *Le droit administratif, droit de privilège ? Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 57 ; C. GOYARD, *La crise de la science administrative*, Rev. Adm, 1988, p. 117 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 415-485 ; G. BIGOT, *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif*, RFDA, 2008, p. 1.

¹¹⁴⁶ J. DELMAS-MARSALET, op.cit.

¹¹⁴⁷ G. MORANGE, *Le déclin de la notion de service public*, D, 1947, chron, p. 45-48 ; J. L'HUILLIER, *A propos de la 'crise' de la notion de service public*, D, 1955, chron, p. 119-123 ; D. LOCHAK, *Les problèmes posés par la concurrence des services publics et des activités privées*, AJDA, 1971, p. 261 ; A.-S. MESHERIAKOFF, *L'arrêt du bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, RDP, 1988, p. 1059.

pour intérêt de servir à étendre le champ de compétence du juge administratif¹¹⁴⁸. Le plus étonnant est que cette singularité serait aussi le résultat d'une inadaptation du droit administratif à l'économie de marché et de la réception du droit de la concurrence¹¹⁴⁹. Il n'y qu'un pas pour utiliser l'exorbitance comme moyen de détournement du droit européen pour l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques.

529. Le monopole du droit public en droit de la concurrence pour les personnes publiques. Le droit de la concurrence se développe aussi avec les autorités administratives, ce qui suscite l'intérêt du juge administratif pour son interprétation¹¹⁵⁰. D'ailleurs aux prémices du droit de la concurrence, le Conseil constitutionnel valide la compétence exclusive du Conseil de la concurrence devenu l'ADLC résultant de l'imprécision du texte et il estime dans le même temps que la Cour d'appel de Paris s'avère également compétente est ce dans l'intérêt « *d'une bonne administration de la justice* »¹¹⁵¹. Loin de définir les compétences respectives des deux ordres de juridiction, finalement elle permettrait au législateur de répartir les contentieux entre les deux ordres¹¹⁵². Or, loin de résoudre cette question, elle fait l'objet d'une nouvelle affaire devant la Cour d'appel de Paris avec l'arrêt *Ville de Pamiers*¹¹⁵³ dans laquelle en application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹¹⁵⁴, elle énonce que « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ». La Cour d'appel de Paris se déclare compétente en estimant que la décision de renouvellement d'un contrat d'affermage de la *Ville de Pamiers* à la Lyonnaise des eaux « *n'apparaît pas avoir été effectuée dans le respect de la libre concurrence* »¹¹⁵⁵. Cette interprétation audacieuse a pour conséquence non

¹¹⁴⁸ L. NIZARD, *À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner*, D, 1964, chron, p. 147-154.

¹¹⁴⁹ L. NIZARD, *A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales*, in Mel. En l'honneur de C. EISENMANN, éd. Cujas, 1977, p. 92 ; D. CHABANOL, *Dualité des ordres de juridiction : faut-il brûler le Tribunal des Conflits ?* AJDA, 1988, p. 736 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 415-485 ; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, p. 343-363.

¹¹⁵⁰ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} déc.1986, art.1 ; G. CANIVET, L. IDOT, *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, Evolutions et perspectives*, Litec, 2008 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, p. 67-84 ; R. KOVAR, *La peau de chagrin, ou comment le droit communautaire de la concurrence opère la réduction monopoles publics*, Europe, 1992, p. 7.

¹¹⁵¹ Déc. 23 janv.1987, 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, Rec.8, note Y. GAUDEMET, RFDA, 1987, p. 287, note F. LUCHAIRE, Gaz. Pal, 18 mars.1987, p. 5, note V. SELINSKY, RDP, 1987, note J. CHEVALLIER, D, 1988, p. 117.

¹¹⁵² M.-A. FRISON-ROCHE, *Le juge administratif face au droit de la concurrence : un sujet de dispute*, RCC, 1995, n°88, p. 13.

¹¹⁵³ CA Paris, 30 juin 1988, *SAEDE c/ Ville de Pamiers*, BOSP, n°14, 9 juil.1988, p. 187.

¹¹⁵⁴ L. RICHER, *L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 depuis 1989*, CJEG, 1991, p. 175.

¹¹⁵⁵ Conclusions B. STIRN, RFDA, 1989, p. 457-465.

seulement de brouiller encore plus la répartition des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires en reconnaissant qu'un acte administratif peut faire l'objet d'un examen par une juridiction judiciaire et d'abolir la distinction entre sphère privée et sphère publique. En des termes forts, le professeur CHAPUS s'oppose en considérant qu'il « *ne serait-il pas plus expédient d'abolir ce dualisme ? Et, pour reprendre la question qui a cependant reçu de Jean Boulouis la réponse ironique qui convient (...) ne faudrait-il pas, tout simplement, 'supprimer le droit administratif ?'* »¹¹⁵⁶. Suivi des faits en élevant la question de compétence auprès du Tribunal des conflits, l'incompétence de la Cour d'appel de Paris est soulevée en considérant que la décision d'attribution d'affermage est un acte administratif reconnaissant de fait la compétence du Conseil d'État¹¹⁵⁷. Au-delà de se focaliser sur cette simple décision, elle a des implications non seulement sur le dualisme juridictionnel propre au système juridique français¹¹⁵⁸, mais également sur la conciliation de l'exorbitance du droit public en droit de la concurrence¹¹⁵⁹. Néanmoins, loin d'être devenu la norme, les affaires *Pompes funèbres générales, SARL Intermarbres et SA Pompes Funèbres Générales*¹¹⁶⁰ conduit à revenir sur cette question devant le Tribunal des conflits.

530. C'est au travers d'un rapport annuel de 1992 que la Commission revient sur la question de la lutte contre les monopoles nationaux¹¹⁶¹. A cette occasion, on oppose au service public le service universel¹¹⁶² qui, par la même occasion remet en cause la notion exclusive du service

¹¹⁵⁶ R. CHAPUS, RFDA, 1988, p. 86.

¹¹⁵⁷ Il s'agit de : « *décisions unilatérales relatives à l'organisation d'un service [des] contrats de nature administrative passés pour l'exécution d'un tel service* », in conclusions B. STIRN, RFDA, 1989, p. 465.

¹¹⁵⁸ J.-B. AUBY, M. FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé, regard français et britanniques*, éd. Panthéon-Assas, 2004 ; A. VAN LANG, *Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel*, AJDA, 2005, p. 1760-1766 ; A. VAN LANG, *Le dualisme juridictionnel : limites et mérites*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007.

¹¹⁵⁹ M.-C. BOUTARD-LABARDE, L. VOGEL, *Droit de la concurrence et personnes publiques*, Gaz. Pal., 1989, p. 747 ; J.-L. AUTIN, *Personnes publiques et droit de la concurrence*, JCP E, 1994, p.4 ; M. BAZEX, *Droit de la concurrence et personnes publiques*, Gaz. Pal, 1994, p. 1198 ; M. LOMBARD, *A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés*, D, 1994, chron. p. 163 ; G. MATHIEU, *L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques*, D, chron, 1995, p. 27 ; Y. GAUDEMET, *Conflits de compétence et droit de la concurrence, sur une équivoque*, Mel. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 121-129.

¹¹⁶⁰ CA Paris, 26 avril 1989, *Pompes funèbres Générales*, BOCCRF, n°11/1990 ; CA Paris, 1^{er} mars.1993, *SARL Intermarbres et SA Pompes Funèbres Générales*, inédit. 73 TC, 4 novembre 1991, CAMIF c/ UGAP, n°2676.

¹¹⁶¹ XXIIe Rapport sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 1992.

¹¹⁶² Pour une justification de cette position : H. DEMSETZ, *Why regulate Utilities ?*, JEL, vol. XI, 1968, p. 55-65 ; H. LEPAGE, *La nouvelle économie industrielle*, Pluriel, 1989, p.201-202 ; G. BECKER, *Competition and democracy*, JLE, vol.1, octobre 1958, p. 105-109 ; pour un point de vue plus nuancé : L. CARTELIER, *Les services publics européens entre théorie économique et droit communautaire*, in L. CARTELIER, J. FOURNIER, et.al, *Critique de la raison communautaire*, Economica-Ciriec, 1996, p. 71-91 ; M. DEBÈNE, O. RAYMUNDIE, *Sur le service universel: renouveau ou nouvelle mystification ?*, in L. CARTELIER, J. FOURNIER, AJDA, 1996, p. 109-126.

public¹¹⁶³. Son illustration manifeste se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence Compagnie générale des eaux¹¹⁶⁴. Il ne faut dès lors pas se cacher que l'opposition apportée par le service universel, engagé par la Commission, suppose une atténuation de la compétence du droit public, tout en restant rassurante quant à son avenir¹¹⁶⁵. Cependant, sa position contestable suppose l'adaptation du Conseil d'État à ses nouvelles contraintes.

Paragraphe 2. Le Conseil d'État, réconciliateur de l'exorbitance et des règles du marché

531. Sous l'effet des différentes contraintes évoquées, le Conseil d'État ne va pas tarder à intégrer le droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative (A) et à mettre en scène un nouveau contenu à la concurrence opposable aux personnes publiques (B).

A. L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative

532. Le Conseil d'État acquiert son statut dans l'application du droit de la concurrence avec l'arrêt *Million et Marais*¹¹⁶⁶ faisant suite à une question de validité posée par la Cour d'appel de Paris. Le revirement qui en résulte traduit deux idées sous-jacentes : l'ouverture à l'économie

¹¹⁶³ Comme l'illustrent par exemple, les arrêts de la Cour de Justice : Corbeau et Commune d'Almelo, CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c/ Corbeau*, aff.C-320/91, Rec.1993, p. I-2533; CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a. / Energiebedrijf IJsselmij*, aff.C-393/92, Rec.1994, p. I-1477, note F. HAMON, AJDA, 1993, p. 865 ; CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff.C-280/00, Rec.p. I-7747. Pour une illustration récente de réinterprétation du concept de service public par le juge européen : CJCE, 23 avril 2009, *TNT Post UK Ltd*, aff.C-357/07, obs. G. GUGLIELMI, G. KOUBI, *La notion de service public en droit européen*, AJDA, 2009, p. 1783. Pour une discussion sur le service universel, V. entre autres : L. CARTELIER, J. FOURNIER, et.al, *Critique de la raison communautaire*, Paris, Economica-Ciriec, 1996 ; D. ENCAOUA, L. FLOCHEL, *La tarification : du monopole à la concurrence régulée*, AJDA, n° spécial, Droit de la télécommunication, entre déréglementation et régulation, 1997, p. 254-266 ; M. LOMBARD, *Service public et service universel ou la double inconstance*, in Mél. B. JEANNEAU, Dalloz, 2002, p. 507.

¹¹⁶⁴ CE, 23 juil.1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec. 226, note TERNEYRE, RFDA, *op.cit.*; M. BAZEX, *La réforme de la concurrence*, AJDA, 1985, p. 583; M. BAZEX, *La concurrence réglée: secteur public et privé*, in J.-M. RAINAUD, R. CRISTINI, *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, 1987, p. 231; M. BAZEX, *Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence*, in *Secteur public et concurrence*, Colloque, Paris X Nanterre, LPA, 19 août 1988, n°100, p. 5; M. BAZEX, *Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ?*, AJDA, 1990, p. 662; M. BAZEX, *La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ?*, RFDA, 1994, p. 103; M. BAZEX, *Existe-t-il des règles de concurrence en dehors de l'ordonnance de 1986 ?*, Gaz. Pal, févr.1997, p. 47; M. BAZEX, *L'analyse économique, nouvel instrument du contentieux juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques*, LPA, 4 avril 1997, n°41, p.10; M. BAZEX, *La concurrence peut-elle être un instrument de pilotage de l'économie par les pouvoirs publics ?*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, T XLV, p. 207; J.-M. THOUVENIN, *Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public, et droit de la concurrence*, D. aff, n°11/1997, p. 331.

¹¹⁶⁵ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO, C 281, p. 3 ; Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO, C 17, du 19 janvier 2001, p. 4.

¹¹⁶⁶ CE, 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, Rec.p. 406 ; CE, 3 novembre 1997, *Sté Yonne Funéraire*, n°148698 et *Sté Interarbres*, n°165260, Rec.p. 393, note Y. GAUDEMET, RDP, 1998, p. 256 ; note O. GUEZOU, AJDA, 1998, p. 247 ; note MAIGRE, CCC, 1997, n°100, p. 46.

de marché introduite par la politique de concurrence de la Commission et la volonté de doter d'une juridiction de la concurrence les personnes publiques. L'arrêt *Million et Marais* est fondateur d'une émancipation du juge administratif : d'un côté un contrôle des personnes privées de l'Autorité de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris et de l'autre un contrôle des personnes publiques par les juridictions administratives. L'interprétation du droit de la concurrence pour les personnes publiques est donc de la compétence du juge administratif¹¹⁶⁷. L'exemple probant de l'arrêt *Ordre des avocats*¹¹⁶⁸ semble aller dans ce sens lorsque la violation de l'article 106 du TFUE conduit à contester le droit exclusif accordé au concessionnaire de bases de données afin de percevoir des redevances en désaccord avec la jurisprudence de la Cour de justice : « *En tout état de cause, votre décision Million et Marais nous semble avoir pour corollaire (...) l'émergence d'un principe prétorien directement inspiré de la jurisprudence de la Cour (...) ce principe conciliant sous le contrôle étroit du juge, les exigences de service public à celles de la concurrence (...) À cet égard, votre décision Sté Million et Marais ne doit pas être regardée comme un aboutissement, mais au contraire comme la première marche d'une évolution qui devrait vous conduire à réinventer un nouveau droit du service public conciliant les exigences traditionnelles du service public avec celles du droit de la concurrence* »¹¹⁶⁹, en apportant même une lecture nouvelle de la jurisprudence sur l'article 106 du TFUE par la Cour de justice, « *le décret lui-même ne place pas le concessionnaire dans une situation dans laquelle il serait automatiquement et nécessairement amené à abuser d'une position dominante sur le marché. Les avantages consentis au concessionnaire qui tiennent à l'obligation faite aux administrations de lui fournir leurs bases de données sont compensés dans le décret par les obligations de service public (...) Le décret est neutre et les conditions concrètes de son application ne relèvent pas de votre compétence, mais de celles des autorités chargées, tant au niveau communautaire qu'au niveau national, d'assurer le respect des règles de concurrence* »¹¹⁷⁰. Finalement, la conciliation des principes conduit à une jurisprudence propre du droit public de la concurrence¹¹⁷¹ s'appuyant d'une part sur l'intérêt général et d'autre part sur le droit de la concurrence.

¹¹⁶⁷ M. BAZEX, *Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence : contenu et spécificité*, RCC, 2000, n°16, p. 11.

¹¹⁶⁸ CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, concl. J.-D. COMBREXELLE, AJDA, 1998, p. 362.

¹¹⁶⁹ Concl. J.-D. COMBREXELLE, AJDA, 1998, p. 362, *op. cit.*

¹¹⁷⁰ Pour une analyse de critique de cette position : J.-Y. CHEROT, *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, AJDA, 2000, p. 687-696.

¹¹⁷¹ M. BAZEX, *Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998, p. 781 ; M. BAZEX, *Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence : contenu et spécificité*, RCC, n°116, 2000, p. 11-13 ; J. CAILLOSSE, *Le droit administratif saisi par la concurrence ?* AJDA, 2000, p. 99 ; S. NICINSKI, *Droit*

B. Un nouveau contenu à la concurrence opposable aux personnes publiques

533. L'intérêt général prend le pas sur les intérêts du marché : « *L'existence même d'un juge administratif, distinct du juge de droit commun, qui est le juge judiciaire, atteste de la fonction spécifique de l'intérêt général qui ne saurait être réduite à un simple compromis social entre intérêts divergents (...) L'existence d'un droit public et d'un État doté de son propre juge traduit en effet, la conviction que l'intérêt général ne saurait être entièrement servi par le droit privé, même si des procédés de droit privé peuvent se révéler conformes à l'intérêt général* »¹¹⁷².

534. Avec l'intérêt général, la concurrence prend tout son sens pour les personnes publiques. Le Conseil d'État est porteur de cette composante du droit de la concurrence¹¹⁷³. En s'émancipant du droit de la concurrence européenne, le droit administratif a pu justifier des principes fondateurs tels que la notion d'infrastructure essentielle¹¹⁷⁴, tout en appliquant les règles de concurrence sur un acte administratif en rappelant « *l'application du droit de la concurrence au même titre que les autres règles de droit* »¹¹⁷⁵.

535. En mettant en avant la stratégie du Conseil d'État pour acquérir une compétence spécifique en matière d'interprétation du droit de la concurrence¹¹⁷⁶ pour les personnes publiques, elle a intégré par l'entremise du droit administratif une nouvelle réception du droit de la concurrence. Cependant, le bilan reste contrasté¹¹⁷⁷ puisqu'il suppose de remettre en cause

public de la concurrence, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, p. 40 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

¹¹⁷² H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford Univ Press, 1982 ; C. LAVAL, *Jeremy Bentham, le pouvoir des fictions*, PUF, 1994 ; J-P CLERO, *La réflexion benthamienne sur les mathématiques*, Rev. Synthèse, n°4, 1998, p. 447-484 ; G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel, une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2001.

¹¹⁷³ CE, rapport public 2002, *Collectivités publiques et droit de la concurrence*, Paris, La documentation Française, 2003, p. 223-279.

¹¹⁷⁴ M. GLAIS, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, in Rapport, *op.cit.*

¹¹⁷⁵ Rapport, *op.cit.*, p. 244.

¹¹⁷⁶ 133 G. BRAIBANT, *Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit*, in Mélanges en l'honneur de R. Chapus, Montchrestien 1992, p. 91-102; G. BRAIBANT, *Monisme(s) ou dualisme(s)*, REDP, n°2, 2000, p. 371-381; R. PUIG, *Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative*, REDP, n°2, 2000, p. 427-457; F. RAYNAUD, *Monisme(s) ou dualisme(s) ?*, REDP, n°2, 2000, p. 561-583; M.-F. MAZERAS, *Le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire*, AJDA, 2005, p. 1777-1781 ; D. LABETOULLE, *L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif*, AJDA, 2005, p. 1770-1776.

¹¹⁷⁷ C. BRECHON-MOULENES, *La place du juge administratif dans le contentieux économique public*, AJDA, 2000, p. 679-686.; L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, coll. «Quadrige», 2016 ; P. DELVOLVÉ, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, in Mélanges en l'honneur de R. CHAPUS, Paris, Montchrestien 1992, p. 135-145 ; D. TRUCHET,

l'Autorité de concurrence dans la connaissance du droit de la concurrence sur l'ensemble du territoire. Or, cette possibilité n'est ouverte au Conseil d'État que dans la mesure où il n'existe pas de textes législatifs prévoyant une répartition contentieuse¹¹⁷⁸.

536. Il est entendu que c'est un exemple de la confusion entre une autorité administrative et un juge. Dès lors, le monopole d'interprétation du droit de la concurrence sur les personnes publiques du Conseil d'État restent fragiles.

537. Cette section s'est ouverte sur une seule considération, l'émancipation du juge administratif. On observe une certaine volonté des juges administratifs de s'intégrer à un grand ensemble qu'est le droit de la concurrence. L'objectif avoué est de faire siennes les règles de concurrence en s'y conformant le plus prosaïquement possible dans la continuité de la jurisprudence classique du droit public économique. Il est vrai que son action sur les personnes publiques lui a permis de viser les actes propres à l'intérêt général prôné par la Cour de justice. Néanmoins, ce n'est que par le jeu de l'interprétation que les deux conceptions se sont rejointes. Finalement, le Conseil d'État a pu maintenir son pouvoir d'initiative marginal en s'appuyant sur les principes de l'exorbitance du droit commun.

Conclusion du Chapitre 2

538. **Emprise européenne certaine des juridictions judiciaires.** Ce chapitre relève la forte prééminence des instances européennes. Au final, les juridictions ont perdu de vue une partie de leur indépendance au regard de la spécificité de l'application des pratiques anticoncurrentielles. De ce fait, l'influence du droit européen de la concurrence a transposé l'ensemble des prérogatives des juridictions européennes sur les juges judiciaires dans les rapports avec les entités privées. Ce constat s'explique par l'aménagement de l'ordre juridique de concurrence

Fusionner les juridictions administrative et judiciaire, in Mélanges J.-M. Auby, Paris, Dalloz, 1992, p. 335-345; M. BAZEX, *La polysémie de l'article 53*, CCC, 1997, n°96, p. 38-39 ; R. DRAGO, M.-A FRISON-ROCHE, *Mystères et mirages des ordres de juridiction et de la justice administrative*, APD, 1997, p. 135-148 ; R. DRAGO, *La tenaille, réflexions sur l'état du droit administratif*, in Clés pour le siècle, éd. Panthéon Assas, Dalloz, 2000, p. 436-442 ; D. TRUCHET, *Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence*, in Mélanges en l'honneur de B. JEANNEAU, Dalloz 2002, p. 539-553 ; L. IDOT, *Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ?*, in Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Paris, A. PEDONE 2004, p. 117-135 ; D. TRUCHET, *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel*, AJDA, 2005, p. 1767-1770.

¹¹⁷⁸ Y. GAUDEMET, *Conflit de compétence et droit de la concurrence sur une équivoque*, in Mel. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dalloz, 1996, p. 121-129.

faisant du juge national tout autant un partenaire qu'un subordonné. En pareil cas, l'instrumentalisation des règles de concurrence a finalement conduit à renforcer le contrôle par les instances européennes au détriment de l'application des règles internes de concurrence.

539. **Espoir certain.** À l'inverse les juridictions administratives ont fait de leurs prérogatives sur les personnes publiques un avantage certain. Au premier abord, on peut penser que le Conseil d'État a réussi à concilier le droit européen de la concurrence avec le droit interne. Sa proximité avec les autorités administratives n'est pas étrangère à cette faculté. Or, en s'octroyant un rôle de conciliateur, il a finalement pu maintenir son monopole sur l'interprétation des règles de concurrence au service de l'intérêt général. En tenant compte des éléments propres à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, les juges administratifs se sont nourris des discours des interprètes européens pour justifier leurs propres discours en toute autonomie du droit européen. On arrive au point où ils ont vocation à combler les lacunes de l'action de la Commission sur les personnes publiques.

540. **L'aménagement de compétences.** L'organisation pyramidale a pour inconvénient de réduire les effets positifs de la décentralisation. La cohérence de l'ensemble gagnerait à faire plus confiance aux juridictions nationales pour gérer les affaires qui ont peu d'impact au niveau européen.

541. Paradoxalement, en recherchant la simplification du système, c'est un alourdissement des procédures qui prospère. Afin d'éviter de supplanter l'action du juge, on pourrait facilement envisager de faire des juridictions ainsi que de l'Autorité de la concurrence un premier degré de juridiction afin de maintenir la cohérence de l'ensemble dans la mesure où le premier serait défaillant. La Commission interviendrait comme le planificateur qu'il a tendance à devenir au fil des réformes.

Conclusion du Titre I

542. **Adaptation institutionnelle.** L'originalité du droit de la concurrence est qu'il a réuni la réglementation des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État sous la compétence exclusive de la Commission et a démis de toute compétence législative dans ces domaines les États membres. Ceci a pour conséquence une inévitable adaptation des règles pour

une application exclusive et uniforme dans tous les États membres. Ainsi, cette prérogative s'est étendue sur la procédure, notamment en matière d'enquête de concurrence.

543. Pourtant, le renouveau de la politique de concurrence est d'avoir non seulement confirmé les compétences résiduelles des États membres, notamment en matière de concurrence déloyale et de pratiques restrictives, mais également décentralisé une partie de ses compétences au travers de son réseau de concurrence. En outre, en l'absence d'une véritable juridiction internationale de la concurrence, sa compétence comprend également les relations avec les pays tiers. Si l'on ne peut parler de compétence exclusive à cette étape, on ne peut nier l'influence des organismes internationaux et notamment l'OMC dans la mise en œuvre des règles de concurrence, il faut toutefois remarquer que si cette centralisation est justifiable, rapidement les limites de l'effectivité du droit de la concurrence ont permis aux juges nationaux de conquérir une nouvelle position dans l'ordre concurrentiel.

544. **Limites de la décentralisation des compétences.** En revanche, la décentralisation des compétences à l'ensemble des autorités de concurrence et des juridictions des États membres montre ses limites. Cette difficulté est d'autant plus prégnante dans le cas de la France avec l'existence de la *summa divisio*, qui caractérise notre système juridique, dans la mesure où les clivages subsistent. Faute pour ceux-ci d'avoir renouvelé le conflit qui ont auparavant existé entre les règles issues du droit européen et le droit national en le transposant à celui entre les juridictions privées et les juridictions publiques. Nous avons vu que cette difficulté était particulièrement exacerbée en matière de recours juridictionnel. Ici, cette opposabilité résulte d'une différence de traitement entre les deux ordres juridiques. Il est en effet assez paradoxal de voir que les législateurs ont promu l'autonomie procédurale des juridictions nationales alors que dans le même temps elle a renforcé son contrôle au point de remettre en cause fortement cette autonomie. À cet égard, il nous apparaît nécessaire de favoriser une plus grande souplesse procédurale en s'affranchissant des contraintes de l'uniformité afin de favoriser une plus grande justiciabilité. Dans une moindre mesure, le Conseil d'État a démontré qu'il est possible de s'émanciper en tenant compte de l'intérêt général pour les personnes publiques. Faute à une organisation complexe, la solution d'une redéfinition des compétences entre l'Union et les États membres semblent souhaitables en reconnaissant un réel pouvoir de décision des juridictions dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence.

TITRE II. LA VALORISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE

545. **L'appréhension économique des faits juridiques.** Les règles de concurrence ne peuvent saisir toutes les spécificités du contentieux lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles aux faits. On peut d'ailleurs se demander si les outils d'analyse des autorités répondent à toutes les interrogations. La question peut être abordée sous l'influence de l'économisme grandissant dans le processus d'instruction des affaires, mais ce qui est intéressant est d'aborder de quelle manière l'économie et le droit peuvent-être à même d'influer sur le processus d'interprétation du juge. On retrouve ici d'un point de vue juridique une problématique abordée précédemment dans notre étude. En effet, aborder le droit de la concurrence comme un fait économique avant toute décision juridique constitue un défi pour l'interprétation du juge avant un jugement.

546. **Problème interne.** Or, l'intégration du discours économique peut faire craindre un déséquilibre et une dépendance du discours juridique sous le prisme de l'économie. Certes, il y a des hypothèses où l'analyse économique est exclue¹¹⁷⁹. L'exemple le plus probant étant les règles *per se* ou infraction « par l'objet » dont la proximité avec le flagrant délit se résume à l'idée que « *l'atteinte portée au marché y est tellement manifeste que l'on peut présumer l'existence d'un effet anticoncurrentiel sans procéder à une analyse poussée du marché* »¹¹⁸⁰. Anticoncurrentielle par son objet, « *la jurisprudence considère que certaines pratiques ont, par nature, un objet anticoncurrentiel ; il s'agit d'infractions dites « per se », « patentes* ». Pour ces pratiques, « *la simple preuve de la commission des faits suffit, sans qu'il soit besoin de pousser plus loin l'analyse* »¹¹⁸¹. Ce type d'infraction ne pose pas de difficulté probatoire. Mais, en dehors, de cette hypothèse, s'agissant des autres pratiques anticoncurrentielles, cela suppose une analyse plus poussée de l'appareil probatoire.

547. Il n'est pas de notre intention de revenir sur le bien fondée de l'intégration du discours économique dans les dispositifs de la Commission et des autorités nationales de concurrence

¹¹⁷⁹ G. MARENCO, *La notion de restriction de concurrence dans le cadre l'interdiction des ententes*, in Mélanges en l'honneur de M. WAELBROECK, 1999, p. 1217-1245.

¹¹⁸⁰ Conclusions, V. TRSTENJAK, sous l'arrêt CJCE, 6 octobre 2009, Glaxosmithkline services e.a c/ Commission, aff. C- 501/06 P, présentées le 30 juin 2009, pt.92 ; Décision n°10-D-28 du 20 sept.2010, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement. Dans le même sens en droit antitrust: United States v Topco Associates, 92 S.Ct 1126 (1972) ; Ford Motor Co v. United States, 92 S.Ct 1142 (1972); National Society of Professional Engineers v. United States, 98 S. CT 1355 (1978).

¹¹⁸¹ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, La documentation française, p. 58.

contribuant à asseoir la légitimité des autorités de l'Union européenne dans l'Union européenne. Notre analyse se concentrera sur les relations entre l'analyse économique et l'application juridique, susceptibles d'avoir un impact sur l'interprétation et le jugement des juridictions.

548. Dans le droit de la concurrence, « *l'analyse économique a pénétré le raisonnement juridique* »¹¹⁸². Si cette assertion ne semble pas nouvelle, elle s'est accrue au fil du temps. Le droit de la concurrence place, néanmoins, cet « économisme grandissant » au centre des règles de concurrence. Les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce qui édictent par principe des prohibitions peuvent être exemptés lorsqu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, « *y compris par le maintien de l'emploi* »¹¹⁸³. Proche des articles 101 et 102 du TFUE, les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce présentent la même difficulté pour l'interprète. L'absence de définition des notions abordées par ces articles n'est pas nouvelle pour le juriste, lequel s'appuie sur le concept plus que sur la règle¹¹⁸⁴. Mais, son approche large permet d'y voir des notions économiques¹¹⁸⁵. Sans revenir sur les multiples facettes des notions économiques abordées dans le cadre de ces articles, il est naturel que le juge envisage d'aborder l'interprétation sous le prisme de la définition économique des termes pour éclairer son jugement¹¹⁸⁶.

549. Cette dichotomie des disciplines entre économie et droit induira le plan de notre étude. L'intérêt est de se placer dans le cadre réaliste de l'intégration du discours économique dans le processus d'interprétation du juge à même de remettre en cause le syllogisme judiciaire cher aux juridictions de droit commun. L'analyse se focalise sur le passage d'un discours économique abstrait pour un juriste pour un discours d'autorité en instrumentant l'analyse économique. L'utilisation d'un caractère scientifique de la preuve n'est pas chose nouvelle en droit. Elle fait même partie des critères de lecture d'un fait juridique conduisant à

¹¹⁸² M.-C. BOUTARD LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p. 2.

¹¹⁸³ Art. L 420-4 C. com (précision insérée par l'article 48 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001). Le Conseil de la concurrence avait, par exemple, tenu compte de la contribution au maintien de l'emploi dans l'appréciation du progrès économique dans sa décision n° 88-D-20 du 3 mai 1988, BOCCRF n° 11, du 28 mai 1988, p. 140.

¹¹⁸⁴ L. IDOT, *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission* concernant l'application de l'article 81§ 3 CE, in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, p. 85-104.

¹¹⁸⁵ Ch. GAVALDA B. LECOURT et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 8^{ème} édition, LexisNexis, 2019, n° 382.

¹¹⁸⁶ Pour un exemple d'une telle démarche, B. DHAeyer et J. THILMANY, *La protection du consommateur en droit antitrust européen*, RTD Eur., 1978, p. 223-249, spéc. p. 228 dans lequel ils se réfèrent à O. E. WILLIAMSON, *Economics as an Antitrust Defense : the Welfare Trade Off*, AER, mars 1968, p. 18.

l'interprétation du juge. Sous-jacent au rôle du juge, elle légitime sa position dans le jugement concurrentiel (**Chapitre 1**). Maintenant que le droit de la concurrence est envisagé soit sous les caractéristiques de l'économie ou selon le syllogisme juridique, la fonction du juge mérite une attention particulière. L'ensemble des juridictions nationales constitue le berceau d'une nouvelle assise du droit de la concurrence dans les États membres. À cela, la relation naturelle du juge avec les justiciables suppose un renforcement du pouvoir du juge dans l'ordre concurrentiel (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La légitimation du pouvoir du juge dans le jugement concurrentiel

550. **La connaissance économique.** Le droit de la concurrence est considéré comme un droit de spécialiste parce que sa particularité est de faire appel à des principes économiques dans le processus d'interprétation des décisions. La première spécificité est l'intégration de la discipline économique dans le processus de décision à même de créer une ambiguïté entre un jugement économique des actes anticoncurrentiels et un jugement juridique des pratiques des acteurs économiques. La seconde spécificité conduit, également, à une ambiguïté de méthode lorsque le juge doit prendre une décision. En effet, il apparaît difficile pour le juge de prendre une décision en droit de la concurrence fondée essentiellement sur une analyse économique.

551. **L'étanchéité des disciplines.** C'est ainsi qu'à la difficulté systémique s'ajoute la défiance idéologique, le juge en dehors des règles *per se* doit s'appuyer sur des principes issus de l'économie. Or, c'est un pas difficile à franchir pour les juges tant les préjugés des juristes sur l'analyse économique sont importants¹¹⁸⁷. En effet, il n'est pas rare que le juge relègue le rôle de l'analyse économique à un simple moyen de preuve alors qu'il apparaît pourtant essentiel dans l'interprétation de la décision.

552. Il importe, donc, de s'intéresser aux apports de l'analyse économique dans le processus de décision du juge. Or, assurer la mise en œuvre de ce processus suppose déjà de revenir sur le processus d'élaboration du jugement au regard du raisonnement concurrentiel dans la concurrence (**Section 1**). La rigueur méthodologique issue de notre système juridique est-elle un obstacle à l'intégration de l'analyse économique dans le processus de décision procédant du jugement ? Le discours des juristes introduit des éléments loin d'être commun lorsqu'il s'agit de l'analyse économique : comment s'intègre l'analyse des économiques dans l'interprétation du juge ? Ces interrogations démontrent que le pouvoir du juge s'en trouve renforcé lorsqu'il adapte sa décision au regard du raisonnement économique (**Section 2**).

¹¹⁸⁷ A. OGUS ET M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, coll. *Droit comparé*, Editions Panthéon Assas, 2002.

Section 1. L'élaboration du jugement au regard du raisonnement concurrentiel dans la jurisprudence

553. Il est notable que l'interprétation soit chose commune et que les mots prononcés soient reçus par l'interlocuteur avec une certaine marge d'adaptation. De même sont rares les cas où dans le domaine juridique l'interprétation s'avère inutile, à l'exception près que la loi s'adapte parfaitement à la situation de l'espèce. Néanmoins, dans les autres cas, l'interprétation est d'autant plus nécessaire notamment depuis 1804 avec l'article 4 du Code civil qui dispose que « *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Le juge est donc l'interprète privilégié de la loi et finalement ne fait que reprendre la distribution des pouvoirs entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. Cependant, les frontières sont rapidement brouillées lorsqu'une norme interprétée par le juge avec une certaine marge de manœuvre aboutit à une forme de création normative voir la découverte d'un principe général du droit¹¹⁸⁸. Il en est de même pour l'interprétation du droit de la concurrence même si elle s'appuie sur les règles de droit spécifique à la concurrence¹¹⁸⁹. La référence à l'analyse économique est devenue un impératif de l'interprétation du droit européen de la concurrence. Dans le domaine, la jurisprudence et la pratique décisionnelle en est une preuve manifeste¹¹⁹⁰. L'interprétation du juge est au cœur des spécificités du jugement en droit de la concurrence (§1). Ce lien intrinsèque sera d'ailleurs l'objet du pouvoir d'interpréter du juge en droit de la concurrence (§2).

Paragraphe 1. Les conditions du jugement de l'interprète en droit de la concurrence

554. Bien que le juge dispose d'un pouvoir délégué de la justice, le juge répond à une mission nécessaire de l'État. Le recours au juge répond à une double interdiction, et d'un, il est fait défense aux tribunaux de « *s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif* »¹¹⁹¹ et de l'autre, il est prohibé l'exercice du pouvoir judiciaire « *par le Corps législatif* »¹¹⁹². Mais, ce constat

¹¹⁸⁸ P. WACHSMANN, *La volonté de l'interprète*, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques Droits 1998, n° 28, p. 29.

¹¹⁸⁹ H. MUIR-WATT, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in B. DEFFAINS (dir), *L'analyse économique du droit dans les pays du droit civil*, Cujas, 2002, p. 37-45.

¹¹⁹⁰ A. -L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008 ; C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse Paris X, 2006 ; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique. L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse, Strasbourg, 2004.

¹¹⁹¹ Art. 3, Chap. V, Titre III de la constitution de 1791.

¹¹⁹² Art. 1, *op.cit.*

aussi simple n'est pas aussi évident en pratique puisque le juge a dû affirmer sa légitimité par rapport au corps législatif (A). De plus, l'application des règles du droit de la concurrence suppose la légitimité institutionnelle du juge (B).

A. L'intégration du jugement de concurrence dans l'ordre juridique

555. Au premier abord, la question n'est pas évidente, la particularité du droit de la concurrence est d'être le produit aussi bien du législateur que des autorités de régulation. Or, « *les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »¹¹⁹³. En outre, il « *est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »¹¹⁹⁴ ainsi a-t-on caractérisé les attributions du juge. Si évident à l'origine, mais devenu tellement contestable du moins dans sa première assertion, la négation du pouvoir normatif du juge reste pourtant le principe : « *le juge se borne à révéler la volonté du législateur, auquel il reste subordonné, et que la prohibition des arrêts de règlement lui interdit de supplanter* »¹¹⁹⁵. Ceci fait écho, d'ailleurs, à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen où « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* »¹¹⁹⁶. Si dans un premier temps, la portée législative de ce pouvoir est incontestable, il n'en reste pas moins que l'interprétation du juge à travers la jurisprudence en est la concrétisation. La prohibition des arrêts de règlement est certes un frein au pouvoir normatif du juge. Pourtant, le juge tire pourtant son pouvoir d'interprète et de créateur de l'obligation de juger et du principe d'égalité du justiciable par rapport à la loi.

556. **Le jugement, émanation du pouvoir législatif.** Le jugement est une émanation du pouvoir législatif. Il conditionne, d'un point de vue politique, l'action du juge. Cette condition s'exprime par le contrôle étroit sur lequel repose la compétence du juge. Déjà, le professeur GENY énonçait : « *je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir dans la jurisprudence,*

¹¹⁹³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois. Les grands thèmes*, Paris, 1748, Gallimard, 1970, note 22, XI, 6, p. 182.

¹¹⁹⁴ Article 5 du Code civil.

¹¹⁹⁵ J. L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 18^{ème} éd. 2020, n°171.

¹¹⁹⁶ Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

une source formelle de droit privé positif, qui, à côté de la loi et de la coutume, puisse jouir d'une force créatrice indépendante »¹¹⁹⁷. Il en résulte qu'il était interdit pour le juge d'interpréter la loi, lequel avait pour obligation de saisir le législateur afin de fixer l'interprétation. Si, aujourd'hui, la pratique juridictionnelle en droit national s'est affranchie de cette limite, ce propos reprend pourtant de la vigueur lorsqu'une décision en droit des pratiques anticoncurrentielles répond à ce principe. Une telle implication n'est donc pas nouvelle, mais s'en trouve renouvelée, lorsque l'application d'un article du droit européen de la concurrence doit respecter la primauté du droit européen sur une décision nationale en cours, ce qui constitue une contrainte au pouvoir judiciaire. Pourtant, le juge Antoine GARAPON remarquait à ce propos que « *l'acte de juger n'est pas entièrement nationalisable et qu'une part de la décision revient au juge lui-même* »¹¹⁹⁸. Or, l'acte de juger reste une émanation du pouvoir législatif, et ce à travers de la délégation du pouvoir normatif au juge, obstacle auquel doit se heurter la décentralisation du droit des pratiques anticoncurrentielles en déléguant des pouvoirs aux juges nationaux. La soustraction du pouvoir de la Commission provient de ce schisme inhérent à la volonté du juge de s'émanciper dans l'application du droit de la concurrence. Pour autant les résistances sont grandes.

557. Alors qu'il est difficile de départager dire le droit et l'appliquer, la multiplication des juridictions compétentes pour appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles renforce la méfiance de la Commission à l'égard de la fonction juridictionnelle. Or, il est un fait qu'en s'opposant fonctionnellement à l'*imperium*, la notion de *jurisdictio* est « *conçue par la doctrine comme la prérogative consistant à « trancher le litige par application du droit* »¹¹⁹⁹. Dès lors, le texte se présente alors comme un moyen d'éviter un gouvernement des juges¹²⁰⁰, c'est un simple rappel que le juge ne légifère pas, mais applique la loi. De là à considérer le retour d'un caractère exégétique de l'application du droit dans le cadre du droit de la concurrence, il s'agit d'un pas qu'il n'est pas aussi loisible de franchir. La distribution des pouvoirs entre différents organes juridiques conduit inmanquablement à se poser la question du pouvoir inhérent au jugement : l'interprétation dont la jurisprudence en est la preuve concrète. Dédire un contrôle

¹¹⁹⁷ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, t. 2, n° 149, LGDJ, 2016.

¹¹⁹⁸ A. GARAPON, *Gardien des promesses (Le) : Justice et Démocratie*, Odile Jacob, 31 janv. 1996, p. 255.

¹¹⁹⁹ G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2020, XIX, V° *Jurisdictio*, p. 495.

¹²⁰⁰ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, p. 43-46.

S. VELLEJ, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989, p. 767-783 ; J. CHEVALLIER, *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA n°5, 1990, p. 714.

absolu des décisions des juges sur l'ensemble des juridictions des États membres est déjà moins probable.

558. **Le rôle de créateur du droit du juge.** La pratique juridictionnelle démontre un réel pouvoir créateur du juge. En rappelant, l'article 4 du Code civil - « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* »¹²⁰¹ - la doctrine observe un terrain fécond de création juridique. Pour le professeur BELAÏD, « *Ainsi les lacunes [de la loi] doivent être comblées par le juge, à l'occasion des litiges et, aucun autre agent de l'ordonnement juridique ne peut le faire à la place du juge* »¹²⁰². L'application du syllogisme est donc autoentretenu avec la condition que la prémisse majeure existe, la loi, ainsi que la prémisse mineure, l'espèce. En effet, la loi, par son caractère abstrait, ne peut s'appliquer directement.

559. Dans le même ordre d'idée, le professeur RIPERT indique « *le juge constate que dans le droit formel une règle existe. C'est une règle générale qui par elle-même ne suffit pas à la direction pratique des hommes. Il faut une autorité qui donne la règle d'application pratique. Dans certains pays la décision du juge suprême s'impose par elle-même ; dans d'autres c'est la jurisprudence qui assure l'existence de la règle* »¹²⁰³. L'exercice du pouvoir juridique eut égard à la pratique, voilà ce qui justifie l'existence du juge. Il est donc peu opportun d'apporter une limite stricte entre norme et jurisprudence. Il importe que l'interprétation soit un outil au service du juge, mais sans emprise du pouvoir législatif. Pour autant, l'interprétation a pour seul but de révéler la volonté du législateur dans un respect quasi religieux du texte à interpréter¹²⁰⁴. Par conséquent, cette fonction exécutive s'émancipe de la soumission de la fonction juridictionnelle du contrôle du pouvoir législatif. Bien que controversé, cet état de fait est rappelé par le professeur BOULANGER, le juge est libre dans son choix d'interprétation et ne peut être imposé par une autorité supérieure¹²⁰⁵. En effet, selon le doyen CARBONNIER, « *La jurisprudence, écrit-il, n'est pas une véritable source du droit civil, comparable à la loi ou*

¹²⁰¹ Article 4 du Code civil.

¹²⁰² S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 315.

¹²⁰³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Édition : 2^e Edition (1^{er} décembre 1994), p. 386.

¹²⁰⁴ H. RABAULT, *L'interprétation des normes : L'objectivité de la méthode herméneutique*, Editions L'Harmattan (1^{er} janvier 1997), p. 382.

¹²⁰⁵ J. BOULANGER, *Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, RTD Civ., 1961, p. 424.

même à la coutume. Mais elle est une autorité »¹²⁰⁶. D'aucuns remettent en cause le fait que le juge est institué pour réaliser la justice, et ce par l'application pratique du droit.

560. Pour autant, si en droit commun, l'application du droit national par le juge ne fait aucun doute d'un point de vue doctrinal. A cet argument s'en ajoutera un autre, celui de l'autonomie procédurale : telle que le conçoit la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁰⁷ sur un modèle de procédural national. L'intention n'est pas de soustraire le droit européen de la concurrence aux juridictions européennes, mais de favoriser une solution juridictionnelle du contentieux. La Cour énonce « *en l'absence de réglementation communautaire [...], il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire...* »¹²⁰⁸. C'est dans les dispositions du traité CEE que l'on doit cette entreprise de systématisation du système juridictionnel avec l'ensemble des organes de l'Union européenne. En effet, la cour précisait qu'elle « *ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits substantiels conférés par le droit communautaire* »¹²⁰⁹. En réalité, il faut y voir la recherche d'une certaine cohérence. Plus encore, il cristallise une certaine conception de l'application du droit de la concurrence par les États membres, afin d'éviter un arbitraire des décisions hors des décisions juridictionnelles. D'ailleurs, « *il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection* »¹²¹⁰. Dans l'article 19§1 du Traité sur l'Union européenne¹²¹¹ et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui garantit le « *droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal*

¹²⁰⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002, n°32, § 5.

¹²⁰⁷ V. CJUE, 17 juillet 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, aff. C-169/14, ECLI :EU :C :2014 :2099 ; CJUE, 5 juin 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, aff. C-146/14 PPU, ECLI :EU :C :2014 :1320.

¹²⁰⁸ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33-76, ECLI :EU :C :1976 :188, p. 5 et *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45-76, ECLI :EU :C :1976 :191, p. 13.

¹²⁰⁹ CJCE, 4 avril 1968, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, aff. 34-67, ECLI :EU :C :1968 :24, p. 370 ; CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28-67, ECLI :EU :C :1968 :17, p. 228 ; il s'agissait de l'article 95 du Traité CEE sur l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires.

¹²¹⁰ CJCE, 19 décembre 1968, *Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, aff. 13-68, ECLI :EU :C :1968 :54, p. 675 ; il s'agissait des articles 31 et 32 du Traité CEE sur l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives.

¹²¹¹ JO C 326, 26 octobre 2012, p. 13-390 : « *[L]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

impartial »¹²¹² en application du droit européen. L'action du juge met le droit des pratiques anticoncurrentielles au service de la société en accord avec les comportements sociaux des entreprises dépendant des États membres.

561. De son côté, le professeur TERRÉ soutenait que le droit doit être vu comme un « ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée - et plus ou moins organisée -, régissent les rapports entre les hommes »¹²¹³. En tant que telles, ces règles constituent une manifestation du pouvoir public. Ce point de vue permet de dire que le juge peut être soumis à un arbitrage entre les normes à faire respecter et le jugement qui se fonde sur un critère subjectif. Cet exercice intellectuel du juge peut être vu dans le sens du respect d'un ordre social. Elle résulte de l'application des règles du droit de la concurrence par le juge.

B. L'intégration du jugement de concurrence dans l'ordre concurrentiel

562. Le juge n'hésite pas à utiliser ce modèle d'analyse pour justifier le caractère institutionnel de la justice, « selon une stricte hiérarchie non seulement les instances judiciaires et leurs pouvoirs, donc leurs décisions et leurs interprétations dont elles s'autorisent, mais aussi les normes et les sources qui confèrent leur autorité à ces décisions »¹²¹⁴. Dès lors, le jugement ne souffre d'aucune contestation lorsque, pour que l'application soit effective, le droit prend la forme institutionnelle. Dans cette hypothèse, les principes énoncés par Montesquieu : « il y a dans chaque État, trois sortes de pouvoirs ; la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil »¹²¹⁵. Le juge s'identifie en tant que tel par la reconnaissance du pouvoir politique de juger.

563. **L'incidence du jugement en droit de la concurrence.** Dans la même mesure, le jugement a une incidence en droit de la concurrence. La décentralisation de l'application du

¹²¹² JO C 326, 26 octobre 2012, pp. 391-407 : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

¹²¹³ F. TERRÉ, *Introduction Générale au Droit* ; Précis DALLOZ, 13^{ème} éd., 2021.

¹²¹⁴ P. BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, 2017, p. 3.

¹²¹⁵ MONTESQUIEU (1689-1755), *De l'Esprit des lois*, 1748. Livre XI, chapitre VI.

droit européen de la concurrence n'a d'autres effets que de concéder un pouvoir normatif, et ce en application du principe créateur conféré par l'acte de juger défini par « *l'acte par lequel le juge, saisi d'une situation donnée, statue par application des règles de droit appropriées à cette situation* »¹²¹⁶. Dès lors, par transposition au droit de la concurrence, la notion d'acte de juger présente un caractère subjectif, notamment en matière de concurrence déloyale, en exigeant des tiers une bonne conduite, ce qu'a relevé le professeur François TERRÉ¹²¹⁷. Si l'on recentre le propos sur l'application du droit de la concurrence, il est manifeste que cet acte de juger n'a pour seul but que de donner une réponse sous forme de jugement ayant pour une bonne part une incidence sur sa légitimité dans le but d'affirmer une parole publique¹²¹⁸. La légitimité du juge minorée par la compétence des autorités de régulation s'en trouve renforcée, il apparaît dès lors difficile d'imposer le respect d'une norme sans la parole du juge. Cet acte de décision du juge ne vient donc pas, dans un premier temps, de l'incarnation de la justice, mais plutôt, dans un second temps, de l'activité du magistrat lorsqu'il tranche le litige. En pratique, la recherche de la règle applicable suppose en définitive de larges pouvoirs.

564. La philosophie du jugement se distingue de la décision à caractère administratif de l'autorité. Admettre cette distinction, c'est reconnaître un pouvoir de conciliateur du juge que l'on retrouve d'ailleurs dans le recours des décisions de la Commission ou de l'Autorité de la concurrence. Par comparaison, le juge a pour lui le pouvoir de dire de manière obligatoire et officielle. Cet argument va dans le sens de ce qui pouvait s'insurger contre la « *publicisation* » du droit privé¹²¹⁹. Au sein de la doctrine française, le juge est le tenant de la médiation des conflits, mais aussi le représentant de la parole de l'autorité. L'extension de la sphère publique à travers les autorités de régulation ne peut oblitérer l'effet de « *neutralisation* » et « *d'universalisation du juge* ». C'est d'un point de vue idéologique, la difficulté que ne peuvent résoudre les autorités lorsque le caractère impersonnel du jugement¹²²⁰ s'oppose au caractère social du juge. L'objet est de ne pas ancrer le contentieux dans une logique purement arbitraire, puisque l'espace juridique met en évidence la mise en relation des différentes personnes qui interviennent comme parties lors de l'audience. Dans « *La force du droit : éléments pour une*

¹²¹⁶ L. CADIET, *Découvrir la justice*, DALLOZ-SIREY, 09/09/1997, p. 188.

¹²¹⁷ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 08/15 - 10^e édition, p. 3.

¹²¹⁸ A. GARAPON, *Le Gardien des promesses, Justice et démocratie*, préface de Paul Ricoeur, éditions Odile Jacob, p. 213.

¹²¹⁹ R. SAVATIER, *Droit public, droit privé*, D, chron, 1946, p. 25-28 ; pour une discussion plus générale de cet argument : *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T.II, 1946, Paris, Dalloz, 1948.

¹²²⁰ P. BOURDIEU, *La force du droit [Eléments pour une sociologie du champ juridique] [article] Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la Recherche en Sciences Sociales Année 1986, 64, p. 3-19.

sociologie du champ juridique », le sociologue BOURDIEU s'inscrit dans cette veine juridictionnelle qui manque dans les décisions propres aux autorités de régulation : « *l'effet d'apriorisation qui est inscrit dans la logique du fonctionnement du champ juridique se révèle en toute clarté dans la langue juridique qui, combinant des éléments directement pris à la langue commune et des éléments étrangers à son système, porte toutes les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité. La plupart des procédés linguistiques caractéristiques du langage juridique concourent en effet à produire deux effets majeurs. L'effet de neutralisation est obtenu par un ensemble de traits syntaxiques tels que la prédominance des constructions passives et des tours impersonnels, propres à marquer l'impersonnalité de l'énonciation normative et à constituer l'énonciateur en sujet universel, à la fois impartial et objectif. L'effet d'universalisation est obtenu par différents procédés convergents : le recours systématique à l'indicatif pour énoncer des normes ; l'emploi, propre à la rhétorique du constat officiel et du procès-verbal, des verbes constatifs à la troisième personne du singulier du présent ou du passé composé exprimant l'aspect accompli ("accepte", "avoue", "s'engage", "a déclaré", ...) ; l'usage d'indéfinis ("tout condamné"...) et du présent intemporel (ou du futur juridique) propres à exprimer la généralité et l'omnitemporalité de la règle de droit ; la référence à des valeurs transsubjectives présupposant l'existence d'un consensus éthique ; le recours à des formules lapidaires et à des formes fixes, laissant peu de prise aux variations individuelles* »¹²²¹. Le juge étant placé au centre de l'espace pratique de la justice se heurte à l'action administrative. En partant de l'hypothèse que le fond suit la forme, la cohérence des décisions entre le juge et les autorités de régulation peut perdre en cohérence. Ce problème d'interférence juridictionnelle est encore plus manifeste lorsque le juge administratif est intervenu en application du droit de la concurrence est ce en concurrence avec les autorités administratives. Le commissaire Jacques DELMAS-MARSELET par opposition avait soumis d'étendre l'intervention du juge administratif¹²²². Dans la pratique, le rôle du Conseil d'État est contenu¹²²³. La remise en cause du juge n'est pas un fait, elle résulte d'une scission entre la

¹²²¹ *Ibid*, p. 5.

¹²²² J. DELMAS-MARSALET, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, in *Etudes et documents*, 1969, p. 133-160.

¹²²³ CE, 22 juin 1949, *Sucreries d'Abscon*, Rec.p. 297 ; CE, 13 janvier 1961, *Syndicat des industriels beurriers et grossistes en produits laitiers et avicoles de la région parisienne*, Rec.p. 37 ; CE, 22 mars 1961, *Société Coopérative agricole de Verneuil sur Avre*, Rec.p. 206 ; CE ass., 19 juin.1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, AJDA, 1964, p. 438, note A. De LAUBADÈRE ; sur les restrictions apportées en matière de liberté du commerce et de l'industrie : CE, 12 décembre 1953, *Syndicat national des transporteurs aériens*, Rec. p. 547 ; CE, 10 février 1967, *Sté des Ets Petitjean et autres*, Rec. p. 63 ; CE, 26 janvier 1968, *Sté Maison Genestal*, Rec. p. 62, concl. BERTAND.

sphère privée et la sphère publique¹²²⁴. Est-ce un prétexte pour limiter la compétence du juge¹²²⁵ ? Nous ne pensons pas. Il apparaît que le juge privé ou public doit être à même de s'adapter au contexte économique. Il s'agit plutôt d'un problème de perception du droit de la concurrence¹²²⁶. Les causes sont à rechercher dans le mode d'interprétation de règles issues en partie du droit européen de la concurrence. C'est ce que l'on veut illustrer en abordant les conséquences du pouvoir d'interprétation propre au juge.

Paragraphe 2. Les possibilités d'interprétation du juge en droit de la concurrence

565. L'interprétation est l'objet du juge et consiste « à *expliquer pour comprendre mieux* »¹²²⁷. Le risque inhérent au pouvoir d'interprétation du juge c'est qu'il lui permet de modifier la majeure du syllogisme, il a le « *dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions* »¹²²⁸. Or, l'application du droit par le juge et le syllogisme sont intrinsèquement liés. Cette position permet non seulement de justifier l'interprétation du juge (A), mais, également, d'éclairer les caractéristiques de l'interprétation (B), notamment en droit de la concurrence.

A. La justification de l'interprétation du juge

566. **Une interprétation en droit de la concurrence.** À mesure que le droit de la concurrence prend de l'importance, l'intérêt pour l'interprétation du juge s'accroît¹²²⁹. Le droit, comme d'autres disciplines, repose sur une herméneutique, l'art de comprendre et

¹²²⁴ A l'inverse sur cette question V. M. TROPER, *La distinction droit public, droit privé et la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Léviathan, 1994, p. 183-197.

¹²²⁵ L. NIZARD, *À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner*, D, 1964, chron, p. 147-154.

¹²²⁶ L. NIZARD, *À propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales*, in Mel. en l'honneur de C. Eisenmann, éd. Cujas, 1977, p. 92 ; D. CHABANOL, *Dualité des ordres de juridiction : faut-il brûler le Tribunal des Conflits ?* AJDA, 1988, p. 736 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 415-485 ; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, p. 343-363.

¹²²⁷ P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, Seuil, 1986, p. 22.

¹²²⁸ N. BERGASSE, *Rapport du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire présenté à l'Assemblée nationale*, Paris, 1789, p. 21.

¹²²⁹ 4 Ord. n° 86-1243 du 1er déc.1986, art.1 ; G. CANIVET, L. IDOT, *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, Evolutions et perspectives*, Litec, 2008 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, p. 67-84 ; R. KOVAR, *La peau de chagrin, ou comment le droit communautaire de la concurrence opère la réduction monopoles publics*, Europe, 1992, p. 7.

d'interpréter¹²³⁰. Mais ici¹²³¹, elle est dotée d'une force contraignante liée à l'intervention d'un tiers dans la démarche. Plusieurs méthodes d'interprétation ont été et sont utilisées en droit, qu'il s'agisse de l'exégèse ou de la libre recherche scientifique¹²³². Il convient de mesurer à cet égard la liberté grandissante qui a été laissée au « juge » avec l'essor des concepts-cadres, des standards¹²³³ et autres concepts « mous » dans le droit contemporain, spécialement, mais pas seulement¹²³⁴, en droit économique. Dans ce mouvement d'extension croissant du rôle du juge, il semble que l'interprétation téléologique ait joué un rôle déterminant¹²³⁵, « *reposant sur la recherche de la finalité de la règle ou, dit-on encore, de son but social* »¹²³⁶. Si l'on s'attache à essayer de trouver une « raison » au droit économique que l'on retrouve à travers l'extrême diversité des textes, la finalité de l'interprétation est la « raison concurrentielle ». Elle est la finalité principale des textes de droit économique, notamment en droit international et communautaire¹²³⁷, même si parfois, elle doit composer avec d'autres logiques que le droit¹²³⁸.

567. Le problème de fond est celui du flou terminologique. Pour prendre la mesure de cette question, il faut noter les termes critiques quant au droit de la concurrence. On évoque « *de concepts soupapes* », de « *paragraphes caoutchouc* »¹²³⁹, de « *notions à contenu variable* »¹²⁴⁰. Le droit de la concurrence n'échappe pas à la transversalité juridique. La répartition des compétences entre les différentes juridictions obscurcit le raisonnement. Selon les professeurs Philippe MALAURIE et Laurent AYNES « *...apparaît depuis quelque temps un « droit économique » (le droit de la consommation et le droit de la concurrence), qui ne constitue pas*

¹²³⁰ J. STAROBINSKI, *Sur l'histoire de l'herméneutique, Le temps de la réflexion*, Gallimard, 1980, p. 477 ; F. TERRÉ a fait judicieusement observer que derrière cet art, « *on voit se profiler ... les talons hermès, divinité messagère, patron des interprètes, guide des âmes, maître des échanges, régnant sur les carrefours du vrai et du faux...* ». *Introduction au droit*, Paris, Dalloz, 1996, n° 461.

¹²³¹ A la différence de la traduction ou de la psychologie, par exemple.

¹²³² F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1^{ère} éd. 2016.

¹²³³ A. HOLLEAUX, *Dissolution et réincarnation du droit*, Les Petites Affiches 1990, n° 118, p. 4 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse paris II, 1980 ; M-A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels*, Arch. De Philo du Droit, 1985, p. 351.

¹²³⁴ On note le même phénomène en droit de la famille.

¹²³⁵ E. PUTMAN, *Recherche sur les définitions dans les lois commerciales*, RRJ 1986, n°4, p. 49.

¹²³⁶ F. TERRÉ, *Introduction Générale au Droit ; Précis DALLOZ*, 13^{ème} éd., 2021, n° 473. Sur la portée potentiellement contestataire de la notion de but social, JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1905 ; A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chr. p. 67.

¹²³⁷ Sur la constitution économique européenne : O. DEBARGE, T. GEOGOPOULOS, O. RABAEY, coord., *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

¹²³⁸ Comme des raisons sociales ou politiques, par exemple.

¹²³⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2005, n°13.

¹²⁴⁰ Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par S. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Travaux du centre national de recherche de logique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1984.

un corps cohérent, a une terminologie parfois imprécise et est souvent en contradiction avec les règles traditionnelles, en raison de ses objectifs sociaux et économiques »¹²⁴¹. Partant de ce seul constat, le flou semble pourtant consacré comme un mode d'adaptation du droit. Or, c'est par une interprétation extensive que le juge justifie sa compétence. L'imprécision des termes du droit de la concurrence ouvre de nombreuses possibilités dans l'application du droit. L'intérêt est double, embrassant, d'une part, l'ensemble des actes juridiques et, d'autre part, intégrant des normes nouvelles adaptées au domaine du droit de la concurrence. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et plus récemment les textes européens composés de termes sibyllins sous-tendent que les autorités de régulations, mais aussi, et surtout les juridictions judiciaires les interprètent.

568. L'argument défendant cette position est à voir dans l'origine du raisonnement en droit de la concurrence essentiellement économique¹²⁴². La contestabilité de l'excès de termes tels qu'« *abus de domination* », « *part substantielle du marché* » ou encore « *atteinte à la concurrence* » relève d'une double finalité : la souplesse de règles issues de l'intégration d'une culture autre que juridique et l'efficacité de la portée des termes, plus adaptée au but poursuivi. Cette spécificité fait des juges du droit de la concurrence des interprètes exclusifs du droit de la concurrence. Encore fallait-il s'accorder dans l'application de ces règles. Le risque est de se retrouver devant un droit instable tant la doctrine économique est elle-même changeante. Le droit de la concurrence comme l'ensemble du droit des affaires touche, en effet, un secteur d'activité économique. Et encore faut-il favoriser l'effectivité. On pouvait en douter à la lecture de la jurisprudence. Or, cela suscite le retour d'un débat. D'un côté, en s'intéressant seulement aux effets des pratiques, ce qui a pour avantage de faire l'économie d'articles et de lois, de l'autre cela oblige les autorités compétentes à avoir un large pouvoir de décision. Néanmoins, le flou textuel cumulé d'un caractère de généralité permet de qualifier rapidement une pratique de concurrentielle ou non. En interprétant sur ce fondement, le juge du droit de la concurrence invoque le droit de la concurrence à l'aune de la rapidité, conférant au droit son efficacité. Le problème n'en reste pas latent comme l'illustre la lecture de la jurisprudence.

569. En effet, le droit de la concurrence souffre comme tous les droits d'inspiration jurisprudentielle, d'une certaine forme de « suivisme ». Sa qualité peut apparaître comme un

¹²⁴¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des contrats spéciaux*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2022.

¹²⁴² « *Le droit de la concurrence vient de l'économie et non du droit* », M. A. FRISON-ROCHE. *Le modèle du marché*. *Archives de philosophie du droit*, tome 40, Sirey, 1996.

défaut lorsqu'en l'absence d'anticipation, le droit de la concurrence doit perpétuellement s'adapter à son milieu. Pour le juge, cela implique une compétition permanente à la recherche de nouvelles pratiques en perpétuelle mutation.

570. Finalement, les règles de droit seraient constituées en fonction des circonstances en ayant pour principal risque une incohérence conceptuelle, la règle se trouve affaiblie au profit de la décision. Or, la Cour de cassation a un rôle d'uniformisation dans l'interprétation des règles de droit, qu'elle rappelle parfois distinctement¹²⁴³. En matière de concurrence, la Cour de cassation ne peut assumer ce rôle puisqu'en l'absence d'une législation précise c'est à l'Autorité de la concurrence et par-delà la Commission que revient la charge d'apprécier la validité d'une pratique. Au demeurant, en laissant un certain flou à l'interprétation, le juge a plus de facilité pour interpréter, mais le justiciable également. La concurrence repose sur un équilibre entre l'objectif de faire respecter les règles propres à la matière et les entités économiques qui ont tout intérêt à fausser le jeu de la concurrence¹²⁴⁴. Pour ces derniers, le flou du texte est une faille exploitable. Par contradiction, des termes plus précis n'apportent pas plus de garanties, la pratique permet de se jouer des règles trop précises¹²⁴⁵. La technique contractuelle est un exemple de cette duplicité permettant de créer des cas de figure non envisagés faisant échec à la réglementation. L'orientation du droit de la concurrence est donc de conférer au juge un pouvoir d'interprétation au point de devenir créateur de droit. La nouvelle orientation du droit de la concurrence en droit européen s'ajoute donc aux velléités de l'ordre judiciaire sur le contentieux de la concurrence. Or, de ce point de vue, on retrouve la crainte du gouvernement des juges¹²⁴⁶ ressenti par les institutions comme une intrusion dans leur fonction de direction économique. Cet activisme se justifie pourtant par la volonté au

¹²⁴³ Cass. Com., 3 juillet 1991, n°90-40398 : « seuls les jugements en dernier ressort pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation ; qu'il appartient la Cour de Cassation d'uniformiser en dernier ressort les jugements rendus ».

¹²⁴⁴ L'article L. 420-1 du Code de commerce définit les ententes prohibées de la manière suivante : « sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions ». L'article 101 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), dispose que « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats 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 commun ». On peut noter la similitude des principes entre le droit interne de la concurrence et le droit européen de la concurrence.

¹²⁴⁵ P. MOOR, « un texte est clair lorsque son sens ne réclame aucun autre texte pour être admis par n'importe quel lecteur comme applicable au cas concret », *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005 p. 170.

¹²⁴⁶ D. TERRÉ, *Gouvernement des juges et démocratie*, Archives de philosophie du droit 2003, note 8, 410.

détriment peut-être de la sécurité juridique¹²⁴⁷. Néanmoins, on peut objecter « *de même que les constructions humaines, l'ordre que le gouvernant parvient à inclure dans les relations humaines pour parvenir au bien commun est instable et changeant, mais doit être établi en consonance avec l'immuable droit naturelle* »¹²⁴⁸. Ce dernier critère est déterminant pour la prise en compte des limites de l'interprétation juridictionnelle.

B. La caractérisation de l'interprétation du juge

571. **Le problème d'une interprétation trop éloigné du texte original.** À cet égard, on retrouve la critique classique d'une interprétation trop éloignée du texte original. L'interprétation stricte est rassurante lorsque « *la plus grande partie des autorités et des arguments qui sont utilisés pour affirmer la nécessité de l'obéissance stricte à la lettre de la loi (...) servent effectivement à prouver la nécessité d'une interprétation fondée sur l'équité, en sorte que les magistrats semblent constamment reprendre d'une main ce qu'ils avaient concédé de l'autre* »¹²⁴⁹. En effet, en droit l'interprétation n'est une nécessité que lorsqu'il s'agit de s'adapter aux circonstances et aux évolutions. Cependant, « *le risque est bien entendu que, par interprétations successives, [...] soient donc réintroduites l'instabilité dans les anticipations individuelles et l'incohérence temporelle* »¹²⁵⁰.

572. Le débat s'ouvre sur une interprétation la plus fidèle possible au texte original pour offrir une plus grande sécurité juridique ou ouvrir à plus de liberté à l'interprétation. Si cela s'apparente à une discussion d'ordre académique qui semble dépassée, le droit de la concurrence pourtant revient sur cette question. L'article 3 de la réglementation européenne¹²⁵¹ rappelle la nécessité d'une interprétation stricte en matière d'entente. L'interprétation du droit national ne peut être plus stricte que le texte européen¹²⁵². Donc, l'article 3 uniformise l'application de l'article 101 du TFUE au nom de la primauté du droit européen. Il enlève un

¹²⁴⁷ C. PRIÉTO, *La sécurité juridique dans le droit de la concurrence, sécurité juridique et droit économique*, 2006, Nice, France.

¹²⁴⁸ De M. AYUSO, D. CASTELLANO, B. DUMONT, C. REVEILLARD, *Église et Politique : Changer de paradigme*, Artège Editions, 1^{er} septembre 2013 - 384 p.

¹²⁴⁹ M. F. RENOUX-ZAGAME, *De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques*, Droits, 2002, n° 36, p. 59.

¹²⁵⁰ S. FERREY, *Incohérence temporelle et théories de l'interprétation constitutionnelle, et les nombreuses références citées*, à paraître in GIP Justices, 2010, p. 4.

¹²⁵¹ L'article 3 du TFUE.

¹²⁵² Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) no 1017/68, (CEE) no 2988/74, (CEE) n 4056/86 et (CEE) no 3975/87, Préparation du Conseil « Compétitivité » du 26 novembre 2002 en vue d'un accord politique.

éventuel conflit entre le droit européen et le droit national, ce dernier ne pouvant faire échec à l'interprétation par le droit européen¹²⁵³. Les juges nationaux sont donc obligés de surseoir à statuer afin d'éviter d'interpréter la décision dans un sens contraire à une décision prise par la Commission dans le même domaine. Dès lors, une juridiction nationale devra saisir la Commission sur l'orientation à donner à la décision à prendre et attendre que la Commission statue sur cette même décision.

573. Entre les acteurs appliquant le droit de la concurrence, la lutte reste engagée par les juridictions pour maintenir un monopole d'interprétation du droit de la concurrence. Si le cœur de l'analyse de l'interprétation en droit est l'analyse exégétique, il apparaît que l'application stricte de la loi se heurte à la réalité des faits juridiques. Or, le rôle du juge est de pallier la loi parce qu'il s'agit d'un problème nouveau ou encore que la loi n'y ait tout simplement pas pensé, soit d'apporter un éclairage lorsque le texte ne correspond pas à la réalité des faits, le juge doit donc interpréter. C'est donc l'herméneutique qui s'applique ici lorsqu'il s'agit de comprendre et d'interpréter¹²⁵⁴ repris par le professeur François TERRÉ dans lequel « *on voit se profiler ... les talons d' « Hermès, divinité messagère, patron des interprètes, guide des âmes, maître des échanges, régissant sur les carrefours du vrai et du faux... »*¹²⁵⁵.

574. La limite de l'interprétation du juge est donc le texte lui-même. Une interprétation n'est pas nécessaire si le texte est clair et ne doit donc pas être interprété *Interpretatio cessat in claris*. Néanmoins, une telle affirmation suppose d'abord une analyse du texte, ce qui revient à l'interpréter. Une interprétation contraire peut être avancée laissant une large place à l'élément psychologique puisque le seul but du juge est de donner un sens à la loi lorsque cela s'avère nécessaire et en cela il s'appuie sur les travaux préparatoires tels que les rapports ou les débats parlementaires : « *en laissant à l'exercice du ministère du juge toute la latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de son pouvoir [...] une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature* »¹²⁵⁶. La procédure de l'avis de la Cour de cassation se révèle particulièrement utile lorsque les tribunaux et cours d'appel doivent appliquer de nouveaux textes de loi, ce qui contribue, en amont de la chaîne juridictionnelle, à l'harmonisation de la jurisprudence.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ J. STAROBINSKI, *Sur l'histoire de l'herméneutique, Le temps de la réflexion*, Gallimard, 1980, p. 477.

¹²⁵⁵ F. TERRÉ, Introduction Générale au Droit ; Précis DALLOZ, 13^{ème} éd., 2021.

¹²⁵⁶ J. HAUSER, *Le juge et la loi, Pouvoirs*, 2005/3 (n° 114), Le Seuil, p. 139-153.

575. Or, sur le front européen, il est mis souvent en avant la méthode téléologique c'est-à-dire par les finalités du texte qui repose sur la finalité de la règle ou son but social voulu par le législateur. Cette méthode a pour intérêt lorsqu'il y a un conflit entre la lettre ou l'esprit de la loi de faire prévaloir l'esprit sur la lettre pour se tenir à la lecture rigide des mots¹²⁵⁷. Or, en droit de la concurrence, la discipline est ancrée dans la méthode d'analyse de la réalité sociale. Le professeur FARJAT parle d'analyse substantielle qui entretient des liens étroits avec l'interprétation téléologique du droit économique¹²⁵⁸. Or, cette méthode est l'apanage des autorités parce que cela conduit à saisir des faits pertinents : économiques, sociaux et scientifiques¹²⁵⁹. En effet, cette méthode favorise l'uniformisation du droit en proposant une qualification ou requalification des faits observés afin de répondre au pluralisme des aspects économiques¹²⁶⁰.

576. Or, le juge en droit national ne peut pas toujours appliquer cette méthode en droit de la concurrence. Basculant sur la méthode de la libre recherche scientifique dès lors que l'on fait intervenir l'analyse économique dans le traitement de la solution. La libre recherche scientifique qui a été proposée par le professeur GENY s'appuie sur le fait que la loi ne permet pas de résoudre le problème. Le juge, interprète, doit prendre en compte des éléments autres que la loi tels que des données utilitaires, sociales ou ici économiques. Dans la Méthode d'interprétation du droit de 1899, le professeur GENY écrivait que « *le droit positif doit rester chose vivante* »¹²⁶¹ en sachant qu'il s'agit d'abord de « *l'adaptation du droit aux faits* »¹²⁶² et en vue de « *lutter en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale* »¹²⁶³. Le professeur SALEILLES dans la préface rappelle cet état de fait dans la préface du même ouvrage lorsque « *le droit est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence ; c'est à dire qui doit d'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite, et donner satisfaction à toutes les exigences des nécessités pratiques et à tous les desiderata*

¹²⁵⁷ L. MAZEAUD, H. MAZEAUD ET J. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol. Obligations, Théorie générale, 7^e éd., Paris, Éditions Montchrestien note 194, n° 343, 1999, p. 334 : « [La] [s]uprématie de la volonté interne sur la volonté déclarée » et « [L]a suprématie de l'esprit sur la lettre » [les italiques sont de l'auteur].

¹²⁵⁸ G. FARJAT, *Pour un droit économique, Les voies du droit*, Paris PUF, 2004, p. 107.

¹²⁵⁹ F. OST, *Le droit comme pur système*, in *La force du droit*, dir. P. BOURETZ, Paris, éd. Esprit, 1991.

¹²⁶⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : Tome 2, Le pluralisme ordonné*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2006. Voir aussi, *Tome 1, Le relatif et l'universel*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2003, Les forces imaginantes du droit : *Tome 3, La refondation des pouvoirs*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2007.

¹²⁶¹ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, -essai critique* (X. MAGNON), t. 2, 2^{ème} édition, LGDJ, 2016. p. 225.

¹²⁶² *Ibid*, p. 143.

¹²⁶³ *Ibid*.

qui en ressortent, et qui se traduisent en conceptions juridiques »¹²⁶⁴. Cette méthode est donc mise à l'honneur en droit de la concurrence lorsque le juge est amené à interpréter en tenant compte des théories économiques¹²⁶⁵.

577. L'interprétation spécifique au domaine économique du droit de la concurrence. Avec l'État providence, la légitimité de l'interprétation repose sur une légitimité matérielle et sur une légitimité substantielle, la hiérarchie entre les légitimités dépendant largement de la notion d'ordre public de direction et de protection¹²⁶⁶. Alors pourquoi l'interprétation téléologique est-elle mise en avant en droit de la concurrence ? L'interprétation téléologique se veut une valeur étalon pour qualifier les phénomènes liés au pouvoir économique et l'outil indispensable pour passer du fait économique au concept économique. Le concept de pouvoir économique est nécessaire dès lors qu'elle permet l'interprétation du droit économique. La finalité même du droit de la concurrence ayant une forte composante libérale fait dépendre de l'interprétation des textes des « *gardiens objectifs du temple libéral et/ou néo-libéral* »¹²⁶⁷ au regard des objectifs initiaux d'un bon fonctionnement de l'économie de marché. Or, si l'autorité de la concurrence utilise essentiellement ce type d'interprétation, c'est parce que s'ajoute à leurs prérogatives le contrôle des actions des pouvoirs privés, mais également publics à travers les aides d'État. À titre d'exemple, les AAI appliquent l'interprétation téléologique en s'appuyant sur les fondements sociaux de la règle de concurrence. La volonté d'une autorité est le souci d'harmoniser la vie en société en tenant compte, à la différence du juge, de la légitimité non seulement formelle, mais également substantielle et procédurale¹²⁶⁸.

578. Le retour du juge dans la possibilité d'interpréter le droit de la concurrence avec l'extension de son rôle. Le renouveau du rôle du juge passe par une liberté plus grande de son rôle d'interprétation. La réflexion sur l'interprétation téléologique est notable lorsqu'il s'avère qu'il doit manier des concepts tels que « *la recherche de ma finalité de la règle ou, dit-on*

¹²⁶⁴ *Ibid*, p. XVIII.

¹²⁶⁵ *Ibid*.

¹²⁶⁶ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, éd. Jurid., LGDJ, 1998. *Sur l'ordre public économique* : G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963 ; Cela peut dépendre des domaines d'activités, V. V. VALETTE-ERCOLE, *Le droit pénal économique, en droit pénal très spécial ?*, acte du colloque organisé le 28 avril 2017 par le centre de droit économique et du développement de l'université de Perpignan, coll. Actes et études, éd Cujas, sous la direction de Vanessa VALETTE-ERCOLE, p. 7.

¹²⁶⁷ F. RIEM, *Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil* », RIDE 2008, n°1.

¹²⁶⁸ L. BOY, J. B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 67.

encore, de son but social »¹²⁶⁹. Le juge doit, donc, prendre en compte la finalité inspiratrice de « la raison concurrentielle » qui inspire directement l'interprétation des droits internationaux ou européens, mais se heurte aux logiques propres de l'interprétation par le droit national¹²⁷⁰. Cependant, le juge est tiraillé entre le droit et la loi, source de normativité, et le raisonnement économique. En toute réciprocité, la finalité du droit de la concurrence est de la compétence des législateurs. Or, c'est oblitérer un fait. La finalité du droit de la concurrence est l'objet de l'interprétation. En effet, le but est de comprendre les enjeux du litige afin de calibrer la solution à la finalité des règles de droit¹²⁷¹. Parce qu'en fin de compte, « *la décision du juge devient juridiquement bonne parce qu'elle est en réalité économiquement efficace ou acceptable* »¹²⁷².

579. Il s'agit d'un pas supplémentaire dans l'approche des limites de l'approche téléologique lorsqu'elle répond simplement à la logique du marché. En effet, cette méthode recherche avant tout l'équilibre sur le marché, ce qui s'éloigne de l'objectif premier du droit, la protection de la partie faible¹²⁷³. En prenant des objectifs différents tels que sociaux, un aspect environnemental apparaît ce qui est plus difficile à appréhender par le juge. À ce titre, l'interprétation téléologique varie dans ses objectifs au-delà du simple contrôle de l'équilibre du marché en tenant compte de facteurs sociaux. L'exemple de l'exemption des ententes en droit de la concurrence est édifiant notamment en droit de la distribution. Or, l'effet pervers de ces mesures a été vivement critiqué dès lors que l'on a vu une immixtion du droit des contrats en droit de la concurrence¹²⁷⁴. Or, dans les relations contractuelles à l'occasion des contrats de distribution, les juges en s'appuyant sur l'esprit des règlements ont protégé les distributeurs¹²⁷⁵. Ce serait donc simplifier le rôle du juge que de focaliser sur la méthode téléologique en ne recourant qu'aux méthodes économiques, l'évaluation du préjudice reste du ressort du juge.

¹²⁶⁹ F. TERRÉ, *op.cit.*, n° 473. Sur la portée potentiellement contestataire de la notion de but social, JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905 ; A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chr. p. 67.

¹²⁷⁰ E. PUTMAN, *Recherche sur les définitions dans les lois commerciales*, RRJ 1986, n°4, p. 49.

¹²⁷¹ G. CANIVET, in B. DEFFAINS (dir), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd Cujas, 2002, préface, p. 2.

¹²⁷² A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. B. SAINTOURENS, n°19, p. 30.

¹²⁷³ C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Th. Dijon 2001 ; La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ, t. 261 ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, Th. LGDJ, 1999, t. 322.

¹²⁷⁴ A. PIROVANO, G.J. MARTIN (dir), *Les transformations de la régulation juridique*, Coll. Droit et société, Paris, LGDJ 1998, p. 294.

¹²⁷⁵ Voir les décisions citées par A ; PIROVANO, *op. cit.*, p. 298 et s.

580. C'est avec une certaine appréhension que le juge est amené à intégrer les argumentaires économiques dans sa prise de décision. En effet, rares sont les règles qui ne doivent pas être interprétées ; or, le juge est le tenant de l'interprétation. Alors qu'il peine à intégrer les règles de concurrence issues d'un droit étranger à notre système juridique, il doit s'accommoder de connaissances annexes telles que l'économie pour prendre une décision.

581. Pour éviter toute décision surprenante des juges, la limite de l'interprétation est le respect de la volonté du législateur. Cependant, en droit de la concurrence s'ajoute le contrôle strict des règles de concurrence européennes par la Commission et les juridictions européennes. La primauté qui s'impose aux juridictions européennes s'apparente parfois à une vision exégétique du droit ici qui bride le juge dans son rôle de créateur du droit. En effet, si les juridictions européennes ne remettent pas en cause l'autonomie des juridictions nationales, elle effectue d'autant plus un contrôle sur les décisions qui laissent peu de marges pour la prise de décision des juges nationaux.

582. Pourtant, l'interprétation du juge se justifie pour deux raisons : d'une part, comme vue précédemment, c'est d'abord une obligation légale et, d'autre part, les règles posées par l'Union européenne ont, comme tous les textes juridiques, un caractère général et abstrait, et doivent souvent faire l'objet d'une interprétation par le juge. Or, il se heurte à deux écueils, la méconnaissance de l'économie plus habituée aux règles purement juridiques et l'utilisation d'une autre méthode d'interprétation passant du syllogisme au téléologisme. Un problème qui s'est amplifié avec l'extension de son rôle dans la mise en œuvre des règles de concurrence européenne qui débouche sur une adaptation jurisprudentielle certaine.

Section 2. L'adaptation jurisprudentielle au regard du raisonnement économique dans le jugement

583. Il est acquis dans la pratique américaine que les textes sont généraux et doivent faire l'objet d'une interprétation¹²⁷⁶. La volonté de la Commission, de promouvoir le droit de la concurrence à travers les États membres, est de pousser alors vers une pratique plus proche du droit outre-Atlantique. Plutôt nouveau en droit européen, un nouvel arbitrage s'impose au juge

¹²⁷⁶ Une pratique qui se justifie en grande partie à cause de la distinction entre les autorités en charge de l'instruction et les autorités en charge des décisions. Le juge étant le tenant du second, le système juridique américain est habituel d'une certaine souplesse notamment en droit antitrust.

entre les règles issues des discours économiques et le droit. Or, loin d'essayer de régler les conflits doctrinaux entre l'analyse économique et l'analyse juridique, la Commission et les autorités de concurrence ne cessent d'essayer d'intégrer ses nouveaux critères dans l'analyse du juge. Finalement, s'il apparaît que même si la qualification des faits est de principe, la mise en œuvre de la pratique juridictionnelle suppose d'intégrer le raisonnement économique pour leurs déterminations (§1), avec, toutefois, un contrôle des juges de la procédure en soumettant le raisonnement économique aux règles du jugement (§2).

Paragraphe 1. L'intégration du raisonnement économique dans la définition du jugement

584. Conformément à l'analyse sur l'interprétation du droit de la concurrence par le juge, la référence au discours économique distingue clairement le choix de l'interprétation du juge dans sa prise de décision. Cela veut dire clairement que la prise de décision doit faire intervenir un mode de justification de la décision prise par le juge qui soit différent, en se référant notamment aux notions économiques pour la qualification en droit (A). De fait, ces notions économiques s'avèrent nécessaires pour l'analyse juridique (B).

A. La référence aux notions économiques pour la qualification en droit

585. Le développement, qui suit, s'appuie sur le raisonnement préalable à l'interprétation du juge lorsqu'il applique le droit de la concurrence. En effet, lorsque le juge applique le droit de la concurrence, il est amené à trancher un litige en s'appuyant sur une conception juridique qui intègre l'activité économique¹²⁷⁷ dans son analyse. Pourquoi ? Le domaine du droit de la concurrence est fortement influencé par une entité économique : l'entreprise. Or, si le droit, par principe, englobe autant les personnes physiques que les personnes morales, c'est à travers ces derniers que l'on perçoit plus particulièrement la notion d'activité économique. Par définition, cette activité économique se réfère à une activité marchande existante ou

¹²⁷⁷ Pour une discussion de la catégorie de « marché », on peut se reporter, entre autres, à: A. MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 2016 ; P. KOSLOWKI (dir.), *Imaginer l'Europe: le marché intérieur européen, tâche culturelle et économique*, Paris, éd du Cerf, 1992 ; J.-A. MAZÈRES, *L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation*, in B. STERN (dir.), *Marché et nation, regards croisés*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 81 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Le modèle de marché*, APD, T. 40, 1996, p. 286-313 ; A. LYON-CAEN, *Regards sur l'entreprise en droit communautaire*, in *Entreprise, institution et société, Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'homme*, avr. 1996, p. 83 ; M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction de la catégorie juridique de marché*, LGDJ, 2002 ; A. HATCHUEL, O. FAVEREAU, et.al (dir.), *L'activité marchande sans marché? Actes du colloque de Cerisy*, juin 2008, Paris, Presses de l'école des Mines, 2010 ; E. LAQUIN, A. MARTIN, *Droit et marchandisation*, LexisNexis, 2010.

potentielle¹²⁷⁸. C'est, donc, en se référant à cette activité marchande comme non marchande que des investigations par l'objet seront menées lorsqu'il est perçu un comportement anticoncurrentiel. Une approche que la Cour de justice a d'ailleurs consacrée dans l'arrêt *Mannesmann* par « *une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels* »¹²⁷⁹. Par la suite, l'arrêt *Höfner* a apporté une précision remarquable puisque la Cour de justice ne distingue par foncièrement l'entreprise de l'association par le terme entité en énonçant « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement* »¹²⁸⁰. Il a même apporté une précision supplémentaire qui permet de confirmer que le droit de la concurrence a pour vocation à s'appliquer à toutes les entreprises, et ce en étendant la signification d'activité économique aux secteurs du service public « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son mode de financement, la circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de cette activité* ». La notion d'activité économique couvre donc un champ d'application très large pour le juge. La professeure Laurence BOY dans ses travaux sur l'interprétation en droit économique a pu définir l'activité économique « *comme toute activité durable qui consiste à produire, transformer, distribuer ou commercialiser un bien ou un service, sans considérer la nature du bien ou du service ni la qualité ou le statut de l'exploitant* »¹²⁸¹. Or, l'application du droit de la concurrence par le juge sur l'entreprise n'est pas innée. En effet, le juge a dû construire sa connaissance au fil des affaires qui lui sont présentées¹²⁸². Même les textes européens ne délimitent pas foncièrement le champ d'application¹²⁸³ du juge à l'entreprise. Rien que les articles 101 et 102 du TFUE ont vocation à s'appliquer autant aux personnes morales

¹²⁷⁸ Conclusions de l'avocat général H. MAYRAS, précitées sur l'affaire *BRT/Sabam*.

¹²⁷⁹ CJCE, 13 juillet 1962, aff. 19/61, rec, p. 677.

¹²⁸⁰ CJCE, 23 novembre 1991, Rec.I, p. 1979 ; R.J.S 1991, p. 474.

¹²⁸¹ L. BOY. *L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?* L. BOY., J. B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Pluralisme juridique et efficacité du droit économique.*, Bruxelles, Larcier, p. 335-253., 2011, Droit-Economie-International., 978-2-8044-4884-4.

¹²⁸² Pour une discussion de la catégorie de « marché », on peut se reporter, entre autres, à : A. MATTERA, *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 2016 ; P. KOSLOWKI (dir.), *Imaginer l'Europe : le marché intérieur européen, tâche culturelle et économique*, Paris, ed du Cerf, 1992 ; J-A. MAZÈRES, *L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation*, in B. STERN (dir.), *Marché et nation, regards croisés*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 81 ; M-A. FRISON-ROCHE, *Le modèle de marché*, APD, T. 40, 1996, p. 286-313 ; A. LYON-CAEN, *Regards sur l'entreprise en droit communautaire*, in *Entreprise, institution et société, Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'homme*, avr. 1996, p. 83 ; M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction de la catégorie juridique de marché*, LGDJ, 2002 ; A. HATCHUEL, O. FAVEREAU, et.al (dir.), *L'activité marchande sans marché? Actes du colloque de Cerisy*, juin 2008, Paris, Presses de l'école des Mines, 2010 ; E. LAQUIN, A. MARTIN, *Droit et marchandisation*, Litec, 2010.

¹²⁸³ M-A. FRISON-ROCHE, *L'entreprise, le marché et les principes en droit interne et communautaire de la concurrence*, LPA, 1995, n°59, p. 4.

qu'aux personnes physiques notamment pour la réparation d'un dommage concurrentiel auprès des juridictions de droit commun.

586. **Le raisonnement.** L'interprétation du juge qui résulte de l'application de l'activité économique impose un double raisonnement. D'une part, un raisonnement restrictif¹²⁸⁴ dans lequel se déduit qu'une activité n'entre pas systématiquement dans les critères marchands qui caractérisent l'activité économique¹²⁸⁵ et qui soustrait un certain nombre d'activités économiques et, d'autre part, un raisonnement par analogie¹²⁸⁶ qui est une technique argumentative plus répandue en droit de la concurrence, en assimilant l'ensemble des activités économiques. Finalement, quel critère le juge prend-il pour prendre une décision ? Que le choix se tourne vers l'un ou l'autre des raisonnements, le juge procède à une analyse « concrète », c'est-à-dire qu'il se réapproprie les énoncés qui régissent l'activité litigieuse pour développer sa propre justification¹²⁸⁷. À l'évidence, le caractère distinctif est le présupposé, l'analyse restrictive est un constat alors que l'analyse par analogie se construit selon un mode d'argumentation qui procède par similitudes exprimées sous forme d'indices. La jurisprudence a tôt utilisé ce raisonnement en matière d'entente : « *si un parallélisme de comportements ne peut être à lui seul identifié à la pratique concertée, il est cependant susceptible d'en constituer un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature du produit, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du dit marché* »¹²⁸⁸ même si le parallélisme de comportement peut être expliqué par d'autres raisons telles que les conditions de marché¹²⁸⁹. Finalement, c'est l'interprétation par analogie qui est favorisée. En effet, l'intérêt d'élargir la notion d'entreprise à l'ensemble des secteurs économique est justifié par la volonté de proposer une interprétation uniforme du droit européen de la concurrence, quel que soit le secteur

¹²⁸⁴ H. RABAULT, *Le problème de l'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 371.

¹²⁸⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Valeurs marchandes et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur de A. PIROVANO, *op. cit.* Note 5, p. 223-233, préc. 2003, p. 233.

¹²⁸⁶ H. MOTULKSZY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé - les éléments générateurs des droits subjectifs*, reprint Dalloz 2002 de la thèse publiée en 1948, Sirey. Par ex : CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec.1991, p. I-1979 ; CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, Rec.2001, p. I-8089, note M. BAZEX, S. BLAZY, *Analyse économique du droit appliquée au service public*, DA, n°3, 2002 ; note L. IDOT, *Europe*, déc.2001, comm. n°372, p. 21-23.

¹²⁸⁷ P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007 ; J.-Y. CHEROT, *Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour*, in *L'ordre concurrentiel*. Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, éd. FRISON-ROCHE, 2003, p. 563-577.

¹²⁸⁸ Arrêt du 14 juillet 1972 : *Imperial Chemical industries c/ Commission des C.E.* (affaire 48/69).

¹²⁸⁹ J. SHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE, *Droit européen des affaires*, PUF, 1994, p. 249.

d'activité privé ou public¹²⁹⁰. La portée générale de cette définition permet d'englober des secteurs tels que le secteur public souvent considéré comme l'apanage des juges administratifs et, par extension, aux associations, alors même qu'elles ont un but non lucratif. Déterminant de la compétence *ratione materiae*, l'article L. 410-1 du Code de commerce reprend tel quel cette notion de l'activité économique « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». L'entité à même de développer cette activité est donc bien l'entreprise, même si le texte n'y fait pas clairement référence.

587. Or, la jurisprudence européenne est beaucoup plus claire en ne caractérisant pas l'entreprise par sa forme juridique, mais par son activité. Personnes morales ou physiques¹²⁹¹, privées ou publiques¹²⁹², une entité doit développer une activité de production, de commercialisation ou des services¹²⁹³.

588. Une question qui a pris d'autant plus d'importance lorsqu'il a s'agit d'achever le marché intérieur¹²⁹⁴, ce qui sous-entendait d'étendre le champ d'application du droit de la concurrence à l'ensemble des acteurs économiques. À bien y regarder, si les critères fixés par l'arrêt *Mannesmann*¹²⁹⁵ se sont révélés insuffisants, pour autant, l'arrêt *Höfner* a fixé le sens donné à la qualification d'entreprise en se référant à l'exercice d'une activité économique¹²⁹⁶. Or, cette

¹²⁹⁰L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, Paris, éd. FRISON-ROCHE, 2003, p. 523.

¹²⁹¹ Une personne physique concessionnaire d'un brevet est une entreprise. Un représentant de commerce également. Cf la communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec de représentants de commerce, J.O.C.E. 1962, L. 139, 2921.

¹²⁹² Commission C.E.E. 10 décembre 1982, *BRITISH TELECOMMUNICATION*, J.O.C.E. 1982, L. 369/36 ; Conseil de la concurrence, décision du 17 mai 1988, n°88-D-24, S.A.E.D.E. (ville de Pamiers) B.O.C.C.R.F. du 28 mai 1988, abondamment commentée et réformée par la C.A. de Paris le 30 juin 1988, B.O.C.C.R.F. du 9/07/88 ; décision du 28 juin 1994, décision 94-D-40, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'enseignement du ski, Rapport d'activité pour 1991, annexe 14, p. 34. Sur ce point, V. M.-C. BOUTARDLABARDE et L. VOGEL, *Droit de la concurrence et personnes publiques*, Gaz. Pal. 22/23 décembre 1989, p. 4, J.Y. CHERROT, *La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution*, Dalloz 1991, chr. p. 163 ; M. GUIBAL, *Droit public des contrats et droit de la concurrence, le style européen*, J.C.P. éd. G. 1993, n°3667, p. 161.

¹²⁹³ J. Le BIHAN, *L'intégration verticale : le point de vue des producteurs agricoles*, Économie rurale, Année 1960, 44, p. 57

¹²⁹⁴ Acte unique européen, JOCE, 29 juin.1987, n° L 169, p. 1.

¹²⁹⁵ CJCE 13 juillet 1962, *Mannesmann AG/ Haute Autorité de la CECA*, aff. C-19/61, Rec.1962, p. 675, pt 1 ; CJCE 13 juillet 1962, *Klöckner et Hoesch c/ Haute Autorité de la CECA*, aff.jtes, 17/61, 20/61 Rec.1962, p. 615 ; repris dans la décision de la Commission du 18 juin.1969, CHRISTIANI-NIELSEN, JOCE, n°L 165 du 15 juil.1969, p. 12-14.

¹²⁹⁶ Pour un aperçu des débats sur cette question : I. TORLEY DUWEL, « *Signification du mot 'entreprise' dans le sens de l'article 85 du traité CEE, à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles* »,

manière d'établir la notion d'entreprise en l'état du droit positif permet au juge judiciaire, mais, également, au juge administratif d'être toujours compétent¹²⁹⁷. En conclusion, si cette dernière notion semble difficile à appréhender¹²⁹⁸, elle permet au juge d'avoir un champ d'intervention très large. D'ailleurs, en étendant la compétence pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE dans la compétence du juge, il a donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises¹²⁹⁹. Dès lors si le juge est conduit à prononcer une sanction et si l'activité économique est l'objet de l'entreprise, alors quelle sanction est encourue lorsqu'est démontré un lien de causalité entre l'activité de l'entreprise et l'atteinte au marché ? Pour autant, cela revient, dès à présent, à associer l'activité économique de l'entreprise et le marché.

589. **Le lieu de l'activité économique.** L'entreprise poursuit son activité sur un lieu, le marché¹³⁰⁰. En droit européen, ce lien entre l'activité économique et le marché a été repris par la Commission en définissant l'activité économique comme une activité à « *caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens et services sur un marché* »¹³⁰¹. Le marché en cause est donc le lieu où s'exerce la concurrence définie d'ailleurs par le lieu de « *confrontation entre entreprises donc chacune cherche à augmenter ses parts de marché le plus souvent au détriment des autres* ». Dès lors, la référence à la notion de marché en cause est devenue essentielle lorsqu'il s'agit d'atteindre les objectifs du droit de la concurrence, une notion qui est intrinsèquement liée à la notion de concurrence.

590. Or, même si c'est purement fictif, sa délimitation a d'autant plus d'importance qu'elle permet l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Le professeur RIPERT avait défini le marché comme un « *domaine abstrait, qui peut être régional, national ou mondial, de négociations de certains biens déterminés. On y fait un rassemblement idéal de ceux qui*

RTDE, 1966, p. 400-408.

¹²⁹⁷ On pense notamment au droit des contrats à travers les questions d'équilibre contractuel, au droit des pratiques restrictives de concurrence, aux conséquences civiles de décisions en matière de droit de la concurrence et au droit des entreprises concurrentielles dotées de droits spéciaux ou exclusifs ou encore de prérogatives exorbitantes du droit commun.

¹²⁹⁸ Cf pour exemple l'arrêt rendu le 24 juin 1993 par la Cour d'appel de Paris, qui refuse de considérer comme des entreprises une direction régionale et une agence, malgré les délégations dont cette dernière disposait, B.O.C.C.R.F. du 1^{er} juill. 1993, p. 179.

¹²⁹⁹ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 2008, coll. *Droit de l'Union Européenne*, (dir.) F. PICOD, p. 82-86.

¹³⁰⁰ CJCE, 6 octobre 2009, *SPÖ Landesorganisation Kärnten*, aff. C-267/08, Rec.2009, p. I-23.

¹³⁰¹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission des Communautés Européennes c/ République Italienne*, aff.118/85, Rec. 1987, p. 2599, pt.7 ; dans le même sens : CJCE, 27 janvier 1987, *Verband der Sacversicher e.v c/ Commission*, aff. 45/87, Rec. 1987, p. 405.

cherchent à acquérir et de ceux qui cherchent à écouler les biens en question »¹³⁰². Cette notion absente des articles s'est imposée dans la jurisprudence de la Cour de justice¹³⁰³. C'est un élément matériel permettant de qualifier la pratique d'une entreprise. Le marché en cause apparaît donc comme un élément probatoire pour sanctionner la pratique d'une entreprise. Dans l'arrêt *Italiana Vetro*, le Tribunal européen donne pour condition que « *la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel* »¹³⁰⁴. En 2003, l'arrêt *Adriatica di Navigazione SpA* confirme cette définition « *dans le cadre de l'application de l'article 86, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité* »¹³⁰⁵. En outre, l'intérêt sous-jacent est « *de déterminer s'il existe des concurrents réels capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective* »¹³⁰⁶. Le marché est donc un des éléments essentiels pour l'analyse juridique.

B. La nécessité des notions économiques pour l'analyse juridique

591. L'approche de l'analyse juridique préalable à la prise de décision du juge en droit de la concurrence est étroitement liée à l'analyse substantielle de la concurrence. Elle en est même le précurseur. Toute la difficulté de la question n'est pas son intégration en droit de la concurrence, c'est de rechercher sa légitimité procédurale. En effet, il est notable que les

¹³⁰² G. RIPERT, *Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959, p. 110.

¹³⁰³ Hormis l'affaire *United Brands et Hoffmann La-Roche*, les arrêts ne mentionnent pas expressément le terme de « marché pertinent » : CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff.27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 65 et CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann La-Roche*, aff.85/76, Rec. p. 1139, pt 28. Les juges utilisent plutôt l'expression « marché en cause » : CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff.6/72 ; CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, aff.jtes, 40 à 48, 50 à 56, 111, 113 et 114/73 ; CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche*, aff. 85/76 ; CJCE, 13 mai 1971, *NV International Fruit Company*, aff. 40 à 44/70 ; CJCE, 11 décembre 1980, *NV L'Oréal c/ De Nieuwe AMCK*, aff. 31/80, Rec. 1980, p. 3775, pt 26 ; CJCE 6 mars 1974, *Commercial Solvents/ Commission*, aff. 6/73 ; CJCE 26 novembre 1975, *Groupement des fabricants de papier peints de Belgique*, aff. 73/74 ; CJCE, 31 mai 1979, *Hugin/ Commission*, aff. 22/78 ; CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81. On trouve aussi l'expression de « marché » tout court, par ex : Déc. Commission, 22 décembre 1972, *Cimbel*, 72/474/CEE ; Déc. commission, 3 juillet 1973, *Chauffe-eau et chauffe-bains*, 73/232/CEE.

¹³⁰⁴ TPICE, T-69/89, T-77/89 et 78/89, *Società Italiano Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and P&S Vernante Pennitalia SpA v Commission*, 10 mars 1992, Rec. 1992, p. II-1403, § 366.

¹³⁰⁵ TPICE, T-61/99, *Adriatica di Navigazione SpA C/ Commission*, 11 décembre 2003.

¹³⁰⁶ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO n°372 du 9 décembre 1997, pt. 2.

tribunaux judiciaires éprouvent un sentiment de gêne avec l'analyse économique¹³⁰⁷. Il n'est donc pas étonnant de revenir sur la notion économique de marché qui permet non seulement de caractériser le droit applicable, mais également l'analyse concurrentielle¹³⁰⁸ en se focalisant sur la notion de marché pertinent (1) dans le cadre d'un marché de référence (2).

1. La caractérisation d'un marché pertinent

592. On comprend dès lors tout l'intérêt pour le juge de qualifier le marché pour appliquer les règles de concurrence. Le souci se tourne vers l'observation des comportements de l'entreprise dont l'objectif est d'acquérir, de renforcer ou d'exploiter un pouvoir de marché notamment en réalisant une fusion ou en adoptant une stratégie prédatrice sur un mode coopératif ou non coopératif¹³⁰⁹. La concurrence est une contrainte pour les entreprises limitant leurs possibilités de profit. Leurs stratégies mises en place pour limiter la concurrence n'ont pour seul objectif que d'avoir un pouvoir de marché le plus élevé possible. En définitive, lorsqu'on s'intéresse au marché c'est surtout à son pouvoir¹³¹⁰. Le pouvoir de marché permet à l'entreprise d'être capable de fixer des prix supérieurs au marché tout en réduisant sa production. On parle de « *price maker* ». Les professeurs David BOSCO et Catherine PRIETO ont considéré qu'à terme ce pouvoir de marché permet des profits « *supra-concurrentiels* »¹³¹¹. Dès lors, si l'on examine l'activité économique sous l'angle des interprètes, il s'agit de démontrer que lorsqu'on évoque le marché, l'on vise les entreprises qui ont un pouvoir significatif sur ce même marché. On concentre alors l'analyse sur celles qui sont en mesure d'élever leur prix à un niveau supérieur à leur coût marginal¹³¹². Reconnu alors par le juge comme un fondement de pratique anticoncurrentielle, le pouvoir de marché est donc essentiel.

593. Mais, pour rendre compte de ce pouvoir de marché, doit-on encore distinguer le marché de référence, ce qui rend pertinentes les règles inhérentes aux pratiques anticoncurrentielles ? Déjà, les articles 101 et 102 du TFUE ne font pas référence au marché en cause. C'est

¹³⁰⁷ L. IDOT, *Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption*, les petites affiches, 1^{er} février 2005, n° 22, p. 9.

¹³⁰⁸ V. V. SELINSKY, *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence, mai/juillet 2005, n° 3, p. 18-19.

¹³⁰⁹ N. PETIT, *Droit de la concurrence*, Montchrestien, 2020, § 321.

¹³¹⁰ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2004, La documentation française, p. 201.

¹³¹¹ D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2023, § 3, A, note 356.

¹³¹² L. VOGEL, *L'économie, serviteur ou maître du droit ?* in Mélanges en l'honneur de A. DECOCQ, Paris, Litec, 2004, p. 605-614.

jurisprudentiel. Cette expression a donc qu'un intérêt pratique. Issue auparavant de la jurisprudence américaine¹³¹³, c'est une simple adaptation de langage. On parlera même d'abus de langage même si le marché en cause « *délimite le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises* »¹³¹⁴, alors que l'expression « marché pertinent » est dérivée du concept économique de modèle de concurrence pure et parfaite¹³¹⁵. Selon ce modèle, le marché est un lieu imaginaire qui confronte une atomicité d'offreurs et de demandeurs, en partant de l'hypothèse qu'ils représentent un nombre équivalent d'un côté comme de l'autre¹³¹⁶. Ce lieu de confrontation définit le prix qui du côté des offreurs permet de maximiser leurs gains et de l'autre la demande à la recherche d'un prix pertinent voir « rationnel ». En outre, les participants au marché aussi bien offreurs que demandeurs disposent de l'information, c'est l'hypothèse de transparence absolue du marché¹³¹⁷. Dans cette situation, les prix sont fixés de manière autonome par les forces du marché. Bien entendu cette situation dite idéale¹³¹⁸ est séduisante puisqu'elle permet la maximisation du bien-être de chacun¹³¹⁹. Cependant, lorsqu'on parle de concurrence pure et parfaite, c'est un idéal que l'on ne peut qu'approcher. Au point que ce lien entre concurrence et structure de marché fait toujours l'objet de vives critiques¹³²⁰. Le but de l'utilisation du concept de marché en cause n'a finalement qu'un intérêt : celui de faciliter l'interprétation des règles juridiques en transposant le concept économique de marché de référence en droit.

594. Donc, en se concentrant sur le marché de référence, le professeur Patrick REIS a pu faire le lien entre la concurrence et le marché pertinent dans lequel « *la concurrence est un mécanisme permettant sur un marché pertinent la formation des prix par le simple jeu de l'offre et de la demande d'où l'intérêt des pouvoirs publics nationaux ou supranationaux de combattre les entraves à une libre concurrence* »¹³²¹. Il a été suivi sur cette question par les professeurs

¹³¹³ Par ex, *Times Picayune Co. c/ United States*, 345, US, 594, (1953); *US v. E.I. du Pont de Nemours*, 351, US-377-404 (1956); *Brown Shoes Co v United States*, 37 U.S., 294, (1962); *United States v Philadelphia National Bank*, 374 U.S., 321 (1963); *United States v. Aluminium Co. of America*, 377 US, 271, 279 (1964).

¹³¹⁴ V. la Cour d'appel de Paris, CT0091, du 7 novembre 2006, 31 sur une Décision déferée à la Cour : n°05-D-68 rendue le 12 décembre 2005 par le Conseil de la Concurrence.

¹³¹⁵ B. CLÉMENT, *La libre concurrence*, coll. « Que sais-je ? », 1977, p. 3.

¹³¹⁶ Dans cette situation les opérateurs sont appelés des « price takers », voir notamment E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz Précis, 2020, p. 30.

¹³¹⁷ L'information sur la qualité du produit est sous-entendue par l'hypothèse de substituabilité parfaite des produits.

¹³¹⁸ F. LÉVÊQUE, *l'impact du choix du modèle de concurrence sur l'analyse d'un échange d'informations*, microéconomix, 2008, p. 5

¹³¹⁹ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, 1776 Ed. Broche, 2014.

¹³²⁰ M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, PUF, 1983. p. 5.

¹³²¹ P. REIS, *Concurrence entravée et concurrence excessive : Liberté d'accès au marché et le développement durable*. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2008, p. 2.

Catherine PRIETO et David BOSCO, dans *Droit européen de la concurrence* qui ont mis en avant l'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne. Deux arrêts examinent ce marché de référence. Tout d'abord l'arrêt *Société Technique minière* en justifiant que « le jeu de la concurrence doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux »¹³²² ce qui implique un marché de référence dit pertinent permettant « d'identifier et définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »¹³²³.

595. Donc, si la notion de marché est depuis balisée lorsqu'il s'agit de produits ou de services offerts par une entreprise, le marché pertinent est plus précis, mais aussi plus délicat à délimiter. Spécifique à l'activité économique exercée par l'entreprise, par nécessité, la pertinence du marché s'entend alors en termes de substituabilité des produits ou des services sur un marché. Le professeur Nicolas DORANDEU a donné une définition de la substituabilité : « À partir d'une analyse des données passées d'évolution des prix et des quantités vendues de biens X, Y ou Z susceptibles d'être en concurrence, la mesure de l'élasticité croisée exprime l'effet d'une modification de prix du produit X sur le volume de vente des produits Y ou Z. Si une légère augmentation de prix pour le produit X déclenche une déviation « massive » de la demande vers les produits Y et Z, l'élasticité de prix croisé de la demande pour le produit X est positive. La mesure d'une élasticité croisée fortement positive indiquera une substituabilité forte entre les produits X, Y et Z ce qui sera un indice de leur appartenance à un même marché. Inversement une faible élasticité croisée positive indiquera des substituts éloignés »¹³²⁴. D'ailleurs à ce titre, le règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 a introduit un critère d'évaluation qui substitue la protection du marché aux gains d'efficacité¹³²⁵.

¹³²² CJCE, 30 juin 1966, 56/65, *Société Technique minière (LTM)*, Rec. 1966, p. 360 ; Dans le même sens, CJCE, 10 juill. 1980, 99/79, *Lancôme*, pt 24 ; CJCE, 11 juillet 1985, 42/84, *Remia*, pt 17.

¹³²³ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5 : « 2 La définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause (2). La définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. C'est dans cette optique que la définition du marché permet entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l'appréciation d'une position dominante ou pour l'application de l'article 85 du traité ».

¹³²⁴ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan - P.U.P., Etudes, 2000, §. 134, p. 99-133. L. VOGEL, *À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produit ?* Cont. Conc. consom., juin 92, p. 1 et s. ; M.-C. BOUTARD-LABARDE et D. BUREAU, *La détermination du marché pertinent*, RJDA, 1993, n° 11, p. 743 ; J.-M. SIROEN, *Marché contestables, différenciation des produits et discrimination des prix*, Revue économique, 1993, n° 3, p. 569.

¹³²⁵ V. A. PERROT, *Les gains d'efficacité : une situation contrastée*, in *Les évolutions récentes de l'analyse des concentrations : effets unilatéraux et gains d'efficacité*, RCC, n°137, 2004 ; P. REY, *Analyse économique des effets unilatéraux*, RCC, n°137, n°137, p. 29.

596. Or, l'article 8-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait posé sa conception du marché en l'appliquant « *au marché intérieur ou à une partie substantielle de celui-ci* »¹³²⁶. Jugé comme restrictive, en même temps « *retenir une appréciation trop large du marché donne un champ d'application réduit à l'article 8-2 ne permettant qu'aux entreprises détentrices d'une part de marché représentative de le mettre en action* »¹³²⁷. Il ne fait aucun doute que ce côté restrictif soit entendu comme tel, pourtant l'exemple de la concession qui s'apparente à la zone de chalandise¹³²⁸ ou le territoire exclusif¹³²⁹ permet d'étendre l'application de l'article 8-2 pourtant considéré comme attentatoire à l'ensemble de l'économie. Alors, pourquoi se focaliser sur le marché pertinent ? L'intérêt reste d'étendre l'application du droit de la concurrence au marché regroupant l'ensemble des biens et services afin de faire régner une concurrence suffisante¹³³⁰.

597. En effet, en focalisant sur un marché pertinent, on vise la possibilité pour un consommateur de se porter sur un bien ou un service lorsque le prix augmente. Ce marché pertinent défini par rapport à la demande s'ouvre à l'ensemble des produits sur lesquels s'exerce une contrainte concurrentielle. S'il ne fait aucun doute que le marché pertinent constitue le domaine de prédilection du droit de la concurrence, le marché pertinent et la substituabilité des produits sont intrinsèquement liés. Dans la relation entre l'offre et la demande sur un modèle de concurrence pure et parfaite, le comportement de la demande est considéré en fonction du prix, alors c'est sur un marché de référence que le consommateur décide de se reporter. C'est dans cette relation que l'on mesure alors une élasticité croisée entre l'offre et la demande¹³³¹. À cela, l'Autorité de la concurrence utilise trois méthodes d'analyse pour analyser la

¹³²⁶ P. DURAND, *La rupture des contrats de concession exclusive au regard de l'article 8 de l'ordonnance de 1986*, cah.dr.ent. 1987-6.

¹³²⁷ Décision n°89. D.16 du conseil de la concurrence, Recueil Lamy n° 361, B.O.C.C., 30 mai 1989, 145, p. 11.

¹³²⁸ Cass. Com., n° de pourvoi :6 octobre 2015, 14-13.176, Inédit.

¹³²⁹ Article 4 du Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

¹³³⁰ L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. 53-67 ; L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003 ; E. BERNARD, *L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation*, RIDE, 2009/3, p. 353-385. Sur cette la question des virtualités de la notion d'activité économique, v. les conclusions très pédagogiques de l'avocat général P. MADURO, présentées le 10 novembre 2005, aff. C-205/03 P, *FENIN c/ Commission*, Rec. 2006, p. I-06295.

¹³³¹ Il s'agit simplement, au regard des hypothèses précédemment évoquées, et en supposant que le consommateur ne s'oriente que par rapport au prix, de procéder du côté de l'offre et de la demande, à des simulations dont le but est d'établir la propension des offreurs et des acheteurs à s'insérer dans une fourchette de prix au-delà de laquelle les acheteurs peuvent se tourner vers d'autres produits concurrents. Cette limite constitue le périmètre du marché pertinent.

substituabilité des biens et services : une méthode descriptive¹³³² dans laquelle on observe les similarités ou les différences des biens sur un marché. « *Ces différents paramètres, importance de la part des achats effectués en ligne et similarité des produits et services offerts doivent être examinés au cas par cas pour déterminer si, selon le secteur d'activité étudié, achats en ligne et achats en magasin sont substituables ou non et si, par conséquent, le marché géographique conserve une dimension locale ou non* » relevée notamment par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence pour les services d'agences de voyages pour la distinction entre les ventes en agence et les ventes en ligne¹³³³. La deuxième méthode est l'enquête sur les agents économiques¹³³⁴ et enfin, la dernière, la méthode économétrique est utilisée notamment par la Commission¹³³⁵.

598. Donc, la question du marché pertinent joue un rôle d'autant plus important que la limite entre l'estimation des produits et des services n'est pas sur le même pied d'égalité. La comparaison des prix entre les services sur un marché étendu est très difficile à mettre en place. Or, en recourant à l'analyse du marché pertinent, on peut désigner « *l'ensemble des biens et services au sein duquel il est utile de veiller à ce que règne une concurrence suffisante, parce que la proportion de consommateurs susceptibles de se reporter vers d'autres biens ou services, en cas de hausse des prix, est trop faible pour dissuader les offreurs de pratiquer de telles hausses* »¹³³⁶. Enfin, la simplification à un marché de référence a un double intérêt : d'abord, il consiste en un outil juridique nécessaire non seulement aux autorités de régulation, mais également aux juges judiciaires pour caractériser un secteur d'activité et rendre une décision pertinente pour l'analyse économique. En effet, en s'appuyant sur une fraction simple du

¹³³²V. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, A. Colin, coll., U., 1996., n° 255.

¹³³³Décision 2000/276/CE du 22 septembre 1999 (affaire IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*), pts 29-32 ; décision du 27 avril 2000 (affaire COMP/M.1812 – *Telefonica/Terra/Amadeus*), pt 12 ; décision du 19 décembre 2001 (affaire COMP/M.2627 – *Otto Versand/Sabre/Travelocity JV*), pt 12 ; décision du 21 mai 2002 (affaire COMP/M.2794 – *Amadeus/GGL/JV*), pt 10 ; décision du 4 juin 2007 (affaire COMP/M.4600 – *TUI/FirstChoice*), pt 44 ; décision du 4 mai 2007 (affaire COMP/M.4601 – *Karstadtquelle/MyTravel*), pt 34.

¹³³⁴Déc. Commission, 22 juillet 1992, *Nestlé/Perrier*, 92/553/CEE, aff. IV/M.190.

¹³³⁵Déc. Commission, 22 septembre 1999, *Airtours, First Choice c/ Commission*, JOCE, n° L 93 du 13 avr.2000 ; Déc. Commission, 11 mars 1998, *Van den Bergh foods Limited*, 98/531/CE, n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436 ; Déc. Commission, 24 avril 1996, *Gencor/Lonrho*, n° IV/M.619 ; Déc. Commission, 30 octobre 2001, *Tetra Laval/Sidel c/ Commission*, 2004/124/CE, COMP/M. 2416 ; Déc. Commission, 9 novembre 2004, *EDP/ENI/GDP*, aff. COMP/M.3440, JO, n° L 302 du 19 novembre 2005, p. 69-78 ; Déc. Commission du 8 mai 2001, *Glaxo Wellcome, Aseprofar et Fedifar, Spain Pharma*, BAI, IV/36.997/F3, aff. IV/36.957/F3, IV/37.121/F3, IV/37.138/F3 ; Déc. Commission, 16 septembre 1998, *Trans- Atlantic Conference Agreement*, 1999/243/CE, JO, n° L 95 du 9 avril 1999, p. 1-112 ; Déc. Commission, 30 avril 1999, *Europe Asia Trades Agreement*, 1999/485/CE, JO, n° L 193 du 26 juillet 1999, p. 23-60.

¹³³⁶L. JANIN, B. MEMONI, *Le contrôle des concentrations en France : une analyse empirique des avis du Conseil de concurrence*, INSEE, n°2005-37, p. 2.

modèle, une simple variation des prix sur un secteur permet d'analyser le comportement des consommateurs.

599. **Principe.** Maintenant, sur un marché pertinent, en considérant qu'il existe une quasi-infinité de produits substituables, on peut évaluer les effets d'une augmentation de prix. Si une augmentation de prix conduit les consommateurs à se tourner vers un produit concurrent, alors il s'agit d'une élasticité souple. En revanche, si une augmentation de prix n'entraîne aucune modification dans l'acte d'achat et ne se tourne vers la concurrence, alors il s'agit d'une élasticité rigide¹³³⁷. Dans le premier cas, la contrainte concurrentielle est forte, ce qui rapproche l'état du marché du modèle de concurrence pure et parfaite. Dans le cas inverse, la contrainte concurrentielle est faible, ce qui suppose que les produits et services sont difficilement substituables. Le pouvoir de marché de l'entreprise est donc trop fort sur le marché considéré.

600. **Commentaire.** Sous cette hypothèse, une critique peut être formulée à son encontre. En tenant compte de ce degré des substituabilités¹³³⁸, le caractère catalectique¹³³⁹ n'est peut-être pas aussi représentatif de la réalité du marché. Le professeur Von HAYEK soumettait une limite de la concurrence pure et parfaite : « l'absence de toute activité concurrentielle »¹³⁴⁰, ce qui suppose une mise en œuvre difficilement opérationnelle pour caractériser le marché. D'ailleurs, les professeurs SRAFFA et SCHUMPETER¹³⁴¹ ont posé la même objection quant à sa mise en œuvre en situation réelle¹³⁴². Le problème de ce type d'analyse est la segmentation du marché alors même qu'une entreprise intervient sur plusieurs marchés en même temps. On aboutit à une simplification du processus de concurrence qui n'est pas le reflet de l'action des juridictions sur ces marchés. Néanmoins, si la délimitation du marché pertinent fait l'objet d'une analyse

¹³³⁷ A. P. LERNER, *Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*, *Rev. Eco. Studies*, 1934, p. 157. Pour une approche plus détaillée de la question : E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2020, p. 325-344.

¹³³⁸ J. N. KEYNES, *The Scope and Method of political Economy*, Transaction Publishers, 2010.

¹³³⁹ Le concept de catalectique qui nomme la science des échanges, soit la branche de la connaissance qui étudie les phénomènes du marché, c'est-à-dire la détermination des rapports d'échange mutuels des biens et des services négociés sur le marché, leur origine dans l'action humaine et leurs effets sur l'action ultérieure.

¹³⁴⁰ F. A. von HAYEK, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948, p. 96.

¹³⁴¹ F. A. HAYEK, *The meaning of competition*, in *Individualism and economic order*, Routledge & Keagan Paul, 1949, p. 93-94.

¹³⁴² M. GLAIS, *Economie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1993, p. 228-236; v. aussi les critiques de H. GUITTON, *L'objet de l'économie politique*, Librairie MARCEL RIVIÈRE, 1951, p. 55-66; H. HOVENKAMP, *Rationality in Law and economics*, *George Washington L. Rev.*, 1992, n°60, p. 263; T. VEBLEN, *Why is economics not an evolutionary science?*, *Quar.Jour.econ.*, vol. 12, 1898; F. YILMAZ, *Veblen and the problem of rationality*, *JEI*, n°3, 2007, p. 841-862.

technique, le juge pourra toujours apporter un jugement subjectif au sein même de l'analyse scientifique¹³⁴³.

601. Dès lors, l'application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles suppose un changement de paradigme mis en œuvre d'ailleurs par la Cour de justice de l'Union européenne : plus que l'analyse de la concurrence pure et parfaite, c'est plutôt une analyse de la concurrence praticable¹³⁴⁴. Cette objection aboutit à délimiter un marché de référence.

2. La caractérisation d'un marché de référence

602. **Délimitation d'un marché de référence.** Dans sa pratique la Commission délimite ce marché de référence afin de démontrer l'existence effective ou probable d'une atteinte à la concurrence. Les arrêts *Gencor*¹³⁴⁵ et *Compagnie maritime belge*¹³⁴⁶ a pu préciser pour prouver qu'une entreprise détienne une position dominante sur un marché encore fallait-il prouver qu'ils constituent une entité entravant l'exercice de la concurrence des partenaires commerciaux au détriment des consommateurs : cela implique qu'il n'existe pas de concurrence effective entre les entreprises et que les deux exercent une action et une politique commune sur un marché déterminé. Les lignes directrices de la Commission reprennent ce raisonnement utilisé par ailleurs pour analyser le marché pertinent dans le secteur des télécommunications¹³⁴⁷.

603. À cela s'ajoute l'analyse de l'autorité de la concurrence pour définir le marché pertinent. En effet, la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue pour l'Autorité de la concurrence un critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. Pour cela, le marché de produits se définit comme : « (...) *tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en*

¹³⁴³ VI^{ème} rapport d'activité (1992), p. 52 à 54.

¹³⁴⁴ Arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, *Metro/Commission*, 26/76, ECLI : EU : C/1977 :167.

¹³⁴⁵ TPI, aff. T-102/96, *Gencor/ Commission*, Rec., 1999, II, p. 753 et s.

¹³⁴⁶ CJCE, aff. Jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime belge e.a./Commission*, Rec., 2000, I, p. 1365 et s.

¹³⁴⁷ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 97-118, pt 86, « *Si l'accord a, à la fois, des effets anticoncurrentiels substantiels et des effets proconcurrentiels substantiels, une analyse minutieuse s'impose. Lors de l'évaluation de la mise en balance dans des cas de ce genre, il convient de tenir compte du fait que la concurrence est un important moteur d'efficacité et d'innovation à long terme. Les entreprises qui ne sont pas soumises à une pression concurrentielle effective - telles que les entreprises dominantes - sont moins incitées à maintenir ou accroître les gains d'efficacité. Plus l'incidence de l'accord sur la concurrence est forte, plus forte est la probabilité que les consommateurs en pâtissent à long terme* ».

raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »¹³⁴⁸. Il existe une certaine flexibilité d'analyse puisqu'il suffit que l'on puisse « *raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs de satisfaire une même demande et entre lesquels ils peuvent arbitrer* »¹³⁴⁹. Ce marché pertinent qui s'analyse par le marché des produits ou des services suppose de cerner un marché géographique.

604. **Principe.** En effet, le nombre de marchés pertinents étant variable, on recourt à une segmentation géographique en définissant des marchés locaux¹³⁵⁰. Le marché est donc représenté par « *les coûts de transport qu'un demandeur d'une zone aurait à supporter pour obtenir des produits en provenance d'une autre zone* »¹³⁵¹. La reconstruction qui en résulte est une notion fonctionnelle « (...) *le marché géographique en cause n'est pas une notion autonome, mais elle est liée à la position dominante qu'il convient d'établir et à cet égard c'est une notion fonctionnelle* »¹³⁵². L'intervention du juge est donc exogène au processus concurrentiel cela suppose une certaine homogénéité de la loi en parallèle d'une homogénéité sur le marché, il existe une similarité des situations observées.

605. **Commentaire.** Tout d'abord, la conceptualisation par comparaison est très difficile à mettre en œuvre, il faut se rendre compte que la détermination de la substituabilité sur un

¹³⁴⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO, n° C 372/03 du 9 déc. 1997, p. 5-13.

¹³⁴⁹ Conseil de la concurrence, Rapport d'activité pour 1990, p. XXXV. Selon le Conseil, certains biens a priori de même nature peuvent en réalité n'être pas jugés équivalents par les demandeurs. Se révèle peut-être ici une différence entre les approches française et communautaire. Selon la Cour de Justice en effet, la substituabilité des produits ou services doit être appréciée avant l'exercice du choix par les consommateurs, le marché étant pour elle « un choix possible et ouvert, et non un choix exercé » (C. GAVALDA et G. PARLEANI, Petites affiches du 2 juin 1989).

¹³⁵⁰ Voir l'acquisition de la société CEDEST par la société HOLDERCIM, avis n° 94-A-24 ou l'acquisition du groupe GTM par la société Vinci, avis no 01-A-08.

¹³⁵¹ 4^e rapport d'activité du Conseil de la concurrence, p. XXXV.

¹³⁵² P. Ver LOREN Van THEMAAT, *L'économie à travers le prisme du juriste*, RIDE, 1989, vol.2, p. 133-162 ; de façon similaire, v., concl de P. VER LOREN VAN THEMAAT sous l'arrêt CJCE 9 nov.1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81, Rec. p. 3534-3535, note P. LAURENT, Gaz. Pal, 1984, I, p. 337-339. On retrouve le même argument dans l'affaire relative au cartel « Lombard » où le TPICE affirme : « *La définition du marché en cause ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 81 CE ou l'article 82 CE. En effet, dans le cadre de l'application de l'article 81 CE, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut définir le marché en cause. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, les griefs formulés à l'encontre de la définition du marché retenue par la Commission ne sauraient revêtir une dimension autonome par rapport à ceux relatifs à l'affectation du commerce entre États membres et à l'atteinte à la concurrence. Dès lors, la contestation de la définition du marché pertinent est inopérante si la Commission a conclu à juste titre que l'accord en question faussait la concurrence et était susceptible d'affecter de façon sensible le commerce entre États membres* », TPICE 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a./Commission*, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, pts 172 et 175, Rec. 2006, p. II-5169.

marché est indissociable de la finalité poursuivie par les autorités de régulation et les juridictions. Enfin, elle est troublée par la science du précédent qui a pour but d'imposer un discours dominant¹³⁵³. Cela semble incompréhensible alors même que la distinction entre l'analyse du marché suppose une individualisation des décisions. La raison de la délimitation du marché en est la preuve¹³⁵⁴, mais l'attention accordée par la jurisprudence et la pratique décisionnelle démontre pourtant le contraire.

606. Sur ce point, la recherche d'une analyse par le marché géographique singularise la prise de décisions en favorisant les « préférences nationales »¹³⁵⁵ alors, fonder son jugement sur ce

¹³⁵³ Par ex, Déc. 07-D-15 du 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France; Déc. 07-D-33 du 15 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, pts 52-67; Déc. 07-D-10 du 28 mars 2007, relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruycère de Comté; Déc. 07-D-30 du 5 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique; Déc. 07-A-01 du 1^{er} février 2007, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane; Avis 07-A-08 du 27 juil.2007, relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France; Avis 07-A-06, 16 juil.2007, relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison; Déc. 05-D-66 du 5 décembre 2005, relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public; Déc. 08-D-08 du 29 avril 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques; Déc. Commission du 11 février 2004, *Air France/KLM*, aff. COMP/M.3280 op.cit ; Déc. Commission du 13 février 2003, *Ascott Group/Goldman Sachs/Orville* aff. M.3068; Déc. Commission du 04 juillet 2007, *ACCOR/Pierre et Vacances/Newcity*, JO, n° C 193 du 21 août 2002, p. 1 ; Déc. Commission du 29 mai 2006, *Véolia-BCP/INCM*, aff. NIV/14.4206.

¹³⁵⁴ J.-L. LESQUINS, *Innovation et délimitation des marchés pertinents*, REI, 1994, p. 7-15. Rarement, la Commission modifie la délimitation retenue en raison de contraintes économiques. Pour un ex de décision isolée : Déc. Commission, 14 mars.2000, *Volvo/Scania*, JO L 143 du 29 mai.2001, p. 74-132.

¹³⁵⁵ Sur ce point : Déc. Commission, 7 juin 1994, *Bertelsmann/news International et Vox*, où la Commission décide de spécifier le champ du marché géographique par rapport à la différence de langues ; Déc. 04-D-44 du 15 septembre 2004, relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films; Avis 04-A-17, du 14 octobre 2004, relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques; Déc. 04-MC-02 du 9 décembre 2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom; Déc. 07-D-08 du 12 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de distribution du ciment Corse; CA Paris, 26 avril 1989, *Pompes funèbres générales c/Cts Leclerc*; CJCE 14 février 1978, *United Brands*, op.cit, Déc. 07-D-39 du 23 novembre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres, pt 80; Déc. Commission, 11 février 2004, *Air France/KLM*, Aff. COMP/M.3280 ; TPICE 4 juillet 2006, *Easy Jet c/ Commission*, aff. T-177/04, Rec. 2006, p. II-1931 ; Déc. Commission, 7 avril 2004, *Air France/Alitalia*, aff. COMP/38.284/D2 ; Déc. Commission, 7 novembre 1990, *Renault/ Volvo*, IV/M.0004, JO, n° C 281 du 9 novembre 1990 ; Déc. Commission, 5 juin 1997, *Lyonnaise des Eaux c/ Suez*, IV/M. 976, JOCE, n° C 207, du 8 juillet 1997, p. 12 ; Déc. Commission, 17 mai 1995, *CLT/Disney/Super RTL*, IV/M.566, JOCE, n° C 144 du 10 juin 1995, p. 23 ; Déc. Commission, 21 septembre 1998, *Seagram c/ Polygram*, IV/M.219, JOCE, n° C 309 du 9 octobre 1998, p. 8.

seul constat a pour risque de favoriser le cloisonnement des interprétations sur le marché européen¹³⁵⁶.

607. Une fois définie, la délimitation du marché suppose d'aller de pair avec le marché des produits et des services¹³⁵⁷. À titre de comparaison, le modèle applicable pour le marché de la licence des taxis démontre l'inefficacité de l'intervention en l'absence de réglementations homogènes et endogènes au marché en cause¹³⁵⁸. Cette limite se retrouve d'ailleurs sur le marché des compagnies aériennes. Comment circonscrire un marché géographique, lorsque la concurrence dépend des destinations aériennes¹³⁵⁹ ? Le modèle géographique n'est donc pas circonscrit à la seule proximité du lieu, mais résulte d'une analyse par rapport à la demande des consommateurs. Ce domaine géographique peut donc être étendu¹³⁶⁰. Le renforcement du pouvoir de juger suppose d'avoir un rapport *ex post* de ce marché géographique. On peut donc dire que la référence à la réglementation ne dépend plus du marché en cause, mais de l'analyse des effets positifs ou négatifs des pratiques des entreprises sur un marché donné. La fonction juridique est donc tributaire de ce que l'on cherche à prouver¹³⁶¹ et non du secteur concerné.

Paragraphe 2. La soumission du raisonnement économique aux règles du jugement

608. En droit de la concurrence, droit et économie sont interdépendants¹³⁶². Pour l'interprète, cela impose de considérer ses deux disciplines non pas comme concurrente, mais comme

¹³⁵⁶ Déc. Commission, 7 novembre 1990, *Renault/Volvo*, IV/M.0004, JO, n° C 281 du 9 nov.1990.

¹³⁵⁷ Déc. Commission, 5 novembre 1992, *Fortis c/ Caixa*, IV/M.254, JO, n° C 297, du 13 novembre 1992 ; Déc. Commission, 27 août 2003, *GVG/FS*, aff. COMP/37.685, JO, n° L 11 du 16 janvier 2004, p. 17-40.

¹³⁵⁸ L. JANIN, *Concurrence et régulation : mise en œuvre et effets de politiques publiques en France*. Economies and finances. Télécom ParisTech, 2011, p. 182.

¹³⁵⁹ Les autorités de concurrence opèrent un tel découpage en tenant compte de « l'origine et de la destination », TPI, 19 mai 1994, *Air France c/ Commission*, aff. T-2/93, Rec.II-p. 323 ; Déc.07-D-39 du 23 novembre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres pt 80 ; Déc. Commission, 11 février 2004, *Air France/KLM*, aff. COMP/M.3280 *op.cit.* ; Déc. Commission, 7 avril 2004, *Air France/Alitalia*, aff. COMP/38.284/D2.

¹³⁶⁰ TPI, 25 mars 1999, *Gencor Ltd. C/ Commission*, aff. T-102/96, Rec.1999, p. II-753.

¹³⁶¹ Déc. Commission, 30 avril 2003, *UK Limited/T-Mobile UK Limited (UK Network Sharing Agreement)*, 2003/570/CE, JO, n° L 200 du 7 août 2003, p. 59-84 ; TPICE, 19 juin 2009, *Qualcomm wireless c/ Commission*, aff. T-48/04 ; Déc. Commission, 13 juillet 1992, *Promodès/BRMC*, aff.N IV/M.242, JO, n° C 232 du 10 septembre 1992 ; Déc. Commission, 6 avril 2000, *Carrefour/GRUPO GS*, JO, n° C 134 du 13 mai 2000, p. 15 ; Déc. Commission, 25 janvier 2000, *Carrefour/Promodès*, JO, n° C 164 du 14 juin 2000, p. 5 ; Avis 01-A-08 du 5 juin.2001, relatif à l'acquisition du groupe GTM par la société Vinci ; Déc. 97-D-47 du 11 juin.1997, relative à des pratiques concernant le marché de l'extension du service des urgences de l'hôpital de Hautepierre à Strasbourg ; Avis 98- A-06 du 5 mai 1998, relatif à l'acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA (enseignes Franprix-Leader Price) ; Avis 00-A-11 du 6 juin.2000, relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy France de la société Fichet Serrurerie Bâtiment.

¹³⁶² G. VLACHOS, *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 2001, p. 1.

partenaire. Pour les juristes français, l'admettre c'est dépassé la pensée classique des juristes quant à l'analyse économique en droit de la concurrence¹³⁶³. L'interprétation du droit implique l'utilisation de termes qui leur sont peu communs comme « agent rationnel », « productivité », « innovation » ou encore analyse en termes de « coûts ». Autant de terminologie éloignée des préoccupations du juge¹³⁶⁴. Or, le juge doit prendre sa décision en connaissance des informations pertinentes à sa disposition¹³⁶⁵. Dès lors, la démonstration scientifique qui résulte du domaine d'intervention du juge souligne l'importance pour le juge de coopérer avec les économistes (A). Ce qui revient à mettre en exergue la difficulté pour le juge d'intégrer dans la procédure l'expertise économique. Pourtant, le juge a toujours la possibilité de s'appuyer sur les précédents jurisprudentiels publiés par les autorités de régulation en accord avec le mouvement de coopération prévu par la procédure en droit de la concurrence (B).

A. La coopération entre juges et économistes sur des questions de fait

609. En droit de la concurrence, l'interprétation du droit, l'objet du juriste se juxtapose avec des principes issus de l'économie. Or, si l'on part du principe qu'un juriste n'est pas spécialiste en matière d'économie, c'est sous l'angle de la coopération avec l'économiste que peut être

¹³⁶³ E. MACKAAY, *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?* R.J.J. 1987, p. 419. Le droit français n'a pas toujours été aussi réfractaire à l'analyse économique du droit. Les auteurs du XVIII^e siècle intégraient dans le champ de leur réflexion les relations entre morale, économie et droit. C'est vers la fin du XIX^e que semble s'être opéré cette césure entre les deux disciplines, chacune revendiquant son autonomie. La théorisation de ce cloisonnement fut l'œuvre de Max WEBER. Alors que les allemands et les italiens s'intéressaient déjà au concept de droit économique, les juristes français du XX^e siècle furent davantage réceptifs à l'analyse sociologique du droit. Leur sensibilisation au droit économique fut tardive. Ebauchée dans les années 1950 par le doyen HAMEL, elle ne s'épanouit véritablement que dans les années 1970-80. Pour un historique détaillé de cette évolution, cf B. OPPETIT, *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit 1992, T.37.

¹³⁶⁴ Ce qui ne veut pas dire que le juge ne se pose jamais ce genre de questions. Mais, comme on le verra dans le chapitre qui va suivre, l'intérêt qu'il porte à ces concepts, sont d'un autre ordre. Il pourrait être opposé à ces arguments, que la distinction jurisprudentielle faite entre « offre de biens et de services sur un marché » et activité « d'achat » s'inspire de la traditionnelle séparation faite par les statisticiens, entre la catégorie d' « entreprise » d'un côté et celle de « ménage » de l'autre. La première catégorie relève des forces productives tandis que la seconde utilise les produits de l'entreprise pour sa propre consommation. Il faut cependant remarquer que cette distinction n'est que formelle. Elle vise simplement à distinguer, au sein des activités économiques, l'activité des entreprises de celle des ménages en matière de comptabilité publique. Or dissocier dans le discours de la jurisprudence l'« offre » de la « demande », revient à conférer une valeur normative autre à cette distinction (v. par ex, TPICE, 4 mars 2003, *FENIN c/Commission*, aff. T-319/99, pts 35-37 ; Rapport annuel Conseil de la concurrence, 1991, p. 27 ; CA Paris, 25 janvier 1994, *CEP Expositum*, BOCCRF, n°3/94 ; Déc. n°93-D-13, BOCCRF, n°11/93 confirmé par CA Paris, 25 janvier 1994, BOCCRF, 3/1994 ; CA Paris, 27 janvier 1998, BOCCRF, n°2/98). C'est ce choix normatif que traduit l'exclusion de l'achat à titre final du droit de la concurrence et, par ricochet, du champ jurisprudentiel du droit de la concurrence. Pour une discussion de ce point : C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse 2006, Université Paris X Nanterre, p. 51-52.

¹³⁶⁵ L. IDOT, *Le temps, une limite à l'action des autorités* in *Le facteur temps en droit de la concurrence*, Ateliers de la concurrence du 2 juillet 2003, RCC, n° 136, 2003

analysée l'interprétation du droit de la concurrence¹³⁶⁶. Cette référence à la coopération s'établit de deux manières : d'une part, lorsque le juge demande l'expertise à titre de mesure d'instruction (1) et, d'autre part, l'expertise demandée par les parties (2).

1. L'expertise demandée par le juge à titre de mesure d'instruction

610. Ce type d'expertise a été encouragé par la directive du 26 novembre 2014¹³⁶⁷ et transposé par l'ordonnance du 9 mars 2017 tant la mise en cause du préjudice par les victimes suppose des analyses complexes. Cela suppose de quantifier le préjudice causé par un auteur d'une pratique anticoncurrentielle par le juge. En toute évidence, les connaissances techniques sollicitées impliquent de faire appel à un expert.

611. Par définition, on parle d'expertise pour désigner l'intervention d'une personne à la demande d'un juge pour donner un avis. Souvent utilisé pour désigner le discours des autorités de concurrence¹³⁶⁸. Ici, on parle plutôt de l'expert qui intervient dans la procédure pour apporter un éclairage sur une question technique¹³⁶⁹, notamment économique en droit de la concurrence¹³⁷⁰. À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1999¹³⁷¹, la société *Pont-à-Mousson* spécialisée dans les canalisations d'eau a été condamnée pour abus de position dominante sur plaine de la société anglaise *Biwater*. La technique utilisée était d'éliminer ou décourager les entreprises concurrentes afin de « soumissionner » à des appels d'offres de marché public. Dans le cadre de la procédure, « la cour d'appel a ordonné une

¹³⁶⁶ M. BRUNT, *Antitrust in the Courts: The Role of Economics and of Economists*, Fordham Corp. L. Inst, 1998, B. HAWK (ed.) 1999, p. 357-367; C. CAFFARA, J. YSEWY, *Two's company, three's a crowd: the future of collective dominance after the Kali & Salz judgment*, ECLR, 1998, vol.19, p. 468; P. FLORIAN, M. WALKER, *The correct approach to the use of empirical analysis in competition policy*, ECLR, 2005, vol.26, p. 320; M. MOTTA, *EC Merger policy and the Airtours Case*, ECLR, 2000, vol.21, p. 199.

¹³⁶⁷ Le considérant 18 de la directive du 26 novembre 2014.

¹³⁶⁸ Il s'agissait en l'occurrence des dispositions du règlement du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales, CA Paris, 1^{ère} ch. Section H, 29 juin 2004, *BOCCRF* du 30 septembre 2004, p. 625, il est également fait usage du terme « analyse économique » cette fois-ci pour rendre compte d'une instrumentalisation particulière du discours de l'autorité de la concurrence par les juges nationaux. A l'instar de certaines juridictions de l'ordre judiciaire, le juge administratif, dans un certain contexte, assimile le discours de l'Autorité de la concurrence à celui d'un « expert ».

¹³⁶⁹ Par ex, conclusions Y. BOT, 26 mars 2009, sur l'arrêt *Erste Bank der österreichischen Sparkassen c/ Commission*, aff.jtes P, C-133/07, C-135/07, C-137/07; TPICE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG et autres c/ Commission*, aff.jtes, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. 2006, p. II-05169; TPICE, 29 avril 2004, *Tokai Carbon Co. Ltd et autres c/ Commission*, aff.jtes T-236/01, T-329/01, T-244/01 à T-246/01, T- 251/01 et T-252/01; TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002, p. II-2585 ; TPICE, 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. T-141/94, Rec.1999, p.II-00347 ; CA Paris, 11 mars 2009, *Bouygues Telecom, SFR, Orange, BOCCRF*, n°7, du 17 juillet 2009.

¹³⁷⁰ CA Paris, 28 septembre 1993, *Sté Pont-à-Mousson et Biwater, BOCCRF*, n°16, du 15 octobre 1993, p. 283.

¹³⁷¹ C. cass, Ch. Comm., 18 mai 1999, 97-15.814, Inédit.

mesure d'expertise pour recueillir tous éléments utiles permettant de définir le marché pertinent »¹³⁷². Il s'agissait pour le juge de faire entrer une donnée probatoire dans son analyse de l'affaire en cours.

612. **Les experts dans un procès.** L'intérêt d'un expert est d'apporter un éclairage scientifique afin de fonder la preuve de la culpabilité d'un accusé. Il n'intervient dans la procédure que pour donner un avis sur une question précise, mandaté à cet effet en vertu de l'article 232 du Code de Procédure civile et R. 621-1 du Code de Justice administrative. Il apparaît assez tôt dans la procédure, non pour apporter un jugement, mais pour favoriser un débat technique sur une question donnée, « *le temps de la première confrontation judiciaire du fait et de la technique* »¹³⁷³. L'écueil qui peut apparaître est lorsque le juge est amené à prendre une décision sur l'affaire et que finalement elle s'appuie exclusivement sur l'interprétation des faits de l'expert. Le même problème se pose lorsque le juge sursoit à statuer pour avis auprès de la Commission ou de la Cour de justice de l'Union européenne par le biais d'une question préjudicielle avant jugement.

613. De cet état de fait, il résulte une relation intrinsèque entre le savoir-faire de l'expert qui empiète sur le domaine de prédilection du juge. L'économiste et sociologue WEBER a défini cette relation à travers *Le savant et le politique*¹³⁷⁴. Le savant a pour objectif de « *de démontrer la vérité à partir de faits et d'arguments reconnus comme scientifiquement valables* », ce qui démontre un jugement de valeur avec un garde-fou « *la science doit s'en tenir à la neutralité axiologique pour une compréhension intégrale des faits* ». Le politique doit prendre « *position en fonction de ses valeurs tandis que le scientifique analyse les structures politiques* », ce qui conduit à « *prendre une position politique pratique est une chose, analyser scientifiquement des structures politiques et des doctrines de partis en est une autre* »¹³⁷⁵. En transposant au juge, ce dernier doit non seulement prendre en compte l'éclairage de la réalité par l'expert et tirer les conséquences pratiques et juridiques pour sa décision. On assiste à un rôle croissant de cette procédure depuis 1945¹³⁷⁶, faisant suite à la loi du 15 juillet 1944¹³⁷⁷. Le *Emeritus*

¹³⁷² C. A. Paris (Chambre économique et financière), *Sté Pont-à-Mousson et Biwater*, du 7 mai 1997.

¹³⁷³ A. LORIEUX, *L'expertise et le jugement*, in *L'expertise* sous la coordination de MARIE- ANNE FRISON-ROCHE & DENIS MAZEAUD, Paris, éd. Dalloz, 1995, p. 123-129.

¹³⁷⁴ M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. par J. Freund, Paris, Plon, 1959.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 114.

¹³⁷⁶ Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, JORF n°0222 du 21 septembre 1945, p. 5938.

¹³⁷⁷ Loi du 15 juillet 1944 sur les rapports d'experts, JORF du 27 juillet 1944, p. 1903.

Professor John ANTHONY JOLOWICZ, dans l'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais avaient précisé à travers la loi du 15 juillet 1944 que « *la mission de l'expert ne pouvait porter que sur les questions 'purement techniques'* »¹³⁷⁸. Cette question, aujourd'hui, ne fait plus débat l'expert est l'auxiliaire du juge, « *l'expertise est une mesure d'instruction, une appréciation d'avant dire droit. S'il est l'auxiliaire du droit, le savoir demeure extérieur au droit* »¹³⁷⁹, confirmé par l'article 238 alinéa 3 du Code de procédure civile : « *(le technicien) ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique* ». Le Décret n°2012-1451 du 24 décembre 2012¹³⁸⁰, revu le 8 juin 2018 dans sa version consolidée, relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires, précise les modalités d'expertise et la subordination de ce dernier au juge¹³⁸¹. L'objectif est de respecter la casse entre l'expert et le juge afin de respecter la prérogative de ce dernier « *« juge du fait, juge de la preuve »* »¹³⁸².

614. De même, l'expertise économique répond aux mêmes prédicats, « *une mesure d'instruction décidée par le juge en vue d'être éclairé sur des faits* ». L'article 144 du Code de procédure civile permet au juge d'ordonner en tout état de cause, soit d'office, sans avoir à solliciter les observations des parties, soit à la demande de celles-ci, ou bien la refuser¹³⁸³. On retrouve l'ensemble des règles de procédure applicable pour le recours à un expert en application des dispositions des articles 143 à 174, 232 à 248 et 263 à 284-1 du Code de procédure civile. À une exception près l'expertise ordonnée en application de l'article L. 621-8 du Code de commerce, même si cette mesure est qualifiée d'expertise, ne peut être qualifiée de tel dès lors que les règles de l'expertise judiciaire ne lui sont pas applicables¹³⁸⁴. Dès lors, le juge est nommé pour une mission et sa nomination peut faire l'objet d'une contestation voir

¹³⁷⁸ P. HEBRAUD, *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur les rapports d'experts*, D. 1945. 49 (Leg.).

¹³⁷⁹ L. OLIVIER, *Le juge et l'expert - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, sur une note bibliographique de J. MORAND-DEVILLER, dans *Revue internationale de droit comparé*, Année 2006, 58-3, p. 1012-1014, p. 1013.

¹³⁸⁰ Décret n° 2012-1451 du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires, JORF n°0301 du 27 décembre 2012 p. 20504, texte n° 5.

¹³⁸¹ J. NORMAND, *Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Paris, Dalloz, 1981, p. 255. Sur la question, outre les manuels de procédure civile, v. J. DEBEAURAIN, *Les caractères de l'expertise civile*, D. 1979, chron. 143, et M. CARATINI, *Experts et expertise dans la législation civile française - principes généraux*, Gaz. Pal., 22 janv. 1985, p. 43.

¹³⁸² G. CORNU, *Rapport de synthèse*, in *10^e colloque des Instituts d'études judiciaires, Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris, PUF, 1976, p. 123.

¹³⁸³ Cass. Civ., 2^e Civ., 16 décembre 2004, Bull., II, n° 529, p. 452.

¹³⁸⁴ C. Com., 24 novembre 1998, pourvoi n° 94-19.890 ; 16 février 1999, pourvois n°s 96-21.669 et 96-22.489 ; 8 juin 1999, Bull., IV, n° 120, p. 98.

être récusé s'il est établi un lien quelconque avec le juge ou l'une des parties¹³⁸⁵. En droit de la concurrence, le recours à l'expert est une pratique commune, mais souvent insuffisante en matière de pratiques anticoncurrentielles. Si le juge mandate un expert afin d'être éclairé sur un sujet précis dans le cadre de l'instance, il s'avère que l'avis peut être insuffisant. On aboutit à une solution originale où l'ADLC intervient à l'instance. Prévu par l'article L. 462-3 du Code de commerce, le juge peut faire appel à l'expertise de l'ADLC pour élargir son point de vue alors que les parties ne peuvent qu'apporter des éléments de preuve liés à l'affaire, mais parfois éloignés du contexte du marché. Cela devient un élément probatoire pour proposer une photographie de la réalité : un « *scénario de prédation suppose donc que l'opérateur dominant supporte un sacrifice à court terme, une telle stratégie tendant à évincer ses concurrents et à permettre une récupération à plus long terme* »¹³⁸⁶ permettant au juge de fonder sa décision.

615. Monsieur Lionel ZEVOUNOU dans *Les usages de la notion de concurrence en droit*¹³⁸⁷ a pu définir 4 principes directeurs. Il s'appuie sur un premier principe tel que seul le juge peut recourir ou non à l'expert. Propos qui est à nuancer, puisque les parties peuvent en faire la demande, selon l'article 143 du Code de procédure civile lorsque « *les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* ». Le caractère équivoque de cette demande est renforcé par l'article 145 du Code de procédure civile qui dispose que : « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé* ». Ensuite, le juge ne serait pas lié par le rapport d'expertise. L'article 246 du Code de procédure civile prévoit que « *le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien* »¹³⁸⁸. Or, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, le 9 juillet 2015¹³⁸⁹, la Cour de cassation, dans son texte intégral en annexe 4, avait notamment rappelé les modalités d'interprétation des termes du

¹³⁸⁵ Article 234 CPC : « *Les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges. S'il s'agit d'une personne morale, la récusation peut viser tant la personne morale elle-même que la ou les personnes physiques agréées par le juge. La partie qui entend récuser le technicien doit le faire devant le juge qui l'a commis ou devant le juge chargé du contrôle avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de la récusation. Si le technicien s'estime récusable, il doit immédiatement le déclarer au juge qui l'a commis ou au juge chargé du contrôle* ».

¹³⁸⁶ Avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France.

¹³⁸⁷ L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ– Thèses Parution : 03/2012, Tome 272, p. 292.

¹³⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 1999, n° 97-19.262, Bull. I, n° 337.

¹³⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2015, n° 14-18.970, non publié au bulletin.

rapport d'expertise s'il apparaît des doutes sur le sens à donner. La souveraineté dont le juge fait à nouvelle preuve opposable au contrôle de la cour régulatrice se heurte aux mêmes limites que pour l'interprétation de la loi. Les juges ne peuvent faire dire autre chose à ce qui est dit dans un rapport d'expertise sous peine de dénaturer l'énoncé du rapport. En outre, le juge doit faire respecter le principe du procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme. Les dires de l'expert répondent aux mêmes conditions du contradictoire¹³⁹⁰ en application de l'article 6§1 de la Convention sur le droit à un procès équitable¹³⁹¹, mais également à l'article 16 du Code de procédure civile. Or, ce dernier énonce que le juge « *ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Dans un arrêt de la 3^e chambre civile, la Cour de cassation a décidé que « *la nullité du rapport est encourue dès lors que les investigations effectuées de manière non contradictoire ont pu avoir des conséquences sur l'appréciation des causes des désordres, l'étendue des réparations à accomplir et la détermination des responsabilités* »¹³⁹². Entendu par la Commission, « *le respect du caractère contradictoire d'une procédure implique, lorsque le Tribunal ordonne une expertise, la possibilité pour les parties de contester devant l'expert les éléments pris en compte par celui-ci* »¹³⁹³. Les parties peuvent donc discuter du rapport de l'expert. Cependant, au-delà de la simple observation c'est plutôt la demande de contre-expertise prévue par l'article 771 du Code de procédure civile qui peut être demandée¹³⁹⁴. Les modalités sont telles que le juge hésite à faire appel à un expert. En droit européen, la Cour et le tribunal ont finalement peu recouru à un expert. Tout au plus une trentaine d'affaires ont fait l'objet d'un avis d'expert dans la procédure¹³⁹⁵. La Cour relève qu'« *il résulte, (...) des éléments du dossier (...) que ces mesures*

¹³⁹⁰ J. F. FLAUSS, *Les recours internes destinés à garantir le respect ou la sanction de la règle du délai raisonnable consacrée par l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Rapport, p. 87-124, in : G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant/Némésis, 2006, 314 p., coll. Droit et Justice n° 69.

¹³⁹¹ Article 6,§1 de la Convention CEDH : « *1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. (...)* »

¹³⁹² Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 1998, n° 96-18934, non publié au bulletin.

¹³⁹³ CEDH, Cour (Chambre), 18 mars 1997, n°21497/93, Recueil 1997-II, pt. 31.

¹³⁹⁴ C. A. d'Aix-en-Provence, 7 juillet 2016, n° 15/20092.

¹³⁹⁵ E. BARBIER DE LE SERRE et A.-L. SIBONY dans leur étude : *Expert evidence before the EC courts, (2008)* 45 *Common Market Law Review, Issue 4*, p. 941-985.

ne présentent aucune utilité pour la solution du litige. Par conséquent, les conclusions tendant à ce que le Tribunal ordonne les mesures d'instruction doivent être rejetées »¹³⁹⁶. Il est toujours difficile d'appréhender l'absence de justification du recours à un expert tant le droit de la concurrence a nécessairement une composante économique. La mesure existe, mais elle est finalement encore peu développée¹³⁹⁷.

616. Le recours à l'expert n'a rien de neutre lorsque l'expertise s'intègre au processus d'interprétation¹³⁹⁸. Le faible recours à un expert est dommageable alors que le juge dispose de la pleine compétence d'interprétation, l'expertise n'est donc qu'un support de la décision¹³⁹⁹. Encore, aujourd'hui, la réticence envers la théorie économique ne peut s'expliquer que par l'absence de reconnaissance des juges du caractère d'autorité du préalable méthodologique à l'argumentaire économique. Or, l'argumentaire économique implique d'analyser par analogie à un moyen de preuve ordinaire, comme des « faits spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou critiquer une prétention (...) ». Dans les deux cas, il s'agit de moyens probatoires. Sur la forme tout au moins, notre césure dissocie l'intervention de l'économiste selon qu'elle procède de l'initiative du juge ou qu'elle émane au contraire des parties. À leurs yeux, ce type d'argumentaires leur semblent insuffisant pour justifier leurs décisions.

617. **La limite de l'expertise dans l'interprétation.** Pourtant, l'intérêt de l'expertise économique ne pose aucune difficulté puisqu'il agit à la décharge des parties. Dans le processus de décision, la neutralité de l'expert résulte du monopole de décision du juge. Il n'y a guère de concurrence dans la construction du fondement juridique. Le fait de n'avoir qu'une intervention

¹³⁹⁶ TPICE, 5 juillet 2005, *Luigi Marcuccio c/ Commission*, aff. T-9/04, Rec. fonction publique 2005, p. I-A-195 ; p. II-881, pt 57.

¹³⁹⁷ D. FASQUELLE, *Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle*, RCC, 2000, p. 14-30; M. NUSSENBAUM, *Le rôle de l'expert économique*, RJCom, novembre 2002, p. 112-128; M. NUSSENBAUM, *Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles*, LPA, n°14, 20 janvier 2005, p. 37-45; J-L. LESQUINS, *L'établissement des pratiques anticoncurrentielles dans le procès civil*, LPA, 21 janvier 2005, p.17-21 ; S. POILLOT PERUZZETO, *Le juge de droit commun, juge de la concurrence: réalité des obstacles et adéquation des pouvoirs*, in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruylant, 2006, p. 103-133. Pour une illustration d'un arrêt mobilisant, à la demande du juge, les services d'un expert : CA Paris, 30 septembre 1998, *SA Mors c/ SA Labinal*. Signalons qu'il n'est prévu nulle part dans le code de commerce, de dispositions spécifiques à la désignation d'experts en matière de pratiques anticoncurrentielles. Seule l'Autorité nationale de concurrence, par un article spécifique, en l'occurrence le L 463-8 dispose de cette faculté expresse : « Le rapporteur général peut décider de faire appel à des experts en cas de demande formulée à tout moment de l'instruction par le rapporteur ou une partie. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours ». Pour une application de cette disposition : CA Paris, 28 juin.2005, VIII, *BOCCRF*, 2005, n°9 du vendredi 28 octobre 2005, p. 824.

¹³⁹⁸ O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005, p. 159-177.

¹³⁹⁹ L. DUMOULIN, *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*, Droit et Société, n°44/45, 2000, p. 199-223.

factuelle dans le processus de qualification semble évident¹⁴⁰⁰. La difficulté pour le juge apparaît au moment du processus de qualification à travers de deux mondes distincts « le droit » et « les faits ». Une conception difficile à dépasser dans une conception formaliste qu'est le syllogisme judiciaire¹⁴⁰¹.

618. Finalement, dans l'élaboration du jugement, on peut définir trois étapes à l'usage du discours économique : 1) l'apport de modèles économétriques tels que les données statistiques, les enquêtes de satisfaction comme moyen de preuves ; 2) le choix d'une méthodologie du ressort de l'expert doit faire l'objet de l'acceptation du juge ; 3) la transformation de l'argumentaire économique en caractère factuel qui est de l'appréciation du juge et des autorités à sa discrétion. Finalement, cela revient à mettre en cause le syllogisme considéré comme un raisonnement logique selon que « tous les hommes sont mortels, » puis le constat que « or Socrate est un homme, » pour aboutir « donc Socrate est mortel ». Cette manière d'analyser se confronte à l'intervention dans la procédure de l'expert. Or, faisant l'objet de critiques, cette manière de penser propre au juriste est d'autant plus critiquable en droit de la concurrence¹⁴⁰². En effet, avec ce raisonnement, l'avis dispensé par l'expert n'est pas neutre : « *Le jugement de fait repose sur une double opération intellectuelle : d'une part, l'appréhension du fait est une 'œuvre délibérée' reposant sur une sélection d'éléments 'pertinents' parmi les faits donnés, et, d'autre part, les 'faits matériels bruts' sont eux-mêmes appréhendés au moyen de catégories intermédiaires, puisées dans le droit et, plus généralement, dans le langage courant* »¹⁴⁰³. En ce sens, la position d'extériorité de l'expert n'a pas pour fonction de lui donner une position d'autorité. Il intervient pour donner un point de vue utile à la prise de décision du juge. Sa position est le résultat d'une adaptation procédurale et apporte une opinion. En cela, le juge

¹⁴⁰⁰ M-A FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, 1995, spéc. S. GUINCHARD, *L'expertise et le jugement*, p. 3-7 ; S. GUINCHARD, *L'expert judiciaire civil : l'expert, le juge et les parties*, p. 69-81.

¹⁴⁰¹ Pour un point de vue formaliste: R. POSNER, *The Law and Economics of the Economic Expert witness*, Journal of Economic Perspectives, vol. 13, n°2, 1999, p. 91-99.

¹⁴⁰² D. BOURCIER, M. De BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?* Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. « Les empêcheurs de tourner en rond », 1999 ; L. DUMOULIN, *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007 ; G. EDMOND, D. MERCER, *Experts and expertise in legal and regulatory settings*, in *Expertise in Regulation and Law*, ed. Ashgate, 2004, p. 1-30 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *La procédure d'expertise*, in *L'expertise*, op. cit., 1995, O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005, p. 87-103.

¹⁴⁰³ J-Y. TREPOS soutient dans le même sens : « *On peut insister sur le dosage de persuasion et de conviction que l'expert cherche à opérer (dans quelle proportion, le jugement : « les mesures démontrent avec un intervalle de confiance de...voisine-t-il avec : « On sait que... » ou « Mon expérience m'apprend... ») sans pour autant réduire l'acte d'expertise à une pure rhétorique. Il apparaît alors que le jugement d'expert n'est pas que l'assemblage de pièces réputées indiscutables, mais qu'il comporte une dimension à première vue incontrôlable, voire indicible de subjectivité* », in J-Y. TREPOS, *Sociologie de l'expertise*, PUF, 1996, p. 51.

n'est pas le seul intéressé par l'expertise, puisque les parties peuvent également en faire la demande.

2. L'expertise demandée par les parties lors de l'instruction

619. Aux États-Unis, l'admissibilité des expertises économétriques est régie depuis l'arrêt *Daubert* de la Cour suprême¹⁴⁰⁴ du 28 juin 1993, à la différence du régime juridique assez libre en Europe¹⁴⁰⁵. L'examen des affaires a longtemps posé une discussion sur les données économiques. Le Professeur Louis VOGEL avait notamment fait un rappel des difficultés sur les conclusions de l'affaire des matières colorantes : les experts avaient des points de vue diamétralement opposés ayant pour conséquence de plonger dans l'incertitude le juge pour prendre une décision¹⁴⁰⁶. Dans le même temps, il avait remis en cause l'accessibilité de ces mêmes données en matière de coût marginal¹⁴⁰⁷. Le même problème s'était posé d'ailleurs pour définir un marché particulier¹⁴⁰⁸. Néanmoins, il appartient au juge d'apporter une appréciation globale du modèle empirique proposé au moment de la procédure judiciaire. L'expertise ne

¹⁴⁰⁴ L'arrêt *Daubert*, rendu par la Cour Suprême en 1993, a fixé les conditions d'admissibilité des expertises (et des témoignages d'experts) devant les juridictions fédérales. *V. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993). Dans le passé, les juges fédéraux avaient promu une approche libérale, admettant l'ensemble des expertises soumises par les parties, et laissant aux jurys la liberté de les entendre et de trancher les affaires au fond. Dans son arrêt *Daubert*, la Cour Suprême est venue imposer une obligation de filtrage aux juridictions. Les juges doivent, avant d'admettre la production d'une expertise et de faire entendre les experts, évaluer d'une part si l'expertise est pertinente (« relevant ») et, d'autre part, si elle est crédible/robuste (« reliable »). L'arrêt *Daubert* sera ultérieurement confirmé et affiné par deux autres jugements (*General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997) ; *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999)). En l'an 2000, la Cour Suprême approuvera un amendement de la « Rule 702 » des Federal Rules of Evidence, relative à l'admissibilité des expertises, afin de codifier ces développements jurisprudentiels (la Rule 702 soumet l'admissibilité de l'expertise à trois conditions : « 1) the testimony is based upon sufficient facts or data 2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and 3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case »). Ce qu'il faut bien comprendre, c'est qu'aux États-Unis, le système de jurys donne le pouvoir de décision à des citoyens profanes, qui peuvent se laisser leurrer par la production d'expertises n'ayant de scientifique que l'apparence. Le développement dans un nombre important de procès de la « junk science », et les risques afférents pesant sur la qualité de la décision de justice, mèneront la Cour Suprême à définir un standard d'admissibilité strict, imposant aux juges de filtrer les rapports d'expertise produits devant eux (Voir, sur cette question, P. HUBER, *Galileo's Revenge : Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, 1991). Une enquête auprès des jurys avait d'ailleurs indiqué que les concepts économiques et le jargon professionnel avait peu de signification pour la majorité d'entre eux. Les notions de corrélation, coût variable moyen ou modèle de régression étaient relativement inconnues pour la majorité des jurés.

¹⁴⁰⁵ Enfin lorsqu'il s'agit d'adjoindre les documents à la procédure.

¹⁴⁰⁶ V. L. VOGEL, *Le juriste face à l'analyse économique*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°134, Juillet-Août 2003, p. 7-8. Voir aussi, pour un exemple de rejet par la Commission de l'expertise économique soumise par les parties, décision de la Commission, du 19 décembre 1990, Carbonate de soude - Solvay, ICI, IV/33.133, JOCE L 152 du 15 juin 1991 p. 1-15, § 44.

¹⁴⁰⁷ L. VOGEL, *L'économie, serviteur ou maître du droit ?* in Mélanges en l'honneur de A. DECOCQ, Paris, Litec, 2004, p. 605-614.

¹⁴⁰⁸ H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, *Rôle et statut de l'économiste dans les affaires de concurrence, leçons tirées de l'histoire américaine de l'industrie cimentière*, Rev. Éco, vol.52, n°6, 2001, p. 1279-1299.

remet pas en cause les prérogatives du juge, au contraire¹⁴⁰⁹. Cependant, « *les parties conservent la maîtrise de la matière litigieuse* »¹⁴¹⁰. La preuve est dès lors de la responsabilité des parties à même d'alléguer leurs prétentions. Or, si l'on peut reprocher le faible recours du juge à l'expert à l'instance, c'est surtout le problème du coût de l'intervention d'un expert à la charge des parties qui est problématique. Le Tribunal de grande instance faisait valoir dès le 25 juin 1985¹⁴¹¹ que « *dans ce domaine comme dans bien d'autres la crise économique frappe les justiciables et ne leur permet pas d'assumer la charge des frais d'expertise* », même si l'article 248 du Code de procédure civile modère la question de la rémunération, « *il est interdit au technicien de recevoir directement d'une partie, sous quelque forme que ce soit, une rémunération même à titre de remboursement de débours, si ce n'est sur une décision du juge* ». Il ne faut pas oublier non plus devant le juge que ce sont les parties qui font l'instance : elles apportent les preuves de leurs allégations. Or, toutes les entreprises ne peuvent s'offrir les services d'un expert économique¹⁴¹². On peut ajouter au-delà du pouvoir d'appréciation des juges en matière de preuve¹⁴¹³ que l'économiste lui-même est limité par les données qui lui sont transmises. En effet, les données factuelles dont ils disposent sont limitées. À cette étape, on pourrait penser que le juge a pour seul collaborateur l'expert dans le cadre du procès. Cependant, il n'en est rien, le juge dispose également de l'appui des autorités de régulation.

B. La coopération entre juges et autorités sur des questions économiques

620. La question de la coopération n'est pas un thème nouveau et vise à améliorer la gestion des litiges. Le but est de favoriser l'harmonisation entre les États membres. Ce principe est issu déjà des conventions bilatérales et multilatérales, dont le rôle dans l'harmonisation des règles de compétences judiciaires est essentiel au regard des conventions.

¹⁴⁰⁹ J. B. DENIS, *Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil*, RTDCiv, 1977, not. p. 684-686. Rapp. J. J. DAIGRE, *La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces*, JCP 1981, I, 3020. Plus récemment, v. G. TARZIA, *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuve* », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 469.

¹⁴¹⁰ Il appartient aux parties d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions, de les prouver, alors que le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats et qu'il doit statuer sur tout ce qui est demandé, autrement dit sur l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties (art. 4 et s. du CPC).

¹⁴¹¹ Rapport annuel d'activité sur l'expertise civile : A.G. du TGI de Paris du 25 juin 1985, Gaz. Pal. 85, II, 481.

¹⁴¹² L'une des rares affaires illustrant de telles affirmations est celle jugée par la Cour d'appel de Paris le 30 septembre 1998, *SA Mors c/ LABINAL*, 1^{ère} ch., sect. A, n°374, p.1-19.

¹⁴¹³ CJCE 16 décembre 1975, *Suiker Unie UA et autres/Commission*, aff. jtes, 40 à 48, 50,54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec.1975, p. 1963 ; TPI, 24 octobre 1991, *Rhône Poulenc c/Commission*, aff. T-1/89, Rec.1991, p. II-867 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^e édition –LGDJ, 2020, p. 377-378.

621. Si, au premier abord, l'expertise économique appartient aux économistes, elle n'exclut pourtant pas le contrôle des autorités sur les sanctions. Certes, une autorité de régulation se doit de respecter l'autonomie procédurale des juridictions des États membres. Dans cet ordre d'idée, il est rappelé que l'État membre est « *compétent pour choisir les sanctions qui lui semblent appropriées* »¹⁴¹⁴ puisque les sanctions du droit européen peuvent être cumulées de « *toutes les sanctions de droit administratif, de droit fiscal ou de droit civil* »¹⁴¹⁵. La primauté du droit européen implique que la sanction est un « *caractère effectif, proportionné et dissuasif* »¹⁴¹⁶. Très clairement, toutes analyses ne peuvent déposséder le droit de la concurrence de son efficacité.

622. Donc, si le juge national est pour partie apte à prendre des décisions en matière économique dans les limites posées. L'analyse économique est la chose de la Commission, lorsque la Cour de justice lui laisse pleinement l'opportunité de mettre en œuvre une argumentation économique. L'argumentation économique reste un élément probatoire du juge qui peut faire l'objet d'une critique en s'appuyant sur les travaux de la Commission comme « *creuset où s'élaborent toutes les doctrines ; que par la suite, la Cour approuve, rectifie ou refuse, elle le fait à partir des matériaux conceptuels que lui fournissent les multiples travaux que la Commission effectue ou fait effectuer* »¹⁴¹⁷. En résumé, au-delà de la capacité des juges à mettre en œuvre une motivation économique à sa décision¹⁴¹⁸, il est mis en avant que les juges étaient réfractaires à poser une décision en matière économique, limitant la procédure à la seule prérogative de vérifier s'il n'y a pas d'erreurs manifestes d'appréciation¹⁴¹⁹.

623. Le même écueil se pose pour l'action du juge en matière de régulation par les autorités sectorielles. La Commission par son action est par la même proche des réalités du marché¹⁴²⁰ en appliquant une politique ascétique du droit de la concurrence, mais qu'en est-il de l'action portée par les autorités sectorielles ? Édifiées dans un but transitoire du passage d'un monopole à une ouverture concurrentielle, on assiste à une montée technique de l'action de régulation des

¹⁴¹⁴ CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76 Rec. p. 137.

¹⁴¹⁵ CJCE, 14 juillet 1994, *Milchwerke Köln/Wuppertal eG*, aff. C-352/92, Rec. p. 3385, pt 24.

¹⁴¹⁶ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOUE, n°C 101/43, du 27 avril 2004, art. 2.

¹⁴¹⁷ M. A. SANSON-HERMITTE, *Sur la doctrine économique de la Commission de la C.E.E. 1982 : d'une politique économique à une politique industrielle*, Clunet 1983, p. 509.

¹⁴¹⁸ P. VER LOREN VAN THEMAAT, *L'économie à travers le prisme du juridique*, Rev. inter. dr. éco. 1989, p. 133 et s., préc. p. 141.

¹⁴¹⁹ Pour exemple, cf. affaire *B.A.T. et Reynolds* du 17 novembre 1987, aff. 142-156/84, Rec.4487, att.62.

¹⁴²⁰ C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un nouveau défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

autorités. Ces derniers légitimés¹⁴²¹ comme des ordinations spécifiques à un secteur en particulier se justifient par leur propre approche économique. La réponse apportée par la France est la création de chambres spécialisées à l'intérieur des juridictions dites traditionnelles¹⁴²² et des juridictions spécialisées¹⁴²³. Si l'on s'approche de la vision anglo-saxonne où on laisse un pouvoir certain au juge. Finalement, l'existence de ces juridictions ne remet pas en cause la primauté des autorités de régulations pour l'interprétation en droit économique. À l'exemple, les règles d'origines étrangères sont du domaine d'interprétation de ces mêmes autorités¹⁴²⁴ qui de fait enlève de l'autonomie aux juridictions¹⁴²⁵.

624. **L'avis des autorités.** Le recours à l'expertise n'est pas le seul élément d'appréciation dont dispose le juge. En effet, le juge peut solliciter l'Autorité de la concurrence pour avis consultatif selon l'article L. 462-3 du Code de commerce¹⁴²⁶. L'avantage est alors la mixité des conclusions de l'autorité entre argumentations économiques et applications normatives. Certes, si ces avis ne lient pas le juge du fait de l'origine consultative, en revanche, ils sont à même d'apporter un éclairage. Le doyen CARBONNIER avait mis en avant l'intérêt de faire connaître ces avis : « *la jurisprudence a besoin d'être connue (non pas des justiciables, mais des praticiens et des juges) pour prendre conscience d'elle-même* »¹⁴²⁷ même s'il tempère en disant

¹⁴²¹ D. BRIAND-MELEDON, *Autorités sectorielles de concurrence : acteurs de la régulation*, RIDE, 2007, n° 3, p. 345 ; Cl. CHAMPAUD, *Régulation et droit économique*, RIDE 2002, n° 1, p. 23 ; CALLUL MAC CARTHY, *Why independent regulators*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, éd. M.-A. FRISON-ROCHE, Presses de sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 59.

¹⁴²² D. BOSCO, *La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse*, in *Concurrences 2011-1*. Dans un autre domaine mais qui démontre une volonté de cohérence autour d'une logique de droit économique, il faut noter aussi le regroupement devant une chambre de la Cour de cassation de toutes les « matières » touchant aux questions de responsabilité englobant notamment l'assurance par le Premier Président G. Canivet.

¹⁴²³ Article D. 444-3 du Code de commerce.

¹⁴²⁴ Sur les autorités concurrentielles régionales au niveau mondial, J. DREXL, dir. Colloque ASCOLA sur « *Intégration régionale et politique de concurrence dans les pays en voie de développement* », 11-13 Juillet 2010, Frauenwörthim Chiemsee, 83256 Frauenchiemsee, Bavière, Allemagne.

¹⁴²⁵ C. TEITGEN-COLLY, *Les instances de régulation et la Constitution*, Rev. Dr. Pub. 1990, p. 153. Tirailées entre des instances plutôt juridictionnelles ou plutôt administratives, les AAIs, quelles que soient les qualifications précises qu'il convient de leur attribuer - et ce, au cas par cas, selon nous -, paraissent en tout cas illustrer une rénovation du cadre de l'intervention du pouvoir régalién. Que ce soit comme juge ou plutôt comme autorités régulatrices ex ante, leur action est déterminante puisque ce sont elles qui sont les agents actifs du droit économique. C'est donc la finalité de leur action, comprise comme recherche d'un équilibre entre intérêts distincts mais aussi comm 73 ; D. BRIAND-MELEDON, *Autorités sectorielles de concurrence : acteurs de la régulation*, RIDE, 2007, n° 3, p. 345 ; Cl. CHAMPAUD, *Régulation et droit économique*, RIDE 2002, n° 1, p. 23 ; C. MAC CARTHY, *Why independent regulators*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, éd. M.-A. FRISON-ROCHE, Presses de sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 350.

¹⁴²⁶ Article L. 462-3 du Code de commerce : « *L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies* ».

¹⁴²⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27^e édition, P.U.F. Thémis, Paris 2002, § 145, p. 273.

que « *la jurisprudence connue ne représente qu'une toute petite fraction dans l'immense trame de jugements* ».

625. En plus, la jurisprudence est devenue une véritable source d'interprétation du jugement. Les publications des décisions posées compte tenu de la primauté du droit européen de la concurrence sur les décisions du juge sont probantes¹⁴²⁸. La coopération du juge et de l'expert est devenue un mécanisme obligatoire que ce soit entre les juridictions judiciaires et les autorités de régulation, ou le juge et l'expert, cette coopération n'est que le reflet de la coopération du droit et de l'économie, même si cette intervention extérieure ne doit pas faire oublier au juge son rôle de gardien de la légalité¹⁴²⁹.

626. Cette section a mis en exergue la nécessité d'interpréter du juge. Face à l'évidente neutralité des textes en droit de la concurrence. La décentralisation des compétences auprès des juges nationaux est à même de produire des divergences d'interprétation. Devant les contraintes de l'application du droit de la concurrence, le juge judiciaire est soumis à la nécessité de faire appel à d'autres intervenants dans sa prise de décision. L'approche se distingue fortement de la construction traditionnelle de la prise de décision en droit, lorsque, par nécessité, le juge doit non seulement ouvrir son espace juridique à une approche économique et, enfin, lorsqu'il s'avère nécessaire d'être accompagné dans sa prise de décision par un expert ou en s'appuyant des autorités de régulation. S'il apparaît que cette manière de fonder son jugement perturbe les habitudes des juges, elle n'est justifiée que par le domaine concerné qui définit d'ailleurs sa compétence : l'activité économique. Le problème de répartition contentieuse qui en résulte se trouve exacerbé par l'évidente concurrence des interprétations entre le droit européen et le droit national.

Conclusion du Chapitre 1

627. **Fort impact.** L'interprétation du juge en droit de la concurrence a donc une influence déterminante sur les relations entre les législateurs et les tiers. Contrairement à ce que l'on peut

¹⁴²⁸ Elle pose cependant des « problèmes d'accessibilité ». C'est vrai du moins des arrêts de la Cour de Justice des Communautés, qui "sont longs et (dont) la démarche de pensée est souvent déroutante pour un juriste français » (L. IDOT, laquelle fait remarquer que les recueils annuels de la Cour dépassent les 6000 pages...in *L'insécurité dans le droit communautaire*, Cah. dt. Entr. 1990/6, p. 32).

¹⁴²⁹ J. RIVERO, *Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?* Mélanges M. WALINE, t. 2, LGDJ, 1974, p. 701.

imaginer de prime abord, cette forte emprise tient à la difficulté à appréhender les règles de concurrence par les agents économiques dans leur globalité. La notion de concurrence telle qu'elle est conceptualisée par les législateurs pose souvent des difficultés aux agents économiques. La raison de l'interprétation est à rechercher ici.

628. **Nécessité de renforcer le caractère factuel.** Cela n'a rien de spécifique à la matière, mais découle de l'intégration des éléments extérieurs à l'application du droit comme envisagé par les législateurs. Trois grandes approches sont à envisager face à une application trop formelle. L'analyse doit systématiquement tenir compte des conditions d'efficience et de protection du marché. Cette analyse est notamment défendue outre-Atlantique par l'école de Chicago. Il apparaît que la position de l'Union européenne sur la manière d'interpréter les décisions s'infléchit par rapport au but poursuivi. L'expérience juridique démontre qu'une plus grande adaptation des mesures est plus efficace que la simple imposition d'un principe. Finalement expliciter le but poursuivi par la loi permet notamment de mieux intégrer les décisions avec une obligation de cohérence.

629. **La position de la CEDH comme source d'inspiration ?** Les juges doivent être placés en position dominante comme garantie essentielle du justiciable. Un tel raisonnement suppose toutefois que l'on renforce la légitimité de l'interprète en charge d'interpréter le droit économique justifiant de fait son pouvoir. L'interprétation gagnerait à mieux composer entre fidélité à la loi et sécurité juridique attendue par les agents économiques, l'expertise étant le partenaire naturel pour renforcer la position du juge dans sa prise de décision.

Chapitre 2. Le renforcement du pouvoir du juge dans l'ordre concurrentiel

630. **Formes de normativisme.** L'interprétation du juge est inévitablement porteuse d'un pouvoir normatif. Dans un souci de réalité de la pratique judiciaire, le juge assure dans la plupart des cas la passerelle entre la loi et la décision auprès du justiciable. Cette interprétation permet ainsi au juge de préciser le contenu abstrait de la règle et de la mettre en conformité avec la réalité sociale¹⁴³⁰. Dans tous les cas, le juge joue alors un rôle de relais indispensable de la Cour de justice¹⁴³¹ : sa fonction en fait le garant de la protection juridictionnelle.

631. **Fonctions diverses de la jurisprudence.** L'interprétation peut cependant prendre diverses formes. Dans la plupart des cas, l'application de la règle de droit va se superposer à la lettre de la loi unissant le législateur et la fonction du juge. Le modèle juridique est concrétisé et subjectivé tant par rapport à la forme sociale des circonstances de l'affaire. Le juge exercera à proprement parler un rôle de délégué du législateur lequel est confié à l'interprète. Celui-ci peut être contrôlé directement et exclusivement par le juge, sans prise de participation autre que le juge. La forme classique de l'interprétation demeure toutefois un modèle coopératif avec l'encadrement institutionnel. La différence fondamentale entre le juge et le législateur est qu'il n'édicte pas la loi, il n'est qu'un interprète des normes juridiques édictées par la loi.

632. Dans sa forme la plus élémentaire, l'interprétation peut pourtant prendre la forme d'une création d'une norme juridique. Celle-ci lorsqu'elle est appliquée devient une création dès lors que le juge au moment de statuer exerce une liberté, un choix conscient indépendant de toute autorité supérieure¹⁴³². Un résultat sensiblement identique autour du libre choix entre deux ou plusieurs interprétations de la loi, juridiquement en accord et envisageable dans le cas d'espèce. Ces techniques d'interprétation, ou plus exactement d'adaptation de la loi, sont le stade le plus avancé d'un pouvoir normatif. Ces techniques apparaissent comme un moyen d'unification du droit dans la mesure où l'organisation judiciaire est la garantie que le jugement sera équivalent au jugement ailleurs.

¹⁴³⁰ J. MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in *Etudes Ripert*, Tome 1, p. 28.

¹⁴³¹ M. ROCCATI, M.-L. NIBOYET, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen : du marché intérieur à la coopération civile*, Bruylant, 2013.

¹⁴³² J. BOULANGER, *Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, RTD Civ., 1961, p. 424.

633. L'action du juge permet d'atteindre un tel objectif. En effet, le principe d'efficacité voire d'efficience s'infère de l'amélioration de la cohésion du système économique et politique. L'adhésion à ce principe est encore plus manifeste lorsque l'accès du justiciable au prétoire est favorisé. Celui-ci joue le rôle d'intermédiaire par son discours qui émane d'une juridiction.

634. Elle est véhiculée et entretenue par la caractérisation d'un juge du droit de la concurrence dont son influence est indéniable. En se parant de l'autorité juridictionnelle, elle est la partie intégrante d'une réflexion technique vaste et complexe, faisant le lien entre démocratie, droit et marché.

635. Ainsi, le juge national se voit doublement concerné dans sa relation avec le droit de la concurrence et plus largement dans sa relation avec les tiers. Le contrôle au titre des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques de concurrence de droit commun a certainement élargi les attributs du juge en droit interne (**Section 1**). Pour autant, on peut voir au travers de ses attributs un moyen d'accroître le pouvoir des juges en droit de la concurrence (**Section 2**).

Section 1. L'élargissement certain des attributs du juge en droit interne

636. La coopération du juge interne avec les instances de l'Union n'est pas une coopération verticale classique. On a pu le constater avec le contrôle de la juridiction pénale en matière d'enquête. Dès la reconnaissance du contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence, deux réalités ont été mises en avant : la première est l'affirmation du principe du contrôle juridictionnel (§1), la seconde est sa consécration (§2), parce que le juge constitue la nouvelle pierre angulaire du dispositif de mise en œuvre des règles de concurrence. La manière dont le juge national est parvenu à intégrer ses nouvelles fonctions a été décisive pour le mouvement de juridictionnalisation qui s'est opéré dans l'Union.

Paragraphe 1. L'affirmation du principe du contrôle juridictionnel

637. Avec la coopération des juridictions dans l'application des règles de concurrence, les perspectives se sont trouvées bouleversées. En décidant d'affirmer le principe du contrôle juridictionnel, le juge s'est vu renforcé conduisant à une nouvelle délimitation de ses attributs (A). Le principe du contrôle juridictionnel est un concept simple, mais apportant de nouveaux

fondements à son action qui face aux nouvelles échéances contentieuses a conduit à diversifier les attributs du juge (B).

A. La délimitation des attributs du juge

L'article 12 du Code de procédure civile dispose que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Le texte est cependant limité pour caractériser le juge. Dans son « avant-propos », la professeure Marie Anne FRISON-ROCHE remarque que le juge pourra « *transformer la règle en jugement, sans créer arbitrairement du droit pour autant, parce qu'il peut reconnaître dans les faits abstraits de la règle les faits concrets dont il est saisi, tandis que son obéissance à la loi implique qu'il déclenche par automatisme l'effet juridique* »¹⁴³³. Appliqué au cas particulier du droit de la concurrence, cette définition appelle à préciser la signification du juge (1) voir à expliciter les critères distinctifs du juge (2).

1. La signification du juge

638. Tout d'abord elle est une autorité lorsqu'elle domine le processus judiciaire, d'ailleurs la possibilité de recours des juges nationaux après une décision d'une autorité en est la preuve évidente. L'existence de son pouvoir est non seulement légitimée parmi les institutions, mais clairement identifié par ces derniers. Ensuite, il se distingue par le sens moral du recours au juge, absent de la prise de décision des autorités. En effet, loin de la rigueur de l'analyse économique des autorités de concurrence, le juge intervient en supposant un jugement de valeur propre à une vision normative de la société par la justice. Pour ce dernier, le sens moral est donc subséquent à une solution juste et équitable. Le lien entre pouvoir du juge et fonction du juge est intrinsèquement lié.

639. Il faut distinguer préalablement au sein du droit de la concurrence, deux grandes tendances. Cette position se fonde sur un primat ontologique de l'autorité et le juge. Par fonction de juge, il faut comprendre une « *mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (...), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la*

¹⁴³³ M. -A. FRISON-ROCHE, « avant-propos », in M. MOTULSKY, *Principes à une réalisation méthodique du droit privé – La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, nouvelle édition présentée par M. -A. FRISON-ROCHE ; Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002.

juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle », deux fonctions reprenant la figure conceptuelle de l'action de dire le droit, *jurisdictio*, et de l'acte de juger, *judicium*. Le tout forme un tout, cohérent, de l'office du juge, *officium judicis*. C'est ainsi où le rôle du juge est apprécié *in concreto*, de façon objective par rapport au droit, mais de façon relative en comparant avec l'ensemble des interprètes.

640. **Pluralité de fonctions.** La fonction de juger peut-être définie par les services d'un bien supérieur et commun »¹⁴³⁴. Ainsi, ce service serait donc « *l'ensemble des actes qu'un organe déterminé et appelé à faire pour ce service* »¹⁴³⁵. A l'appui de cette définition, deux conceptions de la fonction « aporétique » du juge qui ont été envisagées par les auteurs tels que les professeurs EISENMANN et TIMSIT¹⁴³⁶ : une fonction-objet et une fonction-fin. La première a pour objectif de définir le produit de la fonction et la deuxième s'appuie sur la finalité qui représente la mission du juge. Le produit de la fonction désigne « [...], *dans le Droit, le produit, le résultat de l'activité de l'organe, c'est-à-dire l'acte d'un organe ou d'un agent, au terme d'une activité qui a précisément pour objet l'édition de cet acte* »¹⁴³⁷. De même, le professeur DUGUIT définit la fonction comme la « *nature interne au point de vue du droit de l'acte qu'il accomplit* ». La difficulté vient de ce que cette définition abstraite et théorique ne coïncide qu'imparfaitement avec ses manifestations concrètes. Il est vrai qu'ainsi présentée, la fonction correspond plutôt bien à la fonction des autorités de concurrence. Cette qualification pourrait ainsi être confortée par le fait qu'un organe se définit par « *différents personnages ou corps publics chargé de remplir les diverses fonctions du pouvoir* »¹⁴³⁸. En apparence, la fonction-objet pourrait convenir puisque la fonction dès lors « *répond à la question de savoir au moyen de quels actes l'État remplit les diverses attributions qu'il a pu assigner. Analysant juridiquement ces actes, elle les distingue et les classe en groupes séparés, dont chacun forme une branche d'activité, partie de puissance, ou fonction, de l'État* »¹⁴³⁹. Mais le choix paraît inopportun, en ce qu'elle évoque indistinctement la fonction du juge et la fonction de l'autorité.

¹⁴³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, Presses Universitaires de France, 2020.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ V. C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon- Assas, 2002, p. 184-185 ; V. aussi R. DRAGO, *Les fonctions de l'État dans la pensée de C. Eisenmann*, dans *La pensée de C. EISENMANN*, sous la dir. de P. AMSELEK, Economica, Presses Univ. D'Aix-Marseille, 1986, p. 75 à 83 ; V. G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ., *Bibl. de droit public* n° 54, 1963, p. 2 à 16.

¹⁴³⁷ V. G. TIMSIT, *le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, *op.cit.*, p. 12.

¹⁴³⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, collection Bibliothèque Dalloz, (novembre 2003), p. 259.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p. 360.

On pourrait donc envisager alors la fonction-fin. L'expression a d'abord l'avantage de ne pas être inexacte, contrairement à celle qui vient d'être écartée. Elle a aussi pour elle d'évoquer l'organe et sa mission. Le professeur HAURIOU voit dans cette démonstration le moyen de qualifier le juge, « *c'est cette idée qui engendre à la fois la fonction administrative, les fonctions publiques et les fonctionnaires. Les agents deviennent des fonctionnaires parce que leur principale préoccupation doit être l'accomplissement de leur fonction, c'est-à-dire de leur service, et que le pouvoir qu'ils détiennent ne doit être qu'un moyen d'aboutir à ce résultat* »¹⁴⁴⁰. D'après cet auteur, le juge répond à cette fonction. À cet effet, le professeur BENOIT définit cette fonction-fin comme « *un ensemble de missions constituant un tout homogène* »¹⁴⁴¹. Une fonction-fin qui définit le rôle du juge. Le professeur EISENMANN l'a d'ailleurs envisagé par « *quels rôles l'appareil étatique assume envers la collectivité étatique au sein de laquelle il agit, c'est-à-dire en quoi il contribue à sa vie, ce qu'il lui apporte (en n'associant pas de plein droit à ce dernier terme l'idée favorable de bienfait). Dans cette perspective, on est amené à considérer les fins de l'action étatique, ses objectifs, sinon ultimes, du moins relativement lointains* »¹⁴⁴². En assimilant fin et rôle de la fonction, le juge a donc un « *rôle propre et caractéristique joué par un organe dans un ensemble dont les parties sont interdépendantes* »¹⁴⁴³. Quoi qu'il en soit, et ce de façon paradoxale, peu d'auteurs sacrifient à l'exercice de cette distinction qui fait pourtant la part entre juge et autorité. Entre deux approches, la proximité de la fonction avec la fonction-fin permet de définir le juge. La fonction-objet est donc l'apanage des autorités de régulation.

2. Les critères distinctifs du juge

641. Il semble alors que la notion recouvre nécessairement la personne interprète au sens que lui confère le droit. Cette conception de la fonction du juge permet de dégager deux critères

¹⁴⁴⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public* (12^e éd.), Paris, Dalloz, Coll. La bibliothèque Dalloz 2002, p. 13 et 14.

¹⁴⁴¹ F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 27 suiv., spéc. n° 49. L'homogénéité peut venir du contenu des missions, du « *régime selon lequel ces missions sont assurées et, notamment, en considération de l'organe qui les assume (...) une fonction est alors un ensemble de missions exercées selon un même régime* ». F. P. BENOIT choisit l'option de définir les institutions par leur régime, car c'est la « *seule méthode scientifiquement valable* » et il retient comme définition de la notion de fonction « *la catégorie de missions constituant un ensemble homogène par leur régime, et notamment compte tenu de leur attribution à un organe déterminé, élément essentiel de ce régime. L'analyse scientifique des fonctions doit donc avoir pour but d'exprimer globalement l'ensemble indissociable que constitue l'organe et les missions qu'il assume* » (n° 49).

¹⁴⁴² V. C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 184-185.

¹⁴⁴³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige n° 133, 1991, entrée « fonction ».

distinctifs : la distinction entre la fonction d'une autorité administrative et une autorité judiciaire (a) et la distinction entre décision quasi juridictionnelle et décision juridictionnelle (b).

a. La distinction entre la fonction d'une autorité administrative et une autorité judiciaire

642. Afin de mieux saisir la finalité, il faut prendre en compte que lorsque l'on parle d'autorité administrative, on rentre dans la pensée moderne de la reconnaissance juridique des autorités de régulation. Précisément, la conception de régulation est à rapprocher du pouvoir administratif. En la matière, la législation française est plus aboutie. En effet, l'utilité de cette distinction.

643. **Rigueur juridique.** En la matière, la législation française est des plus aboutie. La question de la qualité juridictionnelle des décisions des autorités administratives a d'ailleurs été envisagée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Une position que rapporte la professeure Méлина DOUCHY-OUDOT¹⁴⁴⁴ non sans une certaine dose de pragmatisme, dont la qualité juridictionnelle est réelle pour les autorités administratives « *pour des raisons à la fois de théorie juridique et de simplification pratique* ». Dans le même temps, elle reporte ce rapport ambigu de l'autorité administrative en tant que juge « *pour des raisons à la fois de théorie juridique et de simplification pratique* ». Ces instances sont en effet « *indépendantes (par définition), permanentes, obligatoires et respectent une procédure aujourd'hui contradictoire et soucieuse des droits de la défense, avec, de surcroît, la possibilité d'un recours devant une juridiction judiciaire ou administrative. Elles rendent de véritables décisions juridictionnelles, puisqu'elles disent le droit à propos d'une contestation. Alors en quoi ne sont-elles pas des juridictions ?* » La réponse est claire, elle ne rend pas une décision judiciaire, mais une décision administrative. Cette tendance de mélange des genres s'explique par-delà la proximité des organes, mais également par l'évolution du droit de la concurrence qui sensiblement évolue de la régulation à la juridiction¹⁴⁴⁵. Cette simplification n'est pas exempte de critiques. En effet, l'évolution de la compétence des autorités va de pair avec l'accroissement des compétences des juridictions. D'ailleurs, le but originel n'est-il pas d'avoir

¹⁴⁴⁴ V., S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, ET ALII, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e édition, Coll. Précis Dalloz. Droit privé, 2023, p. 514-515 suiv.

¹⁴⁴⁵ V. M.-A. FRISON-ROCHE, *Le pouvoir du régulateur de régler les différends - Entre office de régulation et office juridictionnel civil*, p. 276 et suiv., in *Les risques de régulation*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005.

créé des autorités par distinction avec l'office du juge ?¹⁴⁴⁶ Le juge est donc un comparant et non pas un égal dans l'organisation juridictionnelle. La distinction subsiste.

b. La distinction entre décision quasi juridictionnelle et décision juridictionnelle

644. La distinction est dans la manière de traiter une affaire. Le juge intervient dans le cas d'un différend¹⁴⁴⁷ : ce qui suppose la présentation des arguments des parties quant au fait, une question de droit ou un syllogisme qui conduit à trancher le litige. La décision quasi juridictionnelle reprend les deux premiers éléments en apportant un éclairage hors droit notamment lorsqu'il s'agit de prendre en compte les aspects économiques et politiques de l'affaire, qui plus est, elle ne tranche pas un litige particulier à deux parties, mais en fonction d'un intérêt général dont la portée est informative pour le marché concerné. L'autorité n'est donc pas liée à l'application stricte du droit, mais par des considérations d'ordre politique. La possibilité d'intervention du ministre dans la prise de décision en est la preuve formelle. Dans l'édition de la décision d'une autorité, il est à noter qu'elle n'est encadrée d'aucune garantie procédurale, le caractère punitif de la décision du juge distingue fortement son action par rapport à l'autorité administrative. Le litige est le point de divergence qui définit la fonction du juge.

645. Peut-on parler de droit de la concurrence quant à l'action des autorités administratives ? le professeur Laurence BOY répond par la négative quand les décisions des autorités de concurrence ne présentent plus un caractère répressif, mais plutôt fait appel à la régulation¹⁴⁴⁸. Pour ces derniers, on parlera plus couramment de régulation de la concurrence que de droit de la concurrence¹⁴⁴⁹. La conséquence est que les autorités ont plutôt une action de pouvoir public, de police des marchés, avec des outils d'intervention qui lui sont propres. Les autorités de

¹⁴⁴⁶ V. L. RICHER, *Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie*, in Mélanges en l'honneur de F. MODERNE, 2004, p. 402.

¹⁴⁴⁷ L'intervention du juge est liée à l'existence d'un litige.

¹⁴⁴⁸ G. J. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998 ; L. BOY, *Réflexions sur le droit de la régulation*, Dalloz 2001, Chr., p. 3031.

¹⁴⁴⁹ L. BOY, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence*, Conférence à l'institut européen de Florence, décembre 2003, JCP 2004, I, 166 et Contrats, Concurrence et Consommation nov. 2004, n° 11, p. 16 ; B. LASSERRE, *Propos Introductifs au colloque sur Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique*, colloque CREDA, Paris, 19 janvier 2005 ; sur l'évolution, H. ULLRICH, *Competitor Cooperation and the Evolution of Competition Law : Issues for Research in a Perspective of Globalization*, in J. DREXL (ed.) *The Future of Transnational Antitrust – from Comparative to Common Competition Law*, Kluwer Law International, 2003, p. 159.

concurrence que ce soit aux États-Unis ou en Europe se sont dotées de divers outils : la mise en conformité (*compliance*)¹⁴⁵⁰ comme relais d'agences spécialisées (AAI).

B La diversification des attributs du juge

646. Les textes relatifs à la fonction du juge font référence à une notion aussi floue que la concurrence. Il faut donc rappeler les liens que peut entretenir le juge avec ses nouvelles attributions : la fonction régulatrice des juges (1) et la régulation des comportements entre professionnels et consommateurs (2).

1. La fonction régulatrice des juges

647. Exclure la fonction de régulation des juges est notamment discutable. L'article L. 411-1 du Code l'organisation judiciaire singularise la position de la Cour de cassation parmi les autres juridictions, en considérant le Conseil d'État comme son alter ego en droit public, elles peuvent être caractérisées de « cour régulatrice ». Le doyen PERDRIAU a déjà pu donner son avis sur cette question en 1988, « *le rôle primordial de la Cour de cassation gardienne de la loi et régulatrice de la jurisprudence est de veiller à ce qu'aucune juridiction ne déborde de ses attributions* »¹⁴⁵¹. La Cour de cassation a pour rôle d'être gardienne de la loi et régule la jurisprudence. Elle a donc pour but d'assurer l'unité juridique en France. Le juge par sa position de régulateur a aussi la possibilité de prononcer la parole qui condamne. Parole publique qui rentre dans la tâche du juge par un même mouvement qui représente et légitime l'institution. Cette action régulatrice met en avant une contradiction, où l'on assiste à la vocation régulatrice en matière de pratiques anticoncurrentielles sans pour autant pour la Commission d'abandonner cette vocation et la régulation privée par le biais de l'indemnisation avec un objectif commun, mais s'opposant par la méthode : une négociation souple pour les autorités de concurrence et un caractère rigide des juridictions par le biais de l'indemnisation.

¹⁴⁵⁰ V. LEDOUX, J.-CH. RODA, *Les 'compliance programs' en droit de la concurrence*, Contrats, conc. consom. Décembre 2007 n°12, étude 14 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit de la concurrence et droit de la compliance*, novembre 2018, in *Revue Concurrences* n° 4-2018, Art. n° 88053, p. 1-4.

¹⁴⁵¹ Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référés. Doyen PERDRIAU, JCP 1988, éd. gén., n° 3365.

2. La régulation des comportements entre professionnels et consommateurs

648. À en croire la Commission, la modernisation de la politique de la concurrence paraît plus utile d'un point de vue social, mais aussi plus concret. Plus utile, parce que proche des réalités économiques¹⁴⁵² plus concrètes parce qu'au service du consommateur¹⁴⁵³. En retenant la tromperie du public sur la nature ou les caractéristiques des produits comme exemple d'actes de concurrence déloyale, l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris, initialement conçu comme visant la protection des intérêts particuliers des concurrents, laisse la porte ouverte aux États pour la prise en compte et la protection des intérêts des consommateurs¹⁴⁵⁴. La protection contre la concurrence déloyale devrait aujourd'hui être assurée par les États de manière équivalente pour les professionnels ou les concurrents et pour les consommateurs. Une illustration du lien existant entre la protection des intérêts des concurrents et des intérêts des consommateurs contre les comportements déloyaux réside dans la notion d'équilibre dans les moyens de la concurrence, qui a permis d'intégrer progressivement l'objectif de préservation des intérêts des consommateurs au sein des finalités du droit de la concurrence déloyale¹⁴⁵⁵. En France, les études réalisées montrent que l'objectif de sauvegarde des intérêts des consommateurs n'est pas étranger au droit de la concurrence en général, et au droit de la concurrence déloyale en particulier. Un acte de concurrence déloyale commis entre deux professionnels ou concurrents peut tout d'abord affecter de manière indirecte les intérêts des consommateurs¹⁴⁵⁶. Si la concurrence n'est pas effective et loyale, le consommateur ne peut en effet bénéficier de ses bienfaits sur l'ajustement des prix par l'offre et la demande. Il est ensuite admis que l'un des objets du droit de la concurrence est la recherche du bien-être des consommateurs. Le droit de la consommation et le droit de la concurrence poursuivent alors des finalités communes¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵² M. MONTI, *Policy Competition and the consumer: what are the aims of competition policy?* Speech /02/79, 6 février 2002; M. MONTI, *Competition for Consumer's benefit*, Discours, 22 octobre 2004.

¹⁴⁵³ Pour une illustration de ce discours : Commission européenne, *La politique de concurrence de l'Union européenne et le consommateur*, Luxembourg, Office des publications officielles de l'union européenne, 2005, p. 27. Pour une discussion sur la réforme de la politique de concurrence : L. ARCELIN, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUF, 2013 ; F. BRUNET, G. CANIVET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

¹⁴⁵⁴ En ce sens, M. HÖPPERGER, M. SENFTLEBEN, *Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization*, in R. M. HILTY, F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?* 2007, Springer, p. 62-76, spéc. p. 67.

¹⁴⁵⁵ De manière plus générale, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, spéc. p. 23 et suiv.

¹⁴⁵⁶ D. FERRIER, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, JCP E 2000, p. 36.

¹⁴⁵⁷ G. CANIVET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ?* Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, p. 134-165, spéc. p. 135, qui considère que le droit de la concurrence « est

649. Le champ d'application matériel de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales est relativement large. L'expression « *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs* » est en effet définie comme visant « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs*¹⁴⁵⁸ ». Il est cependant limité aux relations entre professionnels et consommateurs, et ne s'étend pas à la protection des professionnels contre les actes de concurrence déloyale¹⁴⁵⁹.

650. Si les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales se rattachent, par leur objectif de maintien d'une concurrence effective et loyale, à l'institution juridique de la concurrence déloyale, elles se rapprochent également du droit de la consommation et des règles applicables aux contrats conclus par les consommateurs¹⁴⁶⁰. L'objectif des dispositions de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales réside en effet dans la protection des intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Cette protection était déjà assurée par les dispositions issues de directives adoptées antérieurement dans des domaines particuliers, comme la directive 84/450/CEE, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance¹⁴⁶¹ ou la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs¹⁴⁶². Alors que la protection du consommateur qui conclut un contrat avec un professionnel était déjà assurée par les dispositions de ces directives, la Directive sur les pratiques commerciales déloyales impose une protection dans les autres cas dans lesquels le professionnel pourrait commettre une telle pratique en vue « *de donner une fausse impression*

(...) aussi un droit de protection du consommateur comme l'est le droit de la consommation », le premier s'attachant à « *l'agent économique (...), au consommant* », alors que le second prend en considération « *l'être juridique (...), le sujet de droit, dont la protection s'inscrit dans l'analyse d'un rapport de force inégal, d'un risque contractuel asymétrique* ».

¹⁴⁵⁸ Article 2, d) de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales.

¹⁴⁵⁹ Considérant 6 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales : « *La présente directive a pour objet de rapprocher les législations des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs, et par conséquent indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. (...) Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels (...)* ».

¹⁴⁶⁰ Cette matière se caractérise par sa fonction, qui est intrinsèquement liée à la source communautaire de la plupart de ses dispositions : Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} édition, Sirey, Dalloz, 2020, p. 3, §4.

¹⁴⁶¹ JOCE L144, 4 juin 1997, p. 19.

¹⁴⁶² JOCE L166, 11 juin 1998, p.51.

de la nature des produits » et d'altérer le comportement économique des consommateurs¹⁴⁶³. Ses dispositions cherchent donc à imposer des règles garantissant le respect de la loyauté de la part des professionnels « *avant, pendant ou après la transaction* » envisagée, et s'insèrent dans l'acquis communautaire existant au sein de l'Union européenne en matière d'information du consommateur ou des abus de faiblesse commis par un professionnel en vue de la conclusion d'un contrat de consommation¹⁴⁶⁴. De manière générale, les dispositions de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales ont donc vocation à assurer la protection du consommateur dans les relations précontractuelles, contractuelles et post-contractuelles avec le professionnel¹⁴⁶⁵. Le droit des pratiques commerciales déloyales poursuit donc un double objectif de protection d'une partie supposée en situation de faiblesse face au professionnel - le consommateur - , en vue de la réalisation du marché intérieur. Ces objectifs militent en faveur de la participation des dispositions de transposition de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales à un ordre public de protection dans le domaine de la protection des consommateurs¹⁴⁶⁶.

651. Sous l'influence du droit communautaire, le droit de la concurrence déloyale s'est donc enrichi depuis quelques années d'une nouvelle branche, dont les règles ont vocation à garantir la loyauté des relations entre professionnels et consommateurs. La source des normes applicables aux pratiques commerciales déloyales implique qu'elles poursuivent des finalités qui ne se cantonnent pas à la seule préservation des intérêts privés des consommateurs et qu'elles sont empreintes de considérations liées à la réalisation du marché intérieur.

¹⁴⁶³ Considérant 10 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales : « *La présente directive ne s'applique (...) que lorsqu'il n'existe pas de dispositions communautaires spécifiques régissant les aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales telles que des prescriptions en matière d'information ou des règles régissant la présentation des informations au consommateur. (...) La présente directive complète par conséquent l'acquis communautaire applicable aux pratiques commerciales portant préjudice aux intérêts économiques des consommateurs.* »

¹⁴⁶⁴ E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préf. de P. de VAREILLES-SOMMIERES, LGDJ, Paris, 2006, spéc. p. 103.

¹⁴⁶⁵ Découle de la responsabilité du professionnel de la bonne exécution des obligations contractuelles, V. C. HUGON, *Responsabilité des acteurs de l'internet*, ccc n°11 novembre 2004, étude n°15.

¹⁴⁶⁶ F. TERRÉ, *Rapport introductif, dans L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 4 ; D. MAZEAUD, *Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ?* Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, p. 137 ; C. MONTFORT, *La loyauté des pratiques commerciales déloyales en droit communautaire du marché. Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, Thèse dactyl. Lyon 3, 2004, spéc. p. 160 et suiv. ; E. POILLOT, *Droit de la consommation. Janvier 2008-décembre 2008*, D. 2009, p. 393 et suiv.

652. Dans l'idée de régulation, c'est aussi un rôle assigné au juge lorsqu'il développe son rôle à la régulation de l'ordre marchand¹⁴⁶⁷. Ce rôle qui lui échet s'est imposé pour les juridictions judiciaires dont la mission a évolué avec la crise économique¹⁴⁶⁸. Une emprise qui s'est amplifiée dans de nombreux secteurs économiques : De la défense des consommateurs¹⁴⁶⁹ à la protection des ménages surendettés¹⁴⁷⁰, de la police des relations professionnelles¹⁴⁷¹ à la régulation du marché du travail¹⁴⁷², du sauvetage des entreprises défailtantes¹⁴⁷³ à la sauvegarde de l'ordre concurrentiel¹⁴⁷⁴ sans oublier le contrôle des marchés boursiers¹⁴⁷⁵. C'est donc un étalement de leurs prérogatives qui concoure à l'administration, à la réglementation des juridictions.

653. **La consécration du juge national dans le droit de la concurrence.** L'Union européenne en favorisant l'émergence des juges dans le processus d'application du droit

¹⁴⁶⁷ Sur le thème des magistratures économiques, semblable rapprochement a surtout été le fruit de revues juridiques. V. notamment la RIDE, 1997, n° 2 et n° 3, et tout particulièrement dans ce dernier numéro, l'article de M. C. RIVIER, *Le procès judiciaire*, p. 263. Rappr. le premier numéro de la revue *Justices* (janv.-juin 1995) consacré au thème « Justice et économie ». Sur la collaboration scientifique entre économistes et juristes, v. H. SERBAT et C. ALEXANDRE-CASELLI, *De l'incompréhension réductible entre recherche juridique et sciences économiques*, in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'A. SAYAG*, Paris, Litec, 1997, p. 83.

¹⁴⁶⁸ Les multiples incidences de la crise économique sur le système juridique en général, et sur la justice en particulier, sont mises en lumière dans l'ouvrage collectif intitulé *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, 5^e journées René SAVATIER, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, Paris, PUF, 1997.

¹⁴⁶⁹ G. PAISANT, *La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, RTD Com, 1998, p. 743. Dans la même revue, en 2001, rappr. S. NEUVILLE, *Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse*, p. 31.

¹⁴⁷⁰ Voir l'article de Ph. WAQUET, *Le juge et l'entreprise*, Dr. soc., 1996, p. 472 ; et quelques années plus tard, la contribution au titre similaire signée G. LYON-CAEN et publiée dans les actes du colloque du 27 novembre 1998 organisé par la Cour de cassation à l'occasion du Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation, Paris, La documentation française, 2000, p. 89.

¹⁴⁷¹ Sur ce thème, v. les diverses contributions réunies dans l'ouvrage collectif dirigé par J.-Y. KERBOURC'H, C. WILLMANN, R. BEAULOIN-BELLET et D. MEDA, *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, Paris, La documentation française, 2001. V. également H. THIEBAULT, *L'employeur et le juge*, Dr. soc., 2012, p. 133 ; rappr. P. Morvan, *Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective*, Dr. soc., 1998, p. 442.

¹⁴⁷² De manière générale, v. sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995, et notamment la contribution de Y. Chaput, *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés*, p. 93. Pour un regard pessimiste sur les politiques menées par le législateur, V. R. PERCEROU, *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ?* in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD*, Paris, Dalloz, 1997, p. 507.

¹⁴⁷³ A. PIROVANO, *Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel*, *Justices*, 1995, n° 1, p. 15, LGDJ, 1991.

¹⁴⁷⁴ V. D. MARTIN et S. AMIEL-MORABIA, *L'extension du contrôle juridictionnel des marchés*, RTD Com, 1996, p. 31. Rappr. G. CANIVET, *Le juge et l'autorité de marché*, Rev. jur. com., 1992, n° 5, p. 185.

¹⁴⁷⁵ Pour une perspective générale sur la matière, V. P. BEZARD, *Le nouveau visage du juge économique et financier*, in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, préc., p. 147. V. également C. CHAMPAUD, *L'idée d'une magistrature économique*, *Justices*, 1995, n° 1, p. 61. Comp. P. DRAI, *Le monde des affaires et ses juges*, Rev. jur. com., 1990, p. 329. Rappr., pour une vue d'ensemble du sujet, la thèse de A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, Pau, 2001.

européen de la concurrence a ouvert la voie à la jurisprudence des juges nationaux en permettant « dans le corps du droit national (d'insérer) un corps de droit venu d'ailleurs, non point une collection de normes figées, mais un corps vivant, qui continue à produire du droit »¹⁴⁷⁶. En effet, en favorisant l'intégration de nouveaux acteurs dans l'application du droit de la concurrence ont voulu non seulement imposer la primauté du droit de l'Union dans les États membres¹⁴⁷⁷ mais par la même occasion reconnu la compétence des juges en matière de droit européen de la concurrence¹⁴⁷⁸. Sur cette question, la Cour de cassation a d'ailleurs reconnu les prérogatives des juridictions judiciaires pour appliquer le droit européen de la concurrence, et ce, en parallèle ou en écartant le droit national¹⁴⁷⁹. Cette reconnaissance est à comparer avec le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme qui s'impose aux juridictions françaises en accord avec la législation nationale¹⁴⁸⁰. Il ressort de cette analyse un caractère intrinsèque des droits. Le droit européen de la concurrence tout comme le droit conventionnel ne peuvent s'imposer qu'avec la transformation des pouvoirs dévolus aux juges nationaux¹⁴⁸¹. La décentralisation du droit européen aux juridictions nationales est donc la suite logique de l'extension du domaine de compétence du droit de la concurrence à l'ensemble du droit privé¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁶ Sur la responsabilité des professeurs français dans l'élaboration des fondations institutionnelles de l'Union européenne, v. J. FOYER, *Le droit communautaire, droit de professeurs français ?* RHFDSJ, 1992, n° 13, p. 201.

¹⁴⁷⁷ Sur ces principes essentiels du droit communautaire, v. les rubriques de G. ISAAC, dans le *Répertoire de droit communautaire* Dalloz, « Effet direct du droit communautaire » et « Primauté du droit communautaire », 1997.

¹⁴⁷⁸ A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1. Rappr. J. -G. HUGLO, *L'application du droit communautaire par le juge national*, Gaz. Pal., 10 juin 1997, doct. p. 844.

¹⁴⁷⁹ Sur ce thème, V. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, not. p. 29-72.

¹⁴⁸⁰ P. ESTOUP, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal., 8 février 1990, doct. p. 110 ; G. COHEN- JONATHAN, *la place de la convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français*, in F. SUDRE, *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Arlington, Ed. Engel, 1994, p. 1 ; ou plus récemment, plusieurs contributions des Mélanges en hommage à L. E. PETTITI, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1998.

¹⁴⁸¹ O. BEAUD, *Ouverture : l'Europe entre droit commun et droit communautaire*, en introduction au numéro 14 de la revue *Droits précitée* ; B. OPPETIT, *Droit commun et droit européen*, in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Paris, Dalloz, 1994, p. 311 ; ou encore J.-P. GRIDEL, *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen*, D. 1999, chron. 139. Rappr. les travaux de A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991 ; et M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, précité. Du même auteur, v. également *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D. 2000, chron. 421.

¹⁴⁸² J. L. DEVOLVÉ, *Le Pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges*, JCP 1968, I, 2184. Libertés publiques¹. Pareille européanisation des règles applicables par les juridictions judiciaires n'épuise cependant pas le phénomène - plus général - d'éclatement des sources du droit, qui concerne également les normes nationales. 1 Une perspective théorique sur le sujet est proposée par D. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995 ; rappr. P. De FONTBRESSIN, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations*, in *Liber amicorum*, M. A. EISSEN, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1995, p. 157. Plus prosaïquement, sur les effets de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit privé français,

Paragraphe 2. La consécration du principe du contrôle juridictionnel

654. L'autonomie d'interprétation du juge en droit de la concurrence résulte d'un débat entre les faits et le droit. Le droit a pour but de proposer une norme de conduite alors que le fait ajoute des considérations sociales en s'appuyant sur l'événement. L'aboutissement d'une vérité juridique est donc la confrontation entre le droit et les faits avec pour conclusion la décision. Un lien dialectique entre ces deux éléments s'évertue à s'extraire du moment de doute au moment de juger « *le procès est bien le lieu d'une transformation par lequel un fait jusqu'alors controversé et douteux acquiert par le jugement la valeur d'une vérité relative* »¹⁴⁸³. Pour le doyen CARBONNIER, le procès est « *l'institution d'une mise en doute avec une décision au bout* »¹⁴⁸⁴ qui est souvent représentée par la femme aux yeux bandés¹⁴⁸⁵.

655. Cette partie suppose l'usage d'un langage juridique spécifique. Ce langage d'ailleurs renforce la finalité du procès, le but étant la recherche et l'accumulation de preuves pour aboutir à la condamnation. Le procès produit donc une vérité qui, par l'entremise du langage juridique, rend acceptable le jugement. Le discours du droit a également un objectif, celui de renforcer la loyauté des faits pour donner une consistance quasi matérielle. À cet effet, le professeur KELSEN avance que « *la procédure de création du droit va constamment du général et de l'abstrait vers le particulier et le concret, elle s'individualise et se concrétise* »¹⁴⁸⁶. Il en résulte une norme qui illustre l'autorité du juge avec un caractère quasi politique puisque la volonté finale est de l'imposer à l'ensemble de la société.

v. J. P. MARGUENAUD, dir., CEDH et droit privé. *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001 ; ainsi que la récente thèse d'A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002. Rapp. Ph. MALAURIE, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français*, JCP 2002, I, 143.

¹⁴⁸³ D. SALAS, *Du procès pénal*, Paris, PUF, 2010, p. 248.

¹⁴⁸⁴ Sociologie juridique, PUF, 1994, p. 321.

¹⁴⁸⁵ Sur l'origine de cette représentation : en 1494, le Doyen de la Faculté de droit de Bâle, Sébastien Brant, publie *La nef des Fous*, ouvrage illustré de gravures de bois dont l'une représente la justice, avec glaive et balance, en compagnie d'un fou qui lui bande les yeux. L'image est toutefois équivoque et peut aussi ici suggérer un jeu (Christian-Nils Robert, *La Justice, vertu courtisane et bourreau*, Georg éditeur, 1993, p. 90). De tous temps, il a été considéré qu'un bon juge était nécessairement impartial. Cf. la Bible : « *Vous n'aurez pas de partialité dans le jugement* » (Deutéronome 1, 17).

¹⁴⁸⁶ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, p. 189, LGDJ, 1997.

A. L'intérêt variable de l'interprétation du juge

656. L'approche du droit interne par le juge est plus nette que celle du droit européen, d'autant que les instances européennes ont clairement délimité les conditions d'application des textes à plusieurs reprises. Pourtant, si l'on peut reprocher un intérêt variable de l'interprétation du juge (A), il est possible de mettre l'accent sur la définition délicate de la fonction normative du juge (B).

1. La prise en compte de sa fonction naturelle d'interprétation

657. La conséquence naturelle de cette extension des compétences est une divergence entre les interprètes, entre un pouvoir centralisateur public des autorités de régulation sur le pouvoir économique et les juridictions privées qui opère sur le marché privé. La vision autorégulée de ces autorités¹⁴⁸⁷ est surtout entendu dans le sens de contrôler et/ou réguler les marchés dès leurs constitutions¹⁴⁸⁸ voir leurs organisations dans lequel s'exerce le pouvoir économique des entreprises. Or, le juge doit prendre en compte dans son jugement les faits, on parle de comprendre les faits de la cause, ce qui diffère du droit de la concurrence où il doit s'appuyer sur la science économique : « dans la perspective, la science économique apparaît comme un outil de connaissance des faits »¹⁴⁸⁹.

658. L'interprétation est d'autant plus justifiée lorsque le droit de la concurrence perturbe nos habitudes juridiques. Le corps des juges est construit autour de la philosophie de Montesquieu ou le juge est la bouche de la loi¹⁴⁹⁰. En cela, « [n]otre tradition romano-canonique nous maintient dans cette conviction que c'est bien la loi – règle de droit édictée par le législateur de manière générale et abstraite –, qui constitue le mode normal d'expression »¹⁴⁹¹. Or, la réforme du droit passe par le législateur. À titre de comparaison, cette modification ne peut venir que du juge. Le juge est donc la vision anglo-saxonne d'un faiseur de droits. La distinction entre la « *class action* » et l'action de groupe en France illustre cette

¹⁴⁸⁷ Sur le mythe du marché autorégulé, A. BERNARD, *Le marché autorégulé, une « idée folle » ?* D. 2009, p. 2289.

¹⁴⁸⁸ Par la définition de la frontière entre les biens « or » ou « dans » le marché (les biens hors du commerce, par exemple, comme le corps humain), l'Etat permet ou non l'extension des relations marchandes.

¹⁴⁸⁹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des publications officielles, 1960, n°28, p. 53.

¹⁴⁹⁰ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, ch. 6, « De la constitution d'Angleterre », Paris, Éd. De La Pléiade, t. II, p. 404.

¹⁴⁹¹ M.-D. TRAPET, *L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire*, (2001) 45 APD 117, p. 121.

distinction. Le « *fluid recovery* » confère une autonomie au juge lorsqu'il est amené à prendre une décision de novation pour l'indemnisation des victimes¹⁴⁹².

659. Cette vision outre atlantique inspire notre droit. Au point que le juge ne peut plus se contenter de prononcer les paroles de la loi. Il est conduit à l'adapter aux circonstances. Les notions « cadre » en sont un bon exemple ce sont des notions souples que l'on nomme « *soft law* ». Le Premier président DRAI en observant le décret du 17 juin 1987¹⁴⁹³ avait écrit « *pour un juge qui toujours décide...* », mais selon l'article 809 alinéa 1 du Code du référé « *même en présence d'une contestation sérieuse* », le juge, quoi qu'il en soit, compare les situations, évalue le juge qui en découle et décide de la mesure à adapter. Bien que le principe soit que la loi doit être appliquée purement et simplement, parfois l'interprétation est indispensable. Cette obligation découle de l'article 4 du Code civil qui dispose que « *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Le juge interprète est le reflet de l'herméneutique où le juge est soumis au législateur. À nuancer lorsque le juge interprète la norme et qu'en découle un principe général du droit¹⁴⁹⁴.

2. La prise en compte de sa fonction sociale

660. L'autonomie est donc le résultat d'un constat : il n'est pas un simple exécutant, mais devient un interprète au sens large afin de transformer les faits et les événements en normes et règles juridiques. En cela, « *loin que le juge soit toujours un simple exécutant qui déduirait de la loi les conclusions directement applicables au cas particulier, il dispose d'une part d'autonomie qui constitue sans doute la meilleure mesure de sa position dans la structure de la distribution du capital spécifique d'autorité juridique ; ses jugements qui s'inspirent d'une logique et de valeurs très proches de celles des textes soumis à son interprétation, ont une véritable fonction d'invention pour transformer des faits et des actions en normes* »¹⁴⁹⁵. Or, le juge par sa fonction sociale une « *fonction d'adaptation au réel* »¹⁴⁹⁶. On assiste à un

¹⁴⁹² Il s'agit d'un système de réparation qui s'émancipe de la réparation individuelle du préjudice en choisissant une forme collective réparation qui peut aller au-delà du groupe des victimes.

¹⁴⁹³ Gaz. Pal. 22-23 juill. 1987.

¹⁴⁹⁴ P. WACHSMANN, *La volonté de l'interprète*, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques Droits 1998, n° 28, p. 29.

¹⁴⁹⁵ P. BOURDIEU, *Les forces du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, 2017. De quel droit ? p. 8.

¹⁴⁹⁶ P. BOURDIEU, *op.cit.*, p. 7.

accroissement de son rôle dans des domaines d'action divers et la judiciarisation du droit de la concurrence au niveau européen en est un exemple. Or, pour fonder cette nouvelle fonction, il se dote d'une autorité légitime¹⁴⁹⁷ qui est illustrée non seulement par sa compétence, mais aussi par la maîtrise des savoirs. L'investiture du juge lui confère ce pouvoir en fonction des circonstances.

B. La définition délicate de la fonction normative du juge

661. À supposer que dans les conditions précédemment définies, le juge puisse être considéré comme un interprète exclusif du droit, se pose alors la question de son éventuel pouvoir. Or, il semble que sa position lui est favorable. Comme pour tout intervenant du droit, le rôle du juge peut être créateur de droit (1). Cependant, le droit anglo-saxon a pu démontrer un traitement différent du juge à la variable sociale (2).

1. Le rôle de créateur de droit

662. Toute loi pour être appliquée, doit nécessairement être interprétée par le juge, notamment lorsqu'il y a un conflit entre deux normes de même valeur. Sans cette faculté d'interprétation, le juge ne pourrait résoudre les contradictions, ce qui pourrait conduire à des cas de déni de justice. Selon le professeur Michel TROPER, ce pouvoir d'interprétation met en lumière le pouvoir créateur dont dispose le juge¹⁴⁹⁸ : en effet, interpréter consiste à donner un sens au texte et de cette interprétation, dépendra la manière dont celui-ci est appliqué. De là à dire que le juge est co-auteur de la norme, il y a un pas, mais il dispose d'un pouvoir créateur afin de préciser la loi afin de lui donner une « signification officielle »¹⁴⁹⁹. Cela donne pour le juge un pouvoir de codétermination du sens et du contenu des normes. Le juge permet de rétablir un droit éventuellement mis à mal, mais également d'en préciser le contenu, c'est-à-dire de donner un sens au droit concerné. Par ailleurs, on peut se demander si une plus grande ouverture des prétoires ne se traduit pas par un déplacement du pouvoir de création de la norme vers le

¹⁴⁹⁷ P. BRAUD, *Sociologie politique*, LGDJ, Coll. Manuel, Droit public, 14^e édition, 09/2020 p. 40.

¹⁴⁹⁸ M. TROPER, *Les discours de la réforme, réforme de la justice, réforme de l'Etat*, sous la direction de L. CADIET et L. RICHER, PUF, collection de la mission recherche droit et justice, 2003, p. 31 ; M. TROPER, *La liberté de l'interprète*, in *L'office du juge*, G. DARCY, M. DOAT et V. LABROT (dir), *Actes du colloque organisé au Sénat les 29 et 30 septembre 2006*, Les colloques du Sénat, p. 28.

¹⁴⁹⁹ M. TROPER, *Ibid.*

juge. L'exemple de l'école de la « *sociological jurisprudence* »¹⁵⁰⁰ et le mouvement réaliste américain a démontré l'intérêt du rôle du juge dans la création normative. À l'instar du droit de la concurrence, la question majeure de l'interprétation s'est posée ici pour la Constitution américaine et l'interprétation faite par les tribunaux.

2. *Le rôle de variable sociale*

663. Le rôle créateur du juge selon l'école de la « *sociological jurisprudence* » est un mouvement développé autour de la pratique juridique de l'interprétation de la Constitution par les tribunaux, notamment par la Cour suprême des États-Unis. Or, il est question d'une confrontation entre le juge et le législateur. Confrontation qui n'a pas lieu d'être avec le principe de la séparation des pouvoirs. D'après ce mouvement, le juge interprète exerce un rôle créateur effectuant un choix politique¹⁵⁰¹.

664. L'intérêt de revenir sur ce mouvement réaliste américain est d'apporter un éclairage du rôle du juge sur son approche de l'économie en droit. En effet, ce mouvement interroge sur les aspects de l'interprétation judiciaire des juges. Il est intéressant de voir dans ces principes partagés par l'école de la « *sociological jurisprudence* » et le mouvement réaliste américain, mais également avec la proximité du libre droit allemand, une critique du système d'interprétation jugée trop formaliste ou encore trop ancré sur le précédent judiciaire pour le droit américain¹⁵⁰².

¹⁵⁰⁰ F. MICHAUT, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain, Le juge et la règle de droit*, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 39 n°2, Avril-juin 1987. p. 343-371.

¹⁵⁰¹ TR POWELL, *Police Power, 1922-1927*, in *Minnesota Law Review*, vol. 12, 1927-1928, p. 324 : « *Les juges diffèrent dans l'application des formules, non pas parce qu'ils regardent dans des dictionnaires différents mais parce qu'ils entretiennent des conceptions différentes quant au meilleur choix entre les jugements qui s'offrent à eux comme possibles* ». Cf. aussi F. FRANKFURTER, *op. cit.*, note 65, même page et également *id.*, expression « *The Supreme Court* », in *Encyclopedia of the Social Sciences*, 1934, vol. 14, p. 480. Dans ce dernier article, Felix FRANKFURTER semble se faire un peu l'écho des propos de R. POUND sur l'élément idéal (évoqués supra) quand il écrit que les juges apprécient la constitutionnalité des dispositions qui leur sont soumises en fonction de l'idéal politique (« *idealized political picture* ») qu'ils se font de l'ordre social existant.

¹⁵⁰² R. POUND, *Fifty Years of Jurisprudence* », in *Harvard Law Review*, vol. 51, 1937-1938, p. 444. Le démontage des classifications juridiques tel qu'on le trouve chez F. S. COHEN dans son article de 1935, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* est une parfaite illustration de cette volonté de renouvellement de la réflexion juridique et de renouvellement du langage sur le droit (F. S. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 1935, reproduit in L. K. COHEN (ed.), *The Legal Conscience : Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, 1960, Hamden, Conn., Archon Books, 1970, p. 33-76. Cf. thèse précitée, p. 37-38.

665. L'évolution du droit passe par le juge. Parce que son action est concrète, le juge effectue une véritable mise à jour du droit. Les limites du syllogisme dans l'édiction de la solution sont induites par la prise de responsabilité où on lui reconnaît un droit à l'erreur. En cela la « *sociological jurisprudence* » s'oppose à la « *mechanical jurisprudence* » en droit de la concurrence qui s'infère du contrôle des juges, la primauté du droit européen n'a pas alors intérêt de limiter toute initiative du juge. Selon les réalistes américains, le juge n'a pas un rôle passif lorsqu'il fait des choix éthiques voir politique. Une vision psychologique est à l'œuvre : « *Quand les psychologues ont commencé à s'intéresser à la manière selon laquelle les gens prennent leurs décisions, la question qu'ils se sont posée a été la suivante : comment les gens prennent-ils leur décision, quelle que soit celle-ci, quand ils sont confrontés dans la vie à une situation problématique ? Ils sont à peu près arrivés à la conclusion que si c'est véritablement une situation problématique, c'est-à-dire, s'il y a vraiment embarras, il est rare que la décision réelle soit arrêtée en fonction d'une déduction exacte, formelle du type des déductions de la logique formelle. Le processus habituel était plutôt soit une intuition soudaine — un saut sur le résultat avec lequel disparaissait la tension, soit une succession d'expériences mentales dans lesquelles l'imagination développait et passait en revue les différentes possibilités jusqu'à ce que l'une ou plusieurs d'entre elles se présentent comme satisfaisantes. Dans les cas courants, la justification raisonnée du résultat constituait un travail subséquent, qui consistait à confronter la décision à l'expérience, à en mesurer le caractère acceptable, à la conforter et à se persuader et à persuader les autres de son bien-fondé. Aujourd'hui tout cela est si familier et évident que c'en est ennuyeux, mais il y avait des raisons pour que cela choque notre monde juridique, il y a quarante ou cinquante ans. La pratique bien enracinée de ce temps était de rédiger la motivation d'une décision d'appel comme si la conclusion avait été nécessairement impliquée par les sources disponibles et comme si elle avait été la seule solution correcte possible* »¹⁵⁰³. La difficulté pour le juge, comme science humaine, est le recours évident à l'intuition, ou à l'inconscient qui est lié fortement à la période d'une prise de décision¹⁵⁰⁴. À titre de comparaison, la jurisprudence européenne sert de précédent judiciaire pour favoriser la conformité du jugement dans l'ensemble des États membres. L'école de la « *sociological jurisprudence* » et les réalistes américains mettent en avant cette spécificité. Le juge est amené à décider en accord avec les précédents. Or, s'il ne doit pas agir en dehors de la loi, par sa

¹⁵⁰³ K. N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, Boston. Little, Brown and Co., 1960, p. 11 et s.

¹⁵⁰⁴ J. C. HUTCHESON, Jr., *The Judgment Intuitive the Formation of the « Hunch » in Judicial Decision*, 1929, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935. Sur l'intuition dans la décision judiciaire, cf. aussi J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens and Sons Ltd, 1949, p. 104-111.

lecture des faits et son expertise, la solution est le résultat de son interprétation du droit qui peut être caractérisé de nouveauté¹⁵⁰⁵. La conclusion est l'édiction d'une nouvelle norme en application du droit. Or, là est le rôle de la Cour de cassation en droit français. Elle fait autorité en rejetant une éventuelle interprétation passée en proposant une nouvelle interprétation qui fera jurisprudence. La limite du précédent est que le juge ne s'appuie pas essentiellement sur une règle en l'appliquant de manière exégétique, mais en fondant sa décision en fonction des données de l'affaire présentée. Le juge a donc un rôle purement politique et revêt une spécificité qui le distingue de l'autorité administrative. La solution posée par le juge ne peut donc avoir un caractère unique qui d'ailleurs déboucherait sur un déni de justice dès lors que la solution serait trop éloignée des éléments du procès¹⁵⁰⁶.

666. Le rôle du juge est donc nécessaire dès lors qu'il ne dégage aucune règle de la loi, mais également d'une jurisprudence antérieure : soit la jurisprudence antérieure ne répond pas à la situation présente, soit les faits du litige sont trop éloignés de cette jurisprudence pour répondre efficacement au litige. Pour le juge, la bonne solution n'est donc pas la solution qui prévaut dans le précédent judiciaire. Le risque est de prendre une décision qui s'éloigne de la lettre de la loi. Le juge prend l'initiative de prendre une décision contraire alors même que le précédent indique une solution qui a fait ses preuves en termes de prévisibilité et de stabilité juridique. Pourquoi alors le juge prendrait-il cette décision ? Le propre du juge est de prendre une décision non seulement de nature politique, mais également morale. Le professeur DWORKIN revient sur cette condition qui guide les juges en « *agissant de bonne foi* »¹⁵⁰⁷. Le propre du juge est que sa décision procède d'une intuition. Une intuition tirée de la qualification des faits, de l'interprétation qui débouche sur l'application précise de la règle de droit. La justification peut

¹⁵⁰⁵ L. D. BRANDEIS, avocat, avait présenté devant la Cour suprême une plaidoirie inconnue aujourd'hui sous le nom de « Brandeis Brief », où il défendait la constitutionnalité d'une loi de l'État d'Oregon avec deux pages d'argumentation juridique et cent pages d'étude sociologique sur les effets néfastes des journées de travail trop longues que la loi prohibait. Dans un article « Working with Brandeis », Dean ACHESON rappelle comment Louis D. BRANDEIS, juge à la Cour suprême, travaillait. Il n'entendait pas refaire le droit. Il demandait à ses aides de trouver ce que le droit permettait et ce que le droit exigeait. Mais il fallait ensuite procéder à une analyse minutieuse des faits dans l'affaire à juger et dans les cas qui pouvaient faire figure de précédents de manière à mettre à jour les différences éventuelles (Dean ACHESON, *Working with Brandeis*, in A. WILDAVSKY and N. W. POLSBY (eds.), *American Governmental Institutions*, Chicago, Rand McNally and Co., 1968, p. 228-234.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 164 et 186.

¹⁵⁰⁷ « *The moral reading is a strategy for lawyers and judges acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be* » : R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Ouvrage paru en traduction française sous le titre : *L'empire du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, PUF, 1994. note 2, p. 11.

être vue comme procédant de la logique, le « *ratio decidendi* »¹⁵⁰⁸, mais plus communément elle s'appuie sur une règle de droit dont la portée est de servir de support aux décisions ultérieures, la jurisprudence.

667. Dès lors, le rôle créateur du juge apparaît lorsque la décision du juge est sortie d'une hypothèse, portant sur l'évolution de la règle de droit. Le juge aura une plus grande tendance à la méthode sociologique d'autant plus nécessaire lorsque le paradigme de départ du droit de la concurrence dont le point de départ est le marché commun pour basculer au bien être notamment des consommateurs. Le principe du précédent judiciaire aurait pour défaut de conduire à une solution systématique. La diffusion de la jurisprudence des instances européennes est cependant présentée comme une aide, comme suggestion de la décision¹⁵⁰⁹. La jurisprudence est donc un outil fonctionnel¹⁵¹⁰. La limite étant la primauté du droit européen favorisant la sécurité juridique par la prévisibilité des décisions pour les acteurs économiques avec pour objectif de faire entrer la décision du juge dans une catégorie. Certes, ce principe n'est pas inscrit dans les traités, mais a été consacré par la Cour de justice dans l'arrêt du 15 juillet 1964, *Costa contre Enel* lequel affirme que l'ordre juridique européen s'est « *intégré au système juridique des États membres* » et qu'il « *s'impose à leurs juridictions* »¹⁵¹¹. Le doyen CANIVET avait déjà exposé le problème : « *la jurisprudence de la Cour de justice impose alors au juge de tenter d'abord une conciliation entre les deux normes par le biais d'une interprétation conforme, ... interprétation conforme qui tend à donner à la règle interne une signification et une portée compatibles avec les exigences du traité* » et par conséquent « *le processus d'interprétation uniforme ne conduit donc pas à situer la norme communautaire en cohérence avec l'ordre*

¹⁵⁰⁸ A. DUFFY-MEUNIER, *La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni*, in Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2017/2-3 (N° 55-56), p. 45 à 55.

¹⁵⁰⁹ Ph. MOREAU DEFARGES, *Les institutions européennes*, A. Colin, 7^e éd., 2005, p. 55.

¹⁵¹⁰ L'interprétation téléologique par référence au critère d'activité économique débute par l'article 86 du traité de Rome. On retrouve déjà un tel débat sur l'opportunité d'étendre la qualification d'entreprise à d'autres types d'activités, dans l'affaire *Continental Can* où l'une des questions principales est celle de savoir s'il fallait interpréter de façon extensive l'article 86 et donc l'appliquer aux opérations de concentrations : conclusions de l'avocat général K. ROEMER présentées le 21 novembre 1972, Rec. 1973, p. 254-268. La question va se reposer avec plus d'acuité dans l'affaire *BRT/ Sabam* où l'avocat général H. MAYRAS va s'attacher à donner une interprétation fonctionnelle de la catégorie d'entreprise : « *Bien que le juge belge considère, semble-t-il, comme résolue la question de savoir si SABAM est bien une entreprise au sens de l'article 86, il n'est pas inutile de rappeler que les auteurs du traité ont entendu retenir une notion économique du terme « entreprise » considéré, ainsi que l'a écrit le professeur B. Goldman, comme « un ensemble coordonné de personnes et de biens, constitué dans un but déterminé et dont l'activité est dirigée vers la réalisation de ce but ». Dans votre arrêt du 13 juillet 1962, Mannesman AG/Haute Autorité, affaire 19-61, Rec 1962, p. 705) rendu, il est vrai, sur la base du traité CECA, vous avez retenu une formule voisine (...) »*, in conclusions H. MAYRAS, présentées le 12 février 1974, Rec. 1974, p. 320-329.

¹⁵¹¹ CJCE, n° C-6/64, Arrêt de la Cour, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964.

juridique interne propre à chaque État mais il vise à tirer toutes les conséquences du sens qu'elle a, ... dans la logique des traités afin qu'elle puisse déployer de manière égale la plénitude de ses effets dans l'ensemble de la Communauté »¹⁵¹². On peut rétorquer, cependant, que le pouvoir du juge permet de déclarer que la situation est nouvelle et qu'en l'absence de précédent il dispose du pouvoir d'interprétation. Les juridictions françaises coutumières du fait¹⁵¹³ alimentent la jurisprudence par le biais de questions préjudicielles¹⁵¹⁴. Or, en affirmant la supériorité du droit européen sur les règles juridiques nationales voir constitutionnelles, c'est déjà reconnaître l'autorité de la chose jugée de la Cour de justice. La jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice européenne ou encore leurs décisions préjudicielles en est revêtue¹⁵¹⁵. Plus encore, les juges nationaux sont attachés par ces arrêts et ces jugements conférant une autorité de la chose absolue¹⁵¹⁶, *erga omnes*, même pour les juges. Il résulte de cette approche une jurisprudence unie limitant les interprétations divergentes et à terme évite à la cour d'être inondée par trop de questions préjudicielles.

668. Ce chapitre peut être récapitulé en quelques mots. L'émancipation du juge en droit de la concurrence est devenue une nécessité. À la fois parole de la loi, le droit de la concurrence invoqué par les justiciables minore le scepticisme à l'encontre du « *Private enforcement* ». La raison est que la philosophie du droit de la concurrence reposée essentiellement sur l'action

¹⁵¹² G. CANIVET, *Le droit communautaire et l'office du juge national, Une science sociale pour la pratique juridique ?* in *Droit et Sociétés*, 1992, 20-21, p. 135.

¹⁵¹³ J. H. WEILER, *Une révolution tranquille. La CJCE et ses interlocuteurs*, Politix, 1995, vol.8.n°32, p. 119-138. Sur le rôle des juges nationaux dans l'élaboration du droit européen : O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.

¹⁵¹⁴ Par ex : Cass.com, 8 mai 1972, *Gaz. Pal.*, 1973, p. 659 ; L. FOCSANEANU, *La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de Concurrence*, Éditions techniques et économiques, 1977, p. 13-25 ; J. J. A. ELLIS, *Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises*, RTDE, 1963, p. 299-328 ; J.-B. BLAISE, *Le statut juridique des ententes économiques en France et dans les Etats de la CEE*, Librairies Techniques, Paris, 1964, p. 67-99 ; I. TORLEY-DUVEL, *Signification du mot «entreprise» au sens de l'article 85 du traité CEE à propos de l'accord entre sociétés-mères et filiales et filiales entre elles*, RTDE, 1966, p. 400-409 ; J. SCHAPIRA, *L'art. 85 du traité de Rome devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, JDI, 1967, n°2, p. 323-356 ; R. RODIERE, *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Etudes, Série concurrence, n°5, 1967, p. 9-99 ; M. CABRILLAC, *Le juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français*, in *Travaux Association Capitant, Le rôle du juge en présence de problèmes économiques*, T.XXII, 1970, p. 152-166 ; A. BIENAYME, *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision «Continental Can Company»*, RTDE, 1971, p. 65-75 ; J.-Y. GUYENOT, *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun*, LGDJ, 1971, p. 67-120 ; P. PADIS, *Evolution de la politique de la concurrence et du droit des contrats en Europe*, *Gaz. Pal.* 1971, p. 189 ; R. LECOURT, *La concurrence devant le juge*, *Gaz. Pal.*, 1973, p.741-748 ; M. GUERIN, J. VANDAMME, *La réglementation de la concurrence dans la CEE*, Paris, PUF, 1974 ; B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, 5^e éd. Paris, Dalloz, « Précis », 1994.

¹⁵¹⁵ CJUE, Cour, 5 mars 1986, *Wiinsche*, C-69/85. Numéro(s) : C-69/85.

¹⁵¹⁶ A. RASSON, *La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée, Juges constitutionnels et Parlements - Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2012, 27-2011, p. 591.

principale des autorités de régulation, mais ne semble pas à la hauteur de la justice sociale recherchée par le législateur. Or, les textes en droit de la concurrence se prêtent mal aux nuances du droit, l'interprétation du juge est devenue une nécessité. La complexité des textes européens n'est pas en cause, au contraire c'est le manque de précision qui nuise à la mise en œuvre du droit de la concurrence. Certes la Commission et les autorités de concurrence publient fréquemment les jurisprudences les plus emblématiques, mais le juge reste tenu d'apporter un éclairage, ce qui est de sa responsabilité. Il serait donc regrettable d'apprécier les décisions qu'aux seuls prismes des décisions d'importance issues de la jurisprudence européenne.

669. Il résulte d'une difficulté inhérente entre les autorités de régulations et les juges judiciaires, les modes d'interprétation. Les autorités plus enclines à une interprétation téléologique du droit se heurtent aux méthodes d'interprétation diverse et variée propre aux juridictions. Ce constat revient à reconsidérer la volonté d'harmonisation non pas en favorisant les divergences entre les interprètes, mais en se focalisant sur le résultat attendu.

Section 2. L'accroissement nécessaire des pouvoirs juridictionnels dans l'ordre juridique interne

670. La dimension d'entraide entre l'Union et les États membres accentue le besoin d'une réponse juridictionnelle appropriée afin que les individus aient une réelle possibilité de défendre leurs intérêts. Le prolongement de cette protection est conforme à la volonté d'accès des citoyens à la protection judiciaire établis par les traités et la jurisprudence. Les interventions devant la Cour de justice sont assez sporadiques pour démontrer la faiblesse de la participation des citoyens européens.

671. Le jeu de la reconnaissance du juge dans l'ordre concurrentiel appelle un regard spécifique juge du droit de la concurrence. La voie d'accès du citoyen à la Cour de justice offre des moyens d'interpréter une règle de droit européenne, voire de contrôler sa légalité, néanmoins rares sont ceux qui ont les connaissances ou les ressources pour mobiliser, les voies de recours. De ce point de vue, les modalités de recours aux juges de l'Union montrent certaines disparités dommageables pour la protection juridique des citoyens (§1). On l'a vu précédemment, la coopération des États membres implique nécessairement la montée en puissance des juridictions prévue par le Traité de Lisbonne d'où la nécessité de recourir aux juges nationaux (§2).

Paragraphe 1. Les modalités du recours aux juges de l'Union

672. Afin d'accompagner les instances européennes dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, les textes se sont employés à mettre en avant les juridictions nationales. Rendre compte de la singularité du juge permet de se familiariser avec le droit effectif de l'accès devant les juridictions de l'Union (A), cela n'empêche pas de préciser que cet accès aux juridictions de l'Union semble partiel (B).

A. Le droit effectif de l'accès devant les juridictions de l'Union

673. La fonction de juge est bien connue et quasi généralisée dans tous les domaines du droit. Sa place s'est imposée dans la régulation des rapports interpersonnels, mais aussi en l'incluant progressivement dans l'ensemble des contentieux. En pratique l'accroissement des compétences du juge comme régulateur de substitution, du fait d'un droit devenu plus flexible par des normes plus diversifiées, lui a apporté du crédit comme garant d'un droit plus structuré. L'originalité du système qui s'appuyait auparavant essentiellement sur le politique notamment au travers de la politique de concurrence, par essence, laisse un espace dans lequel il peut se déployer. Bien qu'il ait été pour un temps minoré, le pouvoir juridictionnel ne fait aucun doute, sous couvert d'un besoin de justice. Sous le prisme d'un phénomène d'émancipation, le débat ne porte plus sur son rôle éventuel, mais plutôt sur les modalités de son office. L'accroissement de ce pouvoir conduit à plus de sollicitations à tous les niveaux, et ce dans divers champs de compétence¹⁵¹⁷ créant un espace significatif de décision.

674. C'est la question de l'accès au juge qui donne lieu à une plus grande réflexion : d'une part en déterminant l'étendue du rôle du juge dans la garantie des droits et d'autre part en définissant le champ d'action juridictionnel par rapport aux autres pouvoirs. Prétextant de l'État de droit que sur sa mise en œuvre imposée par l'évolution du droit de la concurrence, ces conditions ont considérablement modifié l'organisation des pouvoirs avec en toile de fond d'envisager le rôle de la jurisprudence. Ce faisant, la marge de manœuvre consentie par le législateur notamment en matière d'interprétation permet d'infléchir sa position au titre des enjeux dépassant le seul cadre de la garantie des droits et libertés.

¹⁵¹⁷ S. ROZES, *Un profil nouveau pour les juges*, in *Les nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges en l'honneur de R. PERROT, Dalloz, 1995, p. 436.

675. **La question de l'accès au juge.** Le droit d'accès au juge indique que ce n'est pas le droit au juge. Pour autant le droit d'accès au juge ne doit-il être vu que comme un exercice de la voie de recours en droit de la concurrence ? Le droit au juge n'est pas directement identifiable par les tiers. D'ailleurs, la constitution en droit français ne consacre pas explicitement ce droit. À cet empilement normatif, on ne peut qu'observer que la notion ne recouvre pas la notion du droit à un tribunal impartial et indépendant ou encore le droit à un procès équitable. Le droit européen a prévu pourtant un formalisme, dont l'étendue dépend des systèmes juridiques. Le professeur Joël RIDEAU précise le contenu, relatif à ce droit au juge. La présence d'un juge suppose de revenir sur la fonction juridictionnelle liée à la détermination de sa compétence, mais également le droit à une décision juridictionnelle effective ce qui suppose aussi de s'intéresser au processus de décision¹⁵¹⁸. Le professeur Thierry Serge RENOUX a considéré relativement au droit au juge deux situations distinctes, qui s'imbrique l'une à l'autre. La première est la possibilité de former une action en justice, c'est-à-dire un aspect objectif. La seconde envisage un aspect subjectif lorsque ce droit implique l'accès concret à un tribunal¹⁵¹⁹. D'ailleurs, ce dernier « *recouvre non seulement le droit général d'accès à une juridiction, mais également le droit de pouvoir exercer librement un recours juridictionnel effectif doté des attributs exécutoires de la chose jugée* ». L'expression « droit au juge » est alors utilisée comme garantie du droit d'agir. Celui-ci englobe le droit à la défense ou encore l'égalité devant la justice. Elle est complétée par la formule de procès équitable qui se rattache à l'article 6§1 de la convention EDH. La formule sert surtout, dans une moindre mesure, à établir un lien avec l'article 13 conçu comme étant un droit au recours effectif. A cet effet, on peut mettre en avant l'article 47 de la charte des droits fondamentaux pour sa mise en œuvre tel qu'il est précisé par la Cour de justice¹⁵²⁰. Tel est précisément le cas en l'espèce, lorsque l'on s'interroge sur la légitimité du juge.

¹⁵¹⁸ J. RIDEAU s'interroge sur l'ouverture des recours au juge comme une concrétisation des droits fondamentaux ou alors si un nouvel instrument de rigidité. « *Le politiquement correct transformé en juridiquement correct, n'est-il pas la résurgence molle d'un totalitarisme d'autant plus dangereux qu'il se drape dans les plis du drapeau des droits de l'homme ?* » in *Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, Le droit au juge dans l'Union européenne*, sous la direction de J. RIDEAU. LGDJ, 1998, p. 7.

¹⁵¹⁹ Th. S RENOUX, *Droit au juge*, in *Dictionnaire des droits de l'homme* sous la direction de J. ANDRIATSIMBAVINA, H. GAUDEN, J. P. MARGENAUD et F. SUDRE, PUF, 2008, p. 305.

¹⁵²⁰ CJUE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84, Rec. p. 1651, pts 18 et 19 ; CJUE, 15 octobre 1987, *UNECTEF c/Heylens*, aff. 222/86, Rec. p. 4094, pts 14 ; CJUE, 11 janvier 2001, *Sipless*, aff. 226/99, Rec. I-277 pts 19 ; CJUE, 19 juin 2003, *Eribraud C-467/01*, Rec. p. I6471, pt. 61 ; CJCE, 13 mars 2007, *Upilet*, 432/05, Rec. p. I-2271, pt. 37 ; CJUE, 21 février 2008, *Télé 2 télécommunication*, c-426/05, Rec. p. I-685, pt. 30 ; CJUE, 15 avril 2008, *Impact*. C-268/06, Rec. p. I-2483, pt. 43 ; CJUE, 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, Rec. p.I-2931, pt. 174. En cas de carence d'un Etat membre de l'Union, la Cour considère que le droit européen peut exiger la création d'une voie de droit nécessaire à la protection des droits, CJUE, 15 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76, Rec. p. 1989 et 2043. V. F. PICOT, *Droit au juge et voie de droit communautaire*, in L'Union européenne,

676. À vrai dire, en exerçant une fonction de passerelle, le juge tient le premier rôle en appliquant non seulement les règles issues du droit européen de la concurrence notamment pour les recours, mais aussi en appliquant les règles internes propres à la réglementation nationale en matière de concurrence. C'est pour la bonne raison qu'elle n'avait pas à connaître des litiges des articles 101 et 102 du TFUE avant les dernières réformes. La décentralisation opérée marque une évolution remarquable dans la mesure où elle constitue une véritable révolution légale et culturelle¹⁵²¹. Dès lors, cet accès au juge permet de reconnaître les droits et libertés aux justiciables. Il s'agit de revenir sur l'intérêt de favoriser l'accès au juge, notamment en droit de la concurrence. Appréhendée au départ comme second degré des décisions des autorités administratives, comme juge du droit interne en droit de la concurrence. Le juge devient synonyme d'une meilleure justice pour le justiciable à mesure que le droit de la concurrence prend de l'ampleur dans notre environnement juridique.

677. **L'amplification du rôle du juge.** À condition de respecter les domaines d'interventions des instances européennes et en particulier les compétences exclusives des instances européennes, l'extension des domaines d'interventions du juge est une idée intéressante. Elle permet de faire face à un contentieux qui n'a cessé de s'étendre et de se diversifier, en raison de l'élargissement des domaines de concurrence et de la consommation découlant du Traité de Lisbonne. Le premier défi pour le juge est celui de la limite de son pouvoir. En effet, son rôle a évolué, car il concerne à la fois la coopération avec les instances européennes et la mise en œuvre du contrôle juridictionnel que son application dans le domaine de l'action privée. Cela étant, le juge reste limité au fait et à la volonté des parties et pour autant il ne peut juger *ultra petita* sans dépasser les limites du procès. Avec le Traité de Lisbonne, le législateur a sollicité les juridictions de tous les États membres en étendant leurs compétences et en ouvrant son prétoire aux requêtes individuelles. Le second défi est celui de l'économie. Le législateur a eu un certain activisme en favorisant le contrôle de l'économie par des autorités administratives indépendantes comme la Commission des opérations de bourse (COB) ou l'Autorité de la concurrence dont certains dénoncent la vision répressive. Or, il échoit au juge de contrôler la régularité des enquêtes représentant un véritable mécanisme de contrôle de la vie économique. La réflexion qui ressort de la nouvelle aptitude du système juridictionnel de droit commun est

union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du professeur PH. MANIN, éd. Pedone, Paris, 2010, p. 907.

¹⁵²¹ C.-D. EHLERMANN, *La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle*, RDUE, 1/2000, p. 13-74 ; C.-D. EHLERMAN, *The modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CML Rev., 2003, p. 546-547.

de prendre en considération des notions totalement extérieures à ces aptitudes habituelles. Il a dû absorber cet afflux contentieux qui consiste à vérifier l'efficacité des décisions sur l'économie tout en prenant en compte des considérations personnelles voir morales. Bien sûr, on peut s'interroger légitimement sur le fait d'assumer en même temps le contrôle des institutions d'ordre économique et politique et la gestion des rapports civils entre les individus.

B. L'accès partiel devant les juridictions de l'Union

678. Le Traité de Lisbonne prévoit la possibilité de spécialiser un tribunal faisant partie de l'architecture judiciaire d'un État membre, apportant une réponse en passant par un magistrat apte à comprendre un contentieux technique. À l'article 257 du TFUE, il est prévu qu'un tribunal peut être chargé de certaines catégories de recours en première instance. Ses décisions feront l'objet d'un pourvoi. Sur le modèle des juridictions européennes, en France, la Cour d'appel de Paris examine les questions sur recours et la Cour de cassation intervient en dernier lieu en cas de réexamen de la décision. Mais bon nombre de difficulté relativise la compétence des tribunaux. Au-delà de la complexité de la matière, c'est la multiplicité des juridictions compétentes sur les questions de concurrence. En particulier, la répartition du contentieux entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif n'est pas un facteur de lisibilité, alors que ces juridictions sont déjà en concurrence avec la Cour de justice de l'Union européenne. Elle ne permet pas de s'assurer que les justiciables aient un accès effectif à la justice alors même que son seul recours est la possibilité de saisir le juge. Il oblige à reconnaître une absence de protection des voies de recours de l'Union (1) et, face aux principes cardinaux des voies nationales, à souligner la protection inadaptée des juridictions nationales (2).

1. L'absence de protection des voies de recours de l'Union

679. L'article 263§4 du TUE consacre le principe du recours auprès de la Cour de justice de l'Union européenne : « *Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premiers et deuxièmes alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur*

égard ». Ce principe n'est pas nouveau. Le Traité d'Amsterdam le consacrait déjà dans l'ex-article 230 du TCE. Le Traité de Nice lui consacrait le même article. Le recours devant la Cour de justice est significatif du principe de la défense des intérêts des citoyens européens. Cela explique en partie la mise en œuvre d'une alternative à l'alignement du contrôle des instances européennes sur le modèle d'une juridiction de droit commun.

680. **Les implications.** Cette possibilité répond au principe du droit d'accès à un tribunal ou encore le droit à un recours juridictionnel : « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »¹⁵²². Néanmoins, sur certains aspects, l'application de l'article 263 du TUE donne certes la possibilité pour les personnes physiques ou morales de saisir les juridictions de l'Union de recours en annulation, mais ce n'est que pour « *les 'actes réglementaires' ne nécessitant aucune mesure d'exécution qui leur font directement grief* »¹⁵²³. En théorie, il est donc possible de demander d'interpréter une règle de droit européen ou de contrôler sa légalité ou encore de contester devant le Tribunal de première instance une décision qui le concerne directement ou indirectement¹⁵²⁴. Elle est cependant conditionnée par le fait que la personne physique ou morale est la connaissance ou les ressources nécessaires pour contester les décisions¹⁵²⁵.

681. Le rôle prépondérant des juridictions de droit commun est donc respecté. À cet effet, l'article 263§4 du TFUE doit être mis en parallèle avec l'article 19§1 deuxième alinéa du TUE qui assure les voies de recours dans le respect des principes d'attribution et de répartition des domaines de compétence de l'Union et des équilibres juridictionnels. Ces derniers doivent pouvoir garantir des voies de recours nécessaires pour assurer une protection effective des droits de l'Union. Les personnes physiques ou morales ne peuvent contester les mesures d'application nationale ou européenne que devant le juge national. Cependant, afin de maintenir l'homogénéité et l'interprétation du droit européen, le renvoi préjudiciel est la seule possibilité pour apprécier la validité de la décision.

¹⁵²² L.FAFOREU, T.-S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, extrait du Répertoire Dalloz du contentieux administratif, Paris, Sirey, 1992, p. 90 et suiv.

¹⁵²³ P. GILLIAUX, *Le traité de Lisbonne*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2007/31-32 (n° 1976-1977), p. 5-83, §198.

¹⁵²⁴ Articles 263 et 265 du TFUE ; Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963. *Plaumann & Co. contre Commission de la Communauté économique européenne*. Affaire 25-62.

¹⁵²⁵ N. BRACK, *Construction européenne et légitimité démocratique, Les relations difficiles entre l'UE et les citoyens*, L'Harmattan, « Politique européenne », p. 146-154.

682. Finalement, si rien n'empêche un particulier de former un recours devant la Cour de justice et le Tribunal soit par le biais d'un recours direct soit par un renvoi préjudiciel, les possibilités restent limitées. Dans son article 263§2 du TFUE, la Cour a retenu la voie de recours pour une demande d'annulation en démontrant un intérêt réel à l'affaire. L'exigence de cet intérêt réel à l'affaire est donc un frein majeur pour les particuliers. L'exigence de retenir cette seule possibilité de recours pour les particuliers permet de rester dans le cadre fixé par le traité en évitant que les individus élaborent une jurisprudence en concurrence avec les instances européennes. Le recours est donc limité à certains secteurs tels que les mesures *antidumping* lorsque le litige concerne directement le plaignant. À titre d'exemple, une association d'agriculteurs interjette appel d'une ordonnance du Tribunal ayant rejeté l'annulation du règlement (CE) n°1638/98¹⁵²⁶. Cet arrêt visait le débat quant à l'ouverture du recours à une personne physique ou morale¹⁵²⁷. Si certains auteurs appellent à l'ouverture des possibilités de recours aux personnes physiques ou morales¹⁵²⁸, les membres de la Cour avaient montré une certaine réticence¹⁵²⁹. Il est simplement exigé que la personne soit individuellement concernée, afin de ne pas dénaturer l'interprétation de la jurisprudence des juridictions européennes. Dès lors, l'existence de cette possibilité reste des plus embryonnaires et ne modifie que peu l'ouverture des recours pour les particuliers. Au final, les personnes physiques et plus ou moins

¹⁵²⁶ Règlement CE n°638/98 du Conseil du 20 juillet 1998 modifiant le règlement n°136/66/CEE portant établissement d'une organisation commune des marchés dans le secteur des matières grasses.

¹⁵²⁷ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-6677

¹⁵²⁸ Pour des critiques formulées dans une doctrine récente voir, entre autres, A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under Article 173 of the EC Treaty*, *Common Market Law Review*, 1995, p. 7, et *Private applicants and the action for annulment since Codorniu*, *Common Market Law Review*, 2001, p. 7; D. WAELBROECK, D., et A.-M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires: à la lumière du droit comparé et de la convention des droits de l'homme*, *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 399; G. VANDERSANDEN, *Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées*, *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 535; L. Allkemper, *Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag: Möglichkeiten seiner Verbesserung*, 1995, p. 39 et 40 ; T. HEUKELS, *Collectief actierecht ex artikel 173 lid 4 EG: een beperkte actieradius voor grote belangen*, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 1999, p. 16; D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità*, 1998, p. 53; M. ORTEGA, *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*, 1999, p. 225 à 230; S. CAVALLIN, *Direct ogiltighetstalan inför EG-Domstolen i ljuset av svensk förvaltnings- och konkurrensträtt*, *Europarättslig tidskrift*, 2000, p. 622, p. 635 à 636.

¹⁵²⁹ Pour des commentaires critiques relatifs à cette jurisprudence formulés par les membres de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, voir F. SCHOCKWEILER, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, *Journal des tribunaux, Droit européen*, n° 25, 1996, p. 1, p. 6 à 8 ; J. MOITINHO DE ALMEIDA, *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression la concernant [...] individuellement*, *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. I, 1995, p. 849, aux p. 857 à 866 ; G. MANCINI, *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities, The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, P. YESSIOU-FALTSI éd., 1998, p. 421, p. 437 à 438 ; K. LENAERTS, *The legal protection of private parties under the EC Treaty : a coherent and complete system of judicial review?*, *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, 1998, p. 591 à 61 ; A.SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'Art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, 1998, p. 879, p. 903 à 904.

les personnes morales ne peuvent difficilement défendre leurs intérêts devant une juridiction européenne.

2. La protection inadaptée devant les juridictions nationales

683. **La judiciarisation de l'Union.** Dès l'origine, les législateurs rappellent la nécessité de mettre en place un moyen de contrôle de la Haute Autorité parmi les fondements de l'Union européenne¹⁵³⁰. L'exhortation à préserver la justice et à favoriser le caractère juridictionnel des décisions s'inscrit donc dans la volonté d'instituer un organe juridictionnel, la Cour de justice. Elle a pu affirmer la nature juridique des fondements de l'Union, selon lequel « *la Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* »¹⁵³¹ et, d'autre part, l'engagement des États membres « *à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du (...) traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci* »¹⁵³². En s'interrogeant sur la création d'une juridiction au sein de l'Union, c'est d'abord le choix de faire la différence avec le caractère purement politique des décisions de la Commission. Le contexte général peut l'expliquer. La compréhension du contexte montre que la Cour de justice permet de retenir une approche différente. La Cour a considéré que l'article 19 du TUE lui confère un rôle dans l'attribution des compétences auprès des juridictions nationales. Pour autant, l'ancrage du droit européen dans le système juridictionnel de l'Union devait s'accompagner de son admission dans les droits nationaux.

684. **L'effectivité et le juge.** L'effectivité du droit de la concurrence montre à un certain point ses limites. Par effectif, il faut entendre de ce qui se traduit par des actes réels, tangibles, ce qui est une réalité. Le doyen CARBONNIER considère « *l'application effective* »¹⁵³³ ou encore comme « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »¹⁵³⁴. L'article 4 du TUE exige que « *les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union* ». Ces conditions ont été interprétées comme le principe

¹⁵³⁰ R. HOSTIOU, *Robert Schuman et l'Europe*, 1968, Editions Cujas (22 juillet 1969), p. 137.

¹⁵³¹ Article 19 du TUE.

¹⁵³² Article 344 du TFUE.

¹⁵³³ J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, article cité, p. 3 ; ID., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 133.

¹⁵³⁴ P. LASCOUMES, V^o « Effectivité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, p. 217.

de coopération loyale, qui était déjà esquissé dans l'article 10 du TCE afin que « *les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission* ». Cet ensemble redondant de la référence à la compétence des États membres vise plus particulièrement le juge judiciaire. En décortiquant l'article 10 du Traité, la Cour de justice a voulu démontrer que si l'objectif est d'assurer une protection effective des droits des individus, c'est en reconnaissant l'effet direct et la primauté du droit européen de la concurrence. Il dispose à cet effet de la compétence exclusive de mettre en œuvre l'organisation juridictionnelle : « *il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »¹⁵³⁵. Au service des intérêts des justiciables, il exerce une fonction de légitimation de l'intervention de l'État, détenteur de l'autorité juridique délégué. Dans l'ordre juridique de l'Union, le juge national doit répondre aux impératifs de l'Union européenne et respecter la finalité de la norme européenne et ne pas déroger à l'application du droit de l'Union pour ne pas retirer la pleine efficacité de celui-ci. La volonté est d'avoir une fonction équivalente tant en droit européen où l'autonomie procédurale n'est là que pour respecter les spécificités nationales.

685. À la différence, si les juges européens limitent les pouvoirs des juridictions nationales, il ne fait pas obstacle aux pouvoirs du juge. Au contraire, il élargit les pouvoirs des juges par l'intermédiaire de l'application du droit européen. Pour sa mise en œuvre, il n'existe pas réellement de critère de proportionnalité ou de nécessité, ni de véritable coordination, le pouvoir du juge se voit étendu par la jurisprudence de l'Union, c'est donc bien une compétence supplémentaire dont dispose le juge par rapport à son droit national. Seule ici est visée la capacité de chaque État à garantir l'effectivité du droit de l'Union en tant que juge de droit commun de l'Union européenne. C'est bien en tant que limite positive, en tant que juge de réserve, que son action doit être appréhendée. Les États membres sont autorisés à se soustraire aux obligations qui leur incombent reconnues par l'arrêt *Simmenthal*¹⁵³⁶, l'effectivité du droit

¹⁵³⁵ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33-76, ECLI :EU :C :1976 :188 et *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45-76, ECLI :EU :C :1976 :191.

¹⁵³⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État / Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77.

de l'Union requiert les pouvoirs reconnus aux juridictions nationales¹⁵³⁷ par la voie du droit national.

686. **Le rattachement à un dispositif de protection provisoire.** Le dispositif n'est pas soluble à l'Union et la caution des juges nationaux lui est rattachée. Le professeur Jean Marc FÉVRIER considère que « *le juge national, au nom de la protection juridictionnelle provisoire des justiciables, se voit conférer des pouvoirs qui lui étaient jusqu'alors étrangers* »¹⁵³⁸. Il reste au juge de tenter d'éviter la défiance d'un système qui n'accorderait pas les droits effectifs de l'Union à la protection juridictionnelle des individus. Dans cet ordre, on peut mentionner la volonté de laisser « *inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire* »¹⁵³⁹ qui cristallise l'application directe et immédiate du droit de l'Union. L'objectif de développer une coopération étroite dans le domaine juridictionnel a donc fixé les mesures provisoires qui incombent à la seule responsabilité des États membres d'assurer le droit au recours.

687. Le Traité de Lisbonne accompagne l'euphémisation du droit national de la concurrence en mentionnant la traditionnelle réserve de preuve qui impose au juge de former son propre jugement sans être tempéré par des modes de preuves déterministes issus du droit national. L'inscription de cette compétence que le professeur François PICOD exprime par « *l'effectivité du droit de l'Union européenne est garantie par un accès à un vrai juge qui a le pouvoir juridictionnel pour examiner la violation alléguée du droit de l'Union européenne* »¹⁵⁴⁰ suppose que le juge soit libre de former son jugement en toute indépendance. Comme démontré dans l'introduction de cette étude se départit d'une certaine logique nationale pour assurer le respect et l'efficacité des droits conférés par les normes européennes.

688. La réalisation des objectifs de l'Union passe également par la considération de la réserve de compétence du juge pour soulever d'office des moyens de droit de l'Union. L'arrêt

¹⁵³⁷ R. KOVAR, *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire*, in A. BLECKMANN, PH. DELANNAY, H. GOLSONG, R. KOVAR, J.-V. LOUIS, P. MERTENS ET J. VELU (dir.), *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Colloque organisé par l'Institut des Études européennes, F. Larcier SA, Bruxelles, 1978, p. 245-28.

¹⁵³⁸ J.-M. FÉVRIER, *La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à l'exécution*, AJDA, 1995, p. 867.

¹⁵³⁹ CJCE, *Simmenthal*, op.cit.

¹⁵⁴⁰ F. PICOD, *Le droit au juge en droit communautaire*, in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, EJA, Paris, 1998, p. 160.

*Verholen*¹⁵⁴¹ montre que l'ensemble des jugements menés dans cet espace concerne la possibilité d'apprécier d'office la mise en conformité du droit national avec le droit européen, même si le justifiable ne l'a pas spécifiquement invoqué. De même, en matière de coopération loyale et d'effet direct, le juge, dans l'hypothèse d'une action d'un particulier ayant oublié d'invoquer le droit européen, a pour obligation de soulever une règle de droit européen en rapport avec l'affaire¹⁵⁴². L'action du juge national par son contrôle est donc associée au juge européen en tant que juge de droit commun de l'Union en assurant le respect de l'efficacité des normes de l'Union. Cela étant, le Traité de Lisbonne sollicite également le juge, en étendant la compétence préjudicielle des juridictions des États membres permettant d'ouvrir le prétoire aux requêtes individuelles. Pour s'assurer que l'intervention du juge dans la procédure soit accélérée, la possibilité de poser des questions préjudicielles est portée par le pouvoir discrétionnaire du juge de décider de l'opportunité et le contenu des questions préjudicielles¹⁵⁴³.

Paragraphe 2. La nécessité du recours aux juges nationales

689. La consécration du juge en droit de la concurrence garantit une protection juridictionnelle effective. L'office du juge prend une signification particulière en matière de justiciabilité, en orientant le droit de la concurrence au bénéfice de la victime. Il intervient sur des domaines pour lequel il n'avait pas à intervenir, là où le législateur avait ouvert le litige aux autorités notamment administratives dont les procédures juridictionnelles sont proches.

690. La coopération juridictionnelle organisée par l'Union génère un certain nombre de difficultés qui tombent sous le coup de l'accessibilité. Qu'ils s'agissent des pratiques anticoncurrentielles ou des recours pour la légalité des actes ou de sanctions à connotation générale sur le marché, l'ensemble des décisions exclus souvent le justiciable. D'ailleurs le

¹⁵⁴¹ CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. C-87/90.

¹⁵⁴² CJUE, 5 mars 2020, aff. C-679/18 ; CJUE 21 avr. 2016, aff. C-377/14, D. 2016. 1744, note H. AUBRY ; *ibid.* 2017. 539, obs. H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD. Même la Cour de cassation semble s'engager dans cette voie (Cass., ch. mixte, 7 juillet 2017, n° 15-25.651, D. 2017. 1800, communiqué C. cass., note M. BACACHE ; *ibid.* 2018. 35, obs. P. BRUN, O. GOUT ET C. QUEZEL-AMBRUNAZ ; *ibid.* 583, obs. H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD civ. 2017. 829, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 872, obs. P. JOURDAIN ; *ibid.* 882, obs. P.-Y. GAUTIER ; RTD eur. 2018. 341, obs. A. JEAUNEAU : « *Attendu que si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées* ».

¹⁵⁴³ L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit une obligation de renvoi pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel. La Cour de justice a créé une obligation de renvoi dans le cas où les juridictions ont des doutes sérieux sur la validité des actes de l'Union.

juge, plus communément, contrôle les décisions de ces autorités et intervient par la voie préjudicielle. L'objet du contrôle seul ne met pas en avant le rôle fondamental du juge dans les droits fondamentaux.

691. L'exercice de ce droit est loin d'être consacré avec la présence des autorités. Si la conciliation des intérêts du marché reste majeure, l'intérêt de recourir au juge prend une acuité particulière dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Le juge reste essentiel pour assurer l'efficacité des droits, mais aussi des règles imposées par les traités. Mais l'accroissement des compétences potentielles des juges explique que l'on s'intéresse au fondement rationnel du pouvoir du juge (A). Nul doute, notamment que la transformation de son rôle justifie le pouvoir politique du juge (B).

A. Le fondement rationnel du pouvoir du juge

Jamais les instances européennes n'ont été vues comme des institutions supranationales dépourvues de contrôle. Ce contrôle est entré en vigueur dès le Traité de Lisbonne en officialisant l'action de la Cour de justice. Or, la juridictionnalisation a pris en compte rapidement les décisions juridiques. La mission du juge a évolué au point de mettre en avant les spécificités du jugement (1). La nature de cette intervention impose de s'intéresser aux fondements du jugement (2).

1. Les spécificités du jugement

692. **Le recours au juge.** Dans ses prémices de la construction du marché européen, le législateur a minimisé l'intérêt de recourir au juge alors même que l'existence de ce droit est consacrée par l'article 16 de la DDHC en considérant que c'est un droit fondamental afin de reconnaître d'autres droits¹⁵⁴⁴. Pourtant, il est vrai qu'à la différence du droit pénal, le fait de recourir à une autorité judiciaire respectant les droits de la défense semble être acquis. À l'inverse, le tribunal ne semble pas être nécessaire dans les autres droits. Les législateurs de l'Union ont adopté le principe des autorités, notamment l'Autorité de la concurrence en France, afin de mettre en œuvre les directives et règlements des instances européennes. Le raisonnement au premier abord semble impénétrable, à l'exception de certains points. La prise en compte de

¹⁵⁴⁴ L. SAYN, *La place des outils procéduraux dans l'accès au droit au juge*, in *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, p. 217.

la nécessité d'assurer une protection juridictionnelle effective reste pourtant indispensable pour rétablir un droit bafoué ou pour légitimer une atteinte portée à un droit. En particulier, le juge en se prononçant sur une règle européenne mettant en œuvre une action en matière de pratiques anticoncurrentielles, tout en prenant en compte l'intérêt de la victime apporte une justification à l'exercice de passerelle occupée par le juge.

693. **L'efficacité du contrôle par le juge.** On ne reviendra pas sur la définition du juge, si ce n'est pour insister pour dire que c'est le litige qui définit le juge. Il est permanent de le considérer comme un élément de contestation entre les parties auquel l'action juridictionnelle met fin. Le souci de l'effectivité se retrouve dans le droit à un tribunal et est applicable qu'il s'agisse d'un contentieux ou de l'action répressive. L'article 5§4 de la Convention européenne des droits de l'homme relevé de façon particulière comme un organe auprès duquel une personne privée a le droit d'introduire un recours afin que l'on statue sur la légalité¹⁵⁴⁵. Le droit à une protection juridictionnelle a pour vocation de faire l'objet d'un organe décisionnel indépendant¹⁵⁴⁶. Il existe une protection juridictionnelle dès lors que sont offertes les garanties fondamentales de la procédure¹⁵⁴⁷. Par ailleurs, en tant que tel le juge est spécifique lorsqu'il tranche un litige avec un certain standard qui tranche avec la jurisprudence européenne¹⁵⁴⁸. Le bénéfice des règles procédurales suppose pour le justiciable l'impératif d'un juge autonome dans la mesure où il est soumis au régime du contradictoire. Si les articles 6 et 13 de la CEDH reconnaissent cette protection juridictionnelle, cela étant c'est l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre le recours à un tribunal.

694. **La concrétisation du rôle du juge.** Affirmer que le juge défend sa position par les critères organiques ne semble pas suffisant. Le caractère concret se dévoile avec le signe le plus distinctif du juge, sa fonction. Certes, il est admis que le juge est la « *bouche de la loi* »¹⁵⁴⁹, que par principe il est garant de l'application de la règle de droit comme le rappelle l'article 12 du Code de procédure pénale lorsque le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». En résumé, juger permet de dire le droit, mais aussi de contrôler sa bonne

¹⁵⁴⁵ S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, LexisNexis, 2022, 15^e éd., n°354.

¹⁵⁴⁶ CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c/Royaume-Uni*, série A, n°114.

¹⁵⁴⁷ CEDH, 18 juin 1971, *De Wide, Ooms et Versypes C/Belgique*, série A, n°12,§76.

¹⁵⁴⁸ CJUE, 1^{er} juin 2007, *Haijpl*, aff. C-264/05. Rec. p. I-4673, point 16 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Robert Koller*, aff. C-11809, p. 1, point 22.

¹⁵⁴⁹ P. RÉMY, *La part faite au juge*, in *Pouvoirs* 2003/4 (n° 107), p. 22 à 36.

application. Mais, il faut rappeler également que le juge donne un sens à la norme ; or il n'est pas en contradiction avec les exigences de son contrôle effectif de dire que le juge la concrétise en usant de son pouvoir créateur¹⁵⁵⁰. Pour le juge administratif plus particulièrement, sa construction jurisprudentielle a pour but de systématiser un droit exorbitant au bénéfice du sujet de droit qui est la puissance publique. L'argument n'est pas dénué de réalisme. Le juge participe de fait à la concrétisation de la norme en l'appliquant à une situation réelle. Il s'agit en cela de la fonction de juger. En jugeant, la procédure de réexamen ne suffit pas à garantir une protection juridictionnelle, c'est son autonomie pour dire le droit selon une certaine procédure à l'occasion du litige, qui participe à la construction de la norme en lui conférant un sens. Par principe, tout juge participe à la concrétisation de la norme par son application à une situation réelle, il s'agit là de la fonction de juger. Il dispose alors de l'autonomie lui permettant de dire le droit selon une certaine procédure à l'occasion du litige, mais aussi parce qu'il participe à la construction de la norme en lui conférant un sens.

2. Les fondations du jugement

695. Deux textes définis fondent le principe du jugement. Le répertoire de jurisprudence, réactualisé par MERLIN DE DOUAI en 1825, pose les éléments d'une confusion des principes : la juridiction est définie comme le « *pouvoir de celui qui a le droit de juger* »¹⁵⁵¹. Le second, la compétence comme « *le droit de juger* »¹⁵⁵². Ainsi le jugement a-t-il été vu comme une émanation du pouvoir législatif étroitement contrôlé par celui-ci. C'est d'ailleurs ce principe qui est formulé par GENY : « *je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir dans la jurisprudence, une source formelle de droit privé positif, qui, à côté de la loi et de la coutume, puisse jouir d'une force créatrice indépendante* »¹⁵⁵³. Les racines de cette genèse sont anciennes. Ainsi, pendant la Révolution, le référé législatif¹⁵⁵⁴ faisant obligation au juge, en cas de doute sur le sens de la loi, de saisir le législateur pour que ce dernier fixe l'interprétation de la norme juridique, autrement dit, il est interdit au juge d'interpréter, car pour les révolutionnaires, seul le législateur peut créer du droit. De fait, la Cour de cassation n'a pas la

¹⁵⁵⁰ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, traduction de l'allemand par O. JOUANIAN, Paris, PUF, Léviathan, 1996, 438 p.

¹⁵⁵¹ V° Juridiction, M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Bruxelles, 1826, Tome 16, p. 354.

¹⁵⁵² V° Compétence, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁵³ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 2, LGDJ, 2016, n°149.

¹⁵⁵⁴ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 50 et suiv.

qualité d'unifier ou d'interpréter le droit¹⁵⁵⁵. Le droit est donc clairement contrôlé par le pouvoir législatif de sorte qu'il ne peut ressortir aucun principe de la jurisprudence.

696. **Affirmation de l'exégèse.** La réticence à l'interprétation du juge est étroitement liée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de borne que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* »¹⁵⁵⁶. Ainsi, il est possible de s'interroger sur l'idéal démocratique tant l'application de cet article constitue une contrainte au pouvoir judiciaire. Pourtant, il y a une ontologie à démontrer que le droit peut exister par lui-même¹⁵⁵⁷. Divers auteurs tendent d'ailleurs à démontrer cet état de fait : Antoine GARAPON remarque à ce propos que « *l'acte de juger n'est pas entièrement rationalisable et qu'une part de la décision revient au juge lui-même* »¹⁵⁵⁸. De même, cet acte qui consacre la décision est une émanation du pouvoir législatif par la délégation de son pouvoir normatif, S'il est difficile de faire la part entre dire le droit et l'appliquer, il apparaît possible d'affirmer que « *la justice de l'État s'incarne d'abord à travers les juges qu'il institue à l'effet de trancher les litiges* »¹⁵⁵⁹. En vérité cette affirmation n'a finalement qu'un seul intérêt, c'est celle de rappeler que le juge applique la loi, mais ne légifère, pour autant cela ne remet pas en cause sa représentativité.

697. **La reconnaissance du jugement comme norme.** Il est patent que l'article 4 du Code civil est l'origine de ce pouvoir créateur : que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Pour le professeur BELAÏD, le juge est le législateur des lacunes du droit¹⁵⁶⁰. Dès lors, de l'obligation de juger peut naître une règle de droit¹⁵⁶¹. Cette conception entretenue encore aujourd'hui s'appuie sur le lien indissociable entre théorie et pratique. La loi a un caractère abstrait, rendant une application directe des plus improbables ; une application qui

¹⁵⁵⁵ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, LGDJ, 1987, p. 148 et suiv.

¹⁵⁵⁶ Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁵⁵⁷ Philosophie qui a pour objet l'étude des propriétés les plus générales de l'être, telles que l'existence, la possibilité, la durée, le devenir.

¹⁵⁵⁸ A. GARAPON, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, préface de Paul Ricoeur, ODILE JACOB, 1^{er} février 1996, 288 p., p. 255.

¹⁵⁵⁹ L.CADIET, *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, 1997, 266 p., p. 45.

¹⁵⁶⁰ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préface M. Villey, LGDJ, 1974, Bibliothèque de philosophie du droit, Tome 17, p. 311.

¹⁵⁶¹ Quant à la place grandissante des décisions de justice, V. Chr. ALBIGES, *Introduction au droit*, coll. Paradigme, éd. Bruylant, 8^e édition, 2023, Introduction, p. 6.

relativise le droit en l'adaptant au sujet afin de rendre concrète la règle de droit¹⁵⁶². Le professeur RIPERT démontre ce lien. En effet, pour cet auteur lorsque « *le juge constate que dans le droit formel une règle existe. C'est une règle générale qui par elle-même ne suffit pas à la direction pratique des hommes. Il faut une autorité qui donne la règle d'application pratique. Dans certains pays la décision du juge suprême s'impose par elle-même ; dans d'autres c'est la jurisprudence qui assure l'existence de la règle* »¹⁵⁶³. Les liens entre autorité de la loi et autorité du jugement ouvrent un parallèle. L'interprétation n'est qu'un outil au service du juge qui comme le notent les professeurs AUBRY et RAU¹⁵⁶⁴ conduit par l'avocat DEMOLOMBE¹⁵⁶⁵, l'interprétation a pour seul but de révéler la volonté du législateur dans un respect quasi religieux du texte à interpréter. Comme le note le professeur BOULANGER, la justice est une création parce que le juge lorsqu'il exerce une liberté, c'est un choix qui ne lui est imposé par aucune autorité supérieure¹⁵⁶⁶. Chacun, en rendant un jugement, se voit concéder un pouvoir normatif et créateur. C'est l'idée selon laquelle la justice, comme pratique juridique, est humaine. « *La jurisprudence, écrit-il, n'est pas une véritable source du droit civil, comparable à la loi ou même à la coutume. Mais elle est une autorité* », disait le doyen CARBONNIER¹⁵⁶⁷. L'article 4 du Code civil démontre autant cette prérogative que son autoritarisme, mêlant le caractère supplétif du juge et le caractère subordonné à la loi¹⁵⁶⁸. C'est donc très justement que la mise en œuvre de ce principe, selon un intérêt social, conduit à réaliser la justice par une application pratique du droit.

698. **Un concept juridique.** Le droit un ensemble « *de règles de conduite* ». De ce principe indissociable de droit et de justice, à cet égard, la diversification des significations conduit à des définitions distinctes. Le professeur François TERRÉ définissait le droit comme un « *ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée - et plus ou moins organisée -, régissent les rapports entre les hommes* »¹⁵⁶⁹. Et le professeur Jean VINCENT de reprendre en

¹⁵⁶² CH. ATIAS, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, JCP, 1984, I, 3145.

¹⁵⁶³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *Revue internationale de droit comparé*, 1955, volume 7, numéro 4, p. 386.

¹⁵⁶⁴ C. AUBRY, C. RAU, G. RAU, *Cours de Droit Civil Français D'Après La Méthode de Zacharias, Volume I*, 2013, Gale, *Making of Modern Law*, § 29, p. 98-100.

¹⁵⁶⁵ M. C. DEMOLONGUE, *Cours de Code Napoléon*, 3^{ème} éd., Paris, 1865, t. I, § 35, p. 37-39.

¹⁵⁶⁶ J. BOULANGER, *Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, *RTD Civ.*, 1961, p. 424.

¹⁵⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil -Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002, n°144.- Adde, F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, LGDJ, 2^e éd., 2016, n°146s.

¹⁵⁶⁸ L'article 4 du Code civil dispose, « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Ce déni de justice est d'ailleurs réprimé par le nouveau code pénal (Article 434-7-1).

¹⁵⁶⁹ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9^e éd. : Précis Relié - 29 août 2012. p. 3.

donnant une définition plus pragmatique pour noter que la justice est « *l'ensemble des institutions permettant de rendre la Justice, c'est-à-dire de juger les procès* »¹⁵⁷⁰. Elle influe donc sur le droit pour qu'il soit réalisé : soit elle est mise en œuvre objectivement lorsque les normes ne sont pas respectées, soit elle est un jugement de valeur lorsqu'elle se fonde sur un critère subjectif. Alors que reste-t-il de l'énoncé de l'article 5 du Code civil ? Le professeur KELSEN répond que le droit comme règle de conduite est fondé sur un ordre social : « *tout ordre social, toute société - une société n'est pas autre chose qu'un ordre social - a pour fonction d'amener les êtres humains à observer une conduite réciproque déterminée : s'abstenir de commettre certains actes qui, pour une raison donnée, sont jugés néfastes à la société, accomplir des actes dont on estime, pour une raison donnée, qu'ils sont utiles à la société* »¹⁵⁷¹. C'est finalement au sociologue BOURDIEU, sur le caractère institutionnel de la justice, de conclure que « *selon une stricte hiérarchie non seulement les instances judiciaires et leurs pouvoirs, donc leurs décisions et leurs interprétations dont elles s'autorisent, mais aussi les normes et les sources qui confèrent leur autorité à ces décisions* »¹⁵⁷². D'autres considèrent que pour analyser cette relation qui réunit justice et droit défend l'idée que « *le droit qu'il s'agit d'une règle qui s'impose à tous avec autorité et qu'il n'est rien qui puisse échapper au droit des relations humaines* »¹⁵⁷³.

699. Autrement dit, pour appliquer une application effective, le droit doit prendre la forme d'une institution en relation avec le droit. Dès le XIX^e siècle, la Cour de cassation a admis que pour que le droit ait des effets sur les tiers, il faut « *qu'une règle à caractère général soit effectivement appliquée dans tous les cas où, en vertu de son contenu, cette règle doit être appliquée* »¹⁵⁷⁴. Auparavant, les penseurs du XVIII^e ont considéré que le corps « *chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté tant civile que politique* » doit être vu en tant que « *puissance exécutive* » ou encore vue comme de « *simples officiers du souverain, ils exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît* »¹⁵⁷⁵. Peu à peu, le rôle du juge se mue en véritable acteur de la loi.

¹⁵⁷⁰ GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., DEBARD T., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Coll. Précis, 16^e éd., 2021.p. 1.

¹⁵⁷¹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État, La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Collection : La pensée juridique, 517 pages - Parution : 01/1997, p. 66.

¹⁵⁷² P. BOURDIEU, *Les forces du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en Sciences sociales*, 2017, n°64, p. 4.

¹⁵⁷³ M. TROPPER, *Pour une définition stipulative du Droit*, in *Droits*, 1989-10, p. 101.

¹⁵⁷⁴ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État, La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Collection : La pensée juridique, 517 p. - Parution : 01/1997, p. 65.

¹⁵⁷⁵ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social...*, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Paris, Éditions sociales, 1963, I, 3, 1, p. 116.

700. Le concept sous-jacent est d'ailleurs exposé par les principes énoncés par Montesquieu, « *il y a dans chaque État, trois sortes de pouvoirs ; la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil* »¹⁵⁷⁶. Finalement, l'article 5 du Code civil reprend l'idée que le pouvoir doit être distingué entre « *faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger* »¹⁵⁷⁷. Il s'agit là de la reconnaissance politique du pouvoir de juger.

B. La justification politique du pouvoir de juger

701. La prémisse selon laquelle le pouvoir de juger est une mission nécessaire de l'État est auxiliaire au terme d'autorité. Dès lors, de ce point de vue, le jugement doit être appréhendé comme la fonction dévolue au juge de trancher la contestation qui oppose les parties en disant le droit, et ce en exerçant son contrôle, en caractérisant non seulement le pouvoir du juge de protéger la concurrence (1), mais également sa légitimité en la matière (2).

1. Le pouvoir du juge de protéger la concurrence

702. À mesure que le rôle du juge s'est accru, la place accordée à l'office du juge pouvait s'épanouir. Si l'opposabilité entre loi et droit avait droit de citer auparavant, la règle a pris un élan positif. Et dans ce phénomène d'exégèse au travers de l'article 4 du Code civil, on retrouve l'attrait du contradictoire. C'est ainsi que ce dernier a théorisé ce principe du contradictoire que le juge doit faire respecter et respecter lui-même. En cela, il résulte une liberté que le juge EFTHYMIOS rappelle lorsque le juge accomplit sa mission de pouvoirs « *de direction, d'instruction et d'organisation du procès* »¹⁵⁷⁸. D'ailleurs, l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux sous le titre « *Droit à une administration* » fait écho à cette assertion « *le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union* »¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, part. 2, Liv. XI, Chap. VI, éd. NOURSE, p. 294.

¹⁵⁷⁷ H. PUGET, *Montesquieu et l'Angleterre*, in *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, Paris, Sirey, 1952, not. p. 287.

¹⁵⁷⁸ P. EFTHYMIOS, *Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque (Quelques éléments comparatifs)*, RIDC 1987, p. 705.

¹⁵⁷⁹ Journal officiel n° C 83 du 30 mars 2010.

703. **La délégation : une nécessité.** À mesure que le droit européen prend de l'ampleur, la place accordée aux institutions nationales s'est accrue corrélativement. Si l'opposition relative des droits a droit de citer, l'application a ouvert un champ plus large. Et dans une volonté de brasser un champ plus large du droit, la délégation est devenue une nécessité. Par définition, c'est le fait de confier une tâche. Or, la délégation ne désengage pas le délégant de sa responsabilité. Ce n'est pas un phénomène nouveau. C'est ainsi qu'à la première moitié du XVII^e siècle, l'incorporation du pouvoir judiciaire passe par la délégation de la puissance du monarque, cela sous-entend que derrière l'autorité exerçant la justice, « *il faut percevoir l'efficace de la souveraineté royale* »¹⁵⁸⁰. Dans quelle représentation alors le juge est-il investi ? En vérité, c'est peu à peu l'évolution de la société qui a induit la relation particulière entre l'institution et le juge comme représentant. La prise de conscience de l'interdépendance du juge avec l'État se réalise au travers de la délégation du pouvoir de juger se manifestant par une interdépendance dialogique de l'institution et l'homme : l'institution de la justice. Ainsi, le juge LAFERRIERE consacre ce principe dans le Traité de la juridiction administrative en donnant un sens large : « *l'attribution du contentieux administratif à l'autorité administrative ou à des juridictions spéciales (...) a été admise, depuis 1789, comme une application du principe de la séparation des pouvoirs* »¹⁵⁸¹. Dans l'état en question, ce principe a été repris par les privatistes¹⁵⁸² en l'élevant au rang de principe fondamental des lois de la République par un arrêt du Conseil constitutionnel, le 23 janvier 1987¹⁵⁸³.

704. **La valeur performative des décisions du juge.** Plus fondamentalement, la conséquence de cette délégation de la représentation s'illustre par la reconnaissance du discours et des paroles tenus par les juges ayant une valeur performative¹⁵⁸⁴. Pour autant, cette représentation renvoie à la notion d'autorité légale. En effet, cette autorité légale investit d'une légitimité représentative le juge qui est autorisé à juger et à sanctionner autrui de manière

¹⁵⁸⁰ R. SÈVE, *Le discours juridique dans la première moitié du XVII^e siècle*, in H MECHOULAN, dir., *L'État baroque..., L'État baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII^e siècle*, Paris, Vrin, 1985, p. 131.

¹⁵⁸¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris / Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 12.

¹⁵⁸² En ce sens, v. par exemple M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., Paris, Pichon, 1901, Tome 1, p. 21. Plus récemment, v. D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, Paris, Economica, 1987, not. p. 15-101. Rapp. F. TERRÉ, Introduction Générale au Droit ; Précis DALLOZ, 13^{ème} éd., 2021, p. 125.

¹⁵⁸³ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987. Notes J. CHEVALIER, AJDA, 1987, p. 345 ; L. FAVOREU, RFDA, 1987, p. 301 ; Y. GAUDEMET, RDP, 1987, p. 1341.

¹⁵⁸⁴ D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* B. ALAIN, Genèses, Année 1997, Volume 28, n°1, p. 168.

légitime et officielle. Le professeur CARRÉ en arrive à une conclusion : pour lui, c'est « l'institution d'une autorité coercitive (...) appelée pouvoir judiciaire »¹⁵⁸⁵, statut auquel seul le juge peut prétendre. Aussi, la conception contemporaine de cette autorité du juge peut être résumée de deux manières : d'une part, la délégation de pouvoir est un instrument puissant confié aux juges pour contrôler l'ordre social et réguler le désordre conflictuel, d'autre part, le juge est celui qui tranche par sa décision et énonce la parole publique. Ainsi, l'ambition est de voir dans le juge une autorité légitime ayant une capacité d'influence sur le cours ordinaire des événements. La question est de savoir comment est mis en œuvre ce pouvoir de juger notamment au travers du droit de la concurrence.

2. La légitimité du juge pour protéger la concurrence

705. En vertu de ce qui est annoncé, les droits du juge ont évolué à tel point que l'on peut évoquer à l'occasion de son contrôle que le tribunal sert à la régulation des rapports interpersonnels, mais également dans les rapports avec les pouvoirs publics que nécessite le nouvel espace des contentieux. La raison de l'annexion des nouveaux domaines par le juge est analysée ici par le déclin de la normativité de la loi¹⁵⁸⁶ et un accroissement de compétence en devenant un régulateur « *de substitution* »¹⁵⁸⁷, car il est devenu un prétexte quant à la diversification des foyers normatifs¹⁵⁸⁸ qui garantit pour lui-même un droit structuré. Au vu des décisions susceptibles d'avoir un vide juridique, la garantie juridictionnelle peut être mise en exergue. En l'état actuel du contrôle, le juge apparaît comme un pouvoir concurrent des autorités administratives.

706. **La construction d'une nouvelle protection.** Pour parti, c'est le désengagement du politique qui favorise un espace pour le juge pour combler un vide juridique. Cela étant, le souci d'efficacité qui anime cette logique est la sollicitation grandissante du juge dans divers champs

¹⁵⁸⁵ J.-L.-G. CARRÉ, *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, 2 vol., Paris, Warée, 1825 (Tome 1), 1826 (Tome 2), p. XV.

¹⁵⁸⁶ N. MOLFESSIS, *Simplification du droit et déclin de la loi*, RTDC, 2004, p. 155.

¹⁵⁸⁷ F. DUPUIS-TOUBOL, *Le juge en complémentarité du régulateur*, in *Droit et économie de la régulation. 1* (2004), p. 132-144. *Droit et économie de la régulation. 1 Les régulations économiques : légitimité et efficacité* Sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, 2004, p. 208 Collection : Hors collection Éditeur : Presses de Sciences Po et Dalloz.

¹⁵⁸⁸ J. CHEVALLIER, *L'internormativité*, p. 689-711 in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST ET M. VAN DE KERCHOVE (DIR.), *Les sources du droit revisitées - VOL. 4 Théorie des sources du droit*, Collection générale, Éditeur : Presses de l'Université Saint-Louis, 2012.

de compétence¹⁵⁸⁹. Or, nombreux sont les contentieux où le juge est amené à intervenir permettant d'étendre son contrôle dans de nouveaux enjeux « *graves et aigus* »¹⁵⁹⁰. Il peut paraître artificiel d'insérer de nouveaux droits pour le juge, mais sa vocation est de se préoccuper de ce qui auparavant pouvait lui échapper.

707. **Les perspectives.** Est-ce que le juge doit être limité au simple rôle du recours ? Sur le principe, étendre le rôle du juge au-delà du simple rôle de recours serait bienvenu, tant celui-ci est plus à même de fournir une véritable protection juridictionnelle. Sous couvert d'une apparence formelle, le droit au juge recouvre non seulement « *le droit général d'accès à une juridiction, mais également le droit de pouvoir exercer librement un recours juridictionnel effectif doté des attributs exécutoires de la chose jugée* »¹⁵⁹¹. Ce droit implique en droit interne le droit d'agir en justice, le droit de la défense et le principe d'égalité devant la justice. En droit européen, l'article 6§1 de la convention EDH relatif au procès équitable, ou encore l'article 13 reconnaît le droit à un recours effectif. Renforcé par le droit de l'Union européenne à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux¹⁵⁹², un droit d'accès effectif au tribunal est consacré par la Cour de justice¹⁵⁹³. Cela implique de prendre en considération l'office du juge, la motivation du jugement ou encore leurs exécutions. Un droit d'accès au juge qui est le droit d'obtenir une décision tranchant définitivement le litige¹⁵⁹⁴. Le droit au recours suppose ainsi qu'un litige entre dans la matière à contentieux, mais également qu'il existe un juge pour le résoudre, le même juge qui admettra en outre sa compétence.

708. **Une question de légitimité.** Le juge est-il à la recherche d'un surcroît de légitimité ? Dans une décision du 18 janvier 1985, la Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire¹⁵⁹⁵, le juge censure la disposition législative qui reconnaît l'autorité de la chose jugée à une décision de première instance quand la juridiction d'appel n'a pas statué au fond dans un

¹⁵⁸⁹ S. ROZÈS, *Un profil nouveau pour les juges, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz 1995, p. 436.

¹⁵⁹⁰ S. ROZÈS, *op. cit.*, p. 441.

¹⁵⁹¹ T. S. RENOUX, *Droit au juge, in Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. GAUDEN, J. P. MARGENAUD et F. SUDRE, PUF, 2008, p. 305.

¹⁵⁹² JOUE, 18 décembre 2000, C-364, p. 1.

¹⁵⁹³ F. PICOT, *Droit au juge et voie de droit communautaire, in L'Union européenne, union de droit, union des droits*, Mélanges en l'honneur du professeur P. MANIN, éd. Pédone, Paris, 210, p. 907.

¹⁵⁹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2023, p. 401 et s. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, 674 p.

¹⁵⁹⁵ Décision n°84-183 DC, du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Rec., p. 32.

certain délai, le Conseil estimant que la situation du plaideur ne peut dépendre de l'efficacité de la juridiction. Dans la mesure où « *les justiciables sont placés (...) dans des situations différentes au regard des garanties qu'offre l'exercice d'une même voie de recours selon que la Cour d'appel statue ou non dans le délai qui lui est imparti* ». Cela implique des différences de traitement dès lors qu'il existe des différences de situations objectivement appréciables. Ainsi se justifie la création de juridictions d'exception, ou plus particulièrement ayant des compétences spécialisées comme les tribunaux de commerce. À termes d'exemple, en 1950, le juge administratif a quant à lui érigé au rang de principe général du droit la possibilité de former un recours en contestation de légalité¹⁵⁹⁶. L'amélioration du droit de la concurrence par le juge suppose de passer par le levier de la démocratie judiciaire de proximité. Cela implique de reconfigurer l'offre de justice sur l'ensemble du territoire national.

709. La création de nouvelles voies de recours ne doit pas en effet masquer le mouvement de rationalisation qui semble être mis en œuvre aujourd'hui non seulement par le législateur, mais également par le juge. Si l'accès au juge *ratione materiae* et *ratione personae* tend à progresser, ce qui confère au juge un rôle plus important dans la résolution des conflits, les conditions liées à l'ordre procédural et à l'interprétation contribuent à réguler l'exercice de ce droit, mais il ne saurait être absolu.

710. À l'heure où la quasi-totalité de l'action administrative est soumise au contrôle juridictionnel, pour certains acte, l'accès au juge est refusé. Qu'il emprunte la voie du recours pour excès de pouvoir ou celle du plein contentieux, le requérant se heurte au même obstacle. Ce constat invite à s'interroger sur les justifications d'une telle immunité juridictionnelle.

711. La qualification de ces mesures semble ainsi renvoyer à des notions fonctionnelles, utilisées de manière pragmatique par le juge, au hasard des requêtes, afin de faire échapper certains actes à son contrôle. Le juge refuse alors de s'immiscer plus avant dans une matière dont la « *juridicisation n'est pas certaine* »¹⁵⁹⁷.

712. En adoptant les règles de concurrence issue d'un autre droit, la question de l'intégration de l'analyse économique dans la prise de décision qui est familière dans le droit anglo-américain

¹⁵⁹⁶ CE, 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec. p. 110, GAJA.

¹⁵⁹⁷ D. BINCZAK, *Actes de gouvernement*, in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2012.

se pose. Étrangère à la culture juridique française¹⁵⁹⁸, la notion de rationalité des agents économiques est inconnue des juristes français. Elle implique une analyse individualisée par rapport à un comportement sur un marché. Cette vision se heurte à une vision morale et humaine qui s'applique généralement en droit. En cela, il s'agit d'apporter une certaine efficacité à la règle de droit qui est représentée par la capacité d'une règle à produire des effets répondant aux conditions qui ont conduit à son adoption.

713. Le nouveau cadre des relations entre le juge et les tiers fait apparaître une problématique propre à la construction du marché européen. La multiplicité des comportements et les micro-traitements des pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles d'être exclus de l'incrimination. Si l'ambition du droit de la concurrence est de maintenir la concurrence alors le rapprochement avec les justiciables est un facteur de protection sociale. L'expression du comblement des lacunes de la loi par l'interprétation du juge prend tout son sens, lequel est plus à même d'appréhender des situations fort différentes, pour préserver les objectifs de la politique de concurrence. Les possibilités d'action des citoyens devant les juridictions européennes passent par la mise en œuvre d'un rôle plus prépondérant du juge national.

Conclusion du Chapitre 2

714. Les modalités de l'application du droit de la concurrence par les autorités de concurrence n'étaient pas suffisamment efficaces pour répondre à toutes les sollicitations que sont susceptibles de rencontrer les acteurs européens. Le processus de juridictionnalisation a été d'un apport essentiel pour remplir cet objectif.

715. Le juge national a dans un premier temps pris en compte les grands principes qui découlaient de la coopération entre l'Union et les États membres. Sur ce fondement, la reconnaissance du juge a été un instrument efficace de l'essor du droit de la concurrence malgré la diversité des systèmes juridictionnels. L'affirmation d'une confiance mutuelle entre la Cour de justice et les juridictions nationales semble à l'ordre du jour, ce qui contribue à l'extension des compétences du juge.

¹⁵⁹⁸ A. OGUS, M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, Coll. Hors collection, 10/2002, 176 p. Il est remarquable, comme le souligne d'ailleurs Louis VOGEL dans sa préface, que l'analyse économique du droit soit si étrangère à la culture juridique française et si familière à la culture anglo-américaine que son analyse relève du droit comparé.

716. Les juges nationaux ont dans un second temps cherché à exister à travers la coopération avec les juridictions de l'Union. L'originalité de cette coopération tient au mouvement polycentrique entre le contrôle des instances européennes et le contrôle juridictionnel. Ces derniers sont donc accompagnés par le contrôle opérationnel de l'Union. Le juge national dispose non seulement du soutien des acteurs européens et de la marge nécessaire non négligeable dans son rôle d'assistant. La *ratio legis* du droit économique doit guider le juge dans la révélation de ses pouvoirs.

Conclusion du Titre II

717. La caractéristique de la coopération entre l'Union européenne et les États membres conduit la Cour de justice à assurer de front deux types de contrôle : le respect des traités par les instances européennes et le contrôle des instances nationales de la bonne application du droit de la concurrence. En effet, le Traité de Lisbonne a conforté ce mouvement de juridictionnalisation en s'intéressant à la quotidienneté du droit de la concurrence.

718. Cette intervention n'est pas fixe dans sa construction. La politique de concurrence suscite des mouvances dans l'interprétation des faits économiques en s'adaptant aux difficultés d'ordre pratique et matériel.

719. Si ce processus n'est pas stable, la jurisprudence est amenée encore à se développer, devenant un facteur d'effectivité de l'application des règles de concurrence. La fonction de régulation des juges nationaux apporte une entraide non négligeable à la coopération entre l'Union et les États membres. Le juge national agit comme un juge ordinaire de la concurrence en identifiant les besoins internes. Par sa légitimité, il forme les contours d'un juge du droit de la concurrence.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

720. L'étude des juges interprètes a permis d'appréhender à la fois le rôle prépondérant de la Cour de justice de l'Union européenne et le développement de la coopération des juges nationaux dans l'application des règles de concurrence, sans pour autant remettre en cause le rôle du juge, dans ses propres prérogatives.

721. Le rôle caractéristique que joue le juge national dans cet ensemble révèle deux fonctions qu'il occupe aujourd'hui. Ces deux fonctions loin d'être antithétiques au contraire se complètent lorsque dans sa fonction dévolue par le traité assure la mission de protection juridictionnelle des citoyens de l'État membre. Une fonction qui est dévolue dans le silence de la mission de protection du marché des autorités de concurrence.

722. Le recours au juge laisse présager un nouveau type de coopération par un partage des missions. Cette spécificité opérationnelle permet de garantir les droits fondamentaux comme souhaité d'ailleurs par le système européen des droits de l'homme. Cette fonction écartée historiquement a pu être influencée par des préoccupations plus sociales avec la recherche d'un meilleur équilibre contractuel. L'interprétation téléologique qui s'est imposée peut s'inspirer de la « *sociological jurisprudence* » pour être au service du juge et de sa prise de décision.

723. Une fois le terrain balisé, le juge du droit de la concurrence a investi les domaines du contrôle des acteurs économiques avec au premier chef les entreprises, mais également le consommateur. Le pragmatisme et le souci d'efficacité doit guider le juge du droit de la concurrence. Les avancés de l'Union européenne en la matière présagent de nouveaux développements dans la prise en compte des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Le développement a un impact sur le processus de juridictionnalisation des interprètes du droit de la concurrence. Les conditions qui ont conduit à l'émergence du juge partenaire ont enclenché une nouvelle organisation de la politique de concurrence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

724. **Juge du droit de la concurrence.** Au fil des développements, la question de savoir s'il existe un juge du droit de la concurrence s'est posée. Au cours de cette étude, nous avons avancé l'idée d'une conciliation entre le contrôle juridictionnel et la coopération avec les autorités de concurrence comme une hypothèse plausible de travail. Au premier abord, la réponse est effectivement négative dans la mesure où il n'existe ni dans les textes, pas plus que dans la pratique, ni dans la « *soft law* », un juge spécifique au droit de la concurrence. Ainsi formulée, l'analyse avait pour vocation d'orienter la recherche vers l'observation du juge de droit commun qui permet de pondérer la réponse. S'il existe un juge du droit de la concurrence, ce n'est pas dans un rapport spécifique au droit commercial ou au droit de la régulation qu'il faut le chercher, mais dans l'interprétation majeure du droit de la concurrence. Pour arriver à une proposition plausible, il fallait admettre comme idée que le contrôle juridictionnel et le recours des personnes privées appellent le juge. Cette idée issue de l'ordre concurrentiel influence la conclusion pour une démonstration raisonnable du rôle du juge de droit commun.

725. **La sanction des pratiques anticoncurrentielles.** L'influence des règles de concurrence sur le juge national est donc déterminante. En effet, la question d'un processus de juridictionnalisation ne fait aucun doute. Progressivement, le juge a investi un vaste champ de compétence avec la coopération des autorités dans l'Union. À travers l'autonomie procédurale des juridictions dans l'Union, le juge légitime son intervention et conquiert à son autonomie. L'idée directrice permettant de résumer l'incidence du juge sur le droit de la concurrence n'est rien d'autre qu'un cumul d'intervention contre les actes anticoncurrentiels induit par la décentralisation. Si l'indépendance du juge peut être mise en avant par le droit de la concurrence, en incarnant une bonne justice, le paradoxe est que l'influence du juge démontre son caractère inachevé. En effet, la juridictionnalisation implique des changements significatifs sur la place du juge au sein de l'ordre concurrentiel lorsqu'il exerce sa compétence. Le réseau de concurrence pose un problème de méthode quant à l'application du droit de la concurrence, dont l'ensemble se heurte au paradigme originel du droit de la concurrence selon lequel le marché est l'objet de droit des autorités de concurrence. Afin de démontrer l'existence d'un juge du droit de la concurrence, il s'agissait de construire un modèle par rapport à son intégration dans l'ordre concurrentiel, de dépasser le cadre préétabli du simple contrôle juridictionnel de la concurrence par le juge. Or, en dénotant son indépendance, c'est nier la

concurrence interne des interprètes, en reconnaissant un pouvoir des autorités sur le réseau de concurrence alors que la complexité de la matière suppose, texte après texte, qu'une logique se distingue.

726. **Recours au juge national.** Les législateurs de l'Union ont un nouveau leitmotiv après la protection des marchés, c'est la prise en compte des consommateurs. En somme, le droit de la concurrence participerait de la protection juridictionnelle effective des droits que les individus tirent de la norme européenne. Pour ce faire, les législateurs rappellent incessamment que les États membres disposent d'une autonomie institutionnelle et procédurale. Cette idée souligne le rôle plus présent du juge au point qu'il se voit conférer la position d'interprète unique de ce droit. Que les principes européens de la concurrence permettent une emprise trop grande de la Cour de justice ne remet pas en cause les compétences conférées aux juges nationaux. Sans doute, une plus grande protection juridictionnelle en faveur des victimes de pratiques anticoncurrentielles viendra remettre en cause cette influence emblématique des institutions européennes. Le droit interne n'est pas en reste et autorise les juges de droit commun à compléter les règles de concurrence par le droit plus classique de la concurrence déloyale ou des pratiques restrictives de concurrence. Finalement, les traités tolèrent la singularité des juridictions des États membres dès lors qu'elles remplissent les conditions de conformité à la législation européenne. Le paradigme de la liberté du commerce et de l'industrie issue de notre droit de la concurrence classique s'accorde avec les règles propres à la liberté des échanges prônée par les législateurs européens.

727. Cette idée directrice permet-elle d'appréhender la coopération entre l'Union et les États membres ? Pour que le processus de juridictionnalisation montre une certaine efficacité, il faut dépasser le seul principe du contrôle juridictionnel afin de ne pas minimiser tout effet cumulatif de l'intervention des juridictions des États membres. Cependant, afin de caractériser un modèle encore fallait-il distinguer les fonctions du juge. Il est patent que la fonction actuelle du juge confère toute sa signification au « *respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* » tiré de l'article 19 du TUE. En effet, au lieu de faire fi de l'indépendance des juges dans l'interprétation des décisions en matière concurrentielle. À travers ses sources propres du droit, le juge ne tire-t-il pas du droit européen de la concurrence la substance propre de son action en termes d'abus de position dominante, d'abus de dépendance économique ou de déséquilibre significatif dans les contrats. Autant de principes qui animent la jurisprudence de l'Union européenne pour tous les opérateurs économiques abusant de leurs pouvoirs de marché.

728. **Une émancipation limitée.** Il est cependant difficile de prévoir les développements futurs du contrôle juridictionnel dans la fonction ordinaire du juge. La singularité du juge dans l'ordre concurrentiel reste encore un obstacle pour développer une approche technique et opérationnelle. La prise en compte des droits fondamentaux sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme pousse la Cour de justice à investir davantage sa position dans la prise de décision de la Commission. En effet, lorsqu'il s'agit de protéger la concurrence, le recours à l'analyse économique donne une nouvelle consistance juridique à la motivation des décisions. Par analogie, la légitimation des juridictions nationales va dans le sens de la démocratisation de la politique de concurrence. Le contrôle du juge y apparaît comme un élément à part entière de cette démocratie.

729. Néanmoins, on peut nuancer le propos lorsque le citoyen se retrouve relativement éloigné du prétoire européen. Le juge interne apparaît alors comme un intermédiaire essentiel pour faire valoir ses droits, notamment pour l'appréciation de la légalité des actes issus du droit européen de la concurrence. La légitimité du juge national comme juge du droit de la concurrence vient du fait qu'il représente un ensemble unitaire notamment dans le cadre de l'appréciation factuelle des intérêts économiques. C'est du reste le partage du réseau de concurrence enclenché par la décentralisation d'une partie des compétences de l'Union auprès des juridictions des États membres qui encourage un nouveau clivage de la protection de la concurrence entre le *public enforcement* et le *private enforcement*. Cette singularité nous paraît encore mineure tant la protection du marché reste l'objectif principal des législateurs de l'Union.

730. Cette influence du juge au sein de la coopération avec les autorités de concurrence – la Commission et l'Autorité de la concurrence – monte en puissance et est loin d'être achevée. Aussi le rattachement à l'intérêt pour le consommateur laisse présager de nouveaux développements. Ainsi, le droit de la concurrence laisserait une plus grande indépendance des juridictions nationales au sein de la politique de concurrence, tout en tirant son expérience de la jurisprudence des États membres. L'approche du droit de la concurrence gagnerait en lisibilité pour les opérateurs économiques, tout en ayant pour objectif de maintenir la cohérence de l'ensemble. C'est dans cette perspective que notre étude a pu faire ressortir ses thèmes transversaux :

- 1° En tant que telles, les autorités de concurrence ont chacune un rôle distinct du juge national. L'intégration du droit de la régulation dans l'exercice du droit de la concurrence permet de confirmer cette distinction ;
- 2° Le réseau des autorités nationales de concurrence est un moyen d'intégrer des principes autres que la protection des marchés en favorisant la protection juridictionnelle ;
- 3° Le développement du *private enforcement* est la matérialisation d'une nouvelle application des règles de concurrence dans les États membres ;
- 4° Le recours à l'action de groupe associe fortement le consommateur à la mise en œuvre des règles de concurrence et de la procédure de sanction des pratiques anticoncurrentielles ;
- 5° Le recours au juge, au-delà du simple contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence, passe par un cumul de ses prérogatives en droit de la concurrence déloyale et en matière de pratiques restrictives de concurrence ;
- 6° La reconnaissance du rôle supranational de la Commission implique de redistribuer ces compétences à l'ensemble des juridictions nationales ;
- 7° Le juge judiciaire jouerait un rôle plus important si son autonomie procédurale se développait comme pour les juridictions administratives ;
- 8° Un plus grand développement du réseau de concurrence semble nécessiter une plus grande reconnaissance du rôle du juge, justifié par sa légitimité et sa proximité avec les opérateurs économiques dans les États membres ;
- 9° La prise en compte de l'interprétation du juge des arguments économiques implique une meilleure connaissance des principes économiques, source essentielle à l'adhésion des règles de concurrence issues du droit européen de la concurrence.

742. Aux prémices de notre étude, le but était de percevoir à travers l'ensemble des interprètes un juge du droit de la concurrence. Rapidement, nous avons cherché à exclure les autorités de concurrence qui ne pouvait répondre de la dénomination de juge. C'est en se focalisant sur la définition de juge que nous avons choisi de distinguer le juge national qui selon le doyen CANIVET est juge communautaire de droit commun. Parce que plus que tout autre, « *le meilleur juge ne serait pas celui qui anéantirait les mauvais frères et permettrait aux bons de se gouverner eux-mêmes, ni même celui qui amènerait les mauvais frères à se soumettre de leur plein gré aux bons, mais celui qui réconcilierait les factions et qui, en leur donnant des lois, les rendrait capables de vivre en amitié les uns avec les autres* »¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁹ Platon, *La république*, Livres I à X (Platon), juin 2016, trad. G. LEROUX, GF, Ed. Flammarion, 627b-628a.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

ALBIGES C.

- *Introduction au droit*, coll. Paradigme, éd Bruylant, 8^e édition, 2023.

CABRILLAC C.

- *Introduction générale au droit*, 14^e édition, Paris : Dalloz, 2021.

CADIET L

- *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2020.

CARBONNIER J.

- *Les obligations*, Paris, PUF Thémis, 2000.
- *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd., 2002.
- *Droit civil*, PUF, T.II, 2007.

CAUDAL S.

- *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008.

CHAPUS R.

- *Droit administratif général*, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 15^e éd., tome 1, 2001.
- *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, Précis Domat, 2008.

COMBACAU J.-S.

- *Droit international public*, Montchrestien, 13^e éd., 2019.

COMBE E.

- *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz Précis, 2020.

DUGUIT V. L.

- *Traité de droit constitutionnel*, LGDJ., 3^e éd., tome 2, 2018.

GOLDMAN B.

- *Droit commercial européen*, 5^e ed. Paris, Dalloz, « Précis », 1994.

GUINCHARD S.

- *Procédure pénale*, LexisNexis, 15^e éd, 2022.

HAURIOU M.

- *Précis de droit administratif et de droit public* (12e éd.), Paris, Dalloz, Coll. La bibliothèque Dalloz 2002.

LE TOURNEAU Ph.

- *Le parasitisme*, Paris : Litec, Coll. Responsables, 1998.

MALAURIE-VIGNAL M.

- *Droit de la concurrence interne et européen*, 8^e éd., Sirey, 2019.

NICOLAS-VULLIERME L.

- *Droit de la concurrence, théorie et pratique*, Paris, Vuibert, Coll. Dyna'sup, série Droit, 2011.

PACTEAU B.

- *Traité de contentieux administratif*, Presses Universitaires de France - P.U.F., Droit fondamental, 2008.

PETIT N.

- *Droit de la concurrence*, Montchrestien, 2020.

SAVATIER R.

- *L'ordre public économique*, Dalloz 1965.

RAWLS J.

- *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 2009.

ROUBIER P.

- *Théorie générale du droit*, Sirey, 2005.

ROULAND N.

- *Anthropologie juridique*, Presses Universitaires de France, 1995.

SERRA Y.

- *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997.
- *Concurrence déloyale*, Rép. Com. Dalloz, 2001.

TERRÉ F.

- *Introduction Générale au Droit ; Précis DALLOZ*, 14^{ème} éd., 2022.

VALETTE-ERCOLE V.

- *Procédure pénale*, Paris : Ellipses, coll. Tout le droit, 2005.

VOGEL L.

- *Traité de droit des affaires, Tome 1, Vol. 1*, LGDJ-Lextenso, 2020.
- *Droit de la concurrence européen et français*, Paris : Lawlex, Coll. Juriscience, traité de droit économique, Tome 2, 2020.

B. OUVRAGES SPECIAUX : MONOGRAPHIES ET THESES

1. Monographies

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.

- *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 192, 1998. 3630.

ARCELIN L.

- *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2013.

ARCELIN L.

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003.

ARHEL P.

- *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Rép. com. Dalloz, 2015.

ARISTOTE.

- *Éthique à Nicomaque (nouvelle traduction de Richard BODÉÛS)*, Paris, Flammarion, 2004.

ARNAUD A. J.

- *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

BALANDIER G.

- *Le pouvoir sur scène*, Fayard, 2006.

BELAÏD S.

- *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974.

BENOIT F.-P.

- *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

BIDAUD L.

- *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001.

BIGOT G.

- *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.

BILGER V. F.

- *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, 1964.

BLAISE J-B.

- *Le statut juridique des ententes économiques en France et dans les États de la CEE*, Librairies Techniques, Paris, 1964.

BOURDIEU P.

- *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, 2017.

BRACONNIER S.

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1998.

BURDEAU F.

- *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995.

BURST J.-J.

- *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993.

CADIET L.

- *Découvrir la justice*, Dalloz, Coll. Hors collection, 1999.
- *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à G. CORNU*, Paris, PUF, 1994.

CANAL-FORGUES E.

- *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT. Contribution à l'étude de la structure d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993, xiii+.

CANIVET G.

- *La mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions arbitrales*, in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008.

- *Le droit communautaire et l'office du juge national* in *Droit et Société*, LGDJ, 1992.

CARRÉ J.-L.-G.

- *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, 2 vol., Paris, Warée, 1825 (Tome 1), 1826 (Tome 2).

CARTOU L.

- *L'Union européenne -Traités de Paris-Rome-Maastricht*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., Paris, 1999.

CHAGNY M.

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004.

CHAPUS R.

- *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 13^e éd., 2008.

CLAMOUR G.

- *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

CLÉMENT B.

- *La libre concurrence*, coll. « Que sais-je ? », 1977.

CLÉRO J.-P.

- *La réflexion benthamienne sur les mathématiques*, Rev. Synthèse, n°4, 1998.

COHEN-TANUGI L.

- *Le droit sans l'État*, PUF, Paris, 2016.

COMBACAU J.

- *Droit international public*, Montchrestien, 13^e éd., 2019.

CORNU G.

- *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, XIX, V Jurisdictio, 2020.
- *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, Cahiers de Méthodologie juridique n°2, RRJ 1987-4.

COSTA J.-P.

- *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif*, spéc. n° 58, in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2017.

COUTU M.

- *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ/Montchrestien, 1998.

DE SCHUTTER O.

- *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

DÉLION A.

- *Notion de régulation et droit de l'économie*, Annales de la régulation, vol. 1, 2006.

DÉLLAC A.

- *Le rôle du juge en matière de contrôle des concentrations*, coll. SAVOIR, Editions Le Manuscrit / Manuscrit.com, 2005.

DÉLMAS-MARTY M.

- *Les forces imaginantes du droit : Tome 2, Le pluralisme ordonné*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2006.

DÉNISART J. B.

- *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Tome 1, 1773.

DÉRO-BUGNY D.

- *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 05/2015.

DRAGO R.

- *Les fonctions de l'État dans la pensée de C. Eisenmann*, dans *La pensée de C. EISENMANN*, sous la dir. de P. AMSELEK, Economica, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1986.
- *La tenaille, réflexions sur l'état du droit administratif*, in *Clés pour le siècle*, éd. Panthéon Assas, Dalloz, 2000.

DUMOULIN L.

- *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007.
- *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*, Droit et Société, n°44/45, 2000.

EISENMANN C.

- *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon- Assas, 2002.

FABRE-MAGNAN M.

- *Le Droit et les Droits*, in *Introduction au droit*, LGDJ, 2021.

FARJAT G.

- *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963.
- *Réflexions sur les codes de conduite privés*, 1987.
- La notion de droit économique, *Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992.
- *Pour un droit économique*, Les voies du droit, Paris PUF, 2004.

FRIEDBERG E.

- *Le pouvoir et la règle*, *Dynamiques de l'action organisée*, Paris, Seuil, 1993.

FRIER P.-L.

- *Motifs (contrôle des)*, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2020.

FRISON-ROCHE M. A.

- *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995.
- Le modèle du marché. *Archives de philosophie du droit*, tome 40, Sirey, 1996.
- *Les 100 mots de la régulation : « Que sais-je ? » n° 3871*, Presses Universitaires de France, 5 janv. 2011.

FRYDMAN B.

- *Le sens des lois*, LGDJ, 2011.

GARAPON A.

- *Le Gardien des promesses, Justice et démocratie*, préface de Paul Ricoeur, éditions Odile Jacob, 1996.

GÉNY F.

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, t. 2, LGDJ, n° 149, 2016.

GLAIS M.

- *Economie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1993.

GUITTON H.

- *L'objet de l'économie politique*, Librairie MARCEL RIVIÈRE, 1951.

GUYENOT J.-Y.

- *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun*, LGDJ, 1971.

HERMITTE M-A.

- *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels*, Arch. De Philo du Droit, 1985.

IDOT L.

- *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.

JACOB R.

- *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale*, Histoire de la justice, 2000.

JEANNEAU B.

- *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1954.

JOSSERAND L.

- *De l'abus des droits*, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. ROUSSEAU, 1905.

KELSEN H.

- *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997.

KOSLOWKI P.

- (Dir.), *Imaginer l'Europe : le marché intérieur européen, tâche culturelle et économique*, Paris, ed du Cerf, 1992.

KRAFFT J.

- *Le processus de concurrence*, 1999, Economica.

LALANDE C.

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige n°133, 1991, entrée « fonction ».

LAVAL C.

- *Jeremy Bentham, le pouvoir des fictions*, PUF, 1994.

LECLERC F.

- *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

LECLERC O.

- *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005.

LECOURT A.

- *Le juge et l'économie*, PUAM, préf. B. SAINTOURENS, 2004

LECOURT R.

- *L'Europe des juges*, Bruylant, coll. Droit de l'Union Européenne, (dir.) F. PICOD, 2008.

LEGEAIS D.

- *Droit commercial et des affaires*, 29^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2022.

LEROY Y.

- *La notion d'effectivité du droit*, Droit et société 2011/3 (n°79).

LIST F.

- *Système national d'économie politique*, Gallimard, Paris, réédition, 1998.

LOPEZ L.

- *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Ed. Connaissances et Savoirs, Coll. Droit et Sciences politiques, Sous-collection : Droit des affaires, 2017.

MADDALON P.

- *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007.

MAIL- FOUILLEUL S.

- *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, LGDJ., 2002.

MALAURIE-VIGNAL M.

- *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D., 1995.
- *Droit interne de la concurrence*, LGDJ, coll., U., 2019.

MARTIN G. J.

- *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998.

MATTERA A.

- *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 2016.

MELLERAY F.

- *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001.

MAILLE M.

- *La régulation : enjeu d'un choix*, in *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'harmattan, 1995.

MONTESQUIEU.

- *De l'esprit des lois. Les grands thèmes*, Paris, 1748, Gallimard, note 22, XI, 6, 1970.

MOOR P.

- *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005.

MOREAU DEFARGES Ph.

- *Les institutions européennes*, A. Colin, 7^e éd., 2005.

MORVAN P.

- *Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective*, Dr. soc., 1998.

MOURGEON J.

- *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967.

NICINSKI S.

- *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, LGDJ, 2003.
- *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005.

NOREAU P.

- *La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire*, Politique et sociétés, vol. 19, n°2-3, 2000.

NORMAND J.

- *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », t. 65, 1965.

OPPETIT B.

- *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit 1992, T.37.

PHILIPPE X.

- *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990.

PLESSIX B.

- *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, ed. Panthéon-Assas, 2003.

POILLOT E.

- *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préf. de P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, Paris, 2006.

PORTA J.

- *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, 2008.

PUIGELIER C.

- *Dictionnaire juridique*, Larcier, Coll. Paradigme, 2020.

RABAULT H.

- *L'interprétation des normes : L'objectivité de la méthode herméneutique*, Editions L'Harmattan (1 janvier 1997).

RAINELLI M.

- L'OMC : Vers une régulation de la mondialisation marchande ? in *Mondialisation et gouvernance mondiale*, sous la direction de J. LAROCHE, PUF, Paris 2011.

RANGEON F.

- *Réflexions sur l'effectivité du droit*, in Curapp, Les usages sociaux du droit, Paris : PUF, 1989.

RENOUX-ZAGAME M. F.

- *De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques*, Droits, 2002.

RICOEUR P.

- *Du texte à l'action*, Seuil, 1986.

RIPERT G.

- *Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Édition : 2^e Edition (1 décembre 1994).

SALAS D.

- *Du procès pénal*, Paris, PUF, 2010.

SALOMON J.

- *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SANSON-HERMITTE M. A.

- *Sur la doctrine économique de la Commission de la C.E.E. 1982 : d'une politique économique à une politique industrielle*, Clunet 1983.

SERRA Y.

- *La non-concurrence : en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz 1991.

SIMON D.

- *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 3^{ème} édition, 2001.

SMITH A.

- *The Wealth of Nations*, 1776. Ed. broché, 2014.

SPIELMAN D.

- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995.

STAROBINSKI J.

- *Sur l'histoire de l'herméneutique, Le temps de la réflexion*, Gallimard, 1980.

SUDRE F.

- *Droit européen et internationale des droits de l'homme*, PUF, 2023.

TAIBI A.

- *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique, Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, L'Harmattan, Collection : Logiques Juridiques, 03/2018.

TANCREDE.

- *Ordo judicarius*, éd. F. Bergmann, Goettingue, 1842, *De appellationibus*, IV, V, I, cité et traduit par J. GUYADER, *L'appel en droit canonique médiéval*, in J. L. THIREAU (dir.), *Les voies de recours judiciaires, instrument de liberté*, Paris, PUF, 1995.

TERRÉ D.

- *Gouvernement des juges et démocratie*, Archives de philosophie du droit 2003.

TEUBNER G.

- *Droit et réflexivité*, éd. Jurid. LGDJ, 1998.

THIEBAULT H.

- *L'employeur et le juge*, Dr. soc., 2012.

TIMSIT G.

- *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public n°54, 1963.

TORRÉ-SCHAUB M.

- *Essai sur la construction de la catégorie juridique de marché*, LGDJ, 2002.

TRÉPOS V.

- *Sociologie de l'expertise*, PUF, 1996.

TROPER M.

- *La distinction du droit public et du droit privé dans la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994.

TUSSEAU G.

- *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel, une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2001.

ULMER E.

- *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la Communauté économique européenne*, Dalloz, Paris, 1978.

VAN COMPERNOLLE J.

- *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, dans *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à F. RIGAUX, Bruxelles, Bruylant, 1993.

VERDIER R.

- *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012.

VLACHOS G.

- *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 2001.

WAQUET Ph.

- *Le juge et l'entreprise*, Dr. soc., 1996.

WEBER M.

- *Le savant et le politique*, trad. par J. Freund, Paris, Plon, 1959.

XYNOPOULOS G.

- *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 179, 1996.

2. Thèses

ALBIGES C.

- *De l'équité en droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, Thèse, LGDJ, 2000.

AMARO R.

- *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Thèse, Buxelles, Bruylant, 2014.

ARCELIN L.

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Préf. M.-D. HAGELSTEEN, Thèse, Paris, Litec, 2003.

AUGUET Y.

- *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Préf. de Y. SERRA, LGDJ, Paris, 2002.

BARTHE D.

- *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence, Étude comparative des procédures communautaires et françaises*, Préf. L. IDOT, Thèse, Aix-en Provence, PUAM, 2000.

BERROD F.

- *La systématique des voies de droit communautaire*, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2004.

BOSKOVITZ K.

- *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Thèse, Strasbourg, 1998.

BOURRIER C.

- *La faiblesse d'une partie au contrat*, Th. Dijon 2001.

CASSIA P.

- *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 14, 2002.

CHAGNY M.

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2004.

CLAMOUR G.

- *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

CLAUDEL E.

- *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, ronéo, Paris X, 1994, p. 601

COLSON R.

- *La fonction de juger : étude historique et positive*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, Thèses, 2006.

DÉBET A.

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

DÉLICOSTOPOULOS C. S.

- *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire : contentieux de la concurrence et de la bourse*, Paris, LGDJ, 2002.

DORANDEU N.

- *Le dommage concurrentiel*, Presses universitaires de Perpignan, 2014.

DOUVRELEUR O.

- *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Préf. C. GAVALDA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

DURAND-MERCEREAU M.

- *La dignité de la personne humaine en droit de l'Union européenne. De la genèse aux fonctions du concept*, Thèse sous la direction de V. CHAMPEIL-DESPLATS et T. STEIN, Université Paris Ouest, Nanterre, 2011.

GRARE V. C.

- *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle bibl. de thèse, 2006.

HERVIEU M.

- *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Préf. D. MAZEAUD, Thèse, Paris, Dalloz, 2012.

Le BERRE C.

- *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse 2006, Université Paris X Nanterre.

LECLERC M.

- *Les class actions, du droit américain au droit européen*. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence, Préf. J. MONÉGER, Thèse, Bruxelles, Larciers, 2012.

LECOURT A.

- *Le juge et l'économie*, Pau, 2001.

LEPETIT-COLLIN H.

- *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse dactyl., Université Paris 2, Panthéon-Assas, 2007.

LIANOS I.

- *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique. L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse, Strasbourg, 2004.

LITTY O.

- *Inégalité des parties et durée du contrat*, Th. LGDJ, 1999, t. 322.

MARTIN M.

- *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Préf. L. VOGEL, Aix-en-Provence : PUAM, 2012.

MEKHANTAR J.

- *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, Thèse dactyl., Paris II, 1990.

MONTFORT C.

- *La loyauté des pratiques commerciales déloyales en droit communautaire du marché. Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, Thèse dactyl. Lyon 3, 2004.

MOTULKSY H.

- *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé - les éléments générateurs des droits subjectifs*, reprint Dalloz 2002 de la thèse publiée en 1948, Sirey.

MOURALIS D.

- *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, Thèse Aix-en-Provence, 2008, n°564.

MUNCH J.-P.

- *La sanction administrative*, Thèse, Paris, 1947.

PAILLARD B.

- *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Préf. J.-H. ROBERT, Thèse, Paris, LGDJ, 2007.

PAYET M.-S.

- *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001.

PIÉTRINI S.

- *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Préf. E. CLAUDEL, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012.

RIALS S.

- *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse paris II, 1980.

ROBERVAL L.

- *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?* Thèse, Université du Littoral, 2010, dactyl., n°579

RODA J. -C.

- *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américains et européens*, Préf. C. PRIETO, Thèse, PUAM, 2009.

SÉGAUD J.

- *Essai sur l'action publique*, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010.

SERRA Y.

- *L'obligation de non-concurrence*, th. préf. J.- M. Mousseron, Paris, Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 23, 1970.

SIBONY A-L.

- *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008.

VALETTE-ERCOLE V.

- *La personne mise en cause en matière pénale*, Thèse Bordeaux IV, 2001

UNTERMAIER E.

- *Les règles générales en droit public français*, Thèse, Univ.Lyon III, 2009.201.

ZAMBRANO G.

- *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Thèse, Université Montpellier I, 2012.

ZEVOUNOU L.

- *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ – Thèses Parution : 03/2012, Tome 272.

VAN LANG A.

- *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, Université de Rennes, 1996.

C. OUVRAGES COLLECTIFS, COLLOQUES, MÉLANGES

1. Ouvrages collectifs

ALBERT COLLIARD C. et LETTERON R.

- *Libertés publiques*, Dalloz, Coll. Précis, 8^e éd., 2005.

AMARO R., BÉHAR-TOUCHAIS M., CHARBIT N.S.

- *A quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, relance... 100 personnalités répondent*, Concurrences, LGDJ, 734 pages - Parution : 10/2014.

AUBERT J.-L., SAVAUX E.

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 18^{ème} éd. 2020.

AUBY J.-B., FREEDLAND M.

- *La distinction du droit public et du droit privé, regard français et britanniques*, ed. Panthéon-Assas, 2004.

AUGUET Y., GALOKHO C. et RIÉRA A.

- *Droit de la concurrence*, Ellipses, coll. Spécial droit, 2020.

AYUSO M., CASTÉLLANO D., DUMONT B., RÉVEILLARD C.

- *Église et Politique : Changer de paradigme*, Artège Editions, 1^{er} sept. 2013.

BÉHAR-TOUCHAIS M.

- *Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves, in Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986*, Litec, 2008.

BEIGNIER B., BINET J.-R. et THOMAT-RAYNAUD A. L.

- *Introduction au droit*, LGDJ, L'extenso éditions, 2022.

BERGE J-S. et ROBIN-OLIVIER S.

- *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, Thémis, 2^e éd. 2011.

BLUMANN C., DUBOUIS L.

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^e éd. Litec, 2019.

BORE J., BORE L.

- *La cassation en matière civile 2009/2010*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4^e éd., 2008.

BOSCO D., PRIETO C.

- *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2^e édition, 2023.

BOURCIER D., De BONIS M.

- *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?* Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. « Les empêcheurs de tourner en rond », 1999.

BOUTARD LABARDE M.-C. et CANIVET G.

- *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994.
- *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

BOY L., RACINE J. B. et SIIRIAINEN F.

- *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008.

BRUNET F., CANIVET G.

- *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

CADIET L., JEULAND E.

- *Droit judiciaire privé*, 11^e édition – LGDJ, 2020.

CANIVET G. et DEFFAINS B.

- *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd Cujas, 2002.

CANIVET G., IDOT L.

- *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, Evolutions et perspectives*, Litec, 2008.

CAPRON Y.

- *La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation*, in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS, dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999.

CARREAU D., JULIARD J.

- *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2003.

CARTELIER L., FOURNIER J., et.al.

- *Critique de la raison communautaire*, Paris, Economica-Ciriec, 1999.

CHAGNOLLAUD D., DRAGO G.

- *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010.

CHAGNY M.

- *La nullité des contrats conclus en violation des règles de concurrence*, in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), Dalloz, 2004.

CHEVALLIER J.

- *Lutte contre la corruption et loyauté dans les relations internationales*, dans J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001.

COHEN- JONATHAN G.

- *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français*, in F. SUDRE, *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974- 1992)*, Kehl / Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994.

De LAUBADERE A., GAUDEMET Y.

- *Traité de droit administratif, Droit administratif général*, tome 1, LGDJ, 16^e éd., 2001.

DEBARGE O., GEOGOPOULOS T., RABAEY O.

- *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

DECOCQ A. et G.

- *Droit de la concurrence interne, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9^e édition, 2021.

DECOCQ G., BALLOT-LENA A.

- *Droit commercial*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Hypercours, 2020.

DEKEUWER-DEFFOSSEZ F. et BLARY-CLEMENT E.

- *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Paris : Montchretien, Coll. Domat, droit privé, 12^{ème} éd., 2019, n°827

DÉLMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C.

- *Punir sans juger ?*, Économica, 1992.

DONNEDIEU DE VABRES J.

- *La Commission de la concurrence et le Conseil de la concurrence*, in Claude-A. COLLIARD et G. TIMSIT, *Les autorités administrative Indépendantes*, Paris, PUF, 1985.

DUMOULIN L., LA BRANCHE S., et al.

- *Le recours aux experts (raisons et usages politiques)*, P.U.G, coll. « Symposium », 2005.

FLAUSS J. F.

- *Les recours internes destinés à garantir le respect ou la sanction de la règle du délai raisonnable consacrée par l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme. Rapport t'*, pp. 87-124, in : G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant/Némésis, 2006.

FRISON-ROCHE M.-A., PAYET M.-S.

- *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2022.

FRISON-ROCHE M-A, MAZEAUD D

- *L'expertise*, Dalloz, 1995.

GAUDEMET Y.

- *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004.

GAVALDA Ch. LECOURT B. et PARLÉANI G.

- *Droit des affaires de l'Union européenne*, 8^{ème} édition, LexisNexis, 2019.

GLAIS M. et LAURENT P.

- *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, PUF, 1983.

GOLDMAN B., LYON-CAEN A., VOGEL L.

- *Droit commercial européen*, Dalloz, « Précis », 1997.

GUÉRIN M., VANDAMME J.

- *La réglementation de la concurrence dans la CEE*, Paris, PUF, 1974.

GUINCHARD S., CHAINAIS C., DÉLICOSTOPOULOS C. S., DOUCHY-LOUDOT M., et ALII.

- *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e édition, Coll. Précis Dalloz. Droit privé, 2023.

GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., DEBARD T.

- *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Coll. Précis, 16^e éd., 2021.

IDOT L.

- *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§ 3 CE*, in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006.

ISAAC G., BLANQUET M.

- *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 11^{ème} édition, 2018.

JENNY F.

- *Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves*, in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986*, évolutions et perspectives, 2008.

KERBOURC'H J.-Y., WILLMANN C., BEAULOIN-BELLET R. et MEDA D.

- *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, Paris, La documentation française, 2001.

LAQUIN E., MARTIN A.

- *Droit et marchandisation*, LexisNexis, 2010.

LE TOURNEAU Ph., BLOCH C., GUETTIER C., GUIDICELLI A., JULIEN J., KRAJESKI D., POUMAREDE M.

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2020.

MAINGUY D., DEPINCE M.

- *Droit de la concurrence*, 3^{ème} éd., Paris : LexisNexis, Coll. Manuel, 2019.

MACKAAY E. et ROUSSEAU S.

- *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2021.

MALAURIE P. et AYNES L.

- *Droit des obligations*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2022.
- *Introduction au droit*, 9^{ème} édition, LGDJ, 2022.
- *Droit des contrats spéciaux*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2022.

MAYER P., HEUZE V.

- *Droit international privé*, 12^{ème} édition, Précis Domat, Paris, 2019.

MAZEAUD L., MAZEAUD .H et CHABAS J.

- *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol. Obligations, Théorie générale*, 7^e éd., Paris, Éditions Montchrestien note 194, n°343, 1999.

MAZÈRES J-A.

- *L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation*, in B. STERN (dir.), *Marché et nation, regards croisés*, Paris, Montchrestien, 1995.

MESTRE J., PANCRAZI M.-E., ARNAUD-GROSSI I., MERLAND L., TAGLIARINO-VIGNAL N.

- *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 31^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2021.

MORAND-DEVILLER J.

- *Le contrôle de l'administration : la spécificité du juge administratif et du juge judiciaire*, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, Paris, Economica., spéc. p. 188, 1991.

MOULIN R., BRUNET P.

- *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.

MOUSSERON M. ET J.-M. et MAINGUY D.

- *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Act. dr. ent. t. 18, Litec, 1998.

MUIR-WATT H.

- *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays du droit civil*, Cujas, 2002.

NIBOYET M.-L., De GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.

- *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 2020 p.VI.

NIHOUL P., VERDURE C.

- *Droit de la concurrence, Aspects belge et européen*, coll. Les Codes thématiques Larcier, 2005.

OGUS A. et FAURE M.

- *Economie du droit : le cas français*, coll. Droit comparé, Editions Panthéon Assas, 2002.

OST F.

- *Le droit comme pur système*, in *La force du droit*, dir. P. Bouretz, Paris, éd. Esprit, 1991.

PICOD F.

- *Les libertés économiques et la pluralité des juges : juge communautaire, juge administratif et juge judiciaire*, in G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, Ed. Panthéon-Assas, 2003.

PICOD Y., PICOD N.

- *Droit de la consommation*, 5^{ème} édition, Sirey, Dalloz, 2020.

PIROVANO A., et MARTIN G.J. (dir).

- *Les transformations de la régulation juridique*, Coll. Droit et société, Paris, LGDJ 1998.

PIROVANO A.

- *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne*, in *L'Algérie en mutation*, R. CHARVIN ET A. GUESMI, Paris, L'harmattan, 2001.

POILLOT PERUZZETO S.

- *Le juge de droit commun, juge de la concurrence : réalité des obstacles et adéquation des pouvoirs*, in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruylant, 2006.

RAINELLI M.

- *Réflexions sur la loyauté dans le commerce international*, in J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté des relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001.

REINARD Y., THOMASSET-PIERRE S. et NOURISSAT C.

- *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : LexisNexis, Coll. Manuels, 8^e édition, 2012.

RIALS S.

- *Les standards, notions critiques du droit*, dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984.

RIFFAULT J.

- *Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire*, dans H. de CHARRETTE (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002.

RIFFAULT-SILK J.

- *La vision d'un juge français*, in C. PRIETO, L. IDOT, *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* Bruylant, 2006, note 194, p. 123.

SERVERIN E.

- *Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche*, in P. ANCEL, M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p. 73-91.

SERRA Y.

- *Les divergences de jurisprudence en droit de la concurrence*, in P. ANCEL, M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p. 223-226.

SHAPIRA J., LE TALLEC G. et BLAISE J.B.

- *Droit européen des affaires*, PUF, 1994.

SOLUS H. et PERROT R.

- *Traité de Droit judiciaire privé*, Tome 1, Paris, Sirey, 1991.

SOYER J. C. et de SALVIA M., in PETTITI L.-E. et DECAUX E. et IMBERT P.-H. (Dir.).

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Commentaire article par article, Paris, Economica, 1995.

TROPER M.

- *La distinction entre droit public et droit privé et la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994.

VIALENS J.

- *Les garanties d'une application uniforme et cohérente du droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles par les juridictions de droit commun*, in par M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLUDEL, V. MICHEL-ANSELLEM et J. VIALENS J. (dir.), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, collection *Droit des affaires*, Paris, LGDJ 2008.

VINCENT J. et GUINCHARD S.

- *Procédure civile*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2001.

WITTERWULGHE R.

- *Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire*, in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

2. Colloques

BAZEX M.

- *Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence*, in *Secteur public et concurrence*, Colloque, Paris X Nanterre, LPA, 19 août.1988, n°100, p. 5.

BOUNIOL R.

- *Loyauté et concurrence in Droit et loyauté*, dir. F. Petit, colloque, Avignon, 2015, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 85-94, spéc. p. 92-93.

CHAPUT Y.

- *La PME, « victime » de pratiques anticoncurrentielles* », Table ronde, dans Jean-Paul DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 169.

CLAUDEL E.

- *Faute – Dommages et intérêts – Répercussions des surcoûts – Accès aux preuves ; Effet contraignant des décisions des ANC, Interaction avec les programmes de clémence*, Table ronde, in L. IDOT, (dir.), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Colloque, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, Concurrences 2009/2, p. 36.
- *L'abus de puissance économique d'achat*, in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, colloque, dir. Y. Serra, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 69-86, spéc. p. 69.

DELVOLVÉ P.

- *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité* », in « *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 289-295.

DORANDEU N.

- *Violence économique et droit de la concurrence*, in *La violence économique, À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Journées nationales Tome XXI/ Perpignan, sous la direction de Yves PICOD et Denis MAZEAUD, Association Henri Capitant, Dalloz, 2017.

DREXL J., dir

- Colloque ASCOLA sur « *Intégration régionale et politique de concurrence dans les pays en voie de développement* », 11-13 Juillet 2010, Frauenwörthim Chiemsee, 83256 Frauenchiemsee, Bavière, Allemagne.

DUTOIT B.

- *Convergences et divergences des droits nationaux de la concurrence déloyale dans la CEE, dans Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du Colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, p. 97-117.

GARCIA-RUBIO M.

- *Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlements des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in F. OSMAN (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?* Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 245-260.

HATCHUEL A., FAVEREAU O., et.al (dir.)

- *L'activité marchande sans marché ?* Actes du colloque de Cerisy, juin 2008, Paris, Presses de l'école des Mines, 2010.

KEIRSBILCK B.

- *Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b »*, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales évolution et perspectives*, colloque, Lille, 2011, dir. E. TERRY ET D. VOINOT, Bruxelles, Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 156-175, spéc. n°8.

KOERING-JOULIN R. et de COHEN-JONATHAN G.

- In Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars en la Grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, respectivement p. 9 et p. 159.

LASSERRE B.

- *Propos Introductifs au colloque sur Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique*, colloque CREDA, Paris, 19 janvier 2005.

LOQUIN E.

- *La règle de conflit de lois générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)*, dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, p. 35-53.

MAZEAUD D.

- *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. GRYNBAUM, M. NICOD, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 58-71.

SAINT-ESTEBEN R.

- *L'action au civil et les droits de la défense, in La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives, colloque tenu à la Cour de cassation le 17 oct. 2005, disp, sur le site de la cour, p. 2-7.*

TROPER M.

- *La liberté de l'interprète, in L'office du juge, G. DARCY, M. DOAT et V. LABROT (dir), Actes du colloque organisé au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 28.*

VALETTE-ERCOLE V.

- *Le droit pénal économique, un droit pénal très spécial ? Actes du colloque organisé le 28 avril 2017 par le centre de droit économique et du développement de l'Université de Perpignan, coll. Arts et études, éd Cujas, p. 7.*

3. Mélanges

AUGUET Y.

- *L'équilibre, finalité du droit de la concurrence, in Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux – Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA, Dalloz, 2006, p. 29-58.*

BARAV A.

- *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, in L'Europe et le droit – mélanges en l'honneur de Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991.*

BEHAR-TOUCHAIS M.

- *Ordre concurrentiel et droits des contrats, in L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO, Ed ; Frison-Roche, 2003.*

BLAISE J-B.

- *Aspects actuels du droit commercial français, in Mélanges R. ROBLOT, LGDJ, 1984.*

BRAIBANT G.

- *Le principe de proportionnalité, Mélanges offerts à Marcel WALINE, Le juge et le droit public, 1974.*

BRAIBANT G.

- *Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit, in Mélanges en l'honneur de R. CHAPUS, Montchrestien 1992.*

BRUNET P.

- *Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes*, in Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica 2006.

CHEROT J-Y.

- *Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour*, in *L'ordre concurrentiel*. Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, ed. FRISON-ROCHE, 2003.

CORAIL J- L

- *De, La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique. Sa définition et son utilisation par le juge administratif*, in Mélanges en l'honneur de P. Couzinet, 1974.

DELVOLVÉ P.

- *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, in Mélanges en l'honneur de R. CHAPUS, Paris, Montchrestien 1992.

DORANDEU N.

- *La concurrence des procédures en droit de la concurrence*, in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux* – Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA, Dalloz, 2006, pp. 133-144.

DEUMIER P.

- *De l'usage prudent des « usages honnêtes. Réflexions sur un –éventuel malentendu*, dans Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ. Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, Paris, 2006.

FERRIER D.

- *Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ?*, in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. SERRA, Paris : Dalloz, 2006.

FOYER J.

- *La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens, L'avenir du droit*, Mél., en hommage à F. TERRÉ, Paris, PUF /Dalloz / Jurisclasseur, 1999.

FRISON-ROCHE M.-A.

- *Valeurs marchandes et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur de A. PIROVANO, 2003.

GAUDEMET P-M.

- *La planification économique et les transformations du droit public français*, in Mélanges en l'honneur de G. VAN DER MEERSCH, T. III, 1972.
- *Conflit de compétence et droit de la concurrence sur une équivoque*, in Mélanges R. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dalloz, 1996.

HUGON C.

- *Le consommateur de justice*, in *Études de droit de droit de la consommation – Liber amicorum Jean CALAIS-AULOIS*, Paris, Dalloz, 2004.

IDOT L.

- *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, Paris, éd. FRISON-ROCHE, 2003.

ISRAËL J. -J.

- *Contentieux administratif et contentieux de la concurrence*, in Mélanges René CHAPUS : droit administratif, Montchrestien, 1992.

LENAERTS K.

- *La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in Mél. VANDERSANDEN : Bruxelles, Bruylant, 2008.

LOMBARD M.

- *Service public et service universel ou la double inconstance*, in Mél. B. JEANNEAU, Dalloz, 2002.

LOQUIN E.

- *Où en est la lex mercatoria ? dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du vingtième siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*. Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec, Paris, 2000.

MARENCO G.

- *La notion de restriction de concurrence dans le cadre l'interdiction des ententes*, in Mélanges en l'honneur de M. WAELBROECK, 1999.

MAZEAUD D.

- *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, in *L'avenir du droit*, mélanges en hommage à F. TERRÉ, Paris : PUF : Dalloz : Jurisclasseur, 1999.

MORAND C-A.

- *Régulation, complexité et pluralisme juridique*, in Mélanges P. AMSELEK, Bruxelles, Bruylant, 2005.

NIZARD L.

- *A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales*, in Mel. En l'honneur de C. EISENMANN, ed. Cujas, 1977.

NORMAND J.

- *Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile*, in Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Paris, Dalloz, 1981.

OPPETIT B.

- *Droit commun et droit européen*, in *L'internationalisation du droit*. Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN, Paris, Dalloz, 1994.

OURLIAC P.

- *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981.

PERCEROU R.

- *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*. Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Paris, Dalloz, 1997.

PETOT J.

- *La naissance du pouvoir administratif dans la France moderne*, in Mélanges en l'honneur de R E CHARLIER, ed. De l'Université et de l'enseignement moderne, 1981.

RICHER L.

- *Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie*, in Mélanges en l'honneur de F. MODERNE, 2004.

RIVERO J.

- *Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?*, Mélanges M. WALINE, t. 2, LGDJ, 1974.

ROZÉS S.

- *Un profil nouveau pour les juges », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges en l'honneur de Roger PERROT : Dalloz, 1996.

SERRA Y.

- *L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français*, in Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002.

TARZIA G.

- *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuve », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Paris, Dalloz, 1996.*

TRUCHET D.

- *Fusionner les juridictions administrative et judiciaire, in Mélanges J-M. AUBY, Paris, Dalloz, 1992.*
- *Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence, in Mélanges en l'honneur de B. JEANNEAU, Dalloz 2002.*

VOGEL L.

- *L'économie, serviteur ou maître du droit ? in Mélanges en l'honneur de A. DECOCQ, Paris, Litec, 2004.*

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

1. Droit français

ANDRIANARIVONY M. J.

- *Un panel institué dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce n'est-il pas une juridiction ? R.R.J. NXXV – 84, pp. 1181-1202.*

ANTOINE P.

- *La concurrence déloyale en droit français, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 26 n°3, Juillet-septembre, 1974, P. 474.*

ARENA R.

- *Structures industrielles et concentration économique : la naissance de l'économie industrielle à Harvard, in R. ARENA et alii : Traité d'Economie Industrielle, Economica, Paris, 1991, p. 55.*

ARHEL P.

- *L'influence de la réforme communautaire des restrictions verticales sur le droit national, Petites affiches, 30 nov. 2001, n°239.*
- *Le juge administratif, juge de l'application du droit national et du droit communautaire, Revue Lamy de la concurrence, Mai/juillet 2005, n°3, p. 65-66.*

ASSO B.

- *Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la C.J.C.E., R.T.D.E. 1976 n°1 p. 21 et n°2 p.177.*

AUBY J.-M.

- *Les sanctions administratives en matière de circulation automobile*, D. 1952 chron. p. 111.

AUGUET Y.

- *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail*, Issu de Petites affiches - 24/06/1998 - n°75 - page 14.

BABUSIAUX C.

- La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E, in M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n°110, 3 juin 2002, p. 11-16.

BASEDOW J.

- *La renationalisation du droit de la concurrence*, R.A.E-L.E.A., 2001-2002, p. 92-102.

BAZEX M., BEAUX A.

- *Les interventions des fédérations sportives dans une but économique sont-elles nécessairement contraires à l'intérêt général ?* CCC, mai.2006, comm.

BAZEX M., BLAZY S.

- *Analyse économique du droit appliquée au service public*, DA, n°3, 2002.

BAZEX M.

- *Droit de la concurrence et personnes publiques*, Gaz. Pal, 1994, p.1198;
- *Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles*, revue de la concurrence et de la Consommation, n°19, 2001, p. 37-44.
- *Existe-t-il des règles de concurrence en dehors de l'ordonnance de 1986 ?*, Gaz. Pal, févr.1997, p. 4.
- *L'analyse économique, nouvel instrument du contentieux juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques*, LPA, 4 avr.1997, n°41, p. 10.
- *La concurrence peut-elle être un instrument de pilotage de l'économie par les pouvoirs publics ?*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, T XLV, p. 207.
- *La concurrence réglée : secteur public et privé*, in J-M. RAINAUD, R. CRISTINI, *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, 1987, p. 231.
- *La polysémie de l'article 53*, CCC, 1997, n°96, p. 38-39.
- *La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ?*, RFDA, 1994, p. 103
- *La réforme de la concurrence*, AJDA, 1985, p. 583.

- *Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998, p. 781.
- *Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence : contenu et spécificité*, RCC, n°116, 2000, p. 11-13.
- *Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ?*», AJDA, 1990, p. 662.

BÉHAR-TOUCHAIS M.

- *Droit de la concurrence et droit des contrats (Brèves observations)*, RDC, n°3-2004, p. 870.
- *Internormativité et droit de la concurrence*, Petites affiches, 5 octobre 2004, n° 199, p. 58.

BÉLLIS J. F.

- *Les défis de la modernisation du droit européen de la concurrence*, JTDE, n° 97, mars 2003, p. 73-74.

BENOIT O.

- *Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations*, in *Dossier : l'abus dans le droit des affaires*, Dr. et patr., 2000, p. 83.

BERLIN V. D.

- *L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises*, RTDE, 1991, p. 1, 211, et 379.

BERNARD A.

- *Le marché autorégulé, une « idée folle » ?* D. 2009, p. 2289.

BERNARD E.

- *L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation*, RIDE, 2009/3, p. 353-385.

BERTRAND V.-B.

- *Les blocs de jurisprudence*, RTDE, 2012, p. 741 et s.

BIENAYME A.

- *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision « Continental Can Company*, RTDE, 1971, p. 65-75.

BIGOT G.

- *L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif*, in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, 2004, p. 25-43.
- *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif*, RFDA, 2008, p. 1.

BLAISE J. -B.

- *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, 2ème éd., LGDJ, Paris, 2000, p. 336, § 654.290.*

BLAISE JB., IDOT L.

- *Concurrence : champ d'application des articles 81 et 82 CE, RTDCiv, 2004, n°4, p. 669- 6890.*

BOSCO D

- *La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse, in Concurrences 2011-1.*

BOUCHENÉ-LEFER M.

- *De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, revue pratique de droit français, 1864, p. 433-467.*

BOUCHENÉ-LEFER M.

- *De la justice administrative, revue pratique de droit français, 1863, p. 354-381.*

BOULANGER J.

- *Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RTD Civ., 1961, p. 424.*

BOULOC B.

- *Une repénalisation sournoise du droit de la concurrence, Revue Lamy de la concurrence 2006 - n°4.*

BOURDIEU P.

- *La force du droit [Eléments pour une sociologie du champ juridique] [article] Eléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la Recherche en Sciences Sociales Année 1986,64, p. 3-19.*

BOUREL P.,

- *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles, Préf. de Yvon LOUSSOUARN, LGDJ, Paris, 1961, spéc. p. 54.*

BOUTARD LABARDE M.-C., GAUDEMET Y.

- *Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence, Les Petites Affiches, n°50, 25 avril 1990, p. 7-14.*

BOUTARD-LABARDE M.-C. et BUREAU, D.

- *La détermination du marché pertinent, R.J.D.A., 1993, n°11, p. 743.*

BOUTARDLABARDE M.C. et VOGEL L.

- Droit de la concurrence et personnes publiques, Gaz. Pal. 22/23 déc. 1989, p. 4-747.

BOY L., RACINE J. B., SIIRIAINEN F.

- *Pluralisme juridique et efficacité du droit économique.*, Bruxelles, Larcier, p. 335-253., 2011, Droit- Economie-International., 978-2-8044-4884-4.

BOY L.

- *Réflexions sur le droit de la régulation*, Dalloz 2001, Chr., p. 3031.

BRAIBANT G.

- *Monisme(s) ou dualisme(s)*, REDP, n°2, 2000, p. 371-381.

BRECHON-MOULENES C.

- *La place du juge administratif dans le contentieux économique public*, AJDA, 2000, p.679-686.

BRIAND-MELEDO D.

- *Autorités sectorielles de concurrence : acteurs de la régulation*, RIDE, 2007, n°3, p. 345.

BRIAND-MELEDO D.

- *Autorités sectorielles de concurrence : acteurs de la régulation*, RIDE, 2007, n°3, p. 345.

BRILL J.

- *Les sanctions civiles de l'ordonnance du 1er décembre 1986*, G. P., 1er déc. 1987, Doct. 775.

BURDEAU F.

- *La crise du principe de dualité de juridiction*, RFDA, 1990, p. 50.

CAILLOSSE J.

- *Le droit administratif saisi par la concurrence ?* AJDA, 2000, p.99.

CALAIS-AULOY J.

- *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D.Civ. 1994, p. 240.

CANIVET G.

- *Conclusions générales in Régulateurs et juges*, P.A., 23 janvier 2003, n°spécial, p. 50-55, p. 51.

- *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergence?*, Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, p. 134-165.
- *Examen de la proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité. Vers l'application de l'article 81, paragraphe 3, par les juridictions nationales*, ERA-Forum, Competition Law Issue, I-2001, p. 8.
- *La formation du juge à l'économique*, RJ com. 2002, p. 63
- *Le juge et les autorités de marché*, RJC, 1992, pp. 185-204.

CARATINI M.

- *Experts et expertise dans la législation civile française - principes généraux*, Gaz. Pal., 22 janv. 1985, p. 43.

CARDONNEL P.

- *Actions en dommages et intérêts : La Commission européenne adopte un paquet de mesures sur les actions en dommages et intérêts*, 11 juin 2013, Revue Concurrences n° 3-2013, Art. n° 53828, p. 139.

CARTELIER L.

- *Les services publics européens entre théorie économique et droit communautaire*, in L. CARTELIER, J. FOURNIER, et.al, *Critique de la raison communautaire*, Economica-Ciriec, 1996, p. 71-91.

CASSESE S.

- *Une des formes de l'État nouveau du monde : réflexions sur le droit administratif français*, AJDA, 1995.

CAVARE L.

- *La notion de juridiction internationale*, A.F.D.I., 1956, p. 496-509.

CHABANOL D.

- *Dualité des ordres de juridiction : faut-il brûler le Tribunal des Conflits ?* AJDA, 1988, p. 736.

CHAGNY M. et RIFFAULT-SILK J.

- *Actualité du contentieux des dommages concurrentiels*, RLC 2008/20, p. 154.

CHAGNY M.

- *La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles*, RLC 2005/08, p. 186.
- *Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence*, Procédures n°4, avril 2011, dossier 10.

CHAMPAUD C.

- *Contribution à la définition du droit économique*, D. 1967, Chron., p. 215.
- *L'idée d'une magistrature économique*, Justices, 1995, n°1, p. 61.
- *Régulation et droit économique*, RIDE 2002, n°1, p. 23.

CHAPUS R.

- *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D, 1960, chron, p. 119.
- *De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielle*, D, 1966, chron, p. 99.
- *Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2002, n°4, p. 947-953.

CHÉROT J-Y.

- *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, AJDA, 2000, p. 687-696.
- *La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution*, Dalloz 1991, chr. p. 163.

CHEVALLIER J.

- *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA n°5, 1990, p. 714.
- *Le droit administratif, droit de privilège ?* Pouvoirs, 1988, n°46, p. 57.

CHEYNEL B.

- *Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergeant*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2010, n°22, p. 146-15.
- *Quels droits de la défense pour les entreprises poursuivies sous l'empire du nouveau règlement concurrence, Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p. 75.

CLARY-CLEMENT E.

- *L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence*, in *Colloque : « Le droit de la concurrence et l'analyse économique »*, Le Concurrentialiste, mai 2013, p. 2.

CLAUDEL E.

- *A propos du règlement C.E. n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 C.E. : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ?* Les petites affiches, 20 mai 2003, n° 100, p. 7.

- *Enfin l'avènement de tribunaux spécialisés en droit de la concurrence !*, *RTD Com*, 2006-2, p. 332.
- *La procédure d'amicus curiae : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française*, *Concurrences*, n°4-2012, n°6
- *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?* *RTD Com*, 1999, p. 291.
- *Pratiques anticoncurrentielles. A propos du nouveau règlement CE n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE : une réelle décentralisation du droit de la concurrence ?* *LPA*, n°100, mai.2003, p. 7.

COHEN-TANUGI L.

- *L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence*, *MPA*, 10 juillet 1998, n°82, p. 26.

COMBE E.

- *L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique*, *Concurrences* n°4-2006.

CONSTANTINESCO V.

- *Journal du droit international*, 1973, p. 523- 527.

COSTA J.-P.

- *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *AJDA* 1988, p. 434.

De BECHILLON D., TERNEYRE P.

- *Le Conseil d'État et la Cour de Justice européenne. Nouvelle donne*, *Pouvoirs*, 2007, p. 105-115.

De FONTBRESSIN P.

- *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations*, in *Liber amicorum*, M. A. EISSEN, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1995, p. 157.

De LEYSSAC C. L.

- *L'inquiétant article L.420-6 du Code de commerce*, *Concurrences* n°1-2008.

DEBBASCH C.

- *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, *LGDJ*, Coll. Bibl. de droit public, tome 38, 1962, spéc. p. 442.

DEBEAURAIN J.

- *Les caractères de l'expertise civile*, D. 1979, chron. 143.

DEBÈNE M., RAYMUNDIE O.

- *Sur le service universel : renouveau ou nouvelle mystification ?*, in L. CARTELIER, J. FOURNIER, et.al, AJDA, 1996, p. 11.

DECOOPMAN N.

- *Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1993.

DÉLMAS-MARTY M. et IZORCHE M.-L.

- *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, Revue internationale de droit comparé, 2000, (note 35), p. 85.

DÉLMAS-MARTY M.

- *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D. 2000, chron. 421.

DELVOLVÉ P.

- *La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières*, Bulletin Joly Sociétés, 1 juin 1990 n° 6, p. 499, n°133.

DENIS J.B.

- *Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil*, RTDCiv, 1977, not. p. 684-686.

DERAINS Y.

- *L'arbitre, la Commission et la Cour : Question de procédure*, Gaz. Pal. 28-29 mai 2003, p. 1520-1523, p. 1522.

DESCHAMPS M. et POÉSY R.

- *Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, in *Revue internationale de droit économique* 2013/4 (t. XXVII), p. 569 à 578.

DESCHAMPS M.

- *L'accès à la justice, l'affaire de chacun*, (2009) 50 C. de D. 247-258§ 2.

DEVREAU C.

- *Réflexion sur le préjudice collectif*, RTD Civ. 2011.249.

DHAEYER B. et THILMANY J.

- *La protection du consommateur en droit antitrust européen*, RTD Eur., 1978, p. 223-249, spéc. p. 228.

DIAWARA K.

- *L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficacité*, Les Cahiers de droit, 2012, vol. 53, p. 257.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L. et MONTET C.

- *Un droit de la concurrence, pour quoi faire ?*, in *Dossier Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 22.

DRAI P.

- *Le monde des affaires et ses juges*, Rev. jur. com., 1990.

DREIFUSS-NETTER F.

- *Droit de la concurrence et droit des obligations*, RTD Civ, 1990.

DUBO O. S.

- *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.

DUMÉZ H., JEUNEMAÎTRE A.

- *Rôle et statut de l'économiste dans les affaires de concurrence, leçons tirées de l'histoire américaine de l'industrie cimentière*, Rev. Éco, vol.52, n°6, 2001, p. 1279-1299.

DUPUIS-TOUBOL F.

- *Le juge en complémentarité du régulateur*, Petites affiches, 23 janvier 2003, n°17, p. 17.

DURAND P.

- *La rupture des contrats de concession exclusive au regard de l'article 8 de l'ordonnance de 1986*, cah. dr. entr. 1987-6.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J.

- *Droit au juge, accès à la justice européenne*, (2001/1) 96 Pouvoirs, note 252, p. 127.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J.

- *Droit au juge, accès à la justice européenne*, (2001/1) 96 Pouvoirs 123-141, préc. p. 125.

EHLERMANN C. -D.

- *La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle*, RDUE, 1/2000, p. 13-74.
- *La théorie des 'bases constitutionnelles du droit administratif*, RDP, 1972, p. 1354.

ELLIS J.J.A.

- *Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises*, RTDE, 1963, p. 299-328.

ENCAOUA D., FLOCHEL L.

- *La tarification : du monopole à la concurrence régulée*, AJDA, n° spécial, Droit de la télécommunication, entre déréglementation et régulation, 1997, p. 254-266.

ESTOUP P.

- *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal., 8 février 1990, doct. p. 110.

FASQUELLE D.

- *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, R.T.D. com., 1998, note 275, p. 770-778.
- *Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle*, RCC, 2000, p. 14-30.

FAVRE A.

- *Les défis de la mise en œuvre : une compétence élargie pour les juges*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°122, juillet-août 2001, p. 21-23.
- *Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence : le règlement du Conseil n°1/2003 du 16 décembre 2002*, AJDA, n°4/2004, 2.
- *Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence : le règlement du Conseil n°1/2003 du 16 décembre 2002*, AJDA, n°4/2004, 2 février 2004, p. 177-185.

FEREY S.

- *Incohérence temporelle et théories de l'interprétation constitutionnelle, et les nombreuses références citées*, à paraître in GIP Justices, 2010, p. 4.

FLORY TH.

- *Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des Accords du cycle d'Uruguay*, J.D.I., 1995, p. 877-891.

FLÜCKIGER A.

- *L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois*, (2007) XLV/138 Revue européenne des sciences sociales 83-101.

FOSSIER T.

- *La régulation judiciaire de la régulation économique* – Interview, Concurrences, n°4-2009, p. 7-10.

FOURGOUX J. C.

- *La modernisation du droit communautaire de la concurrence : du Livre blanc à la proposition de règlement d'application des articles 81 et 82*, Gaz. Pal., juillet-août 2001, p. 1163.
- *La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1er juillet 1996*, Rev. de sc. crim., 1997 p. 653
- *La modernisation du droit de la concurrence : du Livre blanc à la proposition de règlement d'application des articles 81 et 82. Un enfer pavé de plus ou moins bonnes intentions*, Gaz. Pal, juillet 2001, p. 9-16.
- *Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n°1/2003 sur les règles de concurrence ?* RLC, n°4, 2005, p. 123-125.

FOYER J.

- *Le droit communautaire, droit de professeurs français ?* RHFDSJ, 1992, n°13, p. 201.

FRIER P.-L.

- *Motifs (contrôle des)*, in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2007, n°9-32.

FRISON ROCHE M.A.

- *Régulation et règlement des différends : présentation du thème et Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2003, p. 78.
- *Pourquoi des autorités de régulation ?* in *Le Politique saisi par l'économie*, Club Ulysse, Economica, Paris, 2002, p. 271-285.
- *Définition du droit de la régulation économique*, in M. -A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques. Légitimités et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 13.
- *Droit de la concurrence et droit de la compliance*, novembre 2018, in Revue Concurrences n°4-2018, Art. n°88053, p. 1-4.
- *Le droit de la régulation*, in Recueil Dalloz (chron.), Dalloz, 2001, p. 610-616
- *Les nouveaux champs de la régulation*, Revue française d'administration publique, 2004/1 (n°109), p. 55-63.

- *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA 1994, p. 483-488.
- *Mystères et mirages des ordres de juridiction et de la justice administrative*, APD, 1997, p. 135-148.
- *L'entreprise, le marché et les principes en droit interne et communautaire de la concurrence*, LPA, 1995, n°59, p. 4.
- *Le Conseil de la concurrence et ses concurrents*, Gaz. Pal, 1997, p.282-283. *Le juge administratif face au droit de la concurrence : un sujet de dispute*, RCC, 1995, n°88, p.13.
- *Le modèle de marché*, APD, T. 40, 1996, p. 286-313.

FROMONT M.

- *Le principe de proportionnalité*, AJDA 1995 p. 156.

GALLOT J.

- *Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°119, 2001, p. 5-6.

GARAPON A.

- *La question du juge*, Pouvoirs, 1996, Les juges, n°74.

GARCIA DE ENTERRIA E.

- *Le contrôle de l'administration. Techniques, étendue, effectivité des contrôles. Contentieux administratifs objectifs et contentieux administratifs subjectifs à la fin du XXe siècle Analyse historique et comparative*, Revue administrative, 2000, n° spéc. n°3, p. 125-131.

GAUDEMET P-M.

- *La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité*, D, chron, XXIII, 1961, p. 121-124.

GAUDEMET Y.

- *La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction*, Revue française d'administration publique 2004/1. (n°109), p. 13.

GAZIER F.

- *Procédure administrative contentieuse (Principes généraux de la)*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, n°17 suiv.

GERADIN D. et PETIT N.

- *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, RTDEur., 2005, p. 795.

GILLET J. -L.

- *Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée*, Gaz. Pal., 10 septembre 1996 (n°spécial), doct., p. 996,

GIRERD P.

- Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », R.T.D.E, janvier-mars 2002, p. 75.

GIVERDON C.

- *Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce*, R.T.D.Com. 1953, p. 855-867.

GLENN H. P.

- *Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale* (1998-1999) 29 R.D.U.S. 39-55, § 2.

GOLDMAN B.

- *Frontières du droit et « lex mercatoria »*, Arch. phil. Droit, 1964, p. 177-192.

GOYARD C.

- *La crise de la science administrative*, Rev. Adm, 1988, p. 117.

GREMION C., FRAISSE R. (co-dir.).

- *Le service public en recherche : quelle modernisation ?* La Documentation française, juin 1996, p. 363 à 384, spéc. p. 370.

GRIDEL J.-P.

- *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen*, D. 1999.

GUIBAL M.

- *De la proportionnalité*, AJDA 1978, p. 477.

GUINCHARD S.

- *Une class action à la française ?* D.2005.2180.

HAUSER J.

- *Le juge et la loi*, Pouvoirs, 2005/3 (n°114), Le Seuil, p. 139-153.

HAUTBOURG S., QUELLA S.

- *Droit communautaire ou droit national de la concurrence : le critère d'affectation du commerce*, Décideurs juridiques et Financiers, n°58, 2004, p. 112-113.

HEBRAUD P.

- *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur les rapports d'experts*, D. 1945. 49 (Leg.).

HEILBRONNER A.

- *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, Recueil Dalloz, 1953, chron., p. 35.

HEINEMANN A.

- *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, RIDE, 2004, p. 293-324.

HOLLEAUX A.

- *Dissolution et réincarnation du droit*, Les Petites Affiches 1990, n°118, p. 4.

HOMOBONO N.

- *L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France*, Concurrences n°3-2013, p. 54.

HUGLO J. G.

- *L'application du droit communautaire par le juge national*, Gaz. Pal., 10 juin 1997, doct. p. 844.

HUGON C.

- *Responsabilité des auteurs de l'internet*, Étude n°15, CCC 2004.

IANNUCELLI P.

- *La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par les infractions aux règles de concurrence*, RLC, 2006, n°9, p. 67-72.

IDOT L.

- *Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption*, les petites affiches, 1er février 2005, n° 22, p. 9.
- *L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ? Europe*, n°1, janvier 2004, chronique n°1, p. 3-4.
- *Adaptation du droit français au règlement n°1/2003*, Europe, décembre 2004, p. 27.
- *Entre concurrence et retour de l'État : Les États « schizos » ? Concurrences*, 2008, n°4 ; Editorial.
- *Europe*, octobre 2006, comm. n°291, p. 24-25.
- *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, RDC, n°3/2004, p. 882.

- *L'européanisation du droit des affaires : sens et portée*, RDC, Janvier 2001, n°1, p. 93 à 112.
- *La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales en droit de la concurrence*, Revue des affaires européennes, 2009-2010/1, p. 59.
- *La modernisation des règles européennes de concurrence : réforme procédurale ou institutionnelle*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°122, juillet-août 2001, p. 7-10.
- *Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée*, Le Dalloz, 2001, n°17, p. 1371.
- *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 47, pt. 83.
- *Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale*, Revue internationale de droit comparé, Année 2002 54-2, p. 371-399.
- *Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement 1/2003: convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante !*, Europe, févr. 2006, p. 2.
- *Réflexion sur la convergence des droits*, Concurrences n°4-2012, spéc. n°17.

IDOT L., B. DE WALLE DE GHELCKE V.

- *Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions*, Cahiers de droit européen, vol. 37, n°1-2, 2001, p. 160-201.

IZORCHE M.-L.

- *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RTD com 1998, p. 17- 52.

JACQUE J.-P.

- *Le traité de Lisbonne*, RTD eur., 2008, p. 439.

JACQUEMIN A. et SCHRANS G.

- *Éléments structurels d'une magistrature économique*, R.T.D.Comm. 1977, p. 421.

JAMIN C.

- *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Droit et patrimoine, mars 1998, spéc. p. 97.

JANIN L.

- *Concurrence et régulation : mise en œuvre et effets de politiques publiques en France*. Economies and finances. Télécom ParisTech, 2011, p. 182.

JAUFFRET-SPINOSI C.

- *Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers*, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n°232, p. 8.

JEAN J.-P.

- *De l'effectivité du droit au juge en Europe*, Bruylant, p.19, 2010.

JEANNENEY P.-A.

- *La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie*, Recueil Dalloz 2005 p. 1835.

JENNY F.

- *L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°12, 21 mars 2013, p. 1169.

J-P CLERO.

- *La réflexion benthamienne sur les mathématiques*, Rev. Synthèse, n°4, 1998, p. 447-484.

KALUSZYNSKI M.

- *La judiciarisation de la société et du politique. Face à la judiciarisation de la société, les réponses de la Protection juridique*, 21-22 septembre 2006, Sep 2006, Paris, France, 9 p.

KOERING-JOULIN R. et SEUVIC J.-F.

- *Droits fondamentaux et droit criminel*, AJDA 1998, spéc. p. 127.

KONRAD O., DAHAN T., WINCKLER A. BRAUN E.

- *L'Allemagne, la France et la modernisation du droit européen de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence, Mai-juillet 2005, n°3, p. 157 à 164.

KOVAR R.

- *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE*, Dalloz Cahier droit des affaires, 13 février 2003, n°7, p. 483.
- *La peau de chagrin, ou comment le droit communautaire de la concurrence opère la réduction monopoles publics*, Europe, 1992, p.7.

KRIEGK J.-F.

- *La procédure civile revisitée à travers des principes généraux : la voie d'appel*, Gaz. Pal., 8 novembre 1997, doct., p. 1467.

L'HUILLIER J.

- *À propos de la 'crise' de la notion de service public*, D, 1955, chron, p. 119-123.

LABETOULLE D.

- *L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif*, AJDA, 2005, p. 1770-1776.

LAMY P.

- *Pour une mondialisation plus régulée avec des politiques domestiques adaptées ? Entretiens avec le directeur général de l'OMC*, Petites affiches, 31/10/2007, p. 13.

Le BIHAN J.

- *L'intégration verticale : le point de vue des producteurs agricoles*, Économie rurale, Année 1960, 44, p. 57.

LE ROUX S.

- *La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE : le nouveau règlement de procédure*, RDAI, n°4, 2003, p. 429-439.

LECLERCQ S.

- *Les communications de la Commission et le marché intérieur*, C.D.E, 1997, p. 161.

LECOURT R.

- *La concurrence devant le juge*, Gaz. Pal, 1973, p. 741-748.

LEDOUX, J.- RODA CH.

- *Les 'compliance programs' en droit de la concurrence*, Contrats, conc. consom. déc 2007 n°12, étude 14.

LEMAIRE C.

- *Premier bilan de l'application du règlement n°1/2003*, LPA, 17 déc.2009, n°251, p. 38-48.

LEPAGE H.

- *L'école de Chicago et la concurrence*, RCC, n°14, 1981, p. 3-8.
- *La nouvelle économie industrielle*, Pluriel, 1989, p. 201-202.

LESQUINS J-L.

- *Innovation et délimitation des marchés pertinents*, REI, 1994, p. 7-15.
- *L'établissement des pratiques anticoncurrentielles dans le procès civil*, LPA, 21 janv.2005, p. 17-21.

LÉVÊQUE F.

- *L'impact du choix du modèle de concurrence sur l'analyse d'un échange d'informations*, microéconomix, 2008, p. 5.

LOCHAK D.

- *Les problèmes posés par la concurrence des services publics et des activités privées*, AJDA, 1971, p. 261.

LOMBARD M.

- *A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés*, D, 1994, chron, p. 163.

LONGUET P.

- *L'efficacité de la norme : le point de vue de l'Union européenne*, La Lettre, Fondation pour l'innovation politique, n° 13, juin 2005, p. 3.

LORIEUX A.

- *L'expertise et le jugement*, in *L'expertise* sous la coordination de Marie- Anne Frison-Roche & Denis Mazeaud, Paris, éd. Dalloz, 1995, p. 123-129.

LOUIS F. P.

- *Les conséquences pratiques de la réforme envisagée par le Livre blanc de la Commission*, Cahiers de droit européen, Vol. 37, n°1-2 2001, p. 224.

LYON-CAEN A.

- *Regards sur l'entreprise en droit communautaire*, in *Entreprise, institution et société*, Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'homme, avr. 1996, p. 83.

MAC CARTHY C.

- *Why indépendant regulators*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, éd. M.-A. FRISON-ROCHE, Presses de sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 59-350.

MACKAAY E.

- *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?* R.J.J. 1987, p. 419.

MAIL -FOUILLEUL S.

- *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2002, p. 1-557.

MAINGUY D et BERTAULT, F.

- *Concurrence et télécommunications*, Cah. Dr. Entr. 2001, n°5, p. 1.

MAINGUY D.

- *L'action de groupe en droit français après la Loi Hamon du 17 mars 2014*, Paris, Gazette du Palais, Lextenso Éditions, 2014.

MALAURIE-VIGNAL M.

- *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D, 1995, chron, p.51.

MARGAIRAZ D.

- *L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contraintes de nommer »*, RHMC, n°52, 2005, p. 5-9.

MARGUENAUD J. P., dir.

- *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001.

MARTIN D. et AMIEL-MORABIA S.

- *L'extension du contrôle juridictionnel des marchés*, RTDCom, 1996, p. 31.

MASSOT J.

- *La répartition du contentieux entre les deux ordres*, RFDA 2010 p. 907-911, spéc. p. 910.

MATHIEU G.

- *L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques*, D, chron, 1995, p. 27.
- *Droit constitutionnel et droit civil : « de vieilles outres pour un vin nouveau »*, RTD Civ, 1994, p. 62.

MAYER P.

- *Le contrat illicite*, Rev. Arb., 1984, p. 215.

MAZEAUD D.

- *Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ?* Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, p. 137.

MAZERAS M-F.

- *Le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire*, AJDA, 2005, p. 1777-1781.

MEFFRE J. M, LAMY T.

- *1^{er} mai 2004 : entrée en vigueur du nouveau règlement sur le contrôle des ententes. Quelques réflexions du praticien*, Dalloz, 2004, n°18, p. 1298.

MEHDI R.

- *La Conférence intergouvernementale : enjeux et perspectives*, Justices, n°6, Justice et Europe. Facteurs d'unité, avril-juin 1997, p. 29-70, spécialement p. 32-38.

MÉLLERAY F.

- *L'accroissement du degré de contrôle des sanctions professionnelles*, Droit Administratif n°10, octobre 2007, comm. 145.
- *Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)*, 2007, Répertoire de contentieux administratif, préc., n°54. 3604.

MESCHERIAKOFF A-S.

- *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente*, AJDA, 1976, p. 596.
- *L'arrêt du bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, RDP, 1988, p. 1059.

MICHAUT F.

- *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, *Le juge et la règle de droit*, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 39 n°2, Avril-juin 1987. p. 343-371.

MICHELAMSELLEM V.

- *Spécialisation des juridictions en matière de concurrence : un décret du 30 décembre 2005 limite et spécialise les tribunaux judiciaires et commerciaux pour connaître des affaires de concurrence*, Concurrences, n°1/2006, p. 185.

MORANGE G.

- *Le déclin de la notion de service public*, D, 1947, chron, p. 45-48.

MORIN J.-Y.

- *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, RCADI, 1995, n°254 p. 158-164.

MOURRE CA.

- *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de justice des communautés européennes*, Gaz. Pal. 9-11 janvier 2000, p. 30-35, p. 32.

NICINSKI S.

- *L'autorité de la concurrence*, RFDA, 2009, p. 1239.

NIZARD L.

- *À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner*, D, 1964, chron, p. 147- 154.

NOURISSAT C.

- *Spécialisation des juridictions, regards croisés sur la réforme*, RLC, 2007, n°10.

NOURISSAT C., WITTERWULGHE R. (dir.).

- *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un nouveau défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

NOUVEL L.

- *1^{er} mai 2004 : l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et du paquet modernisation portant réforme des règles de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, RDAI/IBLJ, 2004, n°3, p. 380.

NUSSENBAUM M.

- *Le rôle de l'expert économique*, RJCom, novembre 2002, p. 112-128.
- *Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles*, LPA, n°14, 20 janvier 2005, p. 37-45.

OLIVIER L.

- *Le juge et l'expert -Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, sur une note bibliographique de J. MORAND-DEVILLER, dans *Revue internationale de droit comparé*, Année 2006, 58-3, p. 1012-1014, p. 1013.

OLIVIER P.

- *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, CDE, 2005, p. 531

PADIS P.

- *Evolution de la politique de la concurrence et du droit des contrats en Europe*, Gaz. Pal. 1971, p. 189.

PAISANT G.

- *La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, RTDCom, 1998, p. 743.

PAPPALARDO A.

- *Les relations entre le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence*, RID eco., 1995, p. 127.

PATTARO E.

- *Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique*, Cahiers de Méthodologie Juridique n°3, R.R.J. 1988-4, p. 813-823, spéc. p. 816.

PERROT A.

- *Les gains d'efficacité : une situation contrastée*, in *Les évolutions récentes de l'analyse des concentrations : effets unilatéraux et gains d'efficacité*, RCC, n°137, 2004.

PESCATORE P.

- *Introduction à la science du droit, Luxembourg*, Office des publications officielles, 1960, n°28, p. 53.

PIEDELIEVRE S.

- *La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation*, Etudes et commentaires affaires, 1176, La semaine juridique - entreprise et affaires - n°14 - 3 avril 2014, p. 26.

PIERRE P.

_ *Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen)*, Revue Juridique de l'Ouest, 2014, 2, p. 23-35.

PIGASSOU P.

- *La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises*, RTD com. 1995, p. 693.

PIROVANO A.

- *Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel*, Justices, 1995, n°1, p. 15, LGDJ, 1991.
- *La concurrence déloyale en droit français*, Revue internationale de droit comparé, 1974, Volume 26, numéro 3, p. 467-504, spéc., p. 30.
- *La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chr. p. 67.

POILLOT E.

- *Droit de la consommation. Janvier 2008-décembre 2008*, D. 2009, p. 393 et suiv.

POILLOT-PERUZETTO S.

- *Centralisation / Décentralisation dans l'application des articles 81 et 82 du traité CE*, Contrats-Concurrence-Consommation, n°7-8, juillet-août 1999, p. 3-19.

PONS J. F.

- *Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de concurrence*, Petites affiches, 5 novembre 2001, n°220, p. 21.

PRIÉTO C.

- *Atermoiements récurrents sur l'action de groupe*, Concurrences n°3-2013, p. 5.
- *L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus*, La Semaine Juridique - Edition générale, 21 mars 2007.

PUIG R.

- *Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative*, REDP, n°2, 2000, p. 427-457.

PUTMAN E.

- *Recherche sur les définitions dans les lois commerciales*, RRJ 1986, n°4, p. 49.

RAFFAELLI E. A.

- *Le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation ? L'application du droit européen de l'antitrust par le juge national*, in Gaz.Pal, n°spécial, La justice économique en Europe, 2008, p. 58-61.

RAMBAUD R.

- *L'institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques 06/2012, p. 31, pg 28.

RAMIREZ PEREZ S.

- *La mise en œuvre des règles de concurrence du traité de Rome*, E&H, n°53, 2008/4, p. 100-105.

RASSON A.

- *La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée, Juges constitutionnels et Parlements - Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles*, Annuaire international de justice constitutionnelle, 2012, 27-2011, p. 591.

RAYNAUD F.

- *Monisme(s) ou dualisme(s) ?*, REDP, n°2, 2000, p. 561-583.

REIFUSS NETTER F.

- *Droit de la concurrence et droit des obligations*, RTD Civ, 1990, p. 369.

REMICHE B.

- *Droit de la concurrence et droit de la concurrence déloyale : objets différents et objectif commun*, LIDC, Congrès de Cambridge, Second rapport international concernant la question n°3, Revue internationale de la concurrence, 1996, p.29-39, spéc. p. 30.

REMY-CORLAY P.

- *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les règles de conflit de lois*, RCDIP 2003, p. 37-76, spéc. p. 40.

RENOUF Y.

- *Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ?* », A.F.D.I., 1994, p. 776-791.

REY P.

- *Analyse économique des effets unilatéraux*, RCC, n°137, n°137, p. 29.

RICHER L.

- *L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 depuis 1989 : principales décisions du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris*, C.J.E.G., juin 1991, p. 175- 178.

RICHER L.

- *Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire)*, C.J.E.G., novembre 1990, p. 367-379.

RICHERM.L.

- *L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 depuis 1989*, CJEG, 1991, p. 175.

RIEM F.

- *Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil*, RIDE 2008, n°1.

RIFFAULT-SILK J.

- *Le Livre blanc et les actions en réparation*, RLC n°23/2010, p. 122-127.
- *Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond*, RLC, janv.-mars 2006, n°6, p. 85.

RINCAZAUX P. et DIENY E.

- *Règlement CE n° 1/2003 : quels changements ?*, Revue Lamy droit des affaires, Juin 2003, n°61, p. 11-17.

RINCAZAUX P.

- *Règlement CE n°1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de sa mise en œuvre ?*, Lamy droit économique, juin 2003, p. 2 et s.

ROCHFELD J.

- *A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence*, in Revue juridique de l'Ouest, 2004-4. p. 473-486.

ROCHFELD J.

- *A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence*, Revue Juridique de l'Ouest, 2004, 4, p. 473-486, p. 484, § 21.

RODIERE R.

- *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Etudes, Série concurrence, n°5, 1967, p. 9-99.

ROLIN E.

- *La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications*, n°26 juillet 2002, p. 6 suiv ; Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, n° 1709.

RUIZ FABRI H.

- *Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, J.D.I., 1997, p. 709-748.

SANSON HERMITTE M.-A.,

- *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique. Sécurité juridique*, Revue internationale de droit comparé, Année 1984, 36-4, p. 901-902.

SANTULLI C.

- *Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD*, Annuaire français de droit international, Année 2000, Volume 46, Numéro 1, p. 61 et 58-81.

SAVATIER R.

- *Droit public, droit privé*, D, chron, 1946, p. 25-28.

SCHAPIRA J.

- *L'art. 85 du traité de Rome devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, JDI, 1967, n°2, p. 323-356.

SCHWARTZENBERG R-G.

- *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969. Spéc. p. 197 et 202 et s.

SELINSKY V.

- *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence, mai/juillet 2005.

- *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence...*, Revue Lamy de la concurrence, mai/juillet 2005, n°3, p. 17.

SIMON D.

- *La jurisprudence du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ?* Europe 2007, n°3, p. 5.

SIMONT L.

- *Arbitrage et droit de la concurrence : quelques réflexions d'un arbitre*, RDAI, 1998, p. 547-556, p. 549.

SIROEN J.-M.

- *Marché contestables, différenciation des produits et discrimination des prix*, Revue économique, 1993, n° 3, p. 569.

SPECTOR D.

- *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison*, in *Rapport CAE, Les politiques de la concurrence*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 271-285.

STUYCK J.

- *La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs*, Concurrence et consommation 1994, p. 95-109.

SUDRE F.

- *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974- 1992)*, Kehl/Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994, p.

TEITGEN-COLLY C.

- *Garanties du procès équitable et répression administrative*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica, 1993, spéc. p. 302.
- *Les instances de régulation et la Constitution*, Rev. Dr. Pub. 1990, p. 153.

THOUVENIN J.-M.

- *Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public, et droit de la concurrence*, D. aff, n°11/1997, p. 331.

TORLEY DUWEL I.

- *Signification du mot 'entreprise' dans le sens de l'article 85 du traité CEE, à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles*, RTDE, 1966, p. 400-409.

TRAPET M.-D.

- *L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire*, (2001) 45 APD 117, à la p. 121.

TROPER M.

- *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, p. 43-46.

TRUCHET D.

- *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel*, AJDA, 2005, p. 1767-1770.
- *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, RDP, 1977, T. XCXI, p. 1009 1042.

ULMER E.

- *Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun*, La propriété industrielle 1963, n°2, p. 33-44, spéc., p. 36.

USINIER L.

- *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préf. de H. MUIR-WATT, Economica, Paris, 2008, spéc. p. 186, § 247 et s.

VAN HECKE G.

- *Le droit anti-trust : aspects comparatifs et internationaux*, RCADI, 1962, II, p. 344.

VAN LANG A.

- *Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel*, AJDA, 2005, p.1760-1766
- *Le dualisme juridictionnel : limites et mérites*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007.

VELLEY S.

- *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989, p. 767-783

VER LOREN VAN THEMAAT P.

- *L'économie à travers le prisme du juridique*, Rev. intern. dr. éco. 1989, p. 133 et s., préc. p. 141.

Ver LOREN Van THEMAAT P.

- *L'économie à travers le prisme du juriste*, RIDE, 1989, vol.2, p. 133-162.

VIENNOIS J-P.

- *Clarification du champ d'application communautaire du droit de la concurrence (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité)*, LPA, 2004, n°190, p. 9-12.

VINEY G.

- *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D. 2009, p. 2944

VOGEL L.

- *À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produit ?* Cont. Conc. consom., juin 92, p. 1 et s.
- *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, in *Ateliers de la concurrence tenus le 27 octobre 1999*, conc. Et cons., 2000, n°115, p. 9.
- *Le juriste face à l'analyse économique*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°134, Juillet-Août 2003, p. 7-8.

VOINOT D.

- *L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs*, AJCA, 2014, p. 171.

WACHSMANN P.

- *La volonté de l'interprète*, Droits 1999, n°28, p. 29.

WALINE M.

- *Vers un reclassement des recours du contentieux administratif*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1935, pp. 205-236, spéc. p. 225.

WACHSMANN, P.

- *La volonté de l'interprète*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 1998.

WEILER J. H.

- *Une révolution tranquille. La CJCE et ses interlocuteurs*, Politix, 1995, vol.8. n° 32, p. 119-138.
- *Problèmes d'économie internationale*, P. U. F., Paris, 1950, p. 282 - 285 et *Economie Internationale hier et aujourd'hui : crises-ruptures et déséquilibres dans les relations internationales*, P. U. G., Grenoble, 1989, p. 22 et suiv.

WILLS W. P. J.

- *La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution ?* Revue Lamy de la concurrence 2005 - n°4.

WISE M.

- *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, in *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007/1 (Vol. 9), §.19.

WITTERWULGHE R.

- *Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire*, in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p. 3-20.

ZILLER J.

- *Le principe de proportionnalité*, AJDA 1996 p. 185.

2. *Droit comparé*

ACHESON D.

- *Working with Brandeis*, in A. WILDAVSKY and N. W. POLSBY (eds.), *American Governmental Institutions*, Chicago, Rand McNally and Co., 1968, p. 228-234).

ARNULL A.

- *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?* *European Law Review*, 2011, p. 51 et suiv.

AVERITT N.W. and LANDE R.H.

- *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust L.J.*, 65, 1997, p. 713

BACCHUS J.

- *Table Talk: Around the Table of the Appellate Body of the World Trade Organization*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 4/2002, p. 1021-1039.

BAER B.

- *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, Remarks as Prepared for Delivery to European Competition Forum 2014, Bruxelles, février 2014.

BALDWIN R., NELSON D., RICHARDSON J. D.

- *The Political Economy of International Market Access*, *World Economy*, vol 15, n°6, novembre 1992, p. 679 – 683, p. 679

BARBIER de le SERRE E. and SIBONY A.-L.

- *Dans leur étude, Expert evidence before the EC courts*, (2008) *45 Common Market Law Review*, Issue 4, p. 941-985.

BASEDOW J. (ed.)

- *Private enforcement of EC competition law*. Kluwer law international, 2007.

BAUDENBACHER C. and HIGGINS I.

- *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 1-17, p. 3.

BECKER G.

- *Competition and democracy*, *JLE*, vol.1, oct.1958, p. 105-109.

BRUNT M.

- *Antitrust in the Courts: The Role of Economics and of Economists*, Fordham Corp. L. Inst, 1998, B. HAWK (ed.) 1999, p. 357-367.

CAFAGGI F., MICKLITZ H.-W.

- *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework For Comparative Assessment*, (2008) 3 *European Review of Private Law* 391-425.

CAFFARA C., YSEWY J.

- *Two's company, three's a crowd: the future of collective dominance after the Kali&Salz judgment*, *ECLR*, 1998, vol.19, p. 468.

CAMESACA P. D., YSEWYN J., WECK T. et BOWMAN B.

- *Cartel appeals to the Court of justice: the song of the sirens?* *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 218.

CAPORASO J. A.

- *International Relations Theory and Multilateralism: The Search for Foundations*, in J. G. RUGGIE (ed.), 1993, p. 51-90.

COHEN F. S.

- *Transcendental Nonsense and the Functional Approach, 1935*, reproduit in L. K. COHEN (ed.), *The legal conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, 1960, Hamden, Conn., Archon Books, 1970, pp. 33-76. Cf. thèse précitée, p. 37-38.

COLLINS H., (Ed.).

- *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Applications*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2004, p. 293.
- *Regulation of Unfair Commercial Practices, in The Forthcoming of EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, *European review of contract law* 2, 2006, spéc. p. 20.

De VREY R. W.

- *Towards a European Unfair Competition law. A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006. DEMSETZ H., *Why regulate Utilities ?*», JEL, vol. XI, 1968, p. 55-65.

DIAWARA K.

- *A social Approach to the Goals of Competition Law in Developing Countries – Comment on Bakoum*, in D. ZIMMER (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, chap. 23, p. 439-450.

DIEBOLD W.

- *From the ITO to GATT - And Back ?* in O. KIRSHNER (ed.) *The Bretton Woods-GATT System*, Armonk, New York, M.E. Sharpe, 1996.

DWORKIN R.

- *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Ouvrage paru en traduction française sous le titre : *L'empire du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, PUF, 1994.note 2, p. 11.

DYMOND W. A., HART M.

- *Post-Modern Trade Policy. Reflections on the Challenges to a Multilateral Trade Negotiations After Seattle*, *Journal of World Trade*, vol 34, n° 3, juin, 2000, p. 21-38

EDMOND D., MERCER D.

- *Experts and expertise in legal and regulatory settings*, in *Expertise in Regulation and Law*, ed. Ashgate, 2004, p. 1-30.

EHLERMAN D.

- *The modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, *CML Rev.*, 2003, p. 546-547.

FERRIS F.

- *Towards the application of article 81 (3) by national courts*, 2001, ERA-Forum.

FLORIAN P., WALKER M.

- *The correct approach to the use of empirical analysis in competition policy*, *ECLR*, 2005, vol.26, p. 320.

Fox E.M.

- *Against Goals*, *Fordham Law Review*, 81/5, 2013, p. 2161.

FRANK J.

- *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens and Sons Ltd, 1949, p. 104-111.

GALETTA D.-U.

- *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost ?*, Berlin, Springer-Verlag, 2011, p. 12.

GAUER C., DALHEIMER D., KJOLBYE L. DE SMITJER E.

- *Regulation 1/2003 : a modernised application of EC competition rules*, Competition Policy Newsletter, n°1, Spring 2003, p. 3.

GERADIN V. D., ed.

- *Modernization and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, Intersentia, 2004.

GRAUPENER F.

- *Commission decision making on competition questions*, CMLR, 1973, vol.10, p. 599.

HARDING C., JOSHUA J.

- *Regulating Cartels in Europe, 2nd edition*, Oxford University Press, UK, 2010, p. 409; *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, edited by Caron BEATON WELLS and Ariel EZRACHI, Hart Publishing, UK, 2011, p. 455.

HART H. L. A.

- *Essays on Bentham*, Oxford Univ Press, 1982.

HAYEK F. A.

- *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948, p. 96.
- *The meaning of competition*, in *Individualism and economic order*, Routledge & Keagan Paul, 1949, p. 93-94.

HILTY R. M.

- *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, p. 1-60, spéc. p. 4.

HILTY R. M., HENNING-BODEWIG F. (Eds)

- *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe ?* Springer; Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, p. 62-76, spéc. p. 67.

HIPPLER BELLO J.

- *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More*, A.J.I.L., 1996, p. 416- 418.

HÖLZER H.

- *Merger Control, in European Competition Policy*, P. MONTAGNON (ed), London, Chatham House/RIIA, 1990.

HÖPPERGER M. and SENFTLEBEN M.

- *Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization*, in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe ?*, 2007, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, p. 62-76, spéc. p. 67.

HOVENKAMP H.

- *Rationality in Law and economics*, *George Washington L. Rev*, 1992, n°60, p. 26.

HUTCHESON J. C., Jr.

- *The Judgment Intuitive the Formation of the « Hunch » in Judicial Decision*, 1929.

JACKSON J. H.

- *Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures : WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects*, in A. O. KRUEGER (dir.), *The WTO as an International Organisation*, Chicago / Londres, The University of Chicago Press, 1998, xvi + p. 425, aux pp. 161-176, ou encore, *Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay, R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 675-688, R. E. HUEDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger Pbl., 1975, xiv + p. 399.
- *Restructuring the GATT System*, Londres, Royal Institute of International Affairs / Pinter Phi., 1990, vi + 119 p.

KEYNES J. M.

- *The Scope and Method of political Economy*, Transaction Publishers, 2010.

KOMNIONOS A. P.

- *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement, World Competition*, 2001, p. 211-238, p. 223.

KOMURO N.

- *The WTO Dispute Settlement Mechanism. Coverage and Procedures of the WTO Understanding* *Journal of World Trade*, 1995, p. 5-86.

KON S.

- *Article 85, para.3: a case for application by national Courts*, *CMLR*, 1982, vol.19, p. 541-561.

LERNE A. P. R

- *Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*, Rev. Eco. Studies, 1934, p. 157.

LLEWELLYN K. N.

- *The Common Law Tradition*, Boston. Little, Brown and Co., 1960, p. 11 et s.

MATTOO A., SUBRAMANAIAN A.

- *Regulatory Autonomy and Multilateral Discipline: The Dilemma and a Possible Solution*, Journal of International Economic Law, Vol. 1, n°2, mars, 1998, p. 303 – 322.

McGOWAN L., CINI M.

- *Discretion and politicization in EU competition policy*, Governance, vol.12, n°2, 1999, p. 175-200.

MILUTINOVIC V.

- *The right to damages under EU competition law*, from Courage v. Crehan to the white paper & beyond, Kluwer Law International, 2010. p. 39.

MONTI M.

- *Policy Competition and the consumer: what are the aims of competition policy?* Speech /02/79, 6 févr.2002; M. MONTI, Competition for Consumer's benefit, Discours, 22 oct.2004.

MOTTA M.

- *EC Merger policy and the Airtours Case*, ECLR, 2000, vol.21, p. 199.

NAZZI R.

- *International Arbitration and Public Enforcement of Competition Law*, ECLR, 2004 p. 153- 162, p. 156.

PALMETER D., MAVROIDIS P. C.

- *Dispute Settlement in the World Trade Organisation. Practice and Procedure*, La Haye, Kluwer, 1999, xvi + p. 313.

PETERSEN J. W.

- *Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*, Strasbourg, 1798, cité par L. HEUSCHLING, *Rechtsstaat, Rule of law, État de droit. Étude comparative*, Dalloz, Paris, 2002.

POLVERINO F.

- *A Class action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union*, (2007) 30/3 World Competition 479-499.

POSNER R.

- *The Law and Economics of the Economic Expert witness*, Journ.of Economic.Perspectives, vol. 13, n°2, 1999, p. 91-99.

POUND R.

- *Fifty Years of Jurisprudence*, in Harvard Law Review, vol. 51, 1937-1938, p. 444.

POWELL TR.

- *Police Power, 1922-1927*, in Minnesota Law Review, vol. 12, 1927-1928, p. 324.

RILEY A.

- *EC Antitrust Modernization: The Commission does very nicely, thank you!* ECLR, 2003, n°24/11, p. 604-615 et n°24/12, p. 657-672.

RUGGIE J. G.

- *At Home Abroad, Aboard at Home: International liberalization and Domestic Stability in the New World Economy*, Millennium: Journal of International Studies, vol. 24, n°3, 1994, p. 507-526.

SANDERS P.

- *Codes of Conduct and Sources of Law*, 1982. p. 290

SEIDEL K.

- *DG IV and the origins of a supranational competition policy establishing an economic constitution for Europe*, in W. KAISER, B. LEUCHT, et.al, *The History of European Union: Origins of Trans and Supranational polity, 1950-1972*, London, Routledge, 2008, p. 129-147.

SHONEVELD F.

- *Cartels sanctions and international competition Policy : cross borders cooperation and appropriate forums for cooperation*, World Competition, 26, 2003, p. 433.

STONE SWEET A.

- *The Judicial Construction of Europe*, Oxford univ Press, 2004.

SYMEONIDES S. C.

- *Tort Conflicts and Rome II : A View from Across*, in Festschrift für Erick JAYME, vol. 2, Sellier, München, p. 935-954.

TEMPLE-LANG J.

- *The Procedure of the Commission in Competition cases*, CMLR, 1977; vol.14, p. 155-173.

ULLRICH H.

- *Competitor Cooperation and the Evolution of Competition Law : Issues for Research in a Perspective of Globalization*, in J. DREXL (ed.) *The Future of Transnational Antitrust – from Comparative to Common Competition Law*, Kluwer Law International, 2003, p. 159.

VEBLEN T.

- *Why is economics not an evolutionary science ?*, Quar. Jour. econ, vol. 12, 1898.

Von SAVIGNY F. C.

- *System des heutigen römischen Rechts, t. VIII, 1849* (trad. GUENOUX, 1851, reproduit aux Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, préf. Y. SYNDET).

WAELEBROECK C. D., SLATER D. and EVEN-SHOSHAN G.

- *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 août 2004.

WEATHERILL, S. BERNITZ U. (Eds).

- *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, p. 290.

WILKINSON R.

- *Multilateralism and the World Trade Organization. The Architecture and Extension of International Trade Regulation*, Routledge, London, 2000, p. 35 et suiv.

WILLIAMSON O. E.

- *Economics as an Antitrust Defense : the Welfare Trade Off*, AER, mars 1968, p. 18.

WITSCHKE T.

- *The first antitrust law in Europe, success or failure? Origins and application of Merger Control Policy of the High Authority of Coal and Steel Community, 1950-1963*, EBHA Conference, Business and Knowledge, July 2001, p. 2-31.

WOODS D.

- *Private enforcement of Antitrust Rules – Modernization of the EU Rules and the Road Ahead*, (2003-2004) 16 Loy. Consumer L. Rev. 43.

YILMAZ F.

- *Veblen and the problem of rationality*, JEI, n°3, 2007, p. 841-862.

A. ÉTUDES, CHRONIQUES, NOTES

AMRANI MEKKI S.

- *Le droit processuel de la responsabilité civile*, in *Liber amicorum, Études Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, § 22 et 28.

BEZARD P.

- *Le nouveau visage du juge économique et financier*, in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, préc., p. 147.

BLAISE J. B.

- *Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : France, dans Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, Études en l'hommage à Louis DUBOIS, La documentation française, 2000, p. 31 à 39.

CHENOT B.

- *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État*, in *Etudes et documents*, 1950, p. 77.

DE LEYSSAC C.L., PARLÉANI G.

- *L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat*, dans *Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

De SOTO J.

- *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, in *Etudes et documents*, 1951, p. 64.

DÉLMAS-MARSALET J.

- *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État*, in *Etudes et documents*, 1969, p. 133-160.

DELVOLVÉ P.

- *La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative*, Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 47-70.

DUBOS O.

- *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, not. p. 29-72.

FARJAT G.

- *Réflexions sur les codes de conduite privés*, Études offertes à B. GOLDMAN, Litec, 1987, spéc. p. 59.

IDOT L.

- *Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation ou une renationalisation du droit de la concurrence ?*, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de J.C GAUTRON, A. Pedone, 2004 429, p. 117 à 135.

JOSSE P-L.

- *Le Conseil d'État devant les réalités économiques ; ses méthodes de travail et son rôle*, in Etudes et documents, 1960, p. 39-59.

LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLÉANI G.

- *L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat*, dans *Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

MAURY J.

- *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in Etudes Ripert, Tome 1, p. 28.

NÖLKENSMEIER H.

- *Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : Allemagne*, dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, Études en l'hommage à Louis DUBOUIS, La documentation française, 2000, p. 41 à 46.

SANDERS P.

- *Codes of Conduct and Sources of Law*, dans *Le droit des relations économiques internationales*. Etudes offertes à B. GOLDMAN, Litec, Paris, 1987, p. 298.

SERBAT H. et ALEXANDRE-CASELLI C.

- *De l'incompréhension réductible entre recherche juridique et sciences économiques*, in *Droit et vie des affaires*. Études à la mémoire d'A. SAYAG, Paris, Litec, 1997, p. 83.

B. FASCICULES DE JURISCLASSEUR

ARHEL P.

- *Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence*, JCP E, n°51, 16 décembre 2004, p.2010-2015.

AUTIN J-L.

- *Personnes publiques et droit de la concurrence*, JCP E, 1994, p. 4.

BOY L.

- Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence, Conférence à l'institut européen de Florence, décembre 2003, JCP 2004, I, 166--1738.

DAIGRE J. J.

- *La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces*, JCP 1981, I, 3020.

DEVOLVÉ J. L.

- *Le Pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges*, JCP 1968, I, 2184. libertés publiques 1.

DIENY E.

- *Ententes - Principe d'incompatibilité*, Article 101§ 1 & 2 du TFUE, Jurisclasseur Concurrence Consommation, Fascicule 545, 2010.

FERRIER D.

- *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, JCP E 2000, p. 36.

FOURGOUX J.-L.

- Fasc. 281 : *Transparence tarifaire et pratiques restrictives de concurrence*, Jcl. Commercial, 2013, n°1.
- *La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles*, JCP E. n° 50, 16 décembre 1999, p. 2005.

GRYNFOGEL C.

- J cl. Commercial, v° *Clémence et actions civiles devant les juridictions de droit commun*, Fasc. n°288, 2012.

GUIBAL M.

- *Droit public des contrats et droit de la concurrence, le style européen*, J.C.P. éd. G. 1993, n°3667, p. 161.

HUGLO J. G.

- *Voies et moyens d'application du droit communautaire*, Jurisclasseur Europe, 2001, Fasc. 490.

JENNY F.

- *L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique* : JCP E 2013, 1169.

KOVAR R.

- *Ordre juridique communautaire*, J.-Cl. Europe, Fasc. 411, n°22.

LEGIER G.

- *Sources extracontractuelles des obligations – Détermination de la loi applicable*, Jurisclasseur Droit international, Fasc. 553-1, n°51.

LEMAIRE C., BLANC D.

- *Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence*, JCP E, n°45, 2006, p. 1879-1982.

MAINGUY D.

- *L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce*, JCP, E, 2002, n°48, 1729, n°1.

MALAURIE Ph.

- *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français*, JCP 2002, I, 143.

MALAURIE-VIGNAL M.-A.

- *Transparence tarifaire et liberté contractuelle*, JCP éd. E 1996, I, 537. Adde.

MEHDI R.

- *Ordre juridique communautaire. – Primauté du droit communautaire*, JurisClasseur Europe Traité, novembre 2005, Fasc. n°196).

PEANO D.

- *Recours pour excès de pouvoir, Contrôle de la légalité interne*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152, n°153 suiv.

PICOD F.

- *Traité de Lisbonne*, J.-Cl. Droit International, fasc. 161-20, § 33.

RAJOT B.

- *Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris*, JCP E, 2003, jurispr. 666, note (n°9).

REIFEGERSTE S.

- *L'articulation du droit communautaire et du droit national de la concurrence*, JCP, 9 avril 2003, n°15-16, p. 657.

VIENNOIT J. P.

- *Les rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit nationaux sous l'empire du règlement (CE) n°1/2003 du 16 décembre 2002, dans Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises, Dalloz, 2004, p. 38 ; JCP, éd. E, supp. Cah. dr. ent, n°5/2003.*

VOGEL L.

- *Ombres et lumières de la transparence tarifaire, JCP éd. E 1995, I, 436.*

VULLIERME L. N.

- *Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code de commerce, Jcl. Concurrence-Consommation, Fasc. 290, cote 03,2013, n°13.*

III. RAPPORTS, COMMUNICATIONS ET AVIS

1. Rapports

BERGASSE N.

- *Rapport du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire présenté à l'Assemblée nationale, Paris, 1789, p. 21.*

CORNU G.

- *Rapport de synthèse, in 10e colloque des Instituts d'études judiciaires, Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, Paris, PUF, 1976, p. 123.*

De LUCAS DE LEYSSAC CL.

- *Rapport de synthèse, la sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles, P.A., 20 janvier 2005, p. 65.*

NORGUET D.

- *Rapport pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires, Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008.*

SPECTOR D.

- *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison, in Rapport CAE, Les politiques de la concurrence, Paris, La Documentation Française, 2006, p.271-285.*

STRICKLER Y.

- *L'office du juge et les principes*, CERDP - Centre d'études et de recherches en droit privé, Rapport, 2012, p. 1.

TERRÉ F.

- *Rapport introductif*, dans *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p.4.

2. Communications

- Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO, n°C 372/03 du 9 déc. 1997, p. 5-13.
- COMMISSION CE, Communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, 2004/C 101/04, JOUE n°C 101, 27.4.2004, p. 0054-0064.
- Communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE C 291 du 13 octobre 2000, p. 1-44.
- Communication de la Commission, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE C 3 du 6 janvier 2001, p. 2-30.
- Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO, C 17, du 19 janv.2001, p.4.
- Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales, 2004., préc., point 27.
- Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, JOCE C 101 du 27 avril 2004 p. 78-80.
- Communication de la Commission relative au traitement des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE, n°C 101/05, du 27 avril 2004, considérant n°7442.
- Comm. UE, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : COM (2013) 404 final, 11 juin 2013, p. 4.
- Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (COM (2013) 404 final), pt 52.

3. Avis

- Avis 98- A-06 du 5 mai.1998, relatif à l'acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA (enseignes Franprix-Leader Price).
- Avis 00-A-11 du 6 juin.2000, relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy France de la société Fichet Serrurerie Bâtiment.
- Avis n°03-A-12 du 15 juillet 2003 relatif à une demande d'avis du tribunal de commerce de Versailles concernant une plainte déposée par la SA Usines Merger à l'encontre des sociétés Giat Industries, Gitech SA, Foc Transmissions et CMD.
- Avis 04-A-17, du 14 octobre 2004, relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques.
- Avis relatif au Vocabulaire de droit, JO 13 mai 2006, p. 7072.
- Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, 23 p.
- Avis 07-A-06, 16 juil.2007, relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison.
- Avis 07-A-08 du 27 juil.2007, relatif à une demande du Conseil d'État à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France.
- Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire, n°201 (2010-2011) - 22 décembre 2010.
- Proposition de loi visant à instaurer le recours collectif de consommateurs, n°110 (2011-2012) - 24 juillet 2012.
- Avis n°14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France.

IV. DOCUMENTS DE TRAVAIL, INTERVENTIONS, RAPPORTS

AUDIT B.

- *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* (Sur la crise des conflits de lois), Recueil des Cours ; 186, 2008. p. 301.

CABRILLAC M.

- *Le juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français*, in Travaux Association Capitant, Le rôle du juge en présence de problèmes économiques, T.XXII, 1970, p. 152- 166.

CONSTANTINESCO V., MICHEL V.

- *Compétences de l'Union européenne*, Répertoire Droit européen, Dalloz, § 59.

DUFFY-MEUNIER A.

- *La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/2-3 (n°55-56), p. 45 à 55.

HØJ J. et WISE M.

- *Concurrence sur les marchés de produits et performance économique en France*, Document de travail du département des affaires économiques, OCDE, 2006, n°473.

IDOT L.

- *Le temps, une limite à l'action des autorités in Le facteur temps en droit de la concurrence*, Ateliers de la concurrence du 2 juil.2003, RCC, n°136, 2003.

JANIN L., MEMONI B.

- *Le contrôle des concentrations en France : une analyse empirique des avis du Conseil de concurrence*, INSEE, n°2005-37, p. 2.

JOURDAIN P.

- *Les sources communautaires du droit de la responsabilité civile*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, spéc. P. 29 et s.

LAFOND P.-C.

- *L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins*, note 236, § 5.

MAHMOUD M. S. M.

- *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, Recueil des Cours 2005, t. 315, p. 141-264.

MORIN J.-Y.

- *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, RCADI, 1995, n°254.

PICOD Y.

- *Rapport français : la concurrence déloyale*, in Association HENRI CAPITANT, *La concurrence*, Société de législation comparée, 2010, p. 154.

PRIÉTO C.

- *La sécurité juridique dans le droit de la concurrence, sécurité juridique et droit économique*, 2006, Nice, France.

REIS P.

- *Concurrence entravée et concurrence excessive : Liberté d'accès au marché et le développement durable*. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2008, p. 2.

ROBIN-OLIVIER S.

- *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Presse universitaires d'Aix Marseille 1999.

V. ACTES, LIVRES BLANCS, MÉMORANDUM, PROGRAMMES, RÉOLUTIONS,

- La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE, Bruxelles, 1966.
- Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence, Bruxelles, le 28.04.1999, COM (1999) 101 final du 28/04/1999, pts.83-84.
- Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE (devenu 101 et 102 du TFUE), JOCE, n°C-132 du 12 mai 1999, article 100.
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE C 31, du 5 février 2004, p. 5-18.
- Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 0672.
- Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008, COM (2008) 165 final.
- Résolution sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Bruxelles, 26 mars 2009, (2008/2154(INI)).
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O., C 83 du 30 mars 2010, p. 401.

VI. TRAITES, DIRECTIVES, REGLEMENTS, ORDONNANCES

1. Traités

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) - Protocoles - Annexes - Déclarations annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007.
- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306 du 17.12.2007), entrée en vigueur le 1er décembre 2009.

2. Directives, Propositions, de directives, conventions

a) Directives

- Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, OJ L 349, 5.12.2014.
- Directive 2002/21/CE modifiée, article 4§ 1 : aussi article 37,§ 17.
- Directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE ; article 41§ 17.
- Directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.
- Directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JO L 376 du 27.12.2006, p. 21-27.
- Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

b) Proposition de directives

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, Strasbourg, 11 juin 2013, COM (2013) 404 final.
- Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD).

- Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, pt 4.

c) Conventions

- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

4. Règlements et propositions de règlements

- Règlement CE 17/62 du Conseil du 21 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (devenu 101 et 102 du TFUE), JOCE, n°13, du 21 février 1962.
- Règlement d'exemption 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81(3) à des catégories d'accords de spécialisation, JOCE L 304 du 5 décembre 2000, p. 3-6.
- Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n°L 012 du 16/01/2001 p. 1-23.
- Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) no 1017/68, (CEE) no 2988/74, (CEE) n 4056/86 et (CEE) no 3975/87, Préparation du Conseil « Compétitivité » du 26 novembre 2002 en vue d'un accord politique.
- Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, n°L 1, du 4 janvier 2003, p. 1-25.
- Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 24 du 29 janvier 2004 p. 1-22
- Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81(3) du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE L 336 du 29 décembre 1999, pp.21-25
- Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 24 du 29 janvier 2004 p. 1-22.
- Règlement CE 17/62 du Conseil, du 21 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE, n°13, du 21 février 1962, p. 204.

5. Ordonnances et décrets

a) Ordonnances

- Ord. 18 juin 1980, Barter, aff. 138/80, Rec, p. 1975, point 4.
- Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence devenu l'article L. 464-8 du Code de commerce.
- Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce.
- Ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017 texte n°29.
- Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019.
- Ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, JORF n°0222 du 21 septembre 1945, p. 5938.

b) Décrets

- Décret n°2012-1451 du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires, JORF n°0301 du 27 décembre 2012 page 20504, texte n° 5.

INDEX DE JURISPRUDENCE

A. Juridictions première instance

1. Tribunaux de grande instance

2. Tribunaux de commerce

- T. com. Paris, 13 mars 2008, RG n°2006008432, SARL Turbo Europe c/ SA Automobiles Peugeot, SA Automobiles Citroën et SAS Renault, obs. B.C., « De la déférence d'une juridiction à l'égard des décisions du Conseil de la concurrence », RLC 2008/17, p. 116-117.
- T. com., 6^e ch., Paris, 30 mars 2011, *Numericable a. c. France Télécom*, RG n°2009/073089, CCE 2001, comm. 76, obs. M. CHAGNY.

B. Cours d'appel

- CA Paris, 28 février 1985, G.P. 1985.2. 441.
- CA Paris, 30 juin 1988, SAEDE c/ Ville de Pamiers, BOSP, n°14, 9 juillet 1988, p. 187.
- CA Paris, 26 avr.1989, Pompes funèbres Générales, BOCCRF, n°11/1990 ; CA Paris, 1er mars.1993, SARL Intermarbres et SA Pompes Funèbres Générales, inédit. 73 TC, 4 nov.1991, CAMIF c/ UGAP, n°2676.
- Cour d'appel, 12^e ch., 6 février 1992, R.T.D.Civ. 1994, p. 349, obs. J. MESTRE.
- CA Paris, 28 septembre 1993, Sté Pont-à-Mousson et Biwater, BOCCRF, n°16, du 15 oct.1993, p. 283.
- CA Paris 30 novembre 1993 : RJDA 5/94 n° 489.
- CA Paris, 25 janvier 1994, CEP Expositum, BOCCRF, n°3/94
- C. A. Paris (Chambre économique et financière), Sté Pont-à-Mousson et Biwater, du 7 mai 1997.
- CA Paris, 22 oct. 1997, n°1997-0232295.
- CA Paris, 27 janvier 1998, BOCCRF, n°2/98).
- CA Paris, 30 sept.1998, SA Mors c/ SA Labinal. Recours.
- CA Lyon, 2 juillet 1999, La lettre de la distribution, novembre 2009, p. 3.
- Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 24 février 2004, E.D.F. c. Société Sinerg, n°RG 2003/10671.

- Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n°RG 2003/18407 : Droit administratif, 2004, n°7, comm. 117, pp. 29-31, note M. SENAC de MONSEMBERNARD.
- CA Paris, 1^{ère} ch. Section H, 29 juin 2004, BOCCRF du 30 septembre 2004, p. 625.
- CA Paris, 13 mai 2005, n°03/12092, D. 2005, Pan., p. 2464, obs. Y. AUGUET.
- CA Paris, 28 juin.2005, VIIV, BOCCRF, 2005, n°9 du vendredi 28 octobre 2005, p. 824.
- CA de Paris, CT0091, du 7 novembre 2006, 31 sur une Décision déferée à la Cour : n°05-D-68 rendue le 12 décembre 2005 par le Conseil de la Concurrence.
- Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 3 avril 2007, Société Telegate c. Société Orange France, n°RG 2006/11319.
- Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H., 26 juin 2007, E.D.F. c/. SIPPAREC, n°RG 2006/19689.
- CA Paris, 11 mars 2009, Bouygues Telecom, SFR, Orange, BOCCRF, n°7, du 17 juil.2009.
- CA Paris, 23 mars 2010, GEG, obs. P. ARHEL, LPA, n°160-161, août 2010, p. 11.
- Cour d'appel, Paris, 20 novembre 2013, Ma liste de course, n°12-08.813.
- CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 décembre 2013, n°12/00150.
- CA. Paris, 21 octobre 2015, 13/08861.
- CA de Douai, 28 janvier 2016, n°14/06882.
- C. A. d'Aix-en-Provence, 7 juillet 2016, n°15/20092.

C. Cour de cassation

1. Première chambre civile

- Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1983, Bull.civ. I, n°51, J.D.I. 1984, p. 123, note G. LEGIER.
- Cass. civ, 2 févr.1999, n°186, Bull. civ, I n°39, p. 26.
- Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 1999, n°97-19.262, Bull. I, n°337.
- Cour de cassation, 1^{re} ci 14 novembre 2000, Sté Copper Communications, D. 2000, IR p. 305, Bulletin 2000 I n°291 p. 188 ; 5 mars 2002, Sté Spacetel Communications, n°00-12.972.
- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 octobre 2003, 01-13.239, Inédit.
- Cass. civ., 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01-00.475, D., 2005, p. 1828.

- Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 2007 ; Rev. Lamy droit civil 2007, p.22, note C. KLEITZ ; D. 2007, n°16, pp.1074-1075, note I. GALLMEISTER.
- Cass. Civ. 1^{re}, 15 novembre 2010, no 09-11161, Bull. Civ. I, no 232.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 26 mai 2011, n°10-15.676 : Bull. I, n°531, D. 2011.1548.
- Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2015, n°14-18.970, non publié au bulletin.

2. Deuxième chambre civile

- Cass, 2^{ème} civ., 16 décembre 1970, n°69-12-617, Bull. civ. II, n°316.
- Cass. Civ., 2^e Civ., 16 décembre 2004, Bull., II, n°529, p. 452.
- Cass. Civ. 2^e, 8 avril 2010 (n°09-11168).

3. Troisième chambre civile

- Cass. Civ. 3^{ème} 30 juin 1998, n° 96-18934, non publié au bulletin.

4. Chambre commerciale

- Cass.com, 4 févr.1970, GNA, n°68-13303, bull. n° 44, p .44.
- Cass.com, 18 févr.1970, Sté Leduc c/ EDF, n°68-11986, bull. n°66, p.6 3.
- Cass.com, 24 nov.1970, Cass.com, 27 avr.1971, Total c/ Fortier, n°69-12939, bull. IV n°85, p. 79.
- Cass.com, 8 mai.1972, Gaz. Pal, 1973, p. 659.
- Cass. com., 7 novembre 1978, Bull. civ. IV n°252.
- Cass.com, 20 mai.1980, Bull.civ, IV, n°212.
- Cass. Com., 1^{er} mars 1982, n°80-15834.
- Cass. Com., 22 octobre 1985, n°83-15096, publié au bulletin.
- Cass. Com., 3 juillet 1991, n°90-40398.
- Cass. Com., 4 janvier 1994, R.J.D.A. 1994. 247, n° 297 ; R.T.D.Civ. 1994, p. 349, obs. J. MESTRE.
- Cass. com., 11 février 1997 n° 300 : RJDA 5/97 n° 610.
- Cass.com, 2 déc.1997, Ligue Nationale de football, n°95-19.753, n 95-19.814, n°95-19.820.

- Cass. Com., 24 novembre 1998, pourvoi n°94-19.890 ; 16 février 1999, pourvois nos 96-21.669 et 96-22.489 ; 8 juin 1999, Bull., IV, n°120, p. 98.
- C. cass, Ch. Comm., 18 mai 1999, 97-15.814, Inédit.
- Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549.
- Cass. com., 25 janvier 2000, n°97-19.809.
- Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549, non publié au Bulletin, D. 2001, p. 2587, note sous arr. Y. SERRA ; CCC, 2000, comm. 161, note M. MALAURIE-VIGNAL.
- Cass., com., 14 juin 2000, RJDA 2000, n°1195 ; Cass., com., 1^{er} juillet 2003, Prop. Indu. 2003, Comm., 96, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI.
- Cass. Com, 24 octobre 2000, n°98-14.382: JurisData n°2000-006362; Bull. civ. IV, n°163.
- Cass. Com. 19 nov. 2002, n°01-02-546, Bull. civ. IV, n°170.
- C. Cass., Ch. Com, 12 mai 2004, n°02-19.199, arrêt n° 777 FS-P+B.
- Cour de cassation, comm., sect., 22 février 2005, Société Sinerg c/. Electricité de France (E.D.F.), pourvoi n°04-12.618.
- Cass., com., 6 décembre 2005, pourvoi n°05-10929.
- Cass. com., 3 oct. 2006, n°04-11.741, F-D, SARL Bac Plus c/ Sté Acadomia: Juris-Data n°2006-035451.
- Cour de cassation, comm., 12 décembre 2006, société Western Télécom c/. France Télécom, n°de pourvoi 05-19610.
- Cass.com, 29 juin. 2007, n°07-10.303, 07-10.354,07-10.39.
- Cass. Com., 12 février 2008, Société La Fermière c/ Société Yoplait France, pourvoi n°06-17501.
- Cass.com, 16 févr.2010, France Télécom, Apple, n°226 FS-D.
- Cass. com., 19 janvier 2010, Semavem, n°08-19.761.
- Cass. Com. 9 novembre 2010, n°10-937.
- Cass. Com. 1^{er} décembre 2010, R., p. 471; D. 2011. Actu 423 n°09-13.
- Cass., Com. 15 novembre 2011, n° 10-25.473.
- Cass., com, 27 mai 2015, Galec c/ Ministre, n°14-11.387.
- Cass. Com., 6 octobre 2015, pourvoi n°13-27.419.
- Cass. Com., 6 octobre 2015, n°de pourvoi : 14-13.176, Inédit.
- Cass. Com. 8 décembre 2015, n°de pourvoi 14-19.598.

- C. Cass., Ch. Com, 12 avril 2016, n°13-28217, non publié au bulletin.
- Cass. com. 3 mai 2016, n°14-24905.
- C.Com. 22 novembre 2016, n°14-28224 et 14-28862.
- Cass. Com. 25 janvier 2017, n°15-23547, publié au bulletin (Galec), D. 2017, p 481, note F. BUY, RTD civ. 2017, p. 383, obs. H. BARBIER, RTD com, 2017, p. 593.

5. Chambre sociale

6. Chambre criminelle

- Cass. Crim., 10 octobre 1996, n°95-80.226, Bull. crim. n° 358.
- Cass. Crim., 20 mai 2014, n° 13-82689.
- Cass. Crim., 14 octobre 2015, n° 14-83303.

7. Assemblée plénière et chambre mixte

- Ass. plén., 30 juin 1995, n°94-20302, Bull. 1995 A.P. n° 4, p. 7
- C. Cass. Ch. Mixte, 9 juillet 2004, n°02-16302, publié au bulletin.

D. Conseil de la concurrence et Autorité de la concurrence

- Déc. 23 janv.1987, 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, Rec.8.
- Conseil de la concurrence n°91-D-51 du 19 novembre 1991, ODA (BOCC 1991.388).
- Cons. Cons., Déc. 93-325 du 13 août 1993.
- Cons. Cons., Déc. 93-335 du 21 janvier 1994.
- Déc. n°93-D-13, BOCCRF, n°11/93 confirmé par CA Paris, 25 janvier 1994, BOCCRF, 3/1994.
- Cons. Conc. Déc. n° 94-D-62 du 14 décembre 1994.
- Cons. Cons., Déc. 96-373 du 9 avril 1996.
- Cons. Cons., Déc. 96-378 du 23 juillet 1996.
- Déc. 97-D-47 du 11 juin.1997, relative à des pratiques concernant le marché de l'extension du service des urgences de l'hôpital de Hautepierre à Strasbourg.

- Décision 2000/276/CE du 22 septembre 1999 (affaire IV/M.1524 – Airtours/First Choice), pts 29-32.
- Déc. 00-D-41, du 20 sept.2000, relative à une saisine de la société Au Lys de France.
- Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2004, La documentation française, p. 201.
- Cons. Cons., Déc. n°2014-690 du 13 mars 2014.
- Déc. 04-D-44 du 15 septembre 2004, relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films.
- Déc. 04-MC-02 du 9 décembre 2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom.
- Cons. Conc., Déc. n°05-D-39, 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres, au point 33.
- Cons. Conc., déc. n°05-D-65, 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile : BOCC 29 avril 2006.
- Déc. n°05-D-66 du 5 décembre 2005, relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public.
- Déc. 07-A-01 du 1er février 2007, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane.
- Déc. 07-D-08 du 12 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de distribution du ciment Corse ; CA Paris, 26 avril 1989, Pompes funèbres générales c/Cts Leclerc.
- Déc. 07-D-10 du 28 mars 2007, relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté.
- Déc. 07-D-15 du 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France.
- Déc.07-D-30 du 5 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique.
- Déc. 07-D-33 du 15 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, pts 52-67.
- Déc. 07-D-39 du 23 novembre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres, pt 80.

- Déc. 08-D-08 du 29 avril 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques.
- ADLC n°11-D-11-D-15 du 16 novembre 2011, Sté Park and Fly c/ Aéroport de Lille.

E. Conseil d'État et tribunal des conflits

1) Conseil d'État

- CE, 3 déc.1875, Clairouin, Rec. CE 1875, p. 951.
- CE, 1^{er} févr.1901, Descroix et autres boulangers de Poitiers, Sirey, 1901, p-III.44.
- CE, 29 mars.1901, Casanova, Rec.333, GAJA, n°8, p. 52-57.
- CE, 2 févr.1906, Chambre Syndicale des propriétaires de bains, Rec.p. 371.
- CE, 3 février 1911, Anguet, Rec. 146 ; S. 1911, 3, p. 137, note HAURIOU.
- CE, 6 mars.1914, Synd. Boucherie de la ville de Châteauroux, Rec. CE 1914, p. 308.
- CE, 4 janv.1935, De Lara, Rec.p.1-8, note R. CAPITANT, concl. RIVET, D, 1936, p. 1-8.
- CE, 22 juin.1949, Sucreries d'Abscon, Rec.p.297 ; CE, 13 janv.1961, Syndicat des industriels beurriers et grossistes en produits laitiers et avicoles de la région parisienne, Rec.p. 37.
- Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, Recueil Lebon p. 111 : R.D.P. 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline.
- CE, 12 déc.1953, Syndicat national des transporteurs aériens, Rec. p. 547.
- CE, 22 mars.1961, Société Coopérative agricole de Verneuil sur Avre, Rec.p. 206
- CE ass.,19 juin.1964, Société des pétroles Shell-Berre, AJDA, 1964, p.438.
- CE, 10 févr.1967, Sté des Ets Petitjean et autres, Rec. p.63; CE, 26 janv.1968, Sté Maison Genestal, Rec. p.62, concl. BERTAND.
- Conseil d'État., Sect., 9 juin 1978, Lebon, Recueil Lebon p. 245.
- Conseil d'État, Ass., 1^{er} mars 1991, Le Cun, Recueil Lebon p. 70, AJ 1991, p. 358.
- CE, 23 juil.1993, Compagnie générale des eaux, Rec. 226, note TERNEYRE, RFDA.
- Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, M. Guy Houdmond », RFDA, 1997 p. 843. 3641.
- CE, 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, Rec. p. 406.
- CE, 3 nov.1997, Sté Yonne Funéraire, n°148698 et Sté Interarbres, n°165260, Rec.p.393

- CE, 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour de Paris, concl. J-D. COMBREXELLE, AJDA, 1998, p.362.
- Conseil d'État, 4 mai 1998, Sté de Bourse Patrice Wargny, n° 164294.
- CE, 26 mars 1999, société EDA c. / ADP, n°202260, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 30 décembre 2002, Mme de RIMONTEIL de LOMBARES, Recueil Lebon p. 490.
- Conseil d'État, rapport public 2002, Collectivités publiques et droit de la concurrence, Paris, La documentation Française, 2003, p.223-279.
- Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. Mechri, n° 262851.
- Conseil d'État, 27 juin 2005, SARL Saprodif Méditerranée FM, n° 258402.
- Conseil d'État, 15 mars 2006, M. LAURENT A., n° 276370 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. RONTCHEVSKY.
- CE. Ass, 24 mars.2006, Sté KPMG, n°288460, note G. CLAMOUR, Une autre facette de l'arrêt KPMG : l'effet utile du droit communautaire de la concurrence, RLC, 2006, n°9, p.60-61.
- CE, 19 décembre 2007, Société Campenon-Bernard et autres, n°268918, 269280 et 269293, Rec., p. 507.
- Conseil d'État, réf., 5 septembre 2008, Sté DirectAnnonces, n°319071.
- Conseil d'État, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000.
- Conseil d'État, 18 décembre 2009, Sté Canal Plus, n°310646. V. concernant les mises en demeures de la C.N.I.L.
- CE, 31 juillet 2009, Sociétés FIDUCIAL AUDIT et FIDUCIAL EXPERTISE, n° 305903, note M. BAZEX, DA, janv.2010, comm. n°1.
- CE, 28 mai 2010, Sté Enfencefnance, n°328731, note G. ECKERT, Notion d'activité économique, CMP, n°8, août 2010, comm. n°268.
- Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution, n°335336.
- CE 23 mai 2012, Régie Autonome des Transports Parisiens, n°348909.

2) Tribunal des conflits

- Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco, 1er suppl., Rec. Lebon, p. 61.
- TC, 15 juin 1950, Société Actual-Champs-Elysées, p. 665 pour un jugement avant-dire-droit ; TC, 12 février 1953, Joyau, p. 581.
- TC, 22 février 1981, Société Socanex, p. 501.

- T. conflit 30 juin 1988, Ville de Pamiers, AJDA 1989. 46 ; T. conflit 18 octobre 1999, Aéroport de Paris c/ TAT, RJDA 2/00, n°214 ; T. conflit 4 mai 2009, Stés éd. J. P ; Gisserot, n°C-3714.
- TC, 6 juin 1989, n°02578, préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris, n°02578, publié au recueil Lebon.
- TC, 15 janv.2007, Sté Alpha Flight Services c/ Aéroports de Paris, préfet de la Région Ile de France, n°3568, concl. I. Da Silva ; G. ECKERT, Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges, AJDA, 2009, p.1490.
- Tribunal des Conflits, 16/11/2015, C4035, Publié au recueil Lebon.

F. Conseil constitutionnel

- Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n°88-248 DC, préc., cons. 27 à 32.
- Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, § 15.
- Conseil constitutionnel, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-307 DC, cons. 20 J.O.R.F., 12 mars 1992, p. 3003 ; Recueil, p. 48.
- Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n°2000-433 DC, préc., cons. 56.
- Conseil constitutionnel, 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, n°2001-452 DC, cons. 10 (J.O.R.F., 12 décembre 2001, p. 19712, Rec. p. 156.
- Conseil constitutionnel, 5 avril 2006, Loi organique relative à l'élection du Président de la République, n°2006-536 DC (J.O.R.F., 6 avril 2006, p. 5199, texte n°4, Rec. p. 61), cons. 2 et 4.

G. Instances européennes

1. Commission européenne

(Anc. Commission des communautés européennes)

- Décision de la Commission du 18 juin.1969, CHRISTIANI-NIELSEN, JOCE, n°L 165 du 15 juil.1969, p. 12-14.
- Décision de la Commission du 17 juil.1968, ACEC-Berliet, JO, n°L 201 du 12 août 1968, p. 7.

- Déc. Commission, 6 nov.1968, Cobelaz-usine de synthèse, 68/374/CEE, JO, n°L 276 du 14 nov. 1968, p. 13.
- Déc. Commission, 30 juin. 1969, SEIFA, 69/216/CEE, JO, n°L 173 du 15 juil. 1969, p. 8.
- Déc. Commission, 22 décembre 1972, Cimbel, 72/474/CEE ; Déc. commission, 3 juillet 1973, Chauffe-eau et chauffe-bains, 73/232/CEE.
- Décision Commission C.E.E. 10 déc. 1982, BRITISH TELECOMMUNICATION, J.O.C.E. 1982, L. 369/36 ; Conseil de la concurrence, décision du 17 mai 1988, n°88-D-24, S.A.E.D.E. (ville de Pamiers) B.O.C.C.R.F. du 28 mai 1988, abondamment commentée et réformée par la C.A. de Paris le 30 juin 1988, B.O.C.C.R.F. du 9/07/88.
- Décision n°89. D.16 du conseil de la concurrence, Recueil Lamy n° 361, B.O.C.C., 30 mai 1989, 145, p. 11.
- Déc. Commission, 7 novembre 1990, Renault/ Volvo, IV/M.0004, JO, n° C 281 du 9 nov.1990.
- Décision de la Commission, du 19 décembre 1990, Carbonate de soude - Solvay, ICI, IV/33.133, JOCE L 152 du 15 juin 1991 p.1-15 au§ 44.
- Déc. Commission, 13 juillet 1992, Promodès/BRMC, aff. N IV/M.242, JO, n° C 232 du 10 septembre 1992.
- Déc. Commission, 22 juillet 1992, Nestlé/ Perrier, 92/553/CEE, aff. IV/M.190.
- Déc. Commission, 5 novembre 1992, Fortis c/ Caixa, IV/M.254, JO, n° C 297, du 13 nov. 1992 ; Déc. Commission, 27 août 2003, GVG/FS, aff. COMP/37.685, JO, n° L 11 du 16 janv.2004, p. 17-40.
- Décision du 28 juin 1994, décision 94-D-40, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'enseignement du ski, Rapport d'activité pour 1991, annexe 14, p. 34
- Déc. Commission, 17 mai 1995, CLT/Disney/Super RTL, IV/M.566, JOCE, n°C 144 du 10 juin 1995, p. 23.
- Déc. Commission, 24 avril 1996, Gencor/Lonrho, n° IV/M.619 ; Déc. Commission, 30 octobre 2001, Tetra Laval/Sidel c/ Commission, 2004/124/CE, COMP/M. 2416.
- Déc. Commission, 5 juin 1997, Lyonnaise des Eaux c/ Suez, IV/M. 976, JOCE, n°C 207, du 8 juil.1997, p. 12.
- Déc. Commission, 11 mars 1998, Van den Bergh foods Limited, 98/531/CE, n°IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436.
- Déc. Commission, 21 septembre 1998, Seagram c/ Polygram, IV/M.219, JOCE, n° C 309 du 9 oct. 1998, p. 8.
- Déc. Commission, 16 septembre 1998, Trans- Atlantic Conference Agreement, 1999/243/CE, JO, n° L 95 du 9 avril 1999, p. 1-112.

- Déc. Commission, 30 avril 1999, Europe Asia Trades Agreement, 1999/485/CE, JO, n° L 193 du 26 juillet 1999, p. 23-60.
- Déc. Commission, 22 septembre 1999, Airtours, First Choice c/ Commission, JOCE, n° L 93 du 13 avr.2000.
- Déc. Commission, 25 janvier 2000, Carrefour/Promodès, JO, n° C 164 du 14 juin.2000, p. 5 ; Avis 01-A-08 du 5 juin.2001, relatif à l'acquisition du groupe GTM par la société Vinci.
- Déc. Commission, 14 mars.2000, Volvo/Scania, JO L 143 du 29 mai.2001, p. 74-132.
- Déc. Commission, 6 avr.2000, Carrefour/GRUPO GS, JO, n° C 134 du 13 mai 2000, p. 15.
- Décision du 27 avril 2000 (affaire COMP/M.1812 – Telefonica/Terra/Amadeus), pt 12.
- Déc. Commission du 8 mai 2001, Glaxo Wellcome, Aseprofar et Fedifar, Spain Pharma, BAI, IV/36.997/F3, aff. IV/36.957/F3, IV/37.121/F3, IV/37.138/F3.
- Décision du 19 décembre 2001 (affaire COMP/M.2627 – Otto Versand/Sabre/Travelocity JV), pt 12.
- Décision du 21 mai 2002 (affaire COMP/M.2794 – Amadeus/GGL/JV), pt 10 ; décision du 4 juin 2007 (affaire COMP/M.4600 – TUI/FirstChoice), pt 44.
- Déc. Commission du 13 février 2003, Ascott Group/Goldman Sachs/Orville aff. M.3068
- Déc. Commission, 30 avril 2003, UK Limited/T-Mobile UK Limited (UK Network Sharing Agreement), 2003/570/CE, JO, n° L 200 du 7 août 2003, p. 59-84.
- Déc. Commission du 11 février 2004, Air France/KLM, aff. COMP/M.3280.
- Déc. Commission, 7 avril 2004, Air France/Alitalia, aff. COMP/38.284/D2.
- Déc. Commission, 7 juin 1994, Bertelsmann/news International et Vox.
- Déc. Commission, 9 novembre 2004, EDP/ENI/GDP, aff. COMP/M.3440, JO, n° L 302 du 19 novembre 2005, p. 69-78.
- Déc. Commission du 29 mai 2006, Véolia-BCP/INCM, aff. NIV/14.4206.
- Décision du 4 mai 2007 (affaire COMP/M.4601 – Karstadtquelle/MyTravel), pt 34.
- Déc. Commission du 04 juillet 2007, ACCOR/Pierre et Vacances/Newcity, JO, n° C 193 du 21 août 2002, p. 1
- Décision n°10-D-28 du 20 sept.2010, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement. Dans le même sens en droit antitrust: United States v Topco Associates, 92 S. Ct 1126 (1972) ; Ford Motor Co v. United States, 92

S.Ct 1142 (1972); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 98 S. CT 1355 (1978).

2. Tribunal de première instance

- TPICE, 27 novembre 1990, T-7/90, *Kobor c. Commission*, pt 30.
- TPI, 24 octobre 1991, *Rhône Poulenc c/Commission*, aff. T-1/89, Rec.1991, p.II-867
CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76Rec. p. 137.
- TPI, 19 mai 1994, *Air France c/ Commission*, aff.T-2/93, Rec.II-p. 323.
- TPICE, T-69/89, T-77/89 et 78/89, *Società Italiano Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and P§ Vernante Pennitalia SpA v Commission*, 10 mars 1992, Rec. 1992, p. II-1403,§ 366.
- TPI, 27 avr.1995, *Comité central d'entreprise de la société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, Rec.1995, p. II-1213, note M-A. HERMITTE chron, JDI, 1996, p.514-516 ; note D. SIMON, chron, JDI, 1996, p. 474-476.
- TPICE, 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. T-141/94, Rec.1999, p.II-00347
- TPI, 25 mars 1999, *Gencor Ltd. c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec.1999, p. II-753.
- TPICE, 15 mars 2000, T-25/95, *SA Cimenteries CBR e.a. c. Commission*, pt 487.
- TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002, p. II-2585.
- TPICE, 4 mars 2003, *FENIN c/Commission*, aff. T-319/99, pts 35-37 ; *Rapport annuel Conseil de la concurrence*, 1991, p. 27.
- TPICE, T-61/99, *Adriatica di Navigazione SpA C/ Commission*, 11 décembre 2003.
- TPICE, 29 avril 2004, *Tokai Carbon Co. Ltd et autres c/ Commission*, aff.jtes T-236/01, T-329/01, T-244/01 à T-246/01, T- 251/01 et T-252/01.
- TPICE, 5 juillet 2005, *Luigi Marcuccio c/ Commission*, aff. T-9/04, Rec. fonction publique 2005, p. I-A-195 ; p. II-881, pt 57.
- TPICE 4 juillet 2006, *Easy Jet c/ Commission*, aff. T-177/04, Rec. 2006, p. II-1931.
- TPICE 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a./Commission*, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, pts 172 et 175, Rec. 2006, p. II-5169.
- TPICE, 9 septembre. 2008, *MyTravel / Commission*, T-212/03, pt 135-139.
- TPICE, 19 juin 2009, *Qualcomm wireless c/ Commission*, aff. T-48/04.
- TPICE T-375/06 du 24 mars 2011 dans l'affaire de l'entente des producteurs de raccords en cuivre.

- Trib. UE, 15 déc. 2011, CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commission européenne, aff. T- 437/08.
- Trib. UE, 16 juin 2011, t-199/08, ZIEGLER SA c. Commission, pt 86.
- Trib., 20 octobre 2016, République Tchèque c./ Commission, aff. T-141/15, § 72 : « T-358/11, EU:T:2015:394, point 123.

3. Cour de justice de l'Union européenne

a) CJCE

- CJCE, 30 avril 1962, Bösch, aff. 13/61, Rec. p. 89.
- CJCE 13 juil.1962, Mannesmann AG/ Haute Autorité de la CECA, aff. C-19/61, Rec.1962, p.675, pt 1.
- CJCE 13 juil.1962, Klöckner et Hoesch c/ Haute Autorité de la CECA, aff.jtes, 17/61, 20/61 Rec.1962, p.615.
- CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.
- CJCE, n° C-6/64, Arrêt de la Cour, Flaminio Costa contre E.N.E.L, 15 juillet 1964.
- CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.
- CJCE, 30 juin 1966, Vaassen Gobbels, aff. 61/65.
- CJCE, 30 juin 1966, 56/65, Société Technique minière (LTM), Rec. 1966, p. 360.
- CJCE 13 juil. 1966, Consten c/ Grundig, aff. 56 et 58/64, Rec. 1966 p. 429, note L. FOCSANEANU, RMC, 1966, p. 862-870 ; note F-C. JEANTET, JCP G, 1966, I, 2029 ; note, G. LE TALLEC, RTDE, 1966, p. 611-622.
- CJCE, 3 avril 1968, Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn, aff. 28-67, ECLI :EU :C :1968 :17, p. 228CJCE, 4 avril 1968, Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau, aff. 34-67, ECLI :EU :C :1968 :24, p. 370.
- CJCE, 12 mai 1998, Commission c/. Conseil, aff. C-170/96, Rec. 1998, p. I-2763.
- CJCE, 19 décembre 1968, Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne, aff. 13-68, ECLI :EU :C :1968 :54, p. 675.
- CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhem c/ Budenskartellamt, aff.14/68, Rec. 1969, p. 1, note F.-C. JEANTET, JDI, 1970, p. 447-455.
- CJCE, 18 février 1970, Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe contre Firma Paul G. Bollmann, aff. 40/69, Rec. 1970 p. 69374.

- CJCE, 17 décembre 1970, Otto Scheer c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 30/70, préc. note 195.
- C.J.C.E., 11 février 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH contre Hauptzollamt HamburgSt. Annen., aff. 39/70 (Recueil, p. 49). G. Isaac, M. Blanquet, Droit général de l'Union européenne, préc., spéc. p. 316.
- CJCE, 31 mars 1971, Commission c/Conseil, aff. 22/70, Rec. p. 263.
- CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, Commission c/ Conseil, Rec. CJCE, p. 263.
- CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten aff. jtes 51 à 54/71, Rec. 1971, p. 1107; CONSTANTINESCO, Journal du droit international, 1973, p. 523- 527.
- CJCE, 1^{er} février 1972, Hagen OGH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel., aff. 49/ 71, Rec. 1972 p. 23375
- CJCE, 6 juin 1972, Schluter □ Maack c. Hautptzollamt Hamburg-Jonas, aff. 94/71, Rec. p. 307.
- CJCE, 14 juillet 1972 : Imperial Chemical industries c/ Commission des C.E. (affaire 48/69).
- CJCE, 7 février 1973, Commission des Communautés européennes contre République italienne primes à l'abattage de vaches et à la non-commercialisation du lait, aff. 39/72, Rec. 1973 p. 101, pt. 20.
- CJCE, 21 février 1973, Continental Can, aff.6/72.
- CJCE, 30 janvier 1974, BRT c/SABAM, aff. 127/73, Rec. 1974 p. 51.
- CJCE, 12 février 1974. - Rheinmühlen-Düsseldorf contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. - Demande de décision préjudicielle : Hessisches Finanzgericht - Allemagne. - Différence-théorie. - Affaire 146-73.
- CJCE 6 mars 1974, Commercial Solvents/ Commission, aff. 6/73.
- CJCE, 11 juil.1974, Dassonville, aff. C-8/74, Rec.1974, p.837, pt.28.
- CJCE 16 décembre 1975, Suiker Unie UA et autres/Commission, aff. jtes, 40 à 48, 50,54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec.1975, p.1963 février 1979, Hoffmann La-Roche, aff.85/76, Rec. p. 1139, pt 28.
- CJCE 26 novembre 1975, Groupement des fabricants de papier peints de Belgique, aff. 73/74.
- CJCE, 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland, aff. 33-76, ECLI :EU :C :1976 :188, p. 5 et Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen, aff. 45-76, ECLI :EU :C :1976 :191, p. 13.

- CJCE, 16 novembre 1977, SA G.B.-INNO-B.M. contre Association des détaillants en tabac (ATAB), aff. 13-77, Rec. 1977, p. 2115 ; FOCSANEANU (L.), Revue du Marché Commun, 1986, p.281-293.
- CJCE, 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, ECLI : EU : C/1977 :167.
- CJCE, 16 nov.1977, Inno/ATAB, aff.C-13/77, Rec.1977, p.2115.
- CJCE, 24 janv. 1978, Van Tiggele, aff. C-82/77, Rec. p. 25.
- CJCE, 14 février 1978, United Brands, aff.27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 65.
- CJCE 9 mars 1978, Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal, n° 106/77, considérant principal.
- CJCE, 13 février 1979, Granaria BV contre Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, aff. 101/78, Rec. 1979 p. 623.
- CJCE,13 février 1979, Hoffman-La Roche, aff. 85/76 ; CJCE, 13 mai 1971, NV International Fruit Company, aff. 40 à 44/70.
- CJCE, 13 CJCE, 31 mai 1979, Hugin/ Commision, aff. 22/78.
- CJCE, 4 octobre 1979, France c/ Royaume-Uni, aff. 141/78, Rec. p. 2923.
- CJCE, 27 mars 1980, Sucrimex SA et Westzucker GmbH contre Commission des Communautés européennes, aff. 133/79, Rec. 1980 p. 1299, pt. 16.
- CJCE, 27 mars 1980, Denkvit Italiana, aff. C-611/79, Rec., p. 1205 ; CJCE, 9 novembre 1983, San Giorgio, aff. C-199/82, Rec. p. 3595.
- CJCE, 6 mai 1980, Royaume de Belgique contre Commission, aff. 102/79, Rec. p. 1473, point 10.
- CJCE, 12 juin 1980, Lippische Hauptgenossenschaft, aff. 126/79, Rec. p. 1863, pt. 7
- CJCE, 10 juill. 1980, 99/79, Lancôme, pt 24.
- CJCE, 10 juillet 1980, 30/78, Distillers c. Commission, pt 26.
- CJCE, 11 décembre 1980, NV L'Oréal c/ De Nieuwe AMCK, aff. 31/80, Rec. 1980, p. 3775, pt 26.
- C.J.C.E., 7 juillet 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen contre Hauptzollamt Kiel, aff. 158/80 (Recueil 1981, p. 1805). S. Guinchard, et alii, Procédure civile, préc., spéc. pp. 621 suiv.
- CJCE, 23 mars 1982, 102/81, Nordsee.
- CJCE, 6 mai 1982, Baywa, aff. jtes. 146/81, 192 et 193/81, Rec. p. 1503 378 ibid., point 21.
- CJCE, 21 septembre 1983, Deutsche Milchkontor GmbH e.a. c. R.F.A., aff. jtes, 205 à 215/82, Rec. p. 2633, point 17.

- CJCE, 9 novembre 1983, Michelin/Commission, aff. 322/81.
- CJCE, 29 nov. 1983, Roussel, aff. C-181/82, Rec. p. 3849.
- CJCE, 7 févr.1984, Duphar, aff. C- 238/82, Rec. p. 523.
- CJCE, 29 janvier 1985, Cullet c/ Leclerc, aff. C-231/83, Rec.1985, p. 203.juillet 1985, 42/84, Remia, pt 17.
- CJCE, 9 juillet 1985, Piercarlo Bozzetti c. Invernizzi SpA et ministère du Trésor, aff. 179/84, ECLI:EU:C:1985:306, point 17.
- CJCE, 11 juillet 1985, 42/84, Remia, pt 17.
- CJCE, Miro, 26 novembre 1985, aff. 182/84, Rec., p. 3731.
- CJCE, 30 avril 1986, Ministère public contre Lucas Asjes et autres, Andrew GRAY et autres, Andrew GRAY et autres, Jacques MAILLOT et autres et Léo LUDWIG et autres, aff. jtes 209 à 213/84, Rec. 1986 p. 1425.
- CJCE, 11 novembre 1986, British Leyland c/ Commission, aff.226/84, Rec. 1986, p. 3263.
- CJCE, 27 janv.1987, Verband der Sacversicher e.v c/ Commission, aff. 45/87, Rec. 1987, p. 405.
- C.J.C.E., 12 mars 1987, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, aff. 178/84 (Recueil, p. 1227), point 46.
- CJCE, 16 juin.1987, Commission des Communautés Européennes c/ République Italienne, aff.118/85, Rec. 1987, p.2599, pt.7.
- CJCE, 21 sept.1988, Van Eycke, aff.C-267/86, Rec. p. 4769, pt.16.
- CJCE, 23 avr.1991, Höfner et Elser, aff.C-41/90, Rec.1991, p.I-1979.
- CJCE, 19 juin.1991, Francovitch c/ République italienne, aff.C-6/90, Rec p. I-2357
- CJC C.J.C.E., 13 décembre 1991, Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA., aff. C-18/88, points 34-36 (Recueil, p. I-594) E, 23 novembre 1991, Rec.I, p. 1979 ; R.J.S 1991, p. 474.
- CJCE, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Avis 1/91, Rec. 1991, p. I-6079, points 40 et 70 de l'avis 1/91.
- CJCE, 10 avril 1992, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Avis 1/92, Rec. 1992, p. I-2821, spécialement point 32.
- CJCE ord., 19 mars 1993, Banchemo, aff. C-157/92, Rec. I-1085, point 7 ; CJCE ord., 26 avril 1993, Monin automobiles, aff. C-386/92, Rec. I-2048, point 9.

- CJCE, 19 mai.1993, Procédure pénale c/ Corbeau, aff.C-320/91, Rec.1993, p.I-2533
- CJCE, 17 nov.1993, Reiff, aff.C-185/91, Rec.p.I-5801, pt.14.
- CJCE, 27 avr.1994, Gemeente Almelo e.a. / Energiebedrijf IJsselmij, aff.C-393/92, Rec.1994, p.I-1477, note F. Hamon, AJDA, 1993, p.865.
- CJCE, 9 juin 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, aff.C- 153/93, Rec.p.I-2517, pt.14.
- CJCE, 14 juillet 1994, Milchwerte Koln/Wuppertal eG, aff. C-352/92, Rec. p. 3385, pt 24.
- CJCE, 15 septembre 1994, Kydep, aff. C-146/91, Rec. 1994 p. 4199.
- CJCE, 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), aff. C-244/94, Rec.I – 4013, point 21.
- CJCE, 12 déc.1995, Dijkstra e.a, aff. C-319/93, Rec, p. I-4471.
- CJCE, 14 décembre 1995, Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contre Stichting, aff.C-430/93 et C-431/93, Rec. 1995 p.4705.
- CJCE, 14 décembre 1995 (C-430/93 et C-431/93), Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contre Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.
- CJCE, 14 déc.1995, Van Schijndel et van Veen, aff. C-430/93 et C-431/93, Rec p. I-4705, pt.17.
- CJCE, 5 mars.1996, Brasserie du pêcheur SA c/ République Fédérale d'Allemagne, Rec p. I-1029.
- CJCE ord., 30 juin 1997, Banco de Fomento e Exterior aff. C-66/97, Rec. I-3757, point 19.
- CJCE, 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96.
- CJCE, 9 février 1999, Dillexport Srl c. Amministrazione delle finanze dello Stato, aff. C-343/96, Rec. p. 579, pt. 25.
- CJCE, 1^{er} juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV, aff. C-126/97, Rec. 1999 p.3055.
- CJCE, aff. Jtes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge e.a./Commission, Rec., 2000, I, p. 1365 et s.
- CJCE, 26 septembre 2000, Kofisa Italia, C-1/99 ou de J. Mischo sur CJCE, 28 janvier 2003, Flughafen Hannover-Langenhagen, C-363/01.
- CJCE, 28 novembre 2000, Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais, aff. C-88-99, Rec., p. I-10465.

- CJCE, 14 décembre 2000, Masterfoods Ltd contre HB Ice Cream Ltd, aff. C-344/98, Rec. 2000 p.I-11369.
- CJCE, 20 septembre 2001, Courage c/ Crehan, aff. C-453/99, CJCE, 13 juill. 2006, Manfredi, aff. C-95 à 298/04.
- CJCE, 29 septembre 2001, Courage, aff. C-453/99 ; CJCE, 13 juillet 2006, Manfredi, aff. C-295 à 298/04.
- CJCE, 25 oct.2001, Ambulanz Glöckner, aff. C-475/99, Rec.2001, p. I-8089, note L. IDOT, Europe, déc. 2001, comm. n° 372, p. 21-23.
- CJCE ord., 22 novembre 2001, DAFSE, aff. C-223/00, non publiée, point 11.
- C.J.C.E., 27 novembre 2001, Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche, aff. C-424/99 (Recueil 2001, p. I-09285).
- C.J.C.E., Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, mai 1995, p. 9, comme références citées par l'avocat général Francis Jacobs, dans l'arrêt Unión de Pequeños Agricultores c/. Conseil, C-50/00 P, EU :C :2002 :462.
- CJCE, 18 avril 2002, Accord portant création d'un espace aérien commun européen, Avis 1/00, Rec. 2002, p. I- 3493, spécialement points 21, 23 et 26.
- CJCE, 30 mai 2002, aff. C.516-99, Schmid, REC.I, p. 4573, n°149, 184.
- CJCE, 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil, aff. C-50/00 P, Rec. 2002, p. I 6677, spécialement point 40.
- CJCE ord., 8 octobre 2002, Viacom, aff. C-190/02, Rec. I-8287, point 26.
- C.J.C.E., 22 mai 2003, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre TelekomControl-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197), point 35. V. Europe, 1er juillet 2003, n° 7, pp. 8-9, note D. Simon.
- CJCE, 24 juil.2003, Altmark Trans GmbH, aff.C-280/00, Rec.p.I-7747. Pour une illustration récente de réinterprétation du concept de service public par le juge européen
- CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, Rec. 2003, p. I-7091, concl. P. LEGER.
- CJCE, 9 déc.2003, Commission/Italie, aff. C-129/00, Rec p. I-14637, pt 25
- CJCE, 7 janv.2004, Aalborg Portland c/ Commission, aff.jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec, 2004 p.I-00123.
- CJCE, 31 mai 2005, aff. C-53/03, Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a. c/ GlaxoSmithKline plc.
- CJCE, 30 mai 2006, Commission c/ Irlande, aff. C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635, point 169.
- CJCE, 13 juin.2006, Traghetti del Mediterraneo, aff. C-173/03, Rec.2006, p. I-5177

- CJCE, 13 juillet 2006 (demandes de décision préjudicielle du Giudice di pace di Bitonto - Italie) - Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito / Fondiaria Sai SpA (C-296/04) et Nicolò Tricarico (C-297/04), Pasqualina Murgolo (C-298/04)/ Assitalia SpA.
- CJCE, 15 avr.2008, Impact, aff. C-268/06, Rec p. I 2483, pts 44 à 46.
- CJCE, 23 avr.2009, TNT Post UK Ltd, aff.C- 357/07, obs. G. GUGLIELMI, G. KOUBI, La notion de service public en droit européen, AJDA, 2009, p.1783.
- CJCE, 4 juin.2009, T- Mobile Netherlands BV, aff. C-8/08, Rec.2009, p.I-4529, concl. J. KOKOTT, présentées le 19 févr.2009.
- CJCE, 11 juin 2009, C-429/07, Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV, point 30.
- CJCE, 6 oct.2009, SPÖ Landesorganisation Kärnten, aff. C-267/08, Rec.2009, p. I-23.
- CJCE, 8 juin 2010, Vodafone e. a., C-58/08, Rec. P. I-4999.

b) CJUE

- CJUE, Cour, 5 mars 1986, Wünsche, C-69/85. Numéro(s) : C-69/85.
- CJUE, 19 octobre 1995, Job Centre, aff. C-111/94, Rec ? p. 1-1361, point 9.
- CJUE, 17 septembre 1997, Dorsch Consult, aff. C-54/96, Rec ; p. 1-4961, point 23.
- CJUE 21 mars 2000, Gabalfrisa e.a., aff. C-110/98 à C-147/98, Rec. P. 1-1577, point 33.
- CJUE, du 11 janvier 2000. - Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland. - Demande de décision préjudicielle : Verwaltungsgericht Hannover - Allemagne. - Égalité de traitement entre hommes et femmes - Limitation de l'accès des femmes aux emplois militaires de la Bundeswehr. - Affaire C-285/98.
- CJUE, 15 janvier 2002, Lutz GmbH, e.a., Rec, p. 1-1577, point 33.
- CJUE 30 mai 2002, Schmid, aff. C-516-99, Rec, p. 1-4573, point 34.
- CJUE, 31 mai 2005 Syfait e.a. a. aff. C-53/03, Rec. P.1-4609, point 29.
- CJUE, 1^{er} juin 2007, Häußel, aff. C-264/05, Rec. P. 1-4673, point 6.
- CJUE, 14 juin 2011, Pfeleiderer c/ Bundeskartellamt, aff. C-360/09.
- CJUE, 22 décembre 2010, Robert Koller, aff. C-118/09, Rec. p. 1-, point 22.
- C.J.U.E., 8 décembre 2011, KME Germany AG c. Commission européenne, aff. C-272/09 P.
- C.J.U.E., 8 décembre 2011, Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commission européenne, aff. C-386/10 P.

- CJUE, 14 juin 2011, Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt, JOUE 2011 I-05161, § 3.
- CJUE 6 novembre 2012, C-199/11, Europese Gemeeshap c. Otis e.a., pt 59.
- CJUE, 10 mai 2013, Jeremy. F contre Premier ministre, C-168/13.
- CJUE, 6 juin 2013, C-536/11 Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e.a.
- CJUE, ord., 13 février 2014, Merck Canada c / Accord Heatecare Ltd., C-555/13.
- CJUE, 5 juin 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, aff. C-146/14 PPU, ECLI :EU :C : 2014 : 1320.
- CJUE, 17 juillet 2014, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, aff. C-169/14, ECLI :EU :C :2014 :2099
- CJUE, 16 avril 2015, aff. C-388/13.
- CJUE, 21 mai 2015, Cartel Damage Claims, aff. C-352/13.
- CJUE, 2 mai 2019, aff. C-694/17.

4. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 21 février 1975, Golder, série A, n°18, p. 17-18.
- CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c. Pays-Bas, affaire numéro 5100/71.
- CEDH, 9 octobre 1979, Airey, série A, n° 32.
- CEDH, 21 février 1984, Öztürk c/ Allemagne rendu en assemblée plénière, n°8544/79, Série A n°73.
- C.E.D.H., 30 mai 1991, Société STENUIT c. France, n° 11598/85.
- CEDH, 27 octobre 1993, Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, n° 14448/88.
- C.E.D.H., 26 septembre 1995, Diennet c. France, n° 18160/91, § 34 : JCP G 1995, I, 3910, n° 25, note F. Sudre.
- CEDH, Cour (Chambre), 18 mars 1997, n°21497/93, Recueil 1997-II, pt. 31.
- CEDH, Chapmann c. Royaume-Uni, 18 janvier 2001, D. 2002. 2758, note Fiorina ; RTD civ. 2001, 448, obs. MARGUÉNAUD.
- C.E.D.H., 2^e sect., 27 août 2002, Didier c. France, n° 58188/00 (La Semaine Juridique Édition Générale n° 46, 12 novembre 2003, II 10177, note G. Gonzalez).
- CEDH (déc.), 3 juin 2004, Neste et autres, n°69042/01.
- C.E.D.H., 27 juillet 2006, Gubler c. France, n° 69742/01, § 26 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 janvier 2007, I 106, n° 7, note F. Sudre.

- C.E.D.H., 24 septembre 2009, Méri­gaud c. France, n° 32976/04, § 69. V. J. Pralus-Dupuy

INDEX THEMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

abus

- de dépendance économique, 125, 301, 332
- de position dominante, 371, 385, 450, 520

Acte administratif, 262, 528

Activité, 422, 428

Amicus curiae, 461

Analyse économique, 61, 123, 182, 336

Arbitrage, 15, 444

Argumentation, 585

Argumentation économique, 621

Autorisation, 40, 62, 421, 520

Autorité administrative indépendante,
520, 538

Autorité de concurrence, 476, 515, 531

Autorité nationale de la concurrence,
500

Autorité de régulation, 242, 620

B

Barrières, 97, 409, 413

Bonne foi, 147, 333, 664

C

Chicago, 104, 627

Clause de non-concurrence, 293

Commission, 293

Concentration, 4, 20, 55, 350, 371

Concurrence, 26

Concurrence déloyale, 361, 386, 542

Conflits, 192, 428

Confusion, 293

Conseil d'État, 236, 432, 520, 563

Conseil de la concurrence, 44, 130, 509

Consommateur, 149, 195, 301, 334

Constitution, 272, 384, 489, 493

Contentieux, 71, 82, 116

Contrat, 578

Contrôle, 218

- de légalité, 230

- contrôle de proportionnalité, 254

Coopération, 59, 277, 359

Cour de cassation, 432, 479, 614, 646

D

Débauchage, 293, 306

Décentralisation, 58, 122

Décision administrative, 642

Dénigrement, 293

Déontologie, 36, 285

Dépendance économique, 74, 126

Déséquilibre significatif, 306, 725

Désorganisation, 293

Distribution, 334

Doctrines, 79, 294

Droit de la concurrence, 152, 450, 510,
531

Droit de la consommation, 125, 190, 303

Droit des contrats, 334

Droit pénal, 148, 479

Droit privé, 156, 510

Droit public, 208, 238, 437

E

Ecole de Chicago, 139, 628

Ecole de Harvard, 139

Effet utile, 64, 454

Efficacité, 482, 498, 633

Efficience, 172, 184

Elasticité, 595

Entente, 87

Expertise, 610

F

Fonction contentieuse, 33

Fondements, 67, 107

G

H

I

Indépendance, 240

Injonction, 45, 73, 341

Innovation, 32, 326

Institutions administratives, 94

Intérêt général, 254, 432, 514

Interprétation, 529, 566, 856

J

Juge de la concurrence, 32

Justice, 562

K

L

Libéralisme, 39

M

N

O

Ordre juridique, 56, 96, 385

P

Per se, 46, 295, 324

Politique industrielle, 40, 59, 62

Préjudice, 74, 116, 149, 168

Présomption, 392, 423

Preuve, 94, 174, 277

Private enforcement, 132, 227, 437

Progrès économique, 230, 538

Protection, 442, 515, 648, 682

Public enforcement, 109, 136, 437

Q

Qualification, 10, 77, 95

R

Raisonnement économique, 583

Recours, 270, 321, 341, 564

Règles de concurrence, 39, 54, 328

Règles de raison, 352

Réparation, 116, 178, 452

Responsabilité, 36, 116, 147, 165

Restriction de concurrence, 334

S

Saisine, 85, 354

Sanction administrative, 261

Sanction pécuniaire, 263, 480 484, 493

Secteur, 102, 238, 393

Sécurité juridique, 231, 310, 388, 572

Séparation des pouvoirs, 101, 525, 463

Substituabilité, 595, 603

T

Théorie économique, 616

Transparence, 46, 243, 326

Tribunal, 360, 429, 677

U

Union, 678

V

Vice de consentement, 340

Violence économique, 340

W

X

Y

Z

Table des matières

SOMMAIRE	1
INTRODUCTION.....	8
I. LE JUGE, SINGULARTÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE	15
II. LE JUGE NATIONAL, RESSOURCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	19
PARTIE I. LE RÔLE DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE.....	26
TITRE I. L'ADMISSION DU RÔLE DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE	29
.....	
Chapitre 1. L'orientation institutionnelle du droit de la concurrence	31
Section 1. Les fondements institutionnels en droit de la concurrence, obstacle à la reconnaissance du juge	32
Paragraphe 1. Les sources institutionnelles du droit de la concurrence.....	32
A. La genèse du droit de la concurrence	33
B. L'émergence de la politique de concurrence	35
1. La prise de pouvoir des autorités de concurrence.....	36
2. L'influence de l'action des autorités sur la concurrence	38
Paragraphe 2. Les conséquences juridictionnelles en droit de la concurrence	42
A. La protection du marché comme justification de la politique de concurrence.....	42
1. L'influence du marché sur la politique de concurrence	43
2. L'incidence du marché sur le droit de la concurrence	44
B. La réorientation de la politique de concurrence justifie l'accroissement des compétences du juge	46
1. La mise en adéquation du rôle du juge dans la politique de concurrence	46
2. La réticence de céder au juge un rôle dans la politique industrielle.....	48
Section 2. Les fondements juridictionnels en droit de la concurrence, obstacle à la reconnaissance de l'autorité comme juge	52
Paragraphe 1. L'application potentielle de la notion de juge par l'autorité.....	52

A. La délicate définition des fonctions juridictionnelles de la Commission et de l'ADLC.....	52
1. La reconnaissance juridique de la Commission et de l'ADLC	53
2. La qualification délicate de l'Autorité de la Concurrence.....	56
B. La délicate appréciation des fonctions juridictionnelles de la Commission et de l'ADLC.....	58
1. L'intégration juridique des autorités de concurrence	59
a. La création d'un corps juridique différent.....	59
b. L'existence des pouvoirs juridictionnels	61
2. L'appréciation juridique des autorités de concurrence.....	64
Paragraphe 2. L'exclusion de principe de la notion de juge pour l'autorité	67
A. L'application potentielle de la notion de régulation pour l'autorité.....	67
1. L'intégration du droit de la concurrence des autorités de régulation	68
a. La multiplication des autorités de régulation	68
b. L'intégration des autorités sectorielles en droit concurrentiel	69
2. L'application du droit de la concurrence des autorités de régulation.....	70
B. L'intégration du droit de la concurrence par les juges nationaux.....	73
1. L'application duale du droit de la concurrence par le juge	73
2. L'appréciation duale du juge en droit de la concurrence.....	74
Conclusion du Chapitre 1	77
Chapitre 2. La réorientation juridictionnelle du droit de la concurrence	79
Section 1. L'évolution du droit des pratiques anticoncurrentielles vers l'action privée	80
Paragraphe 1. L'intérêt du <i>private enforcement</i> pour l'application des pratiques anticoncurrentielles	80
A. La place de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles	81
1. La reconnaissance de l'action privée.....	82
2. L'évolution de la jurisprudence sur l'action privée.....	86
B. L'impact de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles.....	88

1. Le renouveau de la question du private enforcement	89
2. Le développement du private enforcement.....	91
Paragraphe 2. L’alignement private et public enforcement pour l’application des pratiques anticoncurrentielles	93
A. La redistribution des rôles entre <i>private</i> et <i>public enforcement</i>	94
1. La réception récente de la défense du consommateur	94
2. L’ouverture à la défense du consommateur.....	96
B. Les changements éventuels des rôles respectifs entre private et public enforcement	98
1. La redéfinition des fonctions du public enforcement	98
2. L’indépendance du private enforcement par rapport au public enforcement.....	103
Section 2. La réalisation du droit privé des pratiques anticoncurrentielles par l’action du juge judiciaire	105
Paragraphe 1. La protection relative de l’intérêt des victimes privées en droit des pratiques anticoncurrentielles	106
A. Le monopole des juges en matière de dommages et intérêts pour les victimes privées	106
1. La faiblesse de l’action privée en droit de la concurrence.....	106
a. L’action privée aux États-Unis.....	106
b. L’action privée en France	107
2. L’accès effectif au juge national pour mettre en œuvre l’action privée	108
B. L’appréciation du juge en matière de dommages et intérêts pour les victimes privées.....	111
1. Les prémices du recours collectif	111
2. L’adaptation du recours collectif à l’action privé.....	114
Paragraphe 2. La protection marginale de l’intérêt des victimes privées en droit des pratiques anticoncurrentielles	118
A. La difficulté d’agir pour les victimes privées des pratiques anticoncurrentielles devant le juge	118

1. L'action privée portée devant le juge national	119
2. L'action privée limitée aux juridictions répressives.....	123
B. La possibilité d'agir des victimes privées de mettre en œuvre un recours collectif devant le juge	126
1. Le recours collectif, alternative pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles	126
2. L'adaptation des juridictions à l'application des actions privées	127
Conclusion du Chapitre 2	129
Conclusion du Titre I	131
TITRE II. L’AFFIRMATION D’UN RÔLE JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE	133
Chapitre 1. Le contrôle juridictionnel complémentaire des pratiques anticoncurrentielles ...	135
Section 1. Le recours juridictionnel des décisions de la Commission et de l'Autorité de la concurrence.....	136
Paragraphe 1. L'organisation du contrôle juridictionnel	136
A. Le contrôle juridictionnel des autorités de régulation	137
B. Le contrôle concurrent de la Cour européenne des droits de l'homme	140
Paragraphe 2. Le particularisme du contrôle juridictionnel.....	141
A. Le contrôle exclusif de la Cour de justice des décisions de la Commission	142
B. Le contrôle par les juges nationaux des décisions de l'Autorité de la Concurrence	144
Section 2. Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités sectorielles	147
Paragraphe 1. La prise en compte des particularismes juridictionnels	148
A. La mise en adéquation avec le modèle européen du recours.....	148
B. La mise à l'écart de la spécialisation juridictionnelle.....	150
Paragraphe 2. Le rapprochement des ordres juridictionnels	154
A. Le fondement du droit au recours.....	154
B. Le recours de pleine juridiction	160

1. La construction d'un contrôle de plein contentieux	161
2. L'évolution du modèle de contrôle.....	165
Conclusion du Chapitre 1	171
Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel cumulatif des pratiques anticoncurrentielles	173
Section 1. La sanction classique des comportements déloyaux	174
Paragraphe 1. L'action du juge en concurrence déloyale comme moyen supplétif du droit de la concurrence	174
A. L'introduction de la notion de concurrence déloyale.....	174
B. L'implication des pratiques constitutives de concurrence déloyale	180
Paragraphe 2. L'action du juge en droit de la concurrence déloyale comme moyen alternatif du droit de la concurrence	184
A. L'encadrement différencié de la concurrence déloyale.....	184
1. L'action concomitante du droit de la concurrence déloyale.....	185
B. L'encadrement inadapté de la concurrence déloyale.....	191
Section 2. L'action restreinte en matière de pratiques restrictives	196
Paragraphe 1. La justification du recours au droit des pratiques restrictives.....	196
A. L'élaboration du droit des pratiques restrictives	196
1. La notion de pratiques restrictives de concurrence	196
2. L'objet de la fonction des pratiques restrictives	199
B. La détermination des fonctions des pratiques restrictives	203
1. Une fonction subsidiaire des pratiques anticoncurrentielles	203
2. Une fonction limitée pour l'intérêt des parties	205
B. L'opportunité d'un recours collectif en droit des pratiques restrictives.....	208
Conclusion du chapitre 2.....	215
Conclusion du Titre II.....	217
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	219
PARTIE II. LES POUVOIRS DU JUGE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	221

TITRE I. LA MATÉRIALISATION DU POUVOIR DU JUGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE	223
Chapitre 1. La compétence centralisée des juges européens au sein de l'Union	225
Section 1. La centralisation des compétences au sein de l'Union	225
Paragraphe 1. La mise en œuvre des domaines de compétence	226
A. Le domaine exclusif du droit européen de la concurrence	226
1. La prise en compte de la compétence unique du juge européen de la concurrence	226
a. L'étendue de la compétence textuelle de l'Union européenne	226
b. Le monopole d'attribution en cas de compétence exclusive du droit de l'Union	228
2. L'étendue de la compétence matérielle de l'Union européenne.....	231
B. Le domaine étendu au droit international de la concurrence.....	236
1. Les sources internationales des principes du droit de la concurrence	236
2. L'influence internationale des principes du droit de la concurrence.....	238
a. L'incidence du modèle organisationnel de l'OMC	238
b. L'incidence des travaux de l'OMC sur le droit de la concurrence	242
Paragraphe 2. Les conditions de mise en œuvre des domaines de compétence.....	245
A. La dynamique d'attribution des compétences	246
1. La justification positive de la décentralisation des compétences	246
a. La justification de la compétence des juridictions nationales	246
b. La nécessaire attribution des juridictions nationales.....	249
2. L'incidence négative de la décentralisation.....	251
B. La dynamique de répartition des compétences	255
1. Les règles effectives de détermination	255
2. La répartition des compétences depuis le règlement n°1/2003	257
a. La répartition des compétences entre les juridictions européennes et les juridictions internes.....	257

b. La répartition des compétences entre les juridictions internes	259
Section 2. L'appréciation des compétences au sein de l'Union	260
Paragraphe 1. Les motivations de l'unification des règles de concurrence	261
A. Le respect de l'orientation idéologique de la politique de concurrence	261
1. Le droit de la concurrence et la vision du marché	261
2. La protection des intérêts du marché au détriment des acteurs économiques	263
B. La consolidation de l'édifice prétorien	264
1. Une culture de la concurrence	265
2. Une véritable politique de concurrence	266
Paragraphe 2. Les instruments d'intégration des règles de concurrence	267
A. La technique de l'intervention d'office	267
B. La procédure d' <i>amicus curiae</i>	269
Conclusion du Chapitre 1	270
Chapitre 2. La compétence étendue aux juges nationaux en droit de la concurrence	272
Section 1. La dépendance du juge judiciaire	272
Paragraphe 1 L'autonomie de l'interprétation des juges nationaux	273
A. L'interprétation du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires	273
B. L'interprétation devant le juge pénal	275
1. La sanction pénale d'une atteinte à la concurrence	275
2. Une efficacité remise en question	278
Paragraphe 2. La limitation de l'autonomie procédurale	280
A. Le principe d'autonomie procédurale	280
1. L'organisation de l'autonomie procédurale	281
2. La cohérence recherchée par l'Union	282
B. L'encadrement partiel de la compétence du juge national	283
1. La procédure du renvoi préjudiciel	284
2. Les principes d'efficacité et d'équivalence	286

a. Les juridictions nationales soumises au principe d'efficacité et d'équivalence	286
b. L'indépendance des juridictions nationales malmenée.....	287
Section 2. L'émancipation du juge administratif.....	290
Paragraphe 1. Le juge administratif, l'exorbitance de la puissance publique en droit de la concurrence	290
A. L'interprétation du droit de la concurrence par les juridictions administratives....	290
B. La justification de l'intérêt général.....	292
1. La qualité d'acteur économique des personnes publiques.....	293
2. Un monopole d'interprétation du droit de la concurrence en droit public	294
a. La conciliation entre prérogatives de puissance publique et activité économique	294
b. La répartition des compétences avec les juges administratifs	295
Paragraphe 2. Le Conseil d'État, réconciliateur de l'exorbitance et des règles du marché	302
A. L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative...	302
B. Un nouveau contenu à la concurrence opposable aux personnes publiques	304
Conclusion du Chapitre 2	305
Conclusion du Titre I	306
TITRE II. LA VALORISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL EN DROIT DE LA CONCURRENCE.....	308
Chapitre 1. La légitimation du pouvoir du juge dans le jugement concurrentiel	311
Section 1. L'élaboration du jugement au regard du raisonnement concurrentiel dans la jurisprudence	312
Paragraphe 1. Les conditions du jugement de l'interprète en droit de la concurrence ...	312
A. L'intégration du jugement de concurrence dans l'ordre juridique	313
B. L'intégration du jugement de concurrence dans l'ordre concurrentiel.....	317
Paragraphe 2. Les possibilités d'interprétation du juge en droit de la concurrence.....	320

A. La justification de l'interprétation du juge	320
B. La caractérisation de l'interprétation du juge	324
Section 2. L'adaptation jurisprudentielle au regard du raisonnement économique dans le jugement	329
Paragraphe 1. L'intégration du raisonnement économique dans la définition du jugement	330
A. La référence aux notions économiques pour la qualification en droit	330
B. La nécessité des notions économiques pour l'analyse juridique	335
1. La caractérisation d'un marché pertinent	336
2. La caractérisation d'un marché de référence	342
Paragraphe 2. La soumission du raisonnement économique aux règles du jugement	345
A. La coopération entre juges et économistes sur des questions de fait	346
1. L'expertise demandée par le juge à titre de mesure d'instruction	347
2. L'expertise demandée par les parties lors de l'instruction	354
B. La coopération entre juges et autorités sur des questions économiques.....	355
Conclusion du Chapitre 1	358
Chapitre 2. Le renforcement du pouvoir du juge dans l'ordre concurrentiel	360
Section 1. L'élargissement certain des attributs du juge en droit interne	361
Paragraphe 1. L'affirmation du principe du contrôle juridictionnel	361
A. La délimitation des attributs du juge	362
1. La signification du juge	362
2. Les critères distinctifs du juge	364
a. La distinction entre la fonction d'une autorité administrative et une autorité judiciaire	365
b. La distinction entre décision quasi juridictionnelle et décision juridictionnelle	366
B La diversification des attributs du juge.....	367
1. La fonction régulatrice des juges	367

2. La régulation des comportements entre professionnels et consommateurs.....	368
Paragraphe 2. La consécration du principe du contrôle juridictionnel	373
A. L'intérêt variable de l'interprétation du juge.....	374
1. La prise en compte de sa fonction naturelle d'interprétation	374
2. La prise en compte de sa fonction sociale	375
B. La définition délicate de la fonction normative du juge	376
1. Le rôle de créateur de droit.....	376
2. Le rôle de variable sociale	377
Section 2. L'accroissement nécessaire des pouvoirs juridictionnels dans l'ordre juridique interne	382
Paragraphe 1. Les modalités du recours aux juges de l'Union	383
A. Le droit effectif de l'accès devant les juridictions de l'Union	383
B. L'accès partiel devant les juridictions de l'Union	386
1. L'absence de protection des voies de recours de l'Union	386
2. La protection inadaptée devant les juridictions nationales	389
Paragraphe 2. La nécessité du recours aux juges nationales.....	392
A. Le fondement rationnel du pouvoir du juge	393
1. Les spécificités du jugement.....	393
2. Les fondations du jugement.....	395
B. La justification politique du pouvoir de juger	399
1. Le pouvoir du juge de protéger la concurrence	399
2. La légitimité du juge pour protéger la concurrence.....	401
Conclusion du Chapitre 2	404
Conclusion du Titre II.....	406
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	407
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	408
BIBLIOGRAPHIE	412

INDEX DE JURISPRUDENCE	492
INDEX THEMATIQUE	513

Résumé

Un juge en droit de la concurrence est un juge qui est chargé de veiller à ce que les lois sur la concurrence soient respectées. La difficulté est que cette définition peut s'appliquer autant à un juge qu'à une autorité. En effet, le choix de ne pas adapter l'appareil juridictionnel pour une juridiction spécialisée s'est traduit par la création d'une Autorité de la concurrence aux pouvoirs proche d'une juridiction. S'expliquant par une forte prégnance du fait économique dans l'analyse des pratiques anticoncurrentielles, à l'avantage notamment de l'Autorité de la concurrence, le rôle du juge a pourtant évolué au fil des ans. Finalement, est apparu un clivage entre une action publique qui vise à prévenir, à dissuader et à sanctionner les comportements anticoncurrentiels et une action privée qui favorise la réparation d'un préjudice causé aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il en résulte un rôle différencié dans l'application du droit de la concurrence qui renouvelle la réflexion sur la définition d'un juge du droit de la concurrence.

Mots-clés. Concurrence, loi, juge

Summary

A competition law judge is a judge who is responsible for ensuring that competition laws are upheld. The difficulty is that this definition can apply both to a judge and to an authority. In fact, the decision not to adapt the legal system for a specialized jurisdiction has led to the creation of a Competition Authority with powers similar to those of a court. Due to the strong economic aspect in the analysis of anti-competitive practices, particularly in favor of the Competition Authority, the role of the judge has evolved over the years. Ultimately, a divide has emerged between public action aimed at preventing, deterring, and punishing anti-competitive behaviors, and private action that favors the repair of harm caused to victims of anti-competitive practices. This results in a differentiated role in the application of competition law, which renews the discussion on the definition of a competition law judge.

Keywords. Competition, law, judge