

LE CONTENTIEUX DE LA CONCURRENCE, ARCHÉTYPE DU PROCESSUS D'HARMONISATION ?

L'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national

Structures et procédures : contrastes et convergences

Jacqueline RIFFAULT-SILK

Conseiller à la Cour de cassation (Chambre commerciale), Association des juges européens du droit de la concurrence

Mass tells space how to curve ; space tells mass how to move.

John Wheeler

Introduction

Le droit de la concurrence, fruit d'une économie libéralisée mais sous surveillance, est exemplaire d'une intégration « à l'européenne » en ce qu'il réalise, au-delà de l'adoption progressive de règles de procédure communes en Europe dans les litiges transnationaux et de la reconnaissance des garanties du procès équitable inscrites dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, l'harmonisation de normes de fond et de leur mise en œuvre sur le territoire de l'Union lorsque sont affectés ou peuvent l'être les échanges intracommunautaires, tout en laissant une large part de souveraineté aux États membres conformément au principe d'autonomie procédurale (1), corollaire du principe de subsidiarité.

La réforme de l'application des règles communautaires de concurrence, mise en œuvre par le règlement 1/2003 (2), en est l'illustration : elle met fin à un régime centralisé et étroitement contrôlé par la Commission européenne, pour lui substituer un système de compétences parallèles, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales étant désormais compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité relatifs aux ententes et aux abus de domination dans leur intégralité, y compris le troisième paragraphe de l'article 81 relatif à l'exemption d'une pratique anticoncurrentielle concertée, sous les conditions cumulatives énumérées par cet article.

(1) Article 10 du traité CE : « 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.

(2) Règlement 1/2003 CE du 16 décembre 2002, JO n° L 001 du 4 janvier 2003, abrogeant le règlement 17/62 du Conseil du 6/02/62. Il est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004.

Et la diversité que l'on constate dans l'organisation institutionnelle et procédurale des contentieux de concurrence, au sein de l'Union, atteste de la part de souveraineté conservée par les États membres.

Mais l'espace européen n'est pas euclidien, et les impératifs de la construction et de la cohérence communautaires n'ont pas manqué d'infléchir le parallélisme affiché par le règlement 1/2003.

Il s'agit bien d'un espace « courbé » par ces contraintes, ainsi que le révèlent les prérogatives conservées par l'autorité européenne de concurrence, comme les limites apportées aux pouvoirs des juges nationaux (I).

Pour autant, ce modèle a-t-il atteint son équilibre ? En d'autres termes, l'intégration tempérée qui caractérise la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence n'a-t-elle pas vocation à transformer l'organisation des contentieux économiques nationaux des États membres et au-delà, contribuant ainsi au rapprochement des règles internes de concurrence et des procédures au sein de l'Union (II) ?

I – Une intégration tempérée par le principe de subsidiarité

1. De puissants facteurs d'intégration caractérisent le contentieux de la concurrence...

Un droit matériel uniforme dont la primauté a été consacrée par le règlement 1/2003, une cour constitutionnelle commune définissant des principes communs pour l'application de ces règles par les États membres, une organisation institutionnelle centralisée pour la recherche, la poursuite et la sanction des infractions aux règles communes : le droit européen de la concurrence est au cœur de la construction communautaire.

C'est, d'abord, l'inscription dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne de règles communes sur la concurrence entre acteurs économiques dans un marché commun devenu unique, complétées par les directives et les règlements du Conseil ou de la Commission européenne sur habilitation de ce dernier, de sorte que « *le traité CE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres (...)* » ainsi que l'a rappelé la Cour de justice (3).

C'est, ensuite, la formulation par la Cour de justice des Communautés européennes, juridiction communautaire, de principes communs d'application du droit communautaire et spécialement du droit européen de la concurrence, afin d'assurer une mise en œuvre efficace de ce droit par les juridictions nationales dans leur ordre juridique interne : principe de primauté (4) et devoir de coopération loyale (5), effet direct (6), effet utile du droit communautaire (7). Et il

(3) CJCE, *Courage*, 20/09/01, C-453/99, pt 19.

(4) CJCE, *Costa/Enel*, 15 juillet 1964, aff. 6/64 ; *Walt Wilhelm*, 13 février 1969, aff. 93/71.

(5) Article 10 du traité CE, préc.

incombe aux juridictions nationales, chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers (8), au besoin d'office (9).

C'est, enfin, la mise en place d'une organisation institutionnelle propre aux Communautés européennes pour la recherche, la poursuite et la sanction, sous le contrôle des juridictions communautaires, des pratiques anticoncurrentielles définies par les articles 81 et 82 du traité, et l'édictation de règles spécifiques régissant la coopération des juridictions et des autorités de concurrence nationales avec ces instances.

A cet effet, le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (10), entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, consacre la primauté du droit européen de la concurrence lorsque sont en cause les intérêts communautaires (11), mettant fin au système de la double barrière qui laissait place à l'application, par les instances nationales, d'une norme de droit interne plus restrictive que la norme communautaire.

Il organise l'échange d'informations entre les juridictions nationales et la Commission européenne, permet à cette dernière comme aux autorités nationales de concurrence de présenter des observations écrites devant les juridictions des États membres et d'intervenir devant elles en tant qu'*amicus curiae*, et impose la transmission à la Commission des jugements rendus en application des articles 81 et 82 du traité (12). Il prévoit, dans son article 16 consacré à l'application uniforme du droit communautaire de la concurrence, que les juridictions nationales, lorsqu'elles statuent sur des accords ou des pratiques relevant de ces articles et faisant l'objet d'une décision de la Commission, ne peuvent prendre de décision contraire (13). Le même article ajoute que les juridictions nationales doivent également éviter de

(6) CJCE, *Van Gend en Loos*, 5/02/63, aff. 26/62. Les normes communautaires d'effet direct sont les dispositions du traité et les règlements pris pour son application, et sous certaines conditions, les directives v. CJCE *Van Duyn*, aff. 41/74, 4/12/74.

(7) CJCE, *Rewe*, 16/12/76, aff. 3/76.

(8) CJCE, *Simmenthal*, 9/03/78, 106/77 ; *Factortame*, 19/06/90, C-213-89, *Courage*, 20/09/01, C-453/99.

(9) CJCE 14/12/95, *Van Schijndel*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93 ; *Peterbroeck*, C-312/93, rappelant que si « le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande ... » (décision *Van Schijndel*), « les modalités [procédurales prévues par le droit interne d'un État membre] ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne, ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire » (décision *Peterbroeck*).

En matière d'arbitrage, CJCE, 01/06/99, *Eco Swiss China*, C-126/97.

(10) Règlement 1/2003 CE du 16 décembre 2002, JO n° L 001 du 4 janvier 2003, abrogeant le règlement 17/62 du 6/02/62.

(11) Article 3 du règlement.

(12) Article 15 du règlement.

(13) Article 16 § 1 du règlement.

prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée par la Commission, la juridiction nationale pouvant évaluer en pareil cas, ou en cas de recours en annulation contre la décision de la Commission, s'il est nécessaire de suspendre sa procédure, et ordonner le cas échéant des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties (14). Les dispositions de cet article sont la reprise de la jurisprudence de la CJCE concernant l'application du droit communautaire par les juridictions nationales (15).

Le même règlement impose aux États membres de désigner la ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les règles de concurrence (16), et met en place entre ces autorités nationales de concurrence (ANC) un réseau européen de concurrence (REC) dont la Commission européenne est le coordonnateur, sa prééminence se traduisant, notamment, par le pouvoir de constater, d'office, l'inapplication des articles 81 et 82 du traité aux pratiques en cause lorsque l'intérêt public communautaire le requiert (17), également par les règles gouvernant l'allocation des affaires (18), par l'obligation faite aux autorités de concurrence des États membres d'informer la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure d'enquête et de lui communiquer au plus tard trente jours avant leur adoption, leurs projets de décisions – en fait la notification des griefs aux parties mises en cause (19), et par le droit de priorité qui permet à la Commission de dessaisir les autorités de concurrence des États membres même après ouverture d'une enquête, lorsqu'elle-même décide d'ouvrir une procédure (20).

On peut noter, bien qu'elle soit loin d'avoir les mêmes implications en raison de la nécessaire indépendance des juges, l'extension de cette « culture de réseau » aux juridictions nationales : les travaux du Réseau des Présidents des Cours suprêmes judiciaires (21), et ceux

(14) Mêmes dispositions.

(15) CJCE, *Stergios Delimitis*, 28/02/1991, C-234/89, pt 47; CJCE, *Masterfood*, 14/12/2000, C-344-98, pt 51-58.

(16) Article 35 du règlement. Ainsi que l'observe Madame Laurence Idot, in *Le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Cahiers de droit européen, près de la moitié des ANC n'avaient pas auparavant compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité.

(17) Article 10 du règlement.

(18) Article 11 du règlement et Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, point 2, principes d'attribution des affaires.

(19) Article 11-4° du règlement.

(20) Les décisions visées par ce chapitre (articles 7 à 10 du règlement) concernent la constatation et la cessation d'une infraction, les mesures provisoires, les engagements, enfin la constatation d'inapplication des dispositions de l'article 81 du traité lorsque l'intérêt public communautaire concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert.

(21) Il s'agit en particulier du dialogue engagé avec Madame Neelie Kroes, commissaire européen chargé de la concurrence, sur l'application du droit de la concurrence par les juges nationaux. Ces travaux ont porté sur l'efficience de la procédure civile pour trancher les litiges inter-entreprises sur le fondement du droit des ententes et des abus de position dominante ; cf les propos tenus par Guy Canivet, « L'Europe judiciaire de la concurrence se structure », in *Revue Lamy de la concurrence* mai/juillet 2005, n° 3, p. 116 sq.

de l'Association des juges européens en droit de la concurrence, constituée en septembre 2002 à Luxembourg, en sont le vivant témoignage (22).

2. ... tout en instituant au bénéfice des autorités de concurrence et des juges nationaux un régime de compétences parallèles et décentralisées

Cette réforme donne aussi compétence pleine et entière aux autorités et aux juridictions nationales pour l'application du droit européen de la concurrence ainsi qu'il a été vu, et reconnaît la fonction essentielle d'initiative dévolue dans ce domaine aux acteurs économiques eux-mêmes, au travers des actions privées qu'ils portent devant les juridictions des États membres. Le Préambule du règlement souligne, à cet égard, que les juridictions nationales préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages intérêts aux victimes des infractions, et ajoute que le rôle des juridictions nationales est, sur ce point, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres (23).

De plus, la primauté du droit communautaire, affirmée par le règlement lorsque sont affectés les intérêts communautaires, n'interdit pas aux États membres d'appliquer des dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité (24), tel que l'instauration de dispositions de droit pénal applicables aux pratiques anticoncurrentielles. Ainsi en est-il, également, des dispositions visant des comportements unilatéraux tels, en France, l'abus de dépendance économique ou encore les pratiques restrictives (25) et, d'une manière générale, de l'application dans les États membres de leur droit interne de la concurrence lorsque les intérêts communautaires ne sont pas affectés, comme de celles relatives à la concurrence déloyale.

Enfin, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale a pour conséquence que les États membres ont la maîtrise des modalités de mise en œuvre du droit européen de la concurrence sur leur territoire, tant en ce qui concerne les instances, administratives et/ou juridictionnelles, chargées de son application que les règles de procédure, et les sanctions, qui lui sont applicables.

Mais ce principe a ses limites.

D'abord, il ne doit pas priver d'effet utile les dispositions du droit communautaire, le droit processuel national ne devant pas rendre son application impossible ou excessivement difficile (26). Règle dont le caractère impératif vient d'être rappelé par la Cour de justice en matière

(22) Association of European Competition Law Judges (aeclj@catribunal.org.uk), constituée à Luxembourg en septembre 2002.

(23) Préambule, 7^o considérant.

(24) Article 3 *in fine* du règlement.

(25) Titre IV du Livre IV du code de commerce.

(26) CJCE, *Peterbroek*, C 312-93, préc.

d'aides d'État : la *res judicata* attachée à la décision d'une juridiction nationale devenue définitive cède devant l'exigence d'effectivité de la récupération d'une aide d'État reconnue valide par cette juridiction nationale en dépit de la décision antérieure de la Commission européenne, qui la déclarait incompatible (27).

De même, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers, notamment la possibilité de demander la réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (28).

Ainsi, une règle de droit national qui refuse à une personne de se fonder sur ses propres actions illicites en vue d'obtenir des dommages intérêts – il s'agissait en l'espèce des clauses d'un contrat de distribution de bière contestées comme contraires aux règles de concurrence par le distributeur, alors qu'il était partie à ce contrat – doit être écartée lorsqu'elle conduirait à priver l'intéressé, pour ce seul motif, de la protection juridictionnelle prévue par le traité, comme l'a décidé la CJCE, saisie à titre préjudiciel par la Court of Appeal britannique dans l'affaire *Courage*.

Sur les mêmes fondements, la CJCE a formulé, dans l'affaire *Manfredi*, des principes communs de détermination du préjudice qui doit comprendre non seulement le dommage réel (*damnum emergens*), mais aussi le manque à gagner (*lucrum cessans*) et le paiement d'intérêts (29). Elle avait déjà reconnu le principe de réparation intégrale du préjudice (30).

De même encore, il appartient à chaque État membre, en l'absence de réglementation commune en matière procédurale, de régler dans son ordre juridique national les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, et de s'assurer que ces modalités respectent les principes d'équivalence et d'effectivité (31).

3 ... sans toutefois remettre en cause le caractère exclusif de certaines prérogatives de la Commission européenne

Le parallélisme affiché par le règlement 1/2003 n'exclut pas le maintien, entre les mains de la seule Commission, de prérogatives essentielles (32).

(27) Aff. C-119/05, 18 juillet 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/ Lucchini Spa*, commentée *Rev. Lamy de la concurrence* n° 13, oct.-déc. 2007, p. 33, B. Cheynel, L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme une peau de chagrin ?

(28) CJCE, *Simmenthal* préc. pt 16 ; CJCE *Factortame* préc. pt 19 ; CJCE, *Courage*, préc. pt 25.

(29) CJCE, *Manfredi*, 13/07/06, aff. jtes C-295-04 à C-298-04, , pts 92-100.

(30) CJCE, *Marshall*, 1993, C-271/91, pt 30.

(31) CJCE, *Manfredi*, préc., pt 62.

(32) Cf J. Riffault-Silk, La jurisprudence de l'exception légale française, quel modèle pour l'application des nouvelles règles de droit communautaire, in *European Law Reporter*, janv. 2001, p. 15 sq.

Ainsi en va-t-il du dessaisissement d'une autorité nationale de concurrence, décidé d'office par la Commission (33) après consultation de l'autorité concernée lorsque cette dernière traite déjà l'affaire.

De même, lorsque l'intérêt public communautaire le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 81 est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions d'application de l'article 81, § 1 ne sont pas remplies, soit parce que les conditions d'application de l'article 81, § 3 sont remplies (34).

Plus encore, l'article 29 du règlement, relatif aux décisions de retrait individuel du bénéfice de l'application d'un règlement d'exemption, ne cite pas les juridictions nationales, alors que l'article 6 du même règlement leur donne expressément compétence « *pour appliquer les articles 81 et 82 du traité* » sans formuler aucune réserve.

La communication de la Commission relative aux lignes directrices concernant l'application de l'article 81, alinéa 3 du traité donne la clé de cet apparent paradoxe, le régime qu'il définit dans ce domaine particulier correspondant presque en tous points à celui qui était en vigueur avant la réforme (35) : les juridictions des États membres « *ne sont pas habilitées à retirer le bénéfice des règlements d'exemption par catégorie, pas plus qu'elles ne peuvent, dans leur application desdits règlements, en modifier la portée en étendant leur champ d'application à des accords qui n'en relèvent pas* », étant souligné que « *les pouvoirs des juridictions des États membres sont limités à déterminer si un accord est couvert ou non par un règlement d'exemption par catégorie* » (36).

Ainsi, comme auparavant, la compétence du juge national, lorsqu'est invoqué par les parties le bénéfice d'un règlement d'exemption, portera, à ce stade, uniquement sur la question de savoir si l'accord litigieux remplissait les conditions fixées par ce règlement lors des faits qui lui sont soumis, sans que le juge puisse se fonder sur les dispositions de l'article 81 § 3 du traité pour déclarer l'exemption par catégorie inapplicable à cet accord.

Le maintien de ce régime, qui répond à une logique de sécurité juridique pour les entreprises et sans doute au souci des instances communautaires de conserver la maîtrise des décisions d'exonération par catégorie ainsi que de préserver la cohérence de l'application des règlements d'exemption, pierre angulaire du droit communautaire des ententes, n'est pas sans limiter quelque peu l'effet direct reconnu à l'article 81, § 3 du traité par la réforme, apportant quelques distorsions au parallélisme apparent de l'application décentralisée du droit communautaire par les autorités de concurrence et par les juridictions nationales.

(33) Article 11-6° du règlement.

(34) Article 10 du règlement.

(35) CJCE, *Stergios Delimitis*, préc. ; TPICE, 8 juin 1995, *Langnese Iglo*, aff. IV/340/72.

(36) Communication de la Commission sur l'application de l'article 81 du traité, pts 31-33.

4. ... ni permettre au juge national de contrôler la légalité des décisions prises par la Commission, y compris pour les actes d'enquête effectués sur le territoire national

L'article L. 450-4 du Code de commerce, relatif aux visites domiciliaires effectuées dans le cadre d'enquêtes menées sur le territoire national, disposait, dans sa rédaction antérieure à la réforme du 4 novembre 2004, que « *Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite (...)* ». Ces dispositions ont conduit la Cour de cassation dans l'affaire *Roquette*, à saisir la CJCE d'une question préjudicielle portant sur l'étendue du contrôle exercé par le juge national en présence d'une demande de la Commission européenne d'effectuer de telles mesures d'enquête sur le territoire national (37).

Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure (38), la CJCE a maintenu le principe de l'exclusivité du contrôle du juge communautaire sur la légalité de la décision de la Commission, tout en donnant des précisions concrètes sur le contrôle de proportionnalité que devait exercer le juge national (39).

Ces précisions sont intégralement reprises dans le paragraphe 8 de l'article 20 du règlement 1/2003. Le juge national contrôle l'authenticité de la décision de la Commission, et s'assure que les mesures coercitives demandées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. A cet effet, il peut demander des explications détaillées à la Commission notamment sur les motifs qui incitent la Commission à suspecter une violation des articles 81 et 82, ainsi que la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée. Mais « *l'autorité judiciaire nationale ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection, ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission* », étant précisé *in fine* de cet article que « *le contrôle de légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice* ».

L'ordonnance du 4 novembre 2004 a tiré les conséquences de ces dispositions et de la création du réseau européen de concurrence, en s'attachant aux relations que les autorités françaises entretiennent désormais au stade de l'enquête avec leurs homologues européens ainsi qu'avec la Commission, devenue acteur à part entière des enquêtes de concurrence menées sur le territoire français (40).

*
* *

(37) Com. 7 mars 2000, Bull. IV.

(38) CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec., p. 2859.

(39) CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette*, C-94/00.

(40) Article L. 450-4 modifié par l'ord. du 4 novembre 2004 ; cf B. Cheynel et C. Nourissat, *Adaptation du droit français au droit communautaire : commentaire de l'ordonnance du 4 novembre 2004*, in Rev. Lamy de la concurrence, févr.-avril 2005, n° 2, p. 64 § 4 s.

Que penser du modèle normatif et organisationnel qu'offre le droit européen de la concurrence pour les juges nationaux ? Peut-on y voir un exemple équilibré, voire même « achevé » d'harmonisation pour les juridictions économiques de demain en Europe ? Il est permis d'en douter, et ce pour deux raisons.

La première tient au contraste observé entre, d'une part, l'essor de la régulation menée au sein du REC, dont attestent le nombre des décisions rendues par les autorités européenne et nationales de concurrence comme l'accroissement des sanctions qu'elles prononcent et, d'autre part, le faible nombre des actions en réparation, en annulation ou aux fins de mesures d'injonction ou d'interdiction engagées devant les juridictions nationales par les parties privées.

Dans un rapport établi le 31 août 2004 à la demande de la Commission européenne, le groupe de travail Ashurst a dressé le constat du « *total sous-développement* » et de « *l'étonnante diversité* » des actions civiles fondées sur le droit de la concurrence, en dépit des efforts déployés par les instances nationales et européennes pour développer les garanties données aux acteurs économiques et susciter leur implication dans la mise en œuvre des règles de concurrence par la voie du *private enforcement*.

Ces travaux ont conduit à la diffusion par la Commission européenne, le 19 décembre 2005, d'un Livre vert (41) contenant une série de propositions pour l'amélioration des actions en dommages intérêts pour infractions aux règles communautaires de concurrence (42), travaux auxquels le Parlement européen a apporté son soutien par une Résolution adoptée le 25 avril 2007 (43), la publication par la Commission d'un Livre blanc consacré aux actions en réparation fondées sur la violation des règles européennes de concurrence étant annoncée pour le début de l'année 2008.

Faut-il voir dans cette faiblesse des actions privées la démonstration de l'inadaptation réelle, ou perçue comme telle, des juridictions et des procédures traditionnelles dans ces sortes de litiges, et « en creux » la trace de leur traitement par les modes conventionnels que sont l'arbitrage et la médiation (44), ou au contraire, prenant acte de l'augmentation régulière des

(41) Publié le 19 décembre 2005, COM 2005 (672 final), il comporte en annexe un Document de travail. http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/index_en.html. L'un et l'autre sont disponibles sur le site de la Commission.

(42) Cf Cyril Nourissat, Livre vert sur les actions en dommages-intérêts : question de droit judiciaire privé européen, *Revue Lamy de la concurrence*, avril-juin 2006, p. 45 sq. ; également Muriel Chagny, Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert, même revue, oct.-déc. 2006, p. 87.

(43) <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5378362>.

(44) Cf les déclarations en ce sens de Philip Collins, président de l'OFT le 6 juillet 2006 au Law Society's European Group : "I know from my own experience and from speaking to a number of practitioners, that there have been a substantial number of competition-law based disputes which have been settled out of courts or resolved by arbitration or mediation", <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/09002EF1-9C25-4A2C-9796-FOA5EBCD5F4F/0/0306.pdf>. Dans ce sens également, cf le rapport d'information sur le Livre vert de M. Laffineur, présenté le 28 juin 2006 à la Délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale.

décisions rendues par les juridictions nationales dans ce domaine, la considérer comme une phase de transition (45) et affirmer leur complémentarité ?

Et au-delà de la mise en œuvre effective du droit européen de la concurrence, la dynamique d'harmonisation et de modernisation des institutions nationales, suscitée par la mise en place d'une régulation de la concurrence à l'échelle européenne, n'a-t-elle pas, nécessairement, des prolongements sur l'évolution des modes de règlement des litiges privés devant les juges nationaux, qu'ils soient fondés ou non sur le droit européen de la concurrence, ainsi que sur le droit de fond et sur le droit processuel général des États membres ?

La seconde raison tient à la nécessaire articulation de ces procédures multiples, non seulement d'un État membre à l'autre mais aussi, à l'échelle nationale, d'une instance à l'autre. Au-delà de l'enjeu immédiat du développement harmonieux des échanges économiques au sein de l'Union européenne, qui suppose pour les entreprises et les consommateurs, à défaut d'une rationalisation de l'ordre judiciaire européen, la garantie d'une prévisibilité du droit et d'une suffisante sécurité juridique, il y a lieu de s'interroger sur l'efficacité comparée des systèmes institutionnels et procéduraux nationaux, et sur l'inévitable mise en concurrence des systèmes juridictionnels eux-mêmes, devenus objets de marché – et de compétition – à l'intérieur de l'espace européen.

En effet, ces rapprochements ne sont-ils pas de nature à susciter une concurrence entre les modèles institutionnels et procéduraux des États membres eux-mêmes, au moins dans l'esprit des utilisateurs du service public de la justice que sont les acteurs économiques, entreprises et consommateurs ?

II – Une diversité ordonnée par des contraintes communes

Conséquence du principe d'autonomie, la diversité institutionnelle que l'on constate en Europe reflète la liberté de choix dont disposent les États membres, pour désigner les autorités chargées d'appliquer le droit européen de la concurrence et pour définir les procédures applicables. Mais cette diversité, qui concerne tant le cadre institutionnel que procédural, est tempérée par de fortes convergences.

1. L'évolution du cadre institutionnel et procédural

L'organisation institutionnelle mise en place par les États membres porte, d'un côté, sur la création d'autorités de régulation appelées à coopérer avec la Commission européenne au sein du réseau animé et coordonné par cette dernière, de l'autre, sur la détermination des juridictions civiles compétentes pour appliquer le droit de la concurrence.

(45) En ce sens, cf M. Siragusa, *The implementation of competition rules in the two years since modernisation*, in UAE-LIDC, 7^{ème} conférence, *Le droit antitrust entre le droit européen et national*, Bruylant, 2007, p. 50.

Du côté de la régulation, trois modèles se distinguent.

L'Italie, avec l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), l'Allemagne avec le Bundeskartellamt ont choisi un modèle unitaire, où une seule autorité administrative cumule les pouvoirs d'enquête et de poursuite, d'instruction et de décision. La France a préféré un modèle dualiste, en confiant à la DGCCRF qui est une direction du ministère de l'économie et des finances, la fonction d'enquête, et au Conseil de la concurrence l'instruction et la décision. Le Royaume-Uni offre un modèle comparable, où co-existent l'Office of Fair Trading et la Competition Commission, celle-ci étant en charge notamment des enquêtes, celle-là ayant pouvoir de sanction sur les pratiques anticoncurrentielles qu'elle constate. Un troisième modèle a été choisi par l'Irlande, qui n'a pas voulu remettre en cause les prérogatives du juge dont elle a maintenu le pouvoir de décision, tandis que les enquêtes sont confiées à l'autorité administrative.

Au stade du contrôle règne à nouveau la diversité : il est confié parfois aux juges judiciaires, comme en France à une chambre spécialisée de la cour d'appel de Paris, parfois à la juridiction administrative comme en Italie avec le Tribunal administratif régional du Latium, parfois à une juridiction *ad hoc* comme c'est le cas au Royaume-Uni, avec la création du Competition Appeal Tribunal (CAT).

Convergence, toutefois, en ce qui concerne la composition de ces nouvelles autorités, qui fait une large place aux professionnels issus des milieux économiques et universitaires, aux côtés ou à la place des magistrats judiciaires et administratifs, parfois même dans la composition de la juridiction de contrôle comme c'est le cas au CAT voire au sein de la Cour suprême comme en France à la chambre commerciale de la Cour de cassation. Convergence, aussi, dans les garanties d'indépendance, statutaires et budgétaires, données à ces nouvelles autorités administratives. Convergence, encore, dans la nature de leurs missions et dans l'étendue de leurs pouvoirs, toutes ces caractéristiques répondant à des impératifs communautaires autant que nationaux, propres à une économie libéralisée mais sous surveillance et marqués par des considérations d'intérêt général.

Du côté des juridictions compétentes pour statuer sur les actions privées fondées sur le droit interne ou communautaire de la concurrence, s'impose le constat d'une diversité en transition, dont on donnera quelques exemples.

En Italie, seules les cours d'appel ont compétence pour appliquer en première instance le droit interne de la concurrence (46), tandis que les juridictions du premier degré – juges de paix ou tribunaux d'instance selon le montant du litige – peuvent être saisies d'actions civiles fondées sur le droit de la concurrence européen.

(46) Article 33 de la loi 287/90.

En France, le décret du 30 décembre 2005 pris en application de la loi Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001 a désigné huit juridictions consulaires et huit tribunaux de grande instance (Bordeaux, Fort-de-France, Marseille, Lille, Lyon, Nancy, Paris, Rennes) pour connaître de ces litiges, les recours contre leurs décisions étant portés exclusivement devant la cour d'appel de Paris. Il en va autrement lorsque sont en cause des actes indissociables de prérogatives de puissance publique tels que la dévolution d'un service public (47), les modalités d'organisation d'un service public (48), la gestion du domaine public (49) et d'une manière générale l'ensemble des actes s'inscrivant dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public (50). Le contrôle de ces actes échappe également au pouvoir de sanction de l'autorité de concurrence française, à moins qu'ils ne soient détachables de la mission de service public (51). Le Conseil d'État a toutefois intégré dans le bloc de légalité le droit de la concurrence communautaire (52) et interne (53), et les juridictions administratives ont compétence pour annuler un acte administratif ou un contrat public anticoncurrentiel et pour indemniser leurs conséquences dommageables.

Le Royaume-Uni a quant à lui institué une compétence parallèle des juridictions civiles et de la juridiction d'appel de l'autorité de concurrence britannique, pour statuer sur les actions en réparation (54). Ainsi, les juridictions britanniques, quand elles sont saisies d'actions à fins de réparation fondées sur des pratiques anticoncurrentielles, ont désormais la possibilité de transférer l'affaire au CAT, qui peut lui-même se prononcer non seulement sur l'infraction aux règles de concurrence, mais aussi sur le préjudice et sa réparation lorsque les parties en font la demande. Il peut aussi, s'il l'estime opportun et après avoir statué sur l'application du droit de la concurrence, renvoyer l'affaire à la juridiction civile initialement saisie pour qu'elle se prononce sur la réparation.

Au-delà de ces « *raffinements propres au domaine de la concurrence* » (55), la tendance commune est bien la même : réserver à des juges spécialisés le traitement de contentieux complexes.

Qu'en est-il des règles de procédure applicables à ces actions ?

Les litiges de concurrence transnationaux imposent de recourir, comme pour tout autre litige civil de cette nature, aux instruments de coopération judiciaire élaborés pour leur traitement en Europe. Ils sont aussi soumis aux principes d'organisation du procès et de

(47) Trib. Conflits, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*.

(48) Com. 29 mars 1994, *Port autonome de Paris*.

(49) Trib. Conflits, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*.

(50) Déc. Cons. Conc. n° 94-D-04 du 8 mars 1994.

(51) C'est généralement le cas lorsqu'il s'agit d'une activité en cause s'exerçant contre rémunération (Paris, 8 février 2000), ou implique la conclusion de contrats de droit privé (déc. Cons. Conc. n° 98-D-31 du 13 mai 1998).

(52) CE, 8 novembre 1996, *Féd. Fse des sociétés d'assurance*, Rec. CE p. 441.

(53) CE, 3 novembre 1997, *Million et Marais*, AJDA 1998, p. 247 note O. Guézou.

(54) UK Competition Act 1998, modifié par le UK Enterprise Act, 2002.

(55) Cf L. Cadiet, *Quelles juridictions économiques en Europe ? Rapport général de synthèse*, p.557 *in fine*.

respect des droits de la défense inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme. Mais les contraintes propres à un traitement cohérent des contentieux de concurrence, qu'ils soient européens ou nationaux, constituent certainement un ferment actif de rapprochement sinon d'harmonisation des normes internes de droit substantiel ainsi que des règles applicables aux procédures civiles au sein de l'Union (56).

En ce qui concerne la procédure applicable, en général, aux actions civiles et commerciales, des instruments communs régissent aujourd'hui, en Europe, les contentieux transnationaux, et concernent notamment :

- la désignation de la juridiction compétente (57),
- la coopération directe entre les juridictions nationales des différents États membres, pour l'obtention des preuves (58),
- la signification et la notification des actes judiciaires et extra-judiciaires (59),
- la reconnaissance et l'exécution, par chaque État membre, des décisions rendues par les juridictions des autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure (60),
- règles communes auxquelles vient d'être ajoutée la désignation de la loi applicable aux obligations non contractuelles (61) dans les litiges transfrontière (règlement Rome II).

En outre, les procédures engagées devant les juridictions des États membres, comme devant les autorités administratives de concurrence, sont régies par l'ensemble de principes et de règles inscrits dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au premier rang desquels figurent le droit à un procès équitable devant un tribunal au sens de la convention, le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense, garanties reprises et développées dans la Charte européenne des droits fondamentaux. Enfin, l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé le 19 décembre 1966 et auquel la France a adhéré le 4 novembre 1980, prévoit un certain nombre de garanties analogues à celles qui figurent dans la CESDH.

Plus encore, la nature répressive des sanctions prononcées par les autorités de régulation, affirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) (62), commande que les

(56) V. *infra*, La transposition du règlement 1/2003 dans l'ordre juridique interne des États membres.

(57) Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 remplaçant la Convention de Bruxelles du 23 septembre 1968.

(58) Règlement 1206/2001 du 28 mai 2001.

(59) Règlement 1348/2000 du 29 mai 2000.

(60) Règlement 44/2001, préc. art. 33 *sq.*

(61) Ce règlement adopté le 11 juillet 2007 (JOUE 31/07/07), et dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2009, permettra de garantir que tous les tribunaux des États membres appliquent la même loi en cas de litige transfrontière en matière de responsabilité civile, ce qui devrait faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions de justice dans l'Union européenne et éviter les pratiques de « forum shopping », les parties pouvant être incitées à porter le litige devant le tribunal qui applique la loi la plus favorable.

entreprises mises en cause bénéficient, au cours de la procédure suivie devant ces autorités, des garanties prévues par la convention, applicables aux sanctions pénales : telle est la solution adoptée par les juridictions françaises en droit de la concurrence (63), en conformité avec la jurisprudence de la CEDH prise en application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec celle du Conseil constitutionnel (64).

À ces différents égards, la transposition du règlement 1/2003 s'avère constituer pour les États membres une source d'harmonisation de leur droit substantiel interne et de convergence de leurs règles procédurales.

En lui-même, en effet, le règlement 1/2003 contient nombre de dispositions propres à réduire l'incertitude juridique rendue inévitable par le nombre des juridictions civiles ou commerciales appelées à appliquer dans les vingt-sept États membres de l'Union, sous le contrôle de la cour suprême de l'État concerné, des normes communes de concurrence pour la protection du marché unique.

L'échange d'informations qu'il prévoit entre les juridictions nationales et l'autorité de concurrence de leur État membre, la fourniture d'avis aux juridictions nationales par les autorités de leur État membre ou par la Commission européenne par la procédure de l'*amicus curiae*, la transmission impérative à la Commission européenne des jugements rendus par ces juridictions, le droit d'intervention directe de la Commission et des autorités nationales de concurrence devant les juridictions de leur État membre y compris d'office par observations écrites, notamment en cause d'appel, enfin et surtout la primauté du droit communautaire et l'obligation pour les juridictions de se conformer aux décisions prises par la Commission (65) permettront d'avoir une vision plus générale et précise de l'application du droit de la concurrence par les autorités de la concurrence et les juridictions de chacun des États membres (66). En outre, les rapports de la Commission européenne fournissent une statistique précise des affaires jugées dans chacun des États, aussi bien par les autorités nationales que par les juridictions, en même temps qu'un aperçu qualitatif sur les décisions rendues.

Mais la transposition du règlement 1/2003 dans la législation interne des États membres a également suscité un mouvement général de modernisation, non seulement des systèmes de régulation interne, mais aussi, plus fondamentalement, des règles générales applicables aux

(62) CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976 ; *Lecompte, de Meyere et Van der Leuwen*, 23 juin 1981 ; *Öztürk c/ RFA*, 21 février 1984 ; *Lütz c/ RFA* 25 août 1987.

(63) Paris, 26 avril 1994, *SDRM*, également Paris, 22 novembre 2000, TF1.

(64) Cons. Constitutionnel, 30 déc. 1987, admettant l'existence de sanctions ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de les prononcer à une autorité de nature non judiciaire à l'exclusion de peines privatives de liberté et à condition que soient respectées les garanties fondamentales applicables aux sanctions pénales ; en ce qui concerne l'application de ces principes aux AAI, voir notamment Cons. Const., janvier 1987, *Conseil de la concurrence* ; Cons. Const., 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* ; Cons. Const., 28 juillet 1989, *Commission des opérations de bourse*.

(65) Articles 15 et 16 du règlement 1/2003, v. *supra*.

(66) G. Canivet, *Revue Lamy de la concurrence* mai/juillet 2005, n° 3, p. 116 sq., préc.

actions civiles, mettant ainsi fin aux sources d'incohérence qui affectaient les législations nationales pour l'application du droit de la concurrence. Quelques exemples confirment ce constat.

L'Allemagne et l'Italie avaient adopté un régime interne de régulation de la concurrence calqué sur l'ancien système européen de notification préalable et d'exemption, et limitaient aux seuls concurrents, donc aux entreprises victimes de pratiques discriminatoires, la possibilité d'engager des actions en réparation.

L'adoption d'un 7^{ème} amendement au GWB (67) a mis fin en Allemagne à ce régime et a permis à tout intervenant sur le marché d'engager une action civile sur le fondement des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (68).

En Italie, c'est un arrêt de la Cour de cassation qui a mis fin, le 4 février 2005, à une jurisprudence selon laquelle le droit de la concurrence ne protégeait que les entreprises. Observant que les particuliers sont aussi acteurs du marché, la Haute juridiction italienne a ouvert à « toute personne » se prévalant d'un dommage résultant d'une pratique anticoncurrentielle, le droit d'engager une action civile en réparation. Et le maintien en Italie, jusqu'à ce jour, du régime interne de notification préalable et d'exemption tandis qu'entraînait en vigueur la réforme de l'application du droit européen de la concurrence, « *a eu un résultat paradoxal. L'application du droit national de la concurrence par l'autorité italienne devient marginale, tandis que les actions privées sont essentiellement fondées sur la loi interne (...)* (69) ».

En France, où le système de l'exception légale avait été adopté de longue date (70) et où le droit d'agir en réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles ne faisait pas l'objet de semblables restrictions, la réforme a porté sur des aspects plus ponctuels, tels que l'organisation de la procédure de l'*amicus curiae* devant les juridictions, ou la mise en œuvre des modalités de coopération prévues par le règlement (71).

Mais il est remarquable de constater que par un arrêt du 16 juillet 2007 (72), le Conseil d'État, à son tour, tire les conséquences de l'élargissement de la notion de marché et aligne le régime de responsabilité propre aux contrats publics sur les règles fixées par l'article 1165 du

(67) Art. 33 GWB, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

(68) Cf K. Ost, Droit de la concurrence en Allemagne, expérience européenne et modernisation, , 1^{ère} journée commune Bundeskartellamt/Conseil de la concurrence, Institut Goethe, 16 novembre 2004, in *Revue Lamy de la concurrence*, mai-juillet 2005, n° 3, p. 156.

(69) M. Siragusa, op. cit. p. 59.

(70) Cf J. Riffault-Silk, article préc.

(71) Elles ont été introduites, en France, par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004. Cf B. Cheynel et C. Nourissat, article préc.

(72) CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *société Tropic travaux signalisation*.

Code civil (73) en ouvrant aux concurrents évincés lors de la conclusion d'un contrat administratif la voie du recours de pleine juridiction pour contester la validité de ce contrat, faisant exception aux principes selon lesquels un tel recours formé par un tiers au contrat est irrecevable en droit public, ce recours étant réservé aux parties, le recours devant le juge de l'excès de pouvoir étant également fermé aux tiers au contrat dès lors qu'il est réservé aux actes unilatéraux ou aux actes détachables de la conclusion ou de l'exécution du contrat.

La même décision renforce du même coup les pouvoirs de régulation du juge administratif du contrat, d'abord en précisant qu'il peut, suivant la nature des illégalités affectant le contrat, prononcer sa résiliation ou modifier certaines de ses clauses, mais aussi décider de la poursuite de son exécution éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés ou encore prononcer l'annulation, totale ou partielle, du contrat et non plus seulement en constater la nullité, ensuite en ajoutant que ce recours peut être assorti d'un référé suspension de l'exécution du contrat, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

C'est à une démarche tout aussi ambitieuse qu'a été consacré le Livre vert relatif aux actions privées fondées sur le droit européen de la concurrence (74), bel exemple de bouillonnement des « forces imaginantes du droit » selon l'expression de Mme Delmas-Marty.

Ses propositions, qui visent à corriger les handicaps dont pâtissent les actions civiles engagées devant les juridictions nationales par les victimes d'infractions au droit européen de la concurrence, et la consultation publique qui s'en est suivie, ont été l'occasion de larges débats quant à l'adoption de principes communs dans des domaines aussi essentiels que les principes directeurs du procès et l'organisation de la procédure.

Parmi les sujets traités dans le Livre vert, peuvent être cités, notamment :

– les actions collectives, actions en représentation faisant intervenir des autorités publiques et/ou des organisations privées, actions conjointes, *class-actions* selon le modèle européen de l'« *opt-in* » ou américain de l'« *opt-out* »,

– la qualité à agir, s'agissant notamment du droit d'action des victimes indirectes de pratiques anticoncurrentielles, cette question étant elle-même indissociable de l'admissibilité du « *passing-on defense* » par lequel les auteurs de pratiques anticoncurrentielles dénie tout intérêt à agir aux entreprises victimes directes de ces pratiques, qui ont répercuté l'augmentation de prix en résultant à leur propre acheteur – intermédiaire ou consommateur final –, et contestent l'existence de tout préjudice réparable faute pour ces derniers d'établir l'existence d'un lien direct de causalité entre la faute et ce préjudice,

(73) Il résulte de cet article que si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences en droit à l'égard des tiers Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. n° 205.

(74) Publié le 19 décembre 2005, v. *supra*.

– l'accès aux preuves, et les remèdes propres à corriger l'asymétrie d'information souvent constatée au détriment du demandeur, par un allègement du standard de preuve ou par un renversement de la charge de la preuve, voire par l'adoption de règles analogues au « *disclosure* » pratiqué dans les pays de *common law* sous le contrôle du juge,

– la protection de la confidentialité des informations commercialement sensibles,

– les règles relatives à la faute et à la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage,

– la définition et l'évaluation du dommage, l'instauration éventuelle de dommages « punitifs » à l'instar des règles nord-américaines, et non plus seulement « compensatoires », à tout le moins la prise en compte non seulement du préjudice subi, mais aussi du gain illicite obtenu par l'auteur des pratiques en cause,

– les principes relatifs à la prise en charge des coûts (frais et dépens) des procédures engagées pour la réparation de préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles,

– l'institution d'une autorité de chose « jugée » ou « décidée » des décisions de régulation sur les actions privées engagées devant le juge, dans un même État membre,

– l'articulation des décisions des juridictions et des autorités nationales d'États membres différents,

– l'aménagement des règles relatives à la prescription, dans le même objectif d'une articulation des procédures de régulation et des actions privées laissant à ces dernières le bénéfice des décisions prises par l'autorité de régulation.

En l'état des dispositions régissant le droit européen de la concurrence, qu'en est-il de son application par les juges nationaux ?

2. La réception du droit de la concurrence communautaire par les juridictions nationales

C'est une réception nuancée, ainsi que le confirment, d'un côté, les solutions retenues pour la notion d'affectation des échanges communautaires et l'influence avérée du droit communautaire même en l'absence d'affectation, de l'autre, le rappel du principe d'autonomie procédurale en matière d'octroi de mesures conservatoires et l'application restrictive, par le juge national, de l'autorité attachée aux décisions des instances européennes.

Condition d'application du droit européen de la concurrence, la notion d'affectation des échanges communautaires fait l'objet d'une communication de la Commission européenne (75) et d'une jurisprudence abondante des juridictions communautaires et nationales.

(75) Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07).

Cette question, qui porte sur la détermination du droit applicable et par conséquent le champ d'application du droit communautaire, précède l'analyse des pratiques. C'est un critère autonome, de nature juridictionnelle ainsi que l'a précisé la CJCE (76). Son application largement entendue traduit la pénétration du droit communautaire dans la pratique des régulateurs et dans celle des juridictions nationales (77).

Mais même en l'absence d'une affectation des échanges communautaires, l'influence du droit communautaire sur l'application des normes de fond du droit national est avérée.

L'Italie, l'Allemagne, le Royaume-Uni pratiquent la règle de l'interprétation de leurs normes internes à la lumière du droit européen, de sorte que « *les règles de droit [de la concurrence] interne ont une vocation européenne* » (78).

Il en va de même en France.

Ainsi, le Conseil de la concurrence considère qu'en matière de restrictions verticales, le règlement d'exemption par catégorie 2790/99, notamment au regard de ses dispositions relatives à l'effet cumulatif des contrats, est un « *guide d'analyse utile* » dans les affaires où seul le droit interne a été invoqué (79). Cette méthode a été approuvée par la Cour d'appel de Paris (80).

(76) CJCE, 13 juillet 1966, *Consten/ Gründig*, 56 et 58/64 ; CJCE, 6 mars 1974, 6/73 et 7/73, *Commercial Solvents*, pt 31.

(77) À titre d'exemples, CJCE 359-01 P, *British Sugar*, dans le cas d'une entente sur les prix ayant pour objet la commercialisation des produits dans un seul Etat membre, dès lors que le marché en cause est perméable aux importations, les participants à l'entente voulant se protéger contre les concurrents d'autres États membres et faisant ainsi échec à l'interpénétration économique voulue par le traité ; dans le même sens, Paris, 7 février 2006, *Transdev*, rapp. 2006 du Conseil, p. 363, retenant l'affectation sensible du commerce intracommunautaire s'agissant du marché du transport urbain de voyageurs, eu égard à la nature de l'accord – un cartel national –, à l'envergure des entreprises impliquées, à l'importance de leur chiffre d'affaires supérieur aux seuils définis par la communication de la Commission, et à l'existence de candidatures émanant d'entreprises européennes ; également NGK, déc. 06-D-04 du Conseil, relative à une clause d'achat national exclusif avec interdiction d'approvisionnement auprès des filiales étrangères du groupe, eu égard à la situation de domination de l'entreprise sur le marché considéré ; cf également, dans le cas d'une action privée en annulation, Paris, 31 mai 2006, *Mkat*, concernant un contrat de vente assorti d'une clause d'interdiction de revente et de commercialisation directe ou indirecte en France, la cour d'appel retenant l'effet sensible de la pratique compte tenu de la part du marché national détenue par le vendeur ; cf également *Bureau national interprofessionnel du cognac*, déc. 06-D-21, le Conseil rappelant qu'en raison de la primauté du droit communautaire, un accord ne peut échapper à l'interdiction édictée par l'article 81 CE au motif qu'il serait autorisé sur le fondement du droit national, et estimant qu'une restriction de concurrence sensible concernant la production des eaux de vie de cognac est susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres compte tenu de la commercialisation du cognac dans toute la Communauté, l'article 81 CE étant dès lors applicable.

(78) M. Siragusa et G. Faella, *The implementation of competition rules in the two years since modernization, in Antitrust between EC Law and National Law*, VII Conference, UAE-LIDC, Bruylant, 2007, p. 27.

(79) Cons. Conc., déc. 00-D-82 du 26 février 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles sur le marché de l'impulsion ; également, déc. 03-D-60 du Conseil, du 17 déc. 2003, relative à des pratiques constatées dans le secteur de l'horlogerie de luxe.

(80) Paris, 1^{ère} H, 29 juin 2004, *Sté Marcout Soulhol c/ sté Cartier*, BOCCRF, 30 sept. 2004, p. 625.

L'autorité française de concurrence a également décidé de retenir la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure (règles « *de minimis* ») comme « guide d'analyse utile » pour apprécier en droit national les effets sur la concurrence d'accords entre entreprises, dès lors que les parts du marché concerné sont faibles (81). Cette méthodologie du Conseil, qui tirait les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation imposant la vérification dans chaque cas d'espèce, d'une restriction sensible de la concurrence résultant des pratiques en cause (82), anticipait – de peu – la réforme du droit interne de la concurrence introduisant un seuil de sensibilité analogue (83).

S'agissant des conditions d'octroi des mesures conservatoires, en revanche, l'application impérative du principe d'autonomie procédurale, y compris lorsque sont en cause des pratiques pouvant relever, sur le fond, des dispositions du traité, a été rappelée par la Cour de cassation (84).

On sait que le prononcé de telles mesures par la Commission européenne a été admis par la Cour de justice (85), sous réserve de conditions tenant notamment à l'existence d'une présomption raisonnablement forte d'infraction, plus strictes que celles du droit national qui sont énoncées à l'article L. 464-1 du code de commerce. Ces exigences ont été réaffirmées par le TPICE (86), et reprises dans l'article 8 du règlement 1/2003, qui exige que soient remplies deux conditions, la première tenant à un constat *prima facie* d'infraction, la seconde à l'urgence, justifiée par le risque d'un préjudice grave et irréparable causé à la concurrence.

Dans l'espèce en cause, la cour d'appel (87) avait rejeté le recours formé par la société *Pharma Lab* contre la décision du Conseil (88) qui écartait la demande de mesures conservatoires d'un grossiste-exportateur en produits pharmaceutiques. L'affaire n'ayant été examinée que sur le fondement du droit communautaire en l'absence d'affectation du marché français, la cour d'appel avait considéré que les conditions d'octroi des mesures sollicitées devaient être celles du droit communautaire requérant notamment l'existence « d'une présomption d'infraction suffisamment forte », rapprochant ainsi des règles communautaires le standard de preuve requis pour l'octroi des mesures sollicitées.

C'est ce raisonnement qu'a rejeté la Cour de cassation, qui a rappelé que le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 et 2 du traité CE, de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce

(81) Cons. Conc. déc n° 03-D-53 du 26 novembre 2003, *Biotherm*.

(82) Com. 12 mai 1999, *Zannier*.

(83) Art. L. 464-6-1 du Code de commerce, introduit par l'ord. n° 2004-274 du 4 novembre 2004.

(84) Com. 14 décembre 2004, *Pharma Lab*.

(85) CJCE, ordonnance du 17 janvier 1980, *Camera Care*, n° 792/79.

(86) TPICE, 24 janvier 1992, *La Cinq*, T- 44/90.

(87) Paris, 26 juin 2002, *Pharma Lab* ; également 16 juillet 2002, *Pharma Jet*.

(88) Déc. n° 02-MC-07.

principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire de la concurrence (89).

Par arrêt du 8 novembre 2005, la Chambre commerciale a à nouveau cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait repris le critère tiré d'une « *présomption d'infraction suffisamment forte* » dans une affaire où le droit national était applicable (90). La Haute juridiction française rappelle que les mesures conservatoires peuvent être décidées « *dès lors, seulement, que les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée* » et sous réserve de ce que les autres conditions prévues par l'article L. 464-1 du code de commerce sont remplies (91).

Le critère de « *présomption raisonnable* » de pratique anticoncurrentielle finalement retenu par le Conseil de la concurrence dans l'affaire *Orange Caraïbe* (92) pour adopter des mesures conservatoires, a été repris par la cour d'appel de Paris saisie du recours contre cette décision, par arrêt du 28 janvier 2005.

De même, la prise en compte, par le juge national, des décisions prises par les instances communautaires ou par une autre instance nationale compétente dans un État membre, sur le fondement du droit européen de la concurrence, suscite de délicates questions.

Les décisions de la Cour de justice dans les affaires *Delimitis* (93) et *Masterfood* (94), reprises dans l'article 16 du règlement 1/2003 du Conseil, posent le principe de l'application uniforme du droit communautaire. La règle posée par ces dispositions paraît claire : les juges nationaux ont l'obligation de se conformer aux décisions de la Commission et des cours européennes, si l'affaire a été portée devant elles.

L'arrêt rendu par la Chambre des Lords (Royaume-Uni) le 19 juillet 2006, dans l'affaire *Crehan*, est particulièrement intéressant à cet égard, en ce qu'il se prononce sur la portée de ces dispositions.

On se souvient que M. Crehan, partie à un contrat de distribution de bière, contestait les dispositions de ce contrat au regard du droit européen de la concurrence alors qu'en droit

(89) Cf Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour 2004, p. 310-311.

(90) Cass. Com. 8 novembre 2005 et Paris 29 juin 2004, *Neuf Telecom* ; cf RA 2005 Cons. Conc., p.357.

(91) Article L. 464-1 du Code de commerce : « (...) *Les mesures [conservatoires] ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».

(92) Cons. Conc. déc. 04-MC-02 ; Paris, 28 janvier 2005, *Orange Caraïbe*.

(93) Préc.

(94) CJCE, 14 décembre 2000, C 344-98.

interne anglais il n'aurait pu en attaquer la validité dès lors qu'il y était partie (95). Saisie à titre préjudiciel par la Cour d'appel britannique de la question de savoir si les règles communautaires devaient s'appliquer malgré cette contradiction avec le droit interne, la CJCE avait rappelé le 20 septembre 2001 (96) au visa de l'effet direct du droit européen de la concurrence, que n'importe quelle violation aux dispositions du droit communautaire peut être poursuivie et qu'une action en réparation peut être formée devant les juridictions nationales par toute personne y compris un cocontractant, écartant de ce fait l'application du droit national anglais. A nouveau saisie de cette affaire, la Court of Appeal britannique avait infirmé la décision de la High Court qui rejetait à nouveau les demandes en réparation formées devant elle, en estimant que la juridiction britannique ne pouvait que se conformer à la décision de la cour européenne et admettre les prétentions de M. Crehan.

C'est ce raisonnement que rejette la Chambre des Lords, qui rappelle que la force obligatoire des décisions du juge communautaire – ou de la Commission européenne – n'a lieu d'être que lorsqu'elles concernent le même litige entre les mêmes parties, le droit communautaire de la concurrence obligeant en pareil cas le juge national à ne pas contredire la décision déjà prise par la Commission. Elle ajoute que le juge national n'est pas tenu de suivre l'avis de la Commission si ces conditions ne sont pas réunies, l'avis de la Commission étant alors, seulement, un des éléments « *à prendre en considération* » au titre de l'« *evidence* ».

La décision de la Haute Assemblée britannique ne peut qu'être approuvée. En l'espèce, la Cour de justice ne s'était pas prononcée sur le fond du litige et n'en avait pas la possibilité, ayant été saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des dispositions du droit communautaire de la concurrence, conformément à l'article 234 du traité, et non pas d'un recours contre une décision de la Commission européenne comportant l'analyse et la qualification des faits.

Mais le raisonnement suivi par la Chambre des Lords peut paraître quelque peu restrictif, s'agissant de la portée de l'obligation imposée aux juges nationaux lorsqu'ils statuent sur des actions privées.

En premier lieu, au regard de l'exigence, qu'il impose, d'une application rigoureuse des dispositions du droit interne britannique relatives à l'autorité de chose jugée.

L'article 1351 du code civil français relatif à l'autorité de la chose jugée, qui contient des dispositions analogues, prévoit que « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut pour cela que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

(95) *V. supra.*

(96) *Déc. préc.*

Ces dispositions de droit interne apparaissent plus étroites que les règles posées par l'article 16 du règlement 1/2003 qui visent « *des accords, des décisions ou des pratiques ... qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission* » sans faire aucune mention d'une identité de parties, de cause et d'objet au sens des dispositions précitées, dans l'une et l'autre procédures. Les règles européennes, de par leur caractère impératif, peuvent-elles s'accommoder d'une lecture restrictive ?

En l'espèce, la Commission européenne n'avait pas rendu de décision concernant spécifiquement les contrats de bière conclus par le fournisseur *Inntrepreneur Estates Ltd (IEL)* avec ses distributeurs, qu'il s'agisse de M. Crehan ou de toute autre partie. Si tel avait été le cas, et que la décision de la Commission eût été définitive ou approuvée par un arrêt des juridictions européennes, l'autorité de cette décision aurait dû sans nul doute s'imposer au juge national.

En second lieu, au regard des missions confiées aux autorités de concurrence européenne et nationales, qui visent à assurer la protection d'un marché et non pas à statuer dans des litiges entre acteurs économiques, le fait que les enquêtes puissent être décidées le cas échéant à la suite de plaintes ne modifiant pas la nature publique de ces missions.

Le concept d'autorité de chose jugée tel que défini ci-dessus est-il, en réalité, tout-à-fait adéquat pour rendre compte de l'obligation de conformité imposée aux juridictions nationales lorsqu'elles statuent dans des litiges privés alors que les autorités publiques de régulation ont pris une décision concernant le marché en cause ?

En l'absence de décision des instances européennes portant sur l'affaire en cause, l'articulation des procédures de régulation et des actions privées, dans les contentieux transnationaux portés devant les juridictions des États membres, a été, elle aussi, l'objet de solutions contrastées.

En France, comme en Italie, aucune disposition ne l'organise, les procédures de régulation et de réparation restant indépendantes sauf lorsque la décision de régulation émane des instances communautaires (97).

Tout autres sont les dispositions du droit britannique, la réforme du Competition Act (98) prévoyant que par dérogation aux règles gouvernant l'autorité de chose jugée (identité d'objet, de cause et de parties), les décisions prises par l'autorité publique nationale de régulation (l'OFT ou en appel, le CAT) auront également autorité de chose « *jugée* » ou « *décidée* » sur les procédures en réparation ultérieurement engagées devant le juge civil. Dans tous les cas, la décision prise sur l'existence d'une pratique anticoncurrentielle par l'autorité de régulation, qu'il

(97) Article 16 du règlement 1/2003.

(98) Article 47 A (10), Competition Act 1998.

s'agisse de l'OFT, du CAT, de la Commission européenne ou des juridictions communautaires, s'imposera aux juridictions civiles à la seule condition qu'elle ait un caractère définitif.

En Allemagne, la réforme entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 (99) est allée plus loin encore, en reconnaissant une telle autorité de chose « *jugée* » ou « *décidée* » non seulement aux décisions de régulation prises par les instances communautaires et nationales, mais également à celles des juridictions et des autorités de régulation étrangères.

L'affaire du cartel du ciment a été l'occasion pour la Cour supérieure de Düsseldorf, saisie de demandes en réparation à la suite de la décision de sanction prise par le Bundeskartellamt à l'encontre des membres de ce cartel, de se prononcer sur la portée de cette réforme et notamment sur les dispositions prévoyant que dans les actions en réparation fondées sur une violation du droit national ou européen de la concurrence, le juge national est lié par la décision « *définitive* » de l'autorité de régulation.

Saisie d'une demande de sursis à statuer par les défendeurs, motif pris des recours qu'ils ont formés contre la décision de sanction prise par le Bundeskartellamt, la Cour supérieure de Düsseldorf a rejeté la demande dans un arrêt du 3 mai 2006 dès lors, précisément, que la décision de régulation n'est pas définitive du fait de ces recours. Certes, cette décision fait échec à d'éventuels recours dilatoires, mais on peut penser que demeure un risque de divergence entre l'analyse finale des régulateurs, et celle des juges chargés de la réparation.

Un tel risque ne pouvait-il être évité ? La Cour de justice, dans son arrêt *Masterfood* (100) avait expressément répondu à cette préoccupation en recommandant aux juges nationaux d'apprécier la possibilité d'accorder des indemnités à titre provisionnel pour atténuer les effets d'un sursis à statuer.

Conclusion

Exemplaire d'une intégration à l'europpéenne, le contentieux de la concurrence l'est aussi des difficultés rencontrées par les États membres dans la recherche d'une harmonisation de l'espace judiciaire européen.

Spécialiste de la relativité, John Wheeler a défini, dans le domaine de la physique, l'interaction constante de la masse et de l'espace. Cette interaction apparaît familière au praticien de l'antitrust : le principe communautaire construit l'espace européen, qui à son tour lui donne un nouvel élan.

Que l'on se place au cœur des institutions communautaires, ou dans la diversité des traditions nationales européennes, on ne peut que constater cette dynamique commune.

(99) Nouvelle Section 33(4) GWB.

(100) Déc. préc., point 58.