

LA MODERNISATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

SOUS LA DIRECTION DE
GUY CANIVET

Préface de
Marie-Anne Frison-Roche

L.G.D.J

Présentation de l'ouvrage

Marie-Anne FRISON-ROCHE

La modernisation du droit de la concurrence est un moment, non une date. Débuté il y a environ cinq ans, le mouvement se prolonge. Prenant diverses formes, s'appuyant sur le travail opéré par les décisions et textes précédents, cette modernisation n'est ni une récapitulation ni un prolongement mécanique. Tout en ôtant quelques échafaudages désormais inutiles, le dessein est d'améliorer les techniques et de contribuer à l'apparition de nouvelles dynamiques concurrentielles, produisant des organisations plus efficaces et plus ouvertes. Grand pragmatisme et fortes idées continuent de se nouer dans la progression du droit de la concurrence. Liée à l'élargissement, la dynamique exprime de nouveau la vigueur de la première construction de l'Europe, la modernisation du droit de la concurrence relève des grands travaux. Ce nouveau départ peut être étudié soit dans ses modalités, nouveaux textes, changements de notions, nouvelles répartitions des tâches et des pouvoirs entre la Commission et les autorités nationales, etc., soit dans la variation de ses objets, soit dans ses causes ou raisons profondes. Cet ouvrage répondant au vœu d'embrasser ces approches diverses a donc sollicité de nombreux auteurs, enclins à traiter telle ou telle perspective, leurs contributions constituant autant de points de développement.



La ligne de force de l'ouvrage épouse le mouvement même du droit de la concurrence. L'Europe y est première. Premier titre de l'ouvrage dû. Le droit français en est aujourd'hui une part, non pas comme une filiale, la relation n'est pas si hiérarchique, mais bien comme une dimension qui interagit avec

l'ensemble. Le marché concurrentiel comme espace de liberté, de lutte, d'action, bref comme espace de vie, demeure le souffle d'une Europe qui attend son relais.

Ce droit communautaire, si concentré sur lui-même soit-il, n'est pas une masse immune à l'extérieur. Le droit de la concurrence s'ouvre de plus en plus. Cela tient à l'apparition d'entreprises globales et à l'organisation dolosive d'ententes internationales qu'une articulation transatlantique peut prétendre réguler, mais aussi à une sorte d'universalisme que seule désormais la pensée du marché concurrentiel ose enfourcher, à travers des théories économiques dans lesquelles géographie, histoire et souveraineté ont peu de place. La mondialisation est partie sur ces bases. Le deuxième titre de l'ouvrage opère donc une approche comparée de droit à économie, classique reflet du droit de la concurrence lui-même, mais aussi de droit à droit, comparaison que la mondialisation des échanges rend peu à peu de droit positif.

Ces premières envergures permettent d'aborder dans un troisième temps la pratique française, non pas tant dans les dispositions substantielles que dans les modes de réalisation du droit de la concurrence : prenant la forme d'une répression parce que formulé par des interdictions, ce droit est concrétisé par le procès, implantant au cœur des principes concurrentiels sa procédure et ses juges. Dans ce mouvement de processualisation, la procédure demeure la porte d'entrée du droit dans les principes économiques, elle est aussi ce qui rend supportable la violence, violence de la compétition elle-même, violence des sanctions pour qui détourne et donc entame la règle. Ce titre reprend donc les sillons de l'action, du procès, des sanctions qui en résultent, de la proportionnalité qui les fonde. La modernisation prend ici la forme d'une tradition juridique conservée dans ses principes et adaptée dans son application.

La modernisation emprunte à la fois cette voie de l'approfondissement et, à sa matière, la voie de l'élargissement. Le quatrième et dernier titre du livre explore donc les nouveaux territoires du droit de la concurrence, sur lesquels il prend pied soit comme résultat naturel d'une libéralisation réussie, comme en matière de communications électroniques, cela relève alors plutôt de l'accession, soit par un véritable mouvement de conquête, prenant la forme d'une banalisation des organisations et des professions, ou d'une lutte contre la spécificité affichée, notamment celle du secteur de la défense. Rien de plus impérieux et puissant que le droit commun. On y étouffe vite si les principes directeurs ne bénéficient pas eux-mêmes d'une grande respiration, en intégrant des éléments moins simples qu'à leur naissance, voire en construisant en leur sein même des équilibres avec d'autres ressorts que la compétition. La modernisation répond à cette nécessité d'un nouveau souffle.



L'ouvrage s'ouvre sur un panorama dressé par *Gérard Farjat* de l'évolution fondamentale du droit de la concurrence sur les trente années qui viennent de s'écouler. En passant d'une problématique d'ordre public gardé par l'État à une perspective de régulation, le droit de la concurrence n'a rien perdu de sa

puissance et ne cesse de s'étendre. Au titre de cette expansion, le droit de la concurrence, notamment parce qu'il voit des entreprises sous toutes activités économiques, se saisit de presque tous les phénomènes, dévorant ainsi les monopoles publics, soit que les autorités politiques l'aient favorisé pour obtenir une organisation sociale plus efficace, soit que les activités aient été d'elles-mêmes perçues comme des marchandises échangées. Les autres branches du droit sont également dévorées, notamment les propriétés intellectuelles, l'évolution du droit d'auteur montrant que le droit suit le mouvement du marché. Est alors apparu un « droit de la régulation », appuyé sur une réglementation impérieuse, développant son emprise sur les structures économiques contemporaines, notamment par le contrôle des concentrations et maniant des instruments comme la répression mais aussi comme les accords passés entre autorités publiques et opérateurs. De cette évolution ressort un droit fragmenté. Le phénomène est inévitable, traduisant les particularités des marchés et des secteurs mais aussi la diversité des politiques, par exemple lorsque la culture est en jeu. À quoi cela mène-t-il ? À un droit « anational », cette libéralisation des règles par rapport aux territoires étant favorisée par la nature économique de celles-ci, par l'aspiration du droit national dans le droit communautaire, ce qui laisse néanmoins hors de portée encore la constitution d'un véritable droit international substantiel de la concurrence. Gérard Farjat conclut que ce que l'on présente souvent comme une construction ordonnée de la concurrence est plus souvent le résultat de bricolage et d'arrangements. Il déplore que le droit n'ait pas en lui-même la force nécessaire pour se coupler dans un rapport plus égal avec les idées et politiques économiques, mais un ordre a bien été construit, sur l'idée de concurrence et la volonté de poser des limites aux pouvoirs économiques, même si la protection des victimes des rapports de force économique aurait dû avoir mieux sa place.

Dans cette partie encore introductive de l'ouvrage, *Marie-Anne Frison-Roche* explicite ce que peut recouvrir le phénomène de « modernisation » du droit. En droit français comme en droit communautaire, l'on ne compte plus les « lois de modernisation ». Leur caractéristique ne va pas de soi parce qu'on appelle certes loi de modernisation celle qui se contente d'adapter une loi précédente à une situation qui a évolué, la modernisation revenant souvent à une mise à niveau technique, mais le vocable est aussi utilisé pour des lois opérant un changement radical du droit, lequel est présenté alors comme une « simple » modernisation afin de mieux faire admettre ce qui est un changement politique au cœur des règles. Dans le premier cas, le texte est de nature technocratique, le législateur assimilant passivement et en douceur les évolutions techniques, économiques et sociales. Ce fut le cas de la modernisation du droit de la preuve.

Dans ce second cas, la modernisation relève de la rhétorique de l'euphémisme, pour masquer son contraire, à savoir la « modernité » qui s'exprime par une rupture radicale par rapport à un passé dénigré : il s'agit alors d'une « loi de modernité » qui cherche à dissimuler ce qui est un acte de volonté politique, comme le montre la loi de modernisation du service public de l'énergie, opérant en réalité un renversement des principes. Entre les années 1960 et 1990, les lois de modernisation ont plutôt correspondu à la première catégorie, dans une

conception impérieuse liée à la planification, aujourd'hui elles expriment davantage la seconde, sans doute parce que la modernité est aujourd'hui mal portée et que la mine de modestie du législateur face aux évolutions techniques est plus facilement admise.

Confrontant ces deux conceptions de la loi de modernisation à l'évolution du droit communautaire, l'auteur montre que sous couvert d'une adaptation aux temps présents l'idée est bien de construire une nouvelle architecture juridique, notamment dans les relations entre la Commission et les autorités nationales. Sous le manteau, la modernité est donc encore à l'œuvre.

Le *premier livre* de l'ouvrage part de l'Europe, de trois éléments essentiels du droit communautaire, à savoir son rapport avec les autorités nationales, le critère d'application du droit communautaire et l'idée même de restriction de concurrence.

Dans son *premier chapitre*, Emil Paulis expose le nouveau système de coopération entre la Commission européenne, les juridictions nationales et les autorités de concurrence, résultant du règlement 1/2003. Ce nouveau maillage permettra une participation plus forte des diverses autorités et un enrichissement du droit. Le système sera plus complexe, puisque la coopération concerne aussi bien les actions administratives menées devant des autorités spécialisées pour veiller sur la concurrence que des juridictions de droit commun ayant à en connaître dans un litige ordinaire. Cette compétence s'oppose en principe à ce que la Commission puisse alors exercer son pouvoir de dessaisissement, celui-ci ne pouvant s'exercer qu'à l'égard des organismes reconnus comme autorités de concurrence.

Si l'on s'en tient aux relations entre la Commission et les autorités de concurrence, celles-ci ont désormais pleinement compétence pour délivrer des exemptions et conservent bien sûr leur compétence territoriale superposée à leur compétence communautaire. L'un des enjeux est la cohérence des applications nationales du droit communautaire, servie par la coopération entre les institutions, la procédure de renvoi, l'obligation de ne pas contredire une décision de la Commission ou un règlement d'exemption, l'obligation pour l'autorité nationale d'appliquer d'office le droit communautaire si le commerce entre États membres est affecté, mais cette cohérence doit s'articuler avec le fait que le juge est titulaire du dernier mot dans l'application concrète des lignes directrices émises par la Commission. À côté de ces mécanismes processuels, le Règlement organise les charges de preuve, voie majeure pour favoriser la cohérence : la preuve de l'entente doit être apportée par l'autorité qui poursuit, tandis que les conditions d'une exemption doivent être prouvées par celui qui l'invoque. Par une autre voie encore, la cohérence est recherchée par le « vieux principe de la primauté du droit communautaire », qui interdit au droit et autorités nationaux d'autoriser ce qui est interdit et d'interdire ce qui est exempté, le cas de l'entente justifiant un principe de « convergence totale ». Enfin, quant à la portée des décisions prises par la Commission sur les litiges ultérieurement portés devant les juridictions nationales, l'auteur distingue selon les cas une autorité à respecter ou une liberté d'appréciation conservée.

Le deuxième chapitre est consacré au critère de l'affectation du commerce entre États membres. Sylvaine Poillot-Peruzzetto propose le symbole du pont pour exprimer l'Europe, le critère d'affectation du commerce entre États membres l'opérant, en appelant une interprétation synthétique et économique et en contribuant à la volonté de meilleure construction du droit.

Certes, le départ est celui d'un constat de carence, parce que la notion est souvent oubliée alors qu'elle est centrale. Elle est malmenée du fait de l'analyse juridique et l'analyse économique qui, interférant sans cesse, assimilent effet restrictif de concurrence et affectation du commerce, sous prétexte d'efficacité et d'effet utile, dans un manque regrettable de rigueur dans l'analyse. Cela brouille alors les fonctions distinctes des notions, notamment par la confusion entre l'applicabilité de la norme et la désignation de l'autorité compétente. L'effet utile cesse d'être une condition pour devenir un objectif.

L'auteur formule donc des propositions pour une meilleure efficacité. Considérant que le droit communautaire doit se construire en considération des droits existants et que le critère ressemble structurellement à une technique de conflit de lois, il conviendrait de limiter la portée de l'affectation du commerce entre États membres à la seule détermination de la norme applicable, cette applicabilité ne devant pas être confondue avec l'application. Chaque autorité, même nationale, doit donc d'office se poser en premier lieu cette question de l'affectation, sans que le commerce ne se confonde avec la concurrence.

Le troisième chapitre reprend la qualification de restriction de concurrence. Laurence Idot montre que le nouveau système à la fois simplifie, puisque les autorités nationales doivent s'aligner sur le droit communautaire, mais se trouve compliqué par l'approche désormais économique de la restriction de concurrence, dépendant du pouvoir de marché de l'entreprise. La « nouvelle approche » consacrée par la Commission mesure la restriction de concurrence en établissant ce qu'aurait été l'état de la concurrence sans l'accord, non seulement dans un rapport inter marques mais encore intra marque, en combinant cette démarche avec l'alternative classique objet/effet. Sur le terrain probatoire, la restriction de concurrence peut se déduire de l'objet de l'accord ou de la situation des parties, par la mesure du pouvoir de marché.

Cette nouvelle approche a pour conséquence de remettre en cause la théorie de la règle de raison, du fait de la conception plus restrictive de l'atteinte à la concurrence et du fait que les exemptions peuvent être désormais prononcées par toutes les autorités de concurrence. Le fait que la communication exclut le recours au bilan économique dans l'application de l'article 81, § 1, alors que celui-ci était rattaché à la règle de raison, le confirme, nouvelle approche que semble regretter l'auteur. À l'inverse, celle-ci reprend à son compte la théorie de l'effet cumulatif.

Le deuxième livre de l'ouvrage ouvre la modernisation du droit européen de la concurrence sur l'extérieur, c'est-à-dire tout d'abord dans une confrontation globale entre États-Unis et Europe, puis une comparaison plus particulière entre l'article 82 du Traité de l'Union et la section 2 du *Sherman Act*, ce qui ouvre sur

la notion de concurrence par les mérites, étudiée sous l'angle économique, puis à travers la pratique jurisprudentielle. Le maillage des espaces, l'internormativité entre droit et économie, permet une lutte plus efficace contre les cartels internationaux.

Le *premier chapitre* place donc l'évolution européenne en face-à-face avec le droit nord-américain de la concurrence. *David J. Gerber* éclaire cette relation en montrant que s'il est vrai que les techniques se rapprochent, notamment dans l'appréciation des effets des concentrations, les deux droits restent d'inspiration différente. Cela tient certes au fait que les règles s'insèrent dans des traditions juridiques différentes, ce qui donnera plus de poids aux tribunaux dans le droit nord-américain, et dans des conceptions économiques sans doute moins libérales du côté européen.

Mais surtout la différence essentielle tient au fait que le droit de la concurrence demeure dans son rôle de gardien aux États-Unis d'un état du marché concurrentiel, alors que le droit de la concurrence européen a été bâti pour construire une unicité de marché, constitutive du premier socle politique de l'Europe. Dès lors, le droit nord-américain est moins violent et moins dirigiste que le droit européen, parce qu'il ne s'agit pas pour le premier de détruire des frontières nationales et de peser sur les États pour que leurs espaces marchands fusionnent les uns dans les autres. Cette différence essentielle, de nature politique, explique que la prohibition des aides d'État soit un élément fondamental du droit européen et soit exclue dans le droit nord-américain, ce qui tout à la fois engendre et justifie les différences persistantes entre les deux corps de droit.

Le *deuxième chapitre* exploite cette perspective comparatiste, *Barry E. Hawk* confrontant l'article 82 du Traité de l'Union européenne à la section 2 du *Sherman Act*, dont l'objet commun est la prohibition des abus de position dominante. L'auteur remarque tout d'abord que la confrontation doit se faire davantage entre les interprétations jurisprudentielles qu'entre les textes. Les autorités aussi bien nord-américaines qu'européennes ont donné des définitions de l'abus et du monopole analogues, comme le montre l'analyse comparée des arrêts, mais cela ne guide que peu l'analyse demeurée très casuistique des notions, notamment en ce qui concerne la concurrence par les mérites, ce qui conduit de fait aux juridictions nord-américaines et européennes à ne pas aboutir aux mêmes appréciations.

Du fait de la vacuité de ces définitions générales, la solution est alors la mise en place de tests spécifiques qui permettent d'éprouver les comportements anormaux, par exemple en matière de prix prédateurs. Plus encore, si l'on peut comprendre les décisions particulières adoptées, ce n'est pas tant vers les définitions qu'il faut se tourner, mais vers les hypothèses juridiques et économiques sous-jacentes aux idéologies à l'œuvre, qui expliquent mieux que la technique les divergences de solutions entre les États-Unis et l'Europe.

Les solutions nord-américaines reflètent le profond scepticisme quant à l'efficacité d'une intervention publique, fût-elle à travers le droit de la concurrence, ce qui explique que des comportements ne soient pas là-bas sanctionnés alors qu'ils

le seront en Europe, par exemple dans l'appréciation du caractère abusif des prix. La concurrence par les mérites, récompense du sens des affaires, y a donc plus de place. Le judiciaire a davantage confiance dans l'économie et la capacité propre du marché à réagir. La plus grande tolérance par rapport à l'exercice des pouvoirs de marché tient encore au fait que les autorités considèrent directement l'intérêt bien servi du consommateur par un comportement efficient de l'entreprise pour valider un comportement, y compris prédateur. En Europe, à travers la sanction des abus de position dominante, il s'agit toujours de réguler la conduite des entreprises, dans une démarche proche de la réglementation. Cette tendance à sanctionner davantage est liée aussi à la volonté de construire le marché européen et à l'adhésion implicite aux thèses de l'ordolibéralisme. En outre, les autorités européennes se soucient d'équité, en sanctionnant l'exploitation comme un comportement reprochable en soi.

Mais les droits évoluent, sans doute en se rapprochant. Ainsi, du fait de l'insuffisance de la définition générale du monopole, de très nombreuses propositions sont faites pour améliorer les tests, que l'auteur expose et commente.

Ce sont précisément ces divers tests que reprend, sous l'angle économique et dans un *troisième chapitre*, Patrick Rey. Étudiant à son tour la notion de concurrence par les mérites, son approche consiste à partir non pas tant des types de pratiques que de type d'effets de celles-ci, notamment sur les consommateurs. Cela implique de préférer parmi les tests proposés les méthodes qui mettent ceux-ci au centre. Après avoir repris la notion de concurrence par les mérites, qui se développe dans un contexte de concurrence imparfaite où des entreprises ont des moyens de peser sur la concurrence, l'auteur approfondit le critère de bien-être du consommateur, notamment à long terme.

C'est pourquoi il estime que la méthode consistant à mesurer le préjudice aux consommateurs est préférable aux autres. Certes, le test « du sacrifice », supposant que l'abus est constitué si le comportement de l'entreprise dominante ne peut se comprendre que par l'effet de réduction de la concurrence car il s'agit d'un comportement qui par ailleurs réduit ses profits, appliqué particulièrement dans les cas de prédation, est difficile à mettre en œuvre notamment parce qu'il faut reconstituer ce que serait le comportement rationnel de l'entreprise dans l'hypothèse d'une concurrence non affectée par celui-ci, et qu'il faut déterminer quel type de profit est pertinent pour opérer la mesure. De la même façon, le test « du concurrent aussi efficace », consistant à imaginer un concurrent ayant les mêmes mérites mais sans la force de position de l'entreprise dont on observe le comportement, pour apprécier par comparaison si celle-ci a ou non un comportement normal, méconnaît les mécanismes d'économie d'échelle et prend trop peu en compte l'intérêt du consommateur. Dès lors, le test « du préjudice au consommateur » doit, selon l'auteur, être préféré, l'abus étant constitué lorsque « le comportement de l'entreprise dominante conduirait à l'éviction d'un concurrent dont la présence est bénéfique au consommateur ». L'approche produit un droit assez peu interventionniste, et donc conforme à la confiance qui doit être faite à la concurrence elle-même, car il faut prouver que le consommateur est

globalement perdant du fait du comportement étudié, même s'il ne s'agit que d'un préjudice potentiel.

Reprenant cette question de la concurrence par les mérites dans une approche juridique, et plus précisément jurisprudentielle, le *quatrième chapitre* de ce livre II aborde la façon dont ces différentes théories économiques ont été reprises comme pré-supposées de solutions adoptées par les autorités dans les cas particuliers. *Bo Vesterdorf* rappelle que le Tribunal de première instance des Communautés se contente d'un contrôle restreint sur les appréciations et conclusions de la Commission, alors que les juridictions nationales se comportent comme celle-ci. S'appuyant à son tour sur la définition communautaire de l'abus de position dominante, elles visent la puissance de l'entreprise l'obligeant à ne pas aggraver la fragilité du marché qui en résulte. L'incidence néfaste du comportement sur la concurrence sera donc sanctionnée, sauf si l'avantage obtenu tient aux mérites de l'entreprise.

L'auteur montre qu'au cas par cas les autorités cherchent à ne pas pénaliser une entreprise qui accroît sa domination par sa propre performance et son adaptation, les pratiques sur les prix étant les plus délicates à apprécier. Il faut alors apprécier les intérêts des consommateurs à court terme, servis par les prix bas, et à long terme, desservis par les prix prédateurs.

La dernière question qui se pose alors est de savoir si des comportements relevant d'une concurrence par les mérites peuvent néanmoins donner lieu à sanction. Cela peut se concevoir parce que l'entreprise dominante a la « responsabilité particulière » de ménager la concurrence, cette responsabilité qui lui est propre s'accroissant à proportion de sa situation dominante. Le poids, qui ne pèse pas sur ses concurrents, dépend largement du degré de concurrence souhaitable sur le marché. C'est ainsi que l'on peut interpréter les décisions qui exceptionnellement limitent les droits de propriété intellectuelle.

Il demeure que l'on ne dispose pas de définition jurisprudentielle ferme de ce qui constitue une concurrence par les mérites et s'il est vrai que cela altère la sécurité juridique, celle-ci doit en droit de la concurrence perdre un peu de sa consistance au profit de raisonnements économiques au plus près des cas traités.

Ce rapprochement des droits est d'autant plus nécessaire que les comportements répréhensibles s'internationalisent. Le *cinquième chapitre* prend donc la forme d'une étude menée par *Jérôme Philippe, Aude Guyon et Ivan Gurov* qui montrent que la lutte contre les cartels internationaux, dont l'objectif est le partage des marchés nationaux et le contrôle des prix mondiaux, est désormais un objectif essentiel, aussi bien aux États-Unis qu'en Europe. Pour ce faire, les auteurs exposent les dispositifs réglementaires et répressifs adoptés, de sorte que l'action publique contre les cartels internationaux puise une nouvelle efficacité par la convergence des différents régimes, par un renforcement des sanctions, et par une coopération accrue entre les autorités. Celle-ci est déjà effective sur de nombreux points, soit à travers le réseau européen des autorités de concurrence, soit par des accords bilatéraux avec les États-Unis.

Les actions privées contre les cartels internationaux, intentées par les victimes demandant réparation, sont quant à elles beaucoup plus développées aux États-Unis qu'en Europe, ce qui rend nécessaire la lutte contre le *forum shopping*.

Il demeure que les programmes de clémence sont aujourd'hui l'arme absolue contre les cartels. Ces programmes sont d'autant plus efficaces qu'ils sont transparents et procurent l'immunité à l'entreprise qui fait chuter le cartel dont elle fait partie. Il est vital que les divers systèmes nationaux de clémence, des États-Unis, de l'Europe et des États membres, se rapprochent, faute de quoi ils risquent d'être neutralisés, du fait même de leur disparité entraînant des applications cumulatives et parallèles et du fait des compétences extraterritoriales grandissantes des juridictions nord-américaines, notamment dans l'attribution de dommages et intérêts punitifs.

Enfin, un *sixième chapitre* clôt cette partie de l'ouvrage par l'étude de l'ouverture du droit de la concurrence sur la mondialisation elle-même, saisie à travers l'OMC. *Habib Gherari* souligne que pour l'instant la promesse d'un croisement entre la politique de la concurrence et le droit international du commerce n'est pas encore tenue, le texte de la Charte de La Havane qui y faisait référence n'ayant pas prospéré et cette dimension, négligée par le GATT, n'ayant pas retrouvé une place semblable dans le système en vigueur, n'étant plus mentionnée qu'à l'occasion de la libéralisation des services ou de la protection de la propriété intellectuelle. Cependant, le cas *FSC* a montré la capacité des panels à sanctionner des pratiques déloyales, ce problème montrant d'ailleurs que la principale difficulté de ces contentieux tient dans la capacité des États condamnés de ne pas exécuter en méconnaissant les conclusions du rapport du panel, ce qui entraîne une relance du contentieux.

Plus nettement encore, le cas *Telmex* porte directement sur des pratiques anti-concurrentielles, du fait du secteur des télécommunications concerné et à propos duquel un accord spécifique se réfère à cette dimension. Le reproche que les États-Unis formulaient contre le Mexique consistait pour celui-ci de n'avoir pas pris les mesures adéquates pour empêcher *Telmex* de se livrer à un abus de position dominante. Le panel a en effet estimé que le Mexique avait méconnu son engagement d'empêcher qu'un fournisseur principal, *Telmex*, fixant les taxes de règlement à la charge des opérateurs étrangers sur le marché des services de télécommunications de base venant des États-Unis et destinés au Mexique, adopte ou maintienne une pratique anticoncurrentielle. L'une des difficultés du cas venait du fait que ces « pratiques anticoncurrentielles » visées par le texte n'étaient pas définies, le panel se contentant d'estimer que cela vise notamment les ententes et les partages de marché. En outre, le panel a posé que l'État concerné ne peut exciper de son droit national pour échapper à son engagement international et estime qu'en l'espèce le Mexique a même favorisé la pratique dolosive. Le cas était donc exemplaire.

Après ce vaste tour d'horizon, l'ouvrage ouvre son *livre troisième*, consacré aux pratiques du droit de la concurrence français. L'évolution s'est plus particulièrement fait sentir dans les procès menés en la matière, du déclenchement de l'action, à la sanction et à son contrôle.

L'ensemble doit être rattaché à un mouvement général exposé dans un *chapitre premier* : la processualisation du droit de la concurrence. *Emmanuelle Claudel* y distingue le contentieux objectif, pris en charge par les autorités de concurrence, et le contentieux subjectif, davantage à la charge des juridictions nationales. Le contentieux objectif de la concurrence constitue une voie de plus en plus efficace par l'accroissement des moyens d'enquête et d'action s'appuyant sur une collaboration développée entre autorités. Cependant, le principe du procès équitable y subit quelques faiblesses, notamment au regard du délai raisonnable, et le nouveau Règlement accroît les pouvoirs de l'administration sans mettre à niveau ni le plaignant ni l'entreprise poursuivie.

Le contentieux subjectif est « une voie qui s'ouvre », les nouveaux textes invitant à un renforcement des procès civils, non seulement par souci de l'intérêt des victimes mais encore pour l'efficacité de la politique de concurrence. Nous en sommes pourtant encore au stade de l'incantation, du fait de la difficile formation des juges qui fait incliner à souhaiter la création de juridictions spécialisées en droit de la concurrence, mais aussi du fait des plaignants qui craignent les représailles et que le juge a du mal à protéger.

Emmanuelle Claudel poursuit en montrant que s'il est vrai que les autorités de concurrence et les juridictions sont organiquement indépendantes les unes des autres, on relève pourtant une perméabilité croissante des contentieux objectif et subjectif. Celle-ci s'opère par le biais de la coopération, par l'intervention de l'autorité de concurrence comme quasi-expert devant la juridiction ou par son intervention spontanée. Ce dernier type de participation s'opère sans cadre et met de ce fait en difficulté les garanties de procédure.

Dans un *deuxième chapitre*, reprenant le déroulement des procédures, *Guillaume Cerutti* explicite le rôle de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Dressant tout d'abord un état des lieux, il rappelle que la conséquence naturelle des enquêtes menées par celle-ci, faisant équilibre à d'autres sources de renseignement constituées par les mécanismes de clémence et l'action des concurrents, est la saisine du Conseil de la concurrence par le ministre. Par le biais du commissaire du Gouvernement choisi en son sein, la DGCCRF produit des observations, transmettant ainsi son analyse, notamment quant au marché pertinent, à la qualification des pratiques, à l'affectation des échanges intra communautaires et aux lois pouvant fonder une exemption. Des recours sont formés devant la Cour d'appel de Paris pour la moitié environ des décisions, aussi bien par l'entreprise sanctionnée que par l'entreprise plaignante, recours dans lesquels la DGCCRF intervient comme une sorte de gardien de l'ordre public économique. En cas de procès civil et pénal, le ministre peut transmettre des informations ou intervenir.

Au-delà de cet état des lieux, la DGCCRF cherche à accroître l'efficacité de son action, notamment par l'établissement d'une directive annuelle d'orientation impliquant un rôle accru des services régionaux. En outre, lorsque le coût d'un contentieux paraît disproportionné par rapport à l'ampleur du comportement constaté, il convient d'accroître les mesures administratives, par exemple l'injonction, comme alternatives à la saisine du Conseil. Il est par ailleurs

primordial de s'insérer mieux dans le réseau de concurrence, à la fois par l'accroissement de la collaboration avec le Conseil de la concurrence, par exemple pour limiter la durée totale des procédures et établir une coopération entre le rapporteur et l'enquêteur, et par l'articulation avec la Commission, notamment dans les renvois d'affaires. Enfin, la DGCCRF doit participer à une diffusion d'une véritable culture de la concurrence.

Le *troisième chapitre* est plus particulièrement consacré au procès devant le Conseil de la concurrence. *Micheline Pasturel* souligne tout d'abord les gains produits par la composition hétérogène du Conseil. Bien que le Conseil n'ait pas été conçu comme une juridiction mais comme une autorité administrative, la frontière tend à s'estomper, notamment par le souci du Conseil non seulement de respecter le contradictoire mais encore l'égalité des armes. L'on peut souhaiter encore plus d'emprunts aux principes de procédure, par exemple en matière de suspension de la prescription, parce que l'action des autorités sera d'autant plus acceptée que la procédure sera respectée.

En outre, la jurisprudence du Conseil de la concurrence étant empreinte d'analyse économique, l'auteur montre, à travers un contentieux concernant la technique de paiement par carte bancaire et de nouvelles obligations pesant contractuellement sur les commerçants, comment le Conseil en premier lieu et la Cour d'appel en second lieu ont abouti à des solutions différentes en développant des raisonnements ayant pris des appuis différents.

Ces principes procéduraux se mêlent ainsi non seulement de raisonnement économique mais encore intègrent plus qu'ailleurs l'objectif d'efficacité. Le *quatrième chapitre* reprend ce thème à propos des sanctions. *Philippe Nasse* insiste tout d'abord sur le fait que « réguler n'est pas juger », que le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction et bien plutôt un régulateur, en charge dès lors d'atteindre les objectifs. Pendant la procédure, l'entreprise doit avoir les garanties qu'offre la procédure mais au-delà de l'article 6, la raison d'être de la sanction est d'agir comme un outil de régulation pour le Conseil, comme l'est également le pouvoir d'injonction.

Les conditions de l'efficacité de la sanction se dessinent par l'approche néoclassique de l'économie, centrée sur les prix efficaces permis par la concurrence, ce qui distingue nettement les sanctions en la matière de ce qui est la simple répression de la déloyauté. L'efficacité de la sanction se mesure donc « à l'aune de son pouvoir à s'exercer sur des prix ». S'appuyant sur diverses théories d'économistes, l'auteur montre qu'ainsi l'efficacité est répressive, ce qui suppose de la rapidité dans la réaction du Conseil, mais aussi préventive, grâce à un montant de la sanction incitant à ce que le comportement sanctionné ne se reproduise pas. Cela suppose la capacité des entreprises à évaluer cette perspective mais aussi celle de l'autorité à mieux calculer le montant des profits illicites et son aptitude à les découvrir. L'action sera d'autant plus efficace qu'il pourra y avoir une observation régulière des prix sur le marché, ne serait-ce que pour mesurer si la poursuite du comportement vaut la peine. En ce qui concerne la récidive, le phénomène est lui-même source d'information sur l'ampleur des pratiques, l'effet des sanctions et la probabilité de la découverte.

L'auteur poursuit en prenant deux exemples. Tout d'abord, la Commission européenne, dans ses lignes directrices, a explicité sa politique de sanction, afin que les entreprises anticipent les risques et que les sanctions se révèlent efficaces, combinant un montant suivant le type et la durée de l'infraction, ce qui prévient contre l'arbitraire, un autre montant variant selon la gravité circonstanciée du comportement et un autre encore suivant l'implication de l'auteur. Ensuite, le Conseil de la concurrence pour sa part suit les exigences légales de proportionnalité et d'individualisation. Dans sa pratique, le Conseil adopte les mêmes gradations que la Commission, tient compte du dommage à la concurrence et de la situation propre de l'entreprise. Il demeure que la mesure du dommage causé à l'économie est difficile et il faut conserver l'équilibre entre l'automatisme qui procure la sécurité et les variations permettant l'individualisation.

Le *cinquième chapitre* porte naturellement sur le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'appel de Paris. *Christine Pénichon* expose que ce contrôle s'exerce dans un recours de plein contentieux, la proportionnalité étant perçue comme une règle de procédure, de nature nationale donc.

Le juge procède tout d'abord à un contrôle analytique, tout d'abord quant à l'infraction, qui dépend de la nature de l'infraction, des circonstances objectives de celle-ci, ce qui amène le contrôle à être tributaire de l'appréciation au fond de la pratique. Le critère le plus riche est celui de la situation de l'entreprise, répondant au principe d'individualisation de la sanction, tenant compte à la fois de la situation matérielle de l'entreprise et de sa situation par rapport aux faits reprochés.

Puis, le juge adopte une approche synthétique, vérifiant que l'autorité de marché s'est prononcée sur tous les critères, et l'on peut penser que la liste légale n'est pas limitative, puis contrôlant la pondération opérée entre eux, ce qui est plus facile lorsque les critères vont dans le même sens que lorsqu'ils s'opposent. Même si cette proportionnalité s'arrête à des seuils et des plafonds, elle est de fait dissuasive, faisant l'équilibre entre sécurité et aléa, la motivation produisant un effet pédagogique heureux.

Le *sixième chapitre* clôt cette partie de l'ouvrage sur le contrôle par la Cour de cassation. *Carole Champalaune* souligne que celle-ci intervient dans une politique de sanction pensée par les autorités de concurrence selon le critère de la dissuasion efficace, car la Cour doit fixer le contenu des notions et s'assurer de l'équité des procès. Bien sûr, la Cour de cassation ne contrôle pas le quantum de la sanction, mais tout d'abord les éléments de fixation, notamment le chiffre d'affaires à prendre en considération, puis les principes de fixation, que sont l'individualisation, la motivation et la proportionnalité. Le contrôle est véritablement spécifique lorsqu'il concerne la proportionnalité.

La primauté et la difficulté portent sur la proportionnalité par rapport au dommage à l'économie, la Cour admettant que celui-ci est présumé dès l'instant que la pratique est sanctionnée, ce qui entraîne une sorte de fusion entre les deux dans les pratiques de motivation. Pour l'appréciation même du dommage à l'économie, la jurisprudence a fixé les principes de son appréciation, posant qu'il

peut prendre comme référence le marché mais aussi le secteur économique ou l'économie d'une façon plus générale et que son évaluation tient compte notamment des effets structurels et conjoncturels de la pratique. Le contrôle exercé par la Cour de cassation est assez dense puisqu'elle s'assure qu'une analyse concrète et précise a bien été menée et que la Cour d'appel a pris en considération les données non seulement retenues par le Conseil de la concurrence mais encore par les entreprises concernées, pour se forger à son tour son opinion. Une dernière question concerne l'applicabilité de l'exigence de proportion lorsque c'est d'une injonction dont il s'agit. On peut estimer que la vérification comme quoi l'injonction est la condition *sine qua non* d'un retour à la norme constitue une sorte de contrôle de proportionnalité, ce qui devrait justifier son contrôle à l'occasion des recours.

Le *quatrième livre* de l'ouvrage peut enfin s'ouvrir sur une évolution forte du droit de la concurrence, à savoir la pertinence donnée à la dimension sectorielle. De nouveaux secteurs sont happés par le droit de la concurrence, notamment les professions juridiques, le droit s'agrippant de plus en plus solidement à d'autres, comme le droit des marchés publics, droit de la concurrence et régulation trouvant une nouvelle harmonie, par exemple en matière de télécommunications.

Le *premier chapitre* de cette dernière partie concerne donc les professions libérales juridiques. *Catherine Prieto*, rappelant que les professions libérales ont des activités économiques, se demande tout d'abord si elles sont à l'égard du principe de concurrence dans un rapport de confrontation ou de conciliation. Les professions libérales font valoir qu'elles n'ont pas que le profit comme objectif et qu'elles ont su s'organiser par leurs propres normes, notamment déontologiques, suspectant une manœuvre de déréglementation, tandis que les autorités de concurrence font valoir les bienfaits de la concurrence, au-delà de la loyauté, l'enjeu principal étant la qualité du service. La conciliation peut venir d'une convergence des finalités dans une économie sociale de marché, et l'analyse économique du droit, même menée sous l'angle de la concurrence, permet de détecter les bienfaits de certaines dispositions finalement peu propices à la concurrence.

Ainsi, l'article 81 du Traité, comme l'article L. 420-1 du Code de commerce, permettent l'intégration de l'autorégulation car la jurisprudence en a fait une appréciation mesurée. Certes, les professions ne peuvent prétendre s'exclure de l'applicabilité du texte et les structures professionnelles répondent bien aux caractéristiques de l'entreprise, tandis que les organisations professionnelles constituent des associations d'entreprises. Mais la restriction de concurrence est en la matière appréciée raisonnablement, par la voie traditionnelle de l'exemption mais aussi par la volonté de prendre en considération le « contexte global » de l'organisation de la profession au regard notamment de l'intérêt général, comme le montre la jurisprudence communautaire *Wouters*. La Commission européenne a invité les professions à procéder elles-mêmes à l'évaluation de leurs normes et organisations, reprenant la considération du contexte global et en se souciant de la proportionnalité, la Commission ayant pris soin de favoriser l'autorégulation.

Dans un second temps, l'auteur étudie l'hypothèse dans laquelle l'organisation de la profession s'appuie sur une réglementation étatique. Dans un tel cas, le

contrôle au regard de la concurrence est moins fort, en Europe comme aux États-Unis, même s'il peut s'appuyer sur l'obligation des États de prendre toutes mesures pour respecter leurs engagements communautaires et de s'abstenir de toute mesure pouvant mettre en péril les fins du Traité, ce qui leur interdit au nom de l'effet utile de l'article 81 d'imposer ou de favoriser des ententes, soit directement, soit par délégation du pouvoir normatif aux entreprises. Mais la Cour de justice reste très prudente en la matière.

Le *deuxième chapitre* concerne les marchés publics, et plus particulièrement ceux de la défense, pour lesquels l'argument de la spécificité et de la nécessaire dérogation est souvent avancé. *Thierry Kirat* analyse tout d'abord la portée en la matière des règles communautaires, l'article 296 du Traité permettant à ce titre une exclusion de ce secteur. La directive du 31 mars 2004 sur les marchés publics reprend l'exception lorsque les marchés doivent demeurer secrets, ou leur exécution donner lieu à des mesures particulières de sécurité, ou que la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige. Le marché est alors passé selon une procédure simplement négociée.

D'une façon plus spécifique et constructive, une Agence européenne de défense a été créée en 2004 et un certain nombre d'organismes communs et d'accords ont été établis à côté de l'Union européenne.

En outre, la Commission a consacré une communication en mars 2003 aux marchés publics de la défense, guidée par la promotion d'un marché européen de la défense, en consolidant sa base industrielle et technologique et en progressant vers un marché européen des équipements. Il convient de lutter contre la fragmentation des marchés, issue notamment de l'article 296, et de lever les obstacles à la concurrence. Le Livre vert de septembre 2004 confirme la volonté de la construction progressive d'un marché européen des équipements de défense plus transparent et plus ouvert, ses limites étant constituées et par l'article 296 et par l'hétérogénéité des législations nationales. Le choix de la Commission est donc de poser que la construction d'un marché européen concurrentiel est plus propice à la défense que son enfermement dans chacun des États, même si l'on peut estimer que l'ouverture à la concurrence ne peut tenir lieu de politique commune de défense. Il faudrait à tout le moins revoir les conditions dans lesquelles les États peuvent se prévaloir de l'article 296.

Le *troisième chapitre* clôt cette dernière partie de l'ouvrage par l'étude du secteur des communications électroniques. *Lucien Rapp* souligne tout d'abord les relations interactives entre la libéralisation par une régulation spécifique et le droit commun de la concurrence. L'auteur reprend l'évolution des règles et des solutions retenues entre 2000 et 2004. Dans ce mouvement, la régulation a fait une large place à l'impératif de concurrence. Mais l'influence inverse est sans doute encore plus forte, le droit de la concurrence s'étant en la matière métamorphosé pour conduire le développement économique du secteur. Cela tient notamment au fait que l'autorité de concurrence, amplement saisie par les opérateurs et alors que l'Autorité de régulation des télécommunications peinait à ouvrir certains marchés, a rendu une série de décisions donnant de plus en plus de place à la dimension technique de l'analyse. Les décisions successives montrent

que cela aura été le cas à propos de la boucle locale, pour laquelle le Conseil aura eu recours à la notion de facilité essentielle, et à propos d'Internet. L'auteur désigne ce phénomène comme une « modernisation » du droit de la concurrence, largement portée par les directives communautaires de 2002, transposées en 2004, et faisant notamment glisser le cadre d'une régulation sectorielle vers une régulation concurrentielle.

Il faut en tirer des conséquences, en donnant au Conseil de la concurrence davantage de pouvoirs et de moyens pour mener à bien cette fonction.