

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 5 : Le contrôle ex post des comportements anticoncurrentiels des entreprises sur le marché

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : Le contrôle par une Autorité de concurrence (AC).....	p. 2
§ 1 : L'Autorité de la concurrence.....	p. 3
A - La composition de l'Autorité de la concurrence.....	p. 3
1. Le service d'enquête.....	p. 4
2. Le service d'instruction.....	p. 5
3. Le collège.....	p. 5
4. Le conseiller auditeur.....	p. 6
B - Le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence.....	p. 6
1. La compétence consultative.....	p. 7
2. La compétence contentieuse.....	p. 8
3. La compétence décisionnelle en matière de concentration économique.....	p. 8
C - Les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence.....	p. 9
§ 2 : La Commission européenne.....	p. 10
Section 2 : Le contrôle par le juge national.....	p. 12
§ 1 : La réparation.....	p. 12
A - La réparation dans le cadre d'une action de groupe.....	p. 13
B - La réparation hors action de groupe.....	p. 14
1. Preuve de la faute concurrentielle.....	p. 14
2. Répercussion du surcoût (passing-on defense).....	p. 15
§ 2 : La sanction pénale des personnes physiques.....	p. 16

Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est à la fois objectif et subjectif. Le contentieux objectif conduit à une appréciation du comportement sur le marché de l'entreprise ou des entreprises contrevenantes en vue de leur sanction éventuelle. Cette mission, dénommée aussi **Public enforcement**, est confiée à une autorité de concurrence (Section 1). La démarche ne tient aucunement compte du préjudice souffert par la victime, contrairement au contentieux subjectif ou **Private enforcement**, assuré par le juge et qui tend à la réparation du préjudice subi (Section 2).

Section 1 : Le contrôle par une Autorité de concurrence (AC)

Au plan européen et interne, le public enforcement est assuré par la Commission européenne (§ 2) et l'Autorité de la concurrence (§ 1). Les règles de répartition de compétences sont exposées dans le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence. Les autorités nationales de concurrence (ANC) saisies doivent appliquer leur droit interne conjointement au droit européen dès lors qu'il y a affectation ou possibilité d'affectation du commerce entre Etats-membres (art. 3 § 1).

La Commission européenne a un pouvoir d'évocation posé à l'article 11 § 6 du Règlement n° 1/2003 :

« L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des Etats membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Si une autorité de concurrence d'un Etat membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence. »

La décentralisation opérée par le Règlement n° 1/2003 (V. Leçon 7) commande une coopération étroite de la Commission européenne et des Autorités et juridictions nationales. L'article 11 consacre ainsi une obligation d'information réciproque entre l'autorité européenne et les ANC. D'un côté, *« la Commission transmet aux autorités de concurrence des Etats membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies (...). Si l'autorité de concurrence d'un Etat membre en fait la demande, la Commission lui fournit une copie des autres documents existants qui sont nécessaires à l'appréciation de l'affaire »*. D'un autre côté, *« lorsqu'elles agissent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité, les autorités de concurrence des Etats membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête »*. En outre, *« au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des Etats membres informent la Commission. À cet effet, elles communiquent à la Commission un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée »*. A noter que ces informations peuvent pareillement être transmises aux ANC d'autres Etats-membres.

Dans ce dessein d'assurer l'homogénéité du droit de la concurrence européen, les autorités nationales sont regroupées dans un **Réseau européen de concurrence (REC)** ou *European Competition Network (ECN)*. L'objet du réseau est d'attribuer une affaire à l'autorité la mieux placée pour la traiter et d'organiser l'échange d'informations. La Commission est au cœur de l'ECN et reste compétente.

Exemple

Ainsi, le fait qu'une affaire soit pendante devant une ANC ne prive pas la Commission de sa compétence pour enquêter sur les faits, voir de reprendre l'affaire (TPICE, 8 mars 2007, aff. [T-339/04](#), France Télécom SA et 8 mars 2007, aff. [T-340/04](#), France Télécom SA : JCP G 2007, II, 10124, note L. Idot). Inversement, la Commission européenne peut rejeter une plainte dès lors qu'elle a déjà été traitée par une autorité nationale (art. 13 § 1 Rgl. n° 1/2003. V. Trib. UE, 21 janv. 2015, aff. T-355/13, EasyJet Airline).

Ce n'est pas l'issue de l'examen de la plainte par l'autorité nationale qui importe dans le rejet mais le fait que la plainte ait été examinée par cette dernière. Cela s'explique par l'un des objectifs du règlement 1/2003, à savoir la mise en place d'un système décentralisé efficace d'application des règles de concurrence de l'Union.

Exemple

Par ailleurs, la Commission peut, pour rejeter une plainte, se fonder sur le fait qu'une Autorité de concurrence a précédemment rejeté cette plainte à la suite d'un examen reposant sur des conclusions auxquelles elle est parvenue dans le cadre d'une enquête menée au regard d'autres dispositions du droit national, à condition que cet examen ait été mené au regard des règles européennes de concurrence (Trib. UE, 21 janv. 2015, aff. [T-355/13](#), easyJet Airline).

Remarque

Toujours dans le but d'une plus grande harmonisation du public renforcement, la Commission européenne a adopté la [directive n° 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur \(Directive ECN+\)](#). La Loi DDADUE du 3 décembre 2020 a habilité le gouvernement à transposer la directive ECN+ (V. E. CLaudel, *RTD com.* 2020, p. 793), ce qu'il a fait par l'Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021. L'Autorité française n'est pas beaucoup impactée car elle était déjà dotée des principaux pouvoirs développés dans la directive. On notera toutefois la possibilité, nouvelle, de rejeter des saisines ne correspondant pas à ses priorités (pouvoir d'opportunité des poursuites) ou encore de se saisir d'office d'une demande de mesures conservatoires.

§ 1 : L'Autorité de la concurrence

Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale et sous l'influence du droit communautaire qui se construisait, que le droit français s'est doté d'un arsenal juridique moderne pour lutter contre les coalitions et ententes défavorables à ce nouveau personnage central : le consommateur. Tenant compte des écueils de l'article [419](#) du Code pénal, les rédacteurs des textes d'après guerre, et en particulier du décret du 9 août 1953 intégré à l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sur les prix, ont confié le contrôle des ententes à une institution administrative : la Commission technique des ententes. Celle-ci était chargée de se prononcer sur l'existence d'une entente illicite et de présenter des recommandations au ministre de l'Economie et des Finances. Cet avis ne liait pas le Ministre qui restait libre de décider des suites à donner, notamment de la transmission de l'affaire au parquet. Le juge répressif n'était donc pas écarté de la sphère concurrentielle ; mais une distinction était à présent faite entre la politique de concurrence qui relevait du Ministre de l'Economie et des Finances après avis de la Commission technique des ententes et le droit de la concurrence appliqué par le juge répressif. Le mécanisme est toutefois resté inefficace et la substitution de la Commission de la concurrence en 1977 à l'ancienne Commission technique des ententes n'a guère fait évoluer les choses, même si la nouvelle autorité était pourvue de moyens renforcés.

Le principal succès est venu de la création du Conseil de la concurrence par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Véritable Autorité administrative indépendante, le Conseil s'est substitué au Ministre de l'Economie dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et l'imputation de sanctions administratives. Aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence (ADLC), qui l'a remplacé en 2008, est détenteur du pouvoir d'orienter la politique de concurrence. En effet, à ses prérogatives exclusives dans le domaine des comportements anticoncurrentiels d'entreprises ont été greffés des pouvoirs en matière de concentrations économiques : alors qu'avant 2008, seul le Ministre de l'Economie pouvait autoriser ou non une opération de concentration après avis du Conseil de la concurrence, désormais, c'est à l'ADLC qu'appartient cette faculté, le Ministre ne disposant plus que d'un pouvoir d'évocation.

A - La composition de l'Autorité de la concurrence

Lors de la procédure devant l'Autorité de la concurrence, le respect du principe de loyauté est assuré par le contradictoire qui est organisé et garanti par les textes (article [L. 463-1](#)) ainsi que par les principes d'indépendance et d'impartialité qui s'appliquent devant l'ADLC, comme devant toutes les autres autorités administratives indépendantes. C'est sur ce dernier point que la principale évolution a eu lieu puisque a été

aménagée la séparation des fonctions d'instruction et de jugement sur le fondement de l'article 6-1 de la CESDH.

Remarque

L'organigramme de l'Autorité est présenté ainsi sur le site : www.autoritedelaconcurrence.fr

1. Le service d'enquête

Jusqu'à la réforme opérée par la loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008, les enquêtes relevaient de la DGCCRF. Elle partageait avec le Conseil de la concurrence la mission de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Chacune de ces autorités avait un rôle bien défini : l'enquête relevait des agents de la DGCCRF tandis que l'instruction, la qualification et éventuellement la sanction appartenaient au Conseil. En juillet 2004, Marie-Dominique HAGELSTEEN, alors Présidente du Conseil, avait exprimé le souhait d'un rapprochement entre les deux autorités. Un premier pas avait été franchi le 28 janvier 2005 puisque la DGCCRF et le Conseil avaient signé une charte de coopération et d'objectifs en vue d'atteindre une meilleure efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (Gaz. Pal., 30 juin / 1^{er} juill. 2006, p. 2.).

La LME a ensuite transféré une partie du service des enquêtes à l'Autorité de la concurrence.

Comme le regrettait M. Lasserre du temps de sa Présidence de l'ADLC, « *Le pouvoir d'effectuer les enquêtes de concurrence n'a pas été totalement transféré à l'Autorité, comme le préconisait la Commission pour la Libération de la Croissance Française (CLCF) et comme l'avait recommandé le Conseil de la concurrence dans son avis du 18 avril 2008. Cette logique aurait eu le mérite d'établir un partage clair des rôles. Les services ministériels auraient pu cibler leur activité sur la protection du marché dans tous ses aspects (sécurité des produits, fraudes, consommation, etc.) et auraient conservé, à cette fin, le pouvoir d'effectuer des enquêtes de consommation ainsi que des enquêtes relatives aux pratiques commerciales déloyales. Pour sa part, l'Autorité aurait axé son intervention sur les pratiques anticoncurrentielles. Un tel schéma aurait également garanti une plus grande prévisibilité pour les entreprises, assurées de n'avoir à traiter qu'avec un seul interlocuteur. En outre, il aurait permis de simplifier plus radicalement l'architecture institutionnelle, en supprimant « à la source » le besoin de prévoir des mécanismes d'articulation entre l'Autorité et les services ministériels, et, sans doute, en nécessitant moins de moyens humains et budgétaire.* » (B. Lasserre, La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace : Journal des sociétés 2009. Egalement disponible [en cliquant sur le lien suivant](#)).

Il convient donc d'articuler les deux services d'enquête : ceux de l'ADLC et ceux du Ministère. Dès lors que les services du Ministre envisagent de diligenter une enquête sur une éventuelle pratique anticoncurrentielle, ils doivent en informer le Rapporteur général de l'ADLC qui peut décider d'en prendre la direction dans le mois suivant la réception des documents (articles [L. 450-5](#) et [D. 450-3](#) du Code de commerce). Si ce n'est pas le cas, les services du Ministre, au terme de leur enquête, ont l'obligation d'en transmettre les résultats au Rapporteur général qui décidera soit de demander à l'Autorité de se saisir d'office, soit de laisser l'affaire aux services ministériels qui la traiteront localement.

La collaboration prend aussi la forme d'une mise à disposition, à la demande écrite du Rapporteur général, des agents du service ministériel pour procéder à des enquêtes lourdes (article [L. 450-6](#) du Code de commerce. Seules les enquêtes lourdes sont visées. Les enquêtes simples ne peuvent donc appeler cette mise à disposition, ce qui est regrettable).

Remarque

Lorsque les pratiques n'ont pas de dimension européenne et que le chiffre d'affaires que chaque entreprise a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 200 millions d'euros, le ministre chargé de l'économie (DGCCRF) peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2 et L. 420-5 ou contrairement aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 ou bien leur proposer une transaction (art. [L. 464-9](#)). C'est ce que l'on appelle les micro-pratiques.

En savoir plus : Coopération de la DGCCRF et de l'ADLC

[Voir la vidéo.](#)

2. Le service d'instruction

Le service d'instruction est composé à l'heure actuelle par un Rapporteur Général (Umberto Berkani), de six rapporteurs généraux adjoints ayant en charge pour cinq d'entre eux d'un service concurrence et pour le sixième du service concentration, et enfin d'un service économique.

Les instructions sont réalisées à charge et à décharge par des rapporteurs permanents ou extérieurs. Leur examen conduit soit à une notification de grief(s) soit à une proposition de non lieu. Suite aux observations des parties, et dans une procédure normale, le rapporteur établit un rapport qui fera une fois encore l'objet d'observations de la part des parties.

Le rapporteur défend son rapport lors de l'audience, mais ne participe pas au délibéré.

Exemple

En effet, le 5 octobre 1999, dans son arrêt *Campenon Bernard*, la Cour de cassation a jugé que « *la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire* » au principe d'égalité des armes posé par l'article 6-1 de la CESDH (JCP E 1999, 2016, note J.-Cl. Fourgoux ; JCP G 2000, II, 10255, note E. Cadou).

Le législateur a pris acte de cette jurisprudence en modifiant l'article L. 463-7 qui précise désormais que « *le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative, sauf lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5* ». Le législateur est ainsi venu consolider les avancées procédurales réalisées par les autorités de la concurrence.

Le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement a été renforcé par l'ordonnance du 13 novembre 2008. De nombreux pouvoirs jusque là dévolus au Conseil / Autorité ont été transférés au rapporteur général :

- octroi d'un délai supplémentaire,
- décision de suivre la procédure simplifiée,
- gestion du secret des affaires,
- gestion de l'accès au dossier.

L'ordonnance a ajouté le pouvoir de proposer à l'Autorité de se saisir d'office des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles. L'Autorité ne peut plus s'auto-saisir seule : il faut au préalable que le rapporteur général l'ait proposé au collège.

3. Le collège

L'Autorité de la concurrence comprend dix-sept membres et le président. Outre le Président et les quatre Vice-présidents exerçant leurs fonctions à temps plein, le collège comporte onze membres non permanents et deux membres professions réglementées. Le mandat de l'ensemble des membres du collège est de cinq ans. Ils ne sont pas révocables, sauf dans les cas strictement définis aux articles et du Code de commerce.

Les 17 membres (9 femmes, 8 hommes en 2021) sont répartis de la façon suivante :

- 6 membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes ;
- 6 personnalités choisies en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de concurrence ou de consommation ;
- 2 membres délibérant sur les questions des professions réglementées.

Le président est nommé par décret du Président de la République sur avis des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat compétentes, en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique. Son mandat est renouvelable une seule fois contrairement aux autres. La Présidence de l'autorité est assurée par Monsieur Benoit Coeuré depuis janvier 2022.

Les Vice-présidents et les membres non permanents sont nommés sur décret du Président de la République. Institution collégiale, l'Autorité peut siéger en formation plénière, en section ou en commission permanente. Le Président de l'Autorité dispose également de compétences propres.

4. Le conseiller auditeur

La fonction de conseiller auditeur a été créée par la loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008. Dans son avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence, le Conseil s'était pourtant montré résolument hostile à la création de cette fonction observant qu'elle était inutile dans une autorité qui garantit la séparation des fonctions d'instruction et de jugement et qui permet aux parties de contester le déroulement de l'instruction devant un collège indépendant.

Le conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou « *offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes* » est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège (article [L. 461-4 alinéa 4](#) du Code de commerce). Il recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs. Il transmet au président de l'autorité un rapport évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties (v. Décret n° [2009-335](#) du 26 mars 2009 relatif aux modalités d'intervention du conseiller auditeur auprès de l'Autorité de la concurrence : *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. n° 138, obs. D. Bosco).

Comme l'expose l'ADLC dans son avis n° 14-A-02 du 6 février 2014 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de conseiller auditeur à l'Autorité de la concurrence, « *il ressort de ces dispositions, ainsi que des travaux et des débats parlementaires ayant précédé la création du conseiller auditeur de l'Autorité, que la mission confiée à celui-ci, dans le cadre d'une institution caractérisée par la séparation des fonctions d'instruction exercées par les services d'instruction sous la direction du rapporteur général, d'une part, et des fonctions de décision assurées en toute indépendance par le collège, d'autre part, est celle d'un expert procédural, disponible pour aider à régler d'éventuelles difficultés avant de présenter un point de vue autonome au collège appelé à se prononcer sur la régularité de la procédure d'instruction* ». Il s'en déduit que le conseiller auditeur est appelé à jouer un rôle de médiateur entre les parties et les services d'instruction, en proposant en tant que de besoin au rapporteur général des « *mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* » avant de présenter, dans le rapport qu'il remet au président de l'Autorité, une opinion autonome destinée à éclairer le collège à cet égard ».

B - Le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence

L'ADLC dispose de trois champs de compétence : une compétence consultative (1), une compétence contentieuse (2) et enfin une compétence décisionnelle en matière de concentration économique (3).

A noter également que depuis 2015, l'Autorité dispose aussi d'une compétence dans le domaine des professions réglementées à savoir les notaires, les commissaires de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les avocats aux Conseils.

1. La compétence consultative

L'autorité de la concurrence a une compétence consultative. Aux termes de l'article [L. 462-1](#) du Code de commerce, l'Autorité peut être consultée sur toute question concernant la concurrence par :

- le Gouvernement,
- le Parlement (commissions parlementaires),
- les collectivités territoriales,
- les organisations et chambres professionnelles,
- les organisations syndicales,
- les organisations de consommateurs agréées.

Elle peut aussi être consultée par les juridictions judiciaires, administratives, de droit commun ou spécialisées, sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans des affaires dont elles sont saisies (art. [L. 462-3](#)). Dans ce cas, la juridiction saisissante sursoit à statuer dans l'attente de l'avis de l'ADLC

Exemple

Affaire Google c/ Bottin Cartographie. La Cour d'appel de Paris a saisi pour avis l'Autorité dans son arrêt du 20 novembre 2013. L'ADLC a rendu son avis le 16 décembre 2014 (avis n° [14-A-18](#)) dans lequel elle a précisé que « *les pratiques de prédation alléguées par la société Bottin Cartographie à l'encontre des sociétés Google Inc et Google France ne sont pas démontrées à suffisance de droit* ». La Cour d'appel de Paris a débouté la société Bottin Cartographie en se fondant sur l'avis de l'ADLC (CA Paris, 25 novembre 2015, RG n° 12/02931).

La nature de ses avis est variable. Sa consultation peut être simplement facultative. En vertu de l'article [L. 462-1](#) du Code de commerce, les commissions parlementaires peuvent ainsi, par exemple, saisir l'Autorité lors de l'examen de propositions de loi. Comme le note l'Autorité elle-même sur son site, « *de manière générale, lorsqu'elle est saisie sur toute question concernant la concurrence, la consultation revêt un caractère facultatif, le but de la consultation étant d'enrichir le débat public sur le sujet* ». Les juridictions, statuant sur les articles de droit interne et européen consacrés aux pratiques anticoncurrentielles, peuvent saisir l'Autorité pour avis.

Sa consultation peut aussi être obligatoire. Ainsi doit-elle rendre un avis sur les projets de décret réglementant les prix ou restreignant la concurrence et sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :

- de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
- d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
- d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. (art. [L. 462-2](#)).

La Loi Macron, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 a prévu un nouveau cas de saisine de l'Autorité pour avis. Ainsi doit-elle être consultée sur les prix et tarifs réglementés (art. [L. 462-2-1](#)), disposition jugée conforme par le conseil constitutionnel dans la mesure où l'avis de l'Autorité ne lie pas le pouvoir réglementaire (Déc. n° [2015-715](#) DC, 5 août 2015). L'ADLC a utilisé ce nouveau pouvoir lors des discussions sur les tarifs des notaires, huissiers, administrateurs et mandataires judiciaires, commissaires-priseurs judiciaires et greffiers des tribunaux de commerce ayant donné lieu à la publication du décret n° [2016-230](#) du 26 février 2016 (ADLC, Avis n° [16-A-03](#), 29 janvier 2016 et [16-A-06](#), 22 février 2016 concernant le projet de décret relatif aux tarifs de certains professionnels du droit et au fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice prévu par l'article 50 de la loi du 6 août 2015).

Enfin, l'Ordonnance de novembre 2008 a conféré à l'Autorité le pouvoir de prendre l'initiative de donner son avis sur toute question de concurrence (art. [L. 462-4](#)). Il s'agit là d'une illustration du pouvoir de régulation détenu par l'Autorité qui se manifeste particulièrement dans le secteur numérique.

Exemple

- ADLC, déc. n° [11-SOA-02](#) du 1^{er} juillet 2011 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur du commerce électronique, suivie par ADLC, Avis n° [12-A-20](#) du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique

- ADLC, déc. n° 16-SOA-02, 23 mai 2016, relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne, suivie par ADLC, Avis n° [18-A-03](#), 6 mars 2018, portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne
- ADLC, Déc. n° 20-SOA-01 du 13 janvier 2020 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des nouvelles technologies appliquées aux activités financières, suivie par ADLC, Avis n° [21-A-05](#) du 29 avril 2021 portant sur le secteur des nouvelles technologies appliquées aux activités de paiements
- ADLC, déc. n° 22-SOA-01 du 27 janvier 2022 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur de l'informatique en nuage (« *cloud computing* »), suivie par ADLC, Avis n° [23-A-08](#) du 29 juin 2023 portant sur le fonctionnement concurrentiel de l'informatique en nuage (« *cloud* »)
- ADLC, Déc. n° 24-SOA-01 du 7 février 2024, relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur de l'intelligence artificielle générative suivie par ADLC, Avis [24-A-05](#) du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative

Cet avis, publié, émet un certain nombre de recommandations, en particulier aux GAFAM qui sont ainsi largement incités à suivre les directives de l'Autorité et modifier le cas échéant leur stratégie. Ce faisant, l'avis est susceptible de faire grief et donc de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir .

Il est vrai que les avis de l'Autorité occupent une grande place aujourd'hui dans la régulation du marché et que certains considèrent ce pouvoir un peu trop étendu. Le Sénat a formulé en ce sens la proposition que « *le pouvoir d'auto-saisine en matière d'avis des autorités nationales de concurrence* » ne les conduisent « *pas à outrepasser leurs compétences* » (Sénat, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur la consultation publique de la Commission européenne "Habiller les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement", 11 février 2016).

2. La compétence contentieuse

L'Autorité de la concurrence dispose d'une compétence contentieuse en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. Elle est seule compétente pour sanctionner les ententes (art. [L. 420-1](#)), abus de domination (art. [L. 420-2](#)) et prix abusivement bas (art. [L. 420-5](#)).

L'Autorité de la concurrence peut s'auto-saisir ou être saisie par :

- le ministre chargé de l'économie,
- les entreprises,
- les collectivités territoriales,
- les organisations et chambres professionnelles,
- les organisations syndicales,
- les organisations de consommateurs. ;
- les maires dans le cadre de leurs prérogatives en matière d'urbanisme commercial (en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail (article [L. 752-5](#) du Code de commerce).

3. La compétence décisionnelle en matière de concentration économique

Comme nous l'étudierons plus en détail dans la Leçon 10, la LME du 4 août 2008 a transféré à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de décision en matière de concentration économique (contrôle ex ante), alors que le Conseil de la concurrence n'avait en ce domaine auparavant qu'une fonction consultative. La Loi a ainsi rapproché les modalités de contrôle interne de la plupart des droits européens. Dorénavant, le ministre ne conserve qu'un pouvoir résiduel tenant à l'appréciation de l'opération en considération de motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence (art. [L. 330-7-1](#)). Le Ministre a fait usage de cette prérogative pour la première fois lors du rachat de William Saurin par la société financière Cofigeo (juin 2018).

V. Communiqué de l'ADLC du 14 juin 2018 : Rachat de William Saurin - réaction de l'Autorité à la suite de la décision du ministre de l'économie).

C - Les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence

Les décisions de l'Autorité rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris, dans le délai d'un mois (art. [464-8](#) du Code de commerce). Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner un sursis à exécution si la décision entraîne des conséquences excessives ou si des faits nouveaux sont intervenus.

L'arrêt de la cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans le délai d'un mois suivant sa notification. Le pourvoi n'est pas suspensif. L'article permet au président de l'Autorité de la concurrence de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité. Le ministre de l'économie peut également se pourvoir en cassation, même s'il n'a pas déposé de recours principal ou incident devant la cour d'appel.

Les décisions de l'Autorité rendues en matière de concentration économique peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Les parties ainsi que les tiers intéressés ont deux mois pour former un recours en annulation ou en réformation devant la juridiction administrative.

La question s'est posée de savoir si les avis de l'Autorité pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

Exemple

Dans son arrêt du 11 octobre 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, le Conseil d'Etat avait été saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'avis n° [12-A-01](#) du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. Il rappela le principe selon lequel « *il est loisible à l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elle exerce la faculté d'émettre un avis que lui reconnaît l'article L. 462-4 du code de commerce, de faire toute préconisation relative à la question de concurrence qui est l'objet de son analyse, qu'elle s'adresse au législateur, aux ministres intéressés ou aux opérateurs économiques ; que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief ; qu'il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance* ». Revenant ensuite à l'avis, il constata que « *si l'avis souligne l'importance de la position occupée par le groupe Casino sur le marché de la distribution alimentaire à Paris, cette analyse ne comporte pas, en elle-même, d'appréciations susceptibles d'emporter des effets de droit ; que, si elle était ultérieurement reprise par l'Autorité de la concurrence ou par une autre autorité dans le cadre d'une procédure aboutissant à une décision faisant grief, elle pourrait, à cette occasion, faire l'objet d'un débat contentieux ; que, dès lors et quelle que soit l'ampleur de la publicité dont il a fait l'objet, cet avis n'a pas le caractère de décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ».

Par deux arrêts du 21 mars 2016 - dont l'un porte sur le droit de la concurrence, le Conseil d'Etat est quelque peu revenu sur cette jurisprudence. Inversant le raisonnement, le Conseil d'Etat retient que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative* ». Or, il apparaît que « *la prise de position adoptée par l'Autorité de la concurrence le 23 mars 2015 (dans l'affaire de concentration en cause) a pour effet, en reconnaissant à GCP la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive sur la plateforme de Numericable, de lui permettre de concurrencer la société NC Numericable sur sa plateforme ; qu'il ressort des pièces du dossier que, comme le soutient la société requérante, cette prise de position est de nature à avoir des effets économiques notables ; qu'elle a, en outre, pour objet de modifier le comportement des opérateurs sur le marché de l'acquisition de droits de distribution de chaînes de télévision ; que, dans ces conditions, la délibération attaquée doit être regardée comme faisant grief à la société NC Numericable* ».

La portée et même la qualification de revirement ont été nuancées par certains. Il est vrai que les appréciations portent l'une sur un avis demandé par une collectivité publique et l'autre sur une délibération de la Commission permanente de l'ADLC en matière de concentration, si bien que les effets peuvent être différents. Néanmoins, une large partie de la doctrine et des praticiens s'est félicitée de l'avancée réalisée sur le contentieux de la légalité des actes de droit souple, mode d'intervention privilégiée des régulateurs économiques (v. V. Sélinisky, Le Conseil d'Etat (entre)ouvre la porte au recours : [Blog Sélinisky Avocats](#)).

§ 2 : La Commission européenne

La Commission européenne et le commissaire chargé de la concurrence veillent à l'application directe des règles européennes de concurrence prévues aux articles 101 et suivants du TFUE. La Commission comprend différentes directions générales correspondant aux différents domaines d'activité couverts par l'Union européenne. Ainsi existe-t-il une [Direction générale de la concurrence](#) (DG Comp), qui a à sa tête le

Commissaire chargé de la concurrence assisté par un Directeur général, et qui assume l'essentiel des pouvoirs d'exécution directe.

Gardiennne des traités, la Commission est chargée d'orienter la politique européenne de concurrence. Cette mission est d'autant plus essentielle aujourd'hui depuis l'adoption du Règlement n° 1/2003 ayant porté décentralisation de l'application du droit de la concurrence et ayant ainsi multiplié les risques d'approches divergentes.

La Commission européenne reçoit des plaintes qu'elle peut instruire comme rejeter. Elle est ainsi en droit de rejeter la plainte pour défaut d'intérêt de l'Union, si un Etat membre se trouve mieux placé pour instruire l'affaire. Mais dans ce cas, la Commission doit bien s'assurer que les droits du plaignant seraient sauvegardés par l'autorité nationale de concurrence et par les juridictions nationales de recours (TUE, 9 fév. 2022, aff. [T-791/19](#), Sped Pro c/ Commission).

Elle est dotée d'un pouvoir d'investigation et de sanction des entreprises comme des Etats qui contreviendraient aux règles de concurrence. Ainsi dispose-t-elle d'enquêteurs (agents) et de fonctionnaires chargés d'instruire l'affaire. Avant d'adopter toute décision individuelle en matière d'entente ou d'abus de position dominante, la Commission doit consulter les représentants des ANC réunis en Comités consultatifs (art. 14 du Règlement n° 1/2003). Un conseiller auditeur est aussi présent durant la procédure.

Les décisions de la Commission européennes peuvent faire l'objet de recours devant le Tribunal de l'Union européenne (le Tribunal) – auparavant dénommé Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) – et devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – anciennement Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

Section 2 : Le contrôle par le juge national

Les actions judiciaires connaissent depuis quelque temps un certain regain d'intérêt en droit de la concurrence. Le contentieux objectif dévolu aux Autorités de concurrence trouverait un complément non négligeable dans le développement d'actions privées intentées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi le contrôle mené par le juge civil ou commercial ne doit-il pas être négligé (§ 1). Les actions devant le juge répressif demeurent elles plus anecdotiques (§ 2).

§ 1 : La réparation

L'Autorité de la concurrence sanctionne mais ne répare pas le préjudice causé par la pratique anticoncurrentielle. L'indemnisation prononcée éventuellement par le juge peut néanmoins avoir un fort caractère dissuasif et les actions privées sont alors encouragées.

Exemple

Aussi, en 2001, dans son arrêt *Courage*, la CJCE avait rappelé aux victimes de pratiques anticoncurrentielles leur droit à indemnisation et souligné qu'un tel droit « *renforce [...] le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté* » (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99). Concernant les règles procédurales pour la mise en œuvre de ce principe, la CJCE après avoir observé l'absence de réglementation communautaire en la matière, a affirmé qu'il « *appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)* ». Le principe a été rappelé dans l'arrêt *Manfredi* de 2006 (CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-295/04 : RLC n° 9/2006, p. 67, note P. Iannuccelli et p. 86, note M. Chagny ; JDI 2007, p. 671).

Depuis cet arrêt *Courage*, la Commission a lancé un débat sur les actions en réparation des préjudices subis par les victimes de comportements anticoncurrentiels. Il faut dire que la réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles était un souci majeur aux yeux de l'ancien commissaire à la concurrence Mario Monti. Il avait estimé que le nouveau Règlement n° 1/2003 ouvrait des perspectives dans ce domaine de la réparation puisque désormais les juridictions nationales compétentes pour appliquer entièrement les articles 101 et 102 du Traité peuvent introduire cette procédure de réparation. Et effectivement, on assiste aujourd'hui à une augmentation de procès civils contre des entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles (v. A. Petrovic, *De plus en plus de contentieux privés en droit de la concurrence* : La Tribune 28 déc. 2004. Sur ce thème, V. Les actes du Colloque organisé par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne le 29 avril 2004, Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles : *Petites affiches* 20 janv. 2005, n° 14, pp. 3 et suiv.) même si on est loin de ce qui se passe aux Etats-Unis. L'ancienne commissaire européenne à la concurrence, Neelie Kroes, a poursuivi cet objectif en publiant un Livre Vert le 19 décembre 2005 sur les *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*. Un livre Blanc a suivi, le 2 avril 2008, tenant compte des observations adressées, et a fait l'objet d'un rapport du Parlement européen rendu public le 9 mars 2009. Ce dernier rappelle le rôle complémentaire des actions privées : « *l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités doit rester une priorité, car les autorités compétentes en matière d'ententes disposent d'instruments d'enquête de droit public qui ne peuvent être confiés aux particuliers. L'application du droit privé revêt un caractère complémentaire à cet égard* ».

En juin 2013, la Commission européenne a adopté un « *paquet private enforcement* » composé de cinq documents :

- une communication intitulée « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs,
- une recommandation relative à des principes communs en matière de recours collectifs,
- une proposition de directive,
- une communication sur la quantification du préjudice concurrentiel résultant d'une violation des articles 101 et 102 TFUE,
- un document explicatif de cette dernière communication appelé « Guide pratique ».

Enfin, la [directive n° 2014/104/UE](#) relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne a été adoptée le 26 novembre 2014. Elle a été transposée dans l'ordre interne par l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles (art. [L. 481-1 et s.](#) Code de commerce), accompagnés d'une circulaire publiée le 23 mars 2017. la directive ne s'applique pas aux actions en nullité : « *le champ d'application matériel de la directive 2014/104, y compris celui de l'article 9 de celle-ci, est limité aux seules actions en dommages et intérêts intentées pour des infractions aux règles de concurrence et, partant, ne s'étend pas à d'autres types de recours ayant pour objet des infractions aux dispositions du droit de la concurrence, tels que, par exemple, les actions en nullité introduites au titre de l'article 101, paragraphe 2, TFUE* » (CJUE, 20 avril 2023, aff. [C-25/21](#), *ZA c/ Repsol*, pt. 31).

L'application dans le temps de la directive a suscité quelques questions que la Cour de justice a cherché à trancher (CJUE, 22 juin 2022, aff. [C-267/20](#), *Volvo AB / DAF Trucks NV* ; CJUE, 12 janvier 2023, aff. [C-57/21](#), *Regiojet*). La Cour de justice a jugé dans son récent arrêt *Heureka* que le délai de prescription d'une action privée en réparation d'un dommage concurrentiel ne pouvait commencer à courir avant que l'infraction ait pris fin et que la personne lésée ait pris connaissance des éléments indispensables pour introduire le recours. Cette prise de connaissance intervient lors de la publication de la décision ou du résumé au JOUE. Par ailleurs, le fait que la décision de la Commission ne soit pas définitive est indifférent (CJUE, 18 avr. 2024, aff. [C-605/21](#), *Heureka Group c/ Google*).

Pour améliorer l'exercice des actions privées, les autorités européennes insistent sur l'introduction dans les ordres internes des actions collectives, avec un système d'opt-in (v. à ce sujet, Cons. conc., Avis du 21 sept. 2006, relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, qui se montre favorable en émettant toutefois quelques réserves tenant notamment à la conciliation avec la procédure de clémence (*RTD com.* 2007, p. 40, obs. E. Claudel). En droit français, les actions de groupe ont enfin été introduites par la loi Hamon du 17 mars 2014 relative à la consommation (v. AJCA 7/2014, Dossier La réparation du préjudice concurrentiel : Quelles nouveautés ? Quelles difficultés ?). Les actions privées peuvent donc être exercées soit dans le cadre d'une action de groupe par des associations de consommateurs (A), soit par des entreprises (B), à l'instar de ce qui existe outre atlantique.

A - La réparation dans le cadre d'une action de groupe

La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a introduit dans le Code de la consommation un chapitre nouveau (art. [L. 423-1 et suivants](#)) consacré aux actions de groupe menées par des associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées (action étendue par la loi Macron, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 7 août 2015, art. 41). La loi a été complétée par un décret du 24 septembre 2014 (art. [R. 423-1 et suivants](#) du Code de la consommation) et une circulaire du 26 septembre 2014. Le champ d'application de l'action est circonscrit. L'association peut agir devant le juge civil : « *afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles* :

1° A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;

2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs. »

Des dispositions spécifiques s'appliquent aux actions intervenant dans le domaine de la concurrence (visées au 2°). Ainsi, l'action doit-elle intervenir suite à une décision prononcée par une Autorité de concurrence constatant les manquements du professionnel et qui n'est plus susceptible de recours (art. [L. 423-17 al. 1^{er}](#)). C'est donc une action en *follow on*. Par ailleurs, la loi prévoit un régime de preuve très favorable à l'association puisque les manquements du professionnel constatés par une Autorité de concurrence sont réputés établis de manière irréfragable (art. [L. 423-17 al. 2](#)). Enfin, l'action est prescrite dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision administrative n'est plus susceptible de recours (art. [L. 423-18](#)).

A côté de ces « *préjudices concurrentiels de consommation* », les entreprises peuvent réclamer réparation de leurs « *préjudices concurrentiels d'affaire* » (B. Lehaire, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour une recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, éd. Yvon Blais, 2014).

B - La réparation hors action de groupe

L'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle n'est pas admise au rang des parties à l'action de groupe. Elle ne dispose que de la voie d'une action individuelle en réparation de son préjudice fondée sur les articles [1240](#) et [1241](#) du Code civil et dont les modalités sont fixées aux articles [L. 481-1 et suivants](#) du Code de commerce. Parmi les difficultés, nous pouvons en relever deux principales.

En savoir plus : Fiches pratiques de la Cour d'appel de Paris

La Cour d'appel de Paris a publié sur son site internet 12 fiches pédagogiques sur la réparation du préjudice économique, dont la dernière concerne plus particulièrement les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle

1. Preuve de la faute concurrentielle

La tâche s'avère tout d'abord extrêmement compliquée puisque la victime « professionnel » ne profite pas de la présomption irréfragable de la faute résultant de la décision d'une autorité. Il lui revient donc de prouver la faute caractérisée par le comportement anticoncurrentiel. Or, un accès au dossier de l'Autorité de la concurrence peut venir faire obstacle au *public enforcement* en rendant le système de clément beaucoup moins attractif. Quels sont les éléments de preuve dont elle peut disposer ?

Exemple

La Cour de cassation est venue apporter une première réponse dans son arrêt Semavem du 19 janvier 2010 (n° 08-19761). Elle énonce à cette fin deux principes. Tout d'abord, les pièces couvertes par le secret de l'instruction de l'ADLC ne sont exploitables dans le cadre d'une procédure judiciaire que si elles sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la partie qui les produit. Ensuite, c'est à la partie qui produit les pièces couvertes par le secret de l'instruction devant l'ADLC d'apporter la preuve de la nécessité de leur divulgation pour l'exercice de ses droits. La position est assez restrictive dans la mesure où, si on lit bien l'arrêt, seul le défendeur pourrait produire les éléments de l'instruction. Le Tribunal de commerce de Paris a cependant étendu cette jurisprudence au demandeur. Dans un jugement du 24 août 2011 (RG n° 2011014911), il a enjoint à l'ADLC de communiquer au juge certains documents – dans leur version non confidentielle – réunis ou constitués à l'occasion d'une procédure d'engagements (ADLC, déc. n° 10-D-20, 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des coupons de réduction). On perçoit ici toute l'utilité pour le demandeur de se voir communiquer les pièces dans la mesure où la procédure d'engagement ne conduit pas l'Autorité à qualifier les faits reprochés et qu'il lui reviendra alors de prouver la faute du défendeur. Le Président de l'ADLC invoqua toutefois un empêchement légitime à la communication de pièces et demanda au tribunal de rétracter sa décision conformément à l'article 141 du CPC. Le tribunal de commerce de Paris rejeta la demande de rétractation dans un jugement du 16 mars 2012 (RG n° 2011014911 SAS Ma Liste de course): « *Attendu que si l'article L. 463-6 du code de commerce interdit la divulgation de pièces dont MLDC n'a eu connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité, les principes découlant tant de la jurisprudence communautaire que de l'arrêt Semavem précité autorisent MLDC, demandeur à la présente instance, à les produire dans la mesure où cette divulgation est nécessaire à l'exercice de ses droits* ». Partant, le Tribunal, confirmé par la Cour d'appel de Paris (20 nov. 2013, RG n° 12/05813), consacre explicitement la possibilité pour le demandeur et plus seulement le défendeur, de produire des pièces issues du dossier de l'instruction.

Pour protéger le programme de clémence, la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit a inséré au 1° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, une nouvelle exception aux documents communicables par l'administration française : ceux « *élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision* ». Le Tribunal de commerce de Paris avait entendu strictement cette mesure en faisant remarquer qu'une juridiction n'était pas le « public » (24 août 2010). La loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses mesures relatives aux outre-mer est alors venue modifier l'article L. 462-3 alinéa 2 qui dispose désormais qu'une juridiction peut certes demander la communication de pièces à l'ADLC, sauf pour celles obtenues dans le cadre d'une clémence, ce que confirme la directive de 2014 (art. 6-6) et dorénavant les articles L. 483-4 et suivants du Code de commerce.

2. Répercussion du surcoût (passing-on defense)

Comme des ricochets, le préjudice concurrentiel lié à la commission d'une pratique anticoncurrentielle (entente ou abus de position dominante) s'étiole à chaque rebond, se dilue à chaque intermédiaire. Les acheteurs directs d'un produit de grande consommation, ou d'un bien destiné à être intégré dans une production, peuvent répercuter la hausse de prix de celui-ci décidée par des fournisseurs cartellistes auprès de leurs acheteurs qui en feront de même auprès de consommateurs. Mais l'hypothèse n'est jamais si simple, loin s'en faut. Il peut y avoir répercussion, ou pas, répercussion de la totalité du surcoût, ou pas, répercussion par tous les acheteurs directs, ou pas... Or la réparation du préjudice, encouragée depuis plus de 20 ans notamment pour son effet dissuasif, consacrée depuis la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, dépend en large partie de l'existence et de l'intensité d'une répercussion des surcoûts. Très tôt, les économistes se sont appropriés le thème laissant les juristes apprivoiser progressivement la notion. Depuis quelques années, la littérature juridique se veut plus abondante, la jurisprudence étant elle-même plus importante sans être foisonnante. La question est à ce point essentielle que la Commission a publié le 9 août 2019 ses Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects, attendues impatiemment depuis leur annonce dans la directive de 2014.

Le surcoût est défini par la directive 2014/104 comme « *la différence entre le prix effectivement payé et celui qui aurait prévalu en l'absence d'infraction au droit de la concurrence* » (art. 2, 20). Le manque à gagner qui en découle, résulte soit de son absorption par l'acheteur direct qui n'en fait pas supporter le poids à ses propres acheteurs, soit d'une baisse des volumes de ventes liée à la répercussion des surcoûts. Dans tous les cas, la victime peut prétendre à une réparation intégrale de son préjudice, principe posé dans la directive de 2014 (art. 3), et qui « *couvre la réparation du dommage réel (damnum emergens) et du manque à gagner (lucrum cessans), ainsi que le paiement d'intérêts* » (pt. 15 des orientations). La théorie de la répercussion du surcoût a vocation à garantir l'effet utile de ce droit à réparation intégrale – tout le préjudice mais rien que le préjudice – mais en écartant toute « **réparation excessive** » (art. 12), idée qui flirte avec la notion bien connue en droit français d'enrichissement sans cause. Selon la terminologie « *chevaleresque* » employée par la Commission dans ses Orientations, la théorie de la répercussion des surcoûts est utilisée aussi bien comme bouclier, en moyen de défense de l'auteur d'une infraction concurrentielle, que comme épée par l'acheteur indirect d'un bien. Le premier cherchera à démontrer une surévaluation du préjudice de la victime, le second qu'il est victime indirecte de l'entente. L'acheteur direct tendra à avancer lui qu'il a absorbé l'entier surcoût. Quelle que soit la victime, l'action en réparation repose sur les règles de la responsabilité civile délictuelle commandant la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Les règles de preuve sont donc essentielles et ont été adaptées en fonction du type de victimes.

L'article 13 de la directive autorise ainsi le défendeur dans une action en dommages et intérêts à « *invoquer, comme moyen de défense contre une demande de dommages et intérêts, le fait que le demandeur a répercuté, en tout ou en partie, le surcoût résultant de l'infraction au droit de la concurrence. La charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur, qui peut raisonnablement exiger la production d'informations par le demandeur ou par des tiers* ».

Lorsque c'est l'acheteur indirect qui prétend à l'existence d'une répercussion des surcoûts, il lui revient de le démontrer. Les article 14 de la directive et L. 481-5 du Code de commerce facilitent sa tâche en prévoyant que : « *l'acheteur indirect est réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre lorsque cet acheteur indirect a démontré :*

- a) *que le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence ;*
- b) *que l'infraction au droit de la concurrence a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur ; et*
- c) *que l'acheteur indirect a acheté les biens ou services concernés par l'infraction au droit de la concurrence, ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant ; »*

Il appartient alors au défendeur de démontrer « de façon crédible » que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect ou qu'il ne l'a pas été entièrement.

§ 2 : La sanction pénale des personnes physiques

Le juge pénal conserve une place dans la répression des personnes physiques. L'article [L. 420-6](#) du Code de commerce punit en effet de quatre ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. L'exigence d'une participation personnelle au comportement anticoncurrentiel a pour objet d'écarter toute présomption de participation à raison des seules fonctions exercées dans l'entreprise (A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, n° 374, p. 404).

La transmission au parquet se fait à la discrétion de l'ADLC qui est donc maître de la politique générale à retenir contre les personnes physiques. Et au final, on observe bien peu de poursuites et de condamnations pénales sur la base de ce texte (v. *contra*, D. Blanc, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ Pénal* 2008, p. 69).

Cette responsabilité pénale du dirigeant pourrait être un frein à la procédure de clémence (Cf. Leçon 9) dans la mesure où il n'aurait aucun intérêt personnel à dénoncer le cartel. Le dirigeant pourrait cependant bénéficier

du "plaider coupable" introduit par la loi Perben II n° 2004-204 du 9 mars 2004 (art. [495-7 et suivants](#) du Code de procédure pénale).