Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Agnès Maitrepierre

Présidente de la chambre 5-7 de la Cour d'appel de Paris

Dialogue des juges, droit de la concurrence et action publique

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Le dialogue des juges, comme le droit de la concurrence, sont des piliers fondateurs de la construction européenne.

L'Europe s'est construite par le droit : son application effective et harmonisée repose sur les juges et le dialogue des juges, grâce à la procédure de renvoi préjudiciel. Visant à assurer le bon fonctionnement du marché, les règles du traité en matière de concurrence font partie du « noyau dur » de la construction européenne. Ses dispositions prohibant les ententes et les abus de position dominante sont dotées d'une force particulière, tenant à leur effet direct complet, tant vertical qu'horizontal. Dans cette construction, les juges nationaux ont naturellement apporté, dès l'origine, leur pierre à l'édifice, en mettant en œuvre le droit européen de la concurrence, ainsi que leur droit national de la concurrence, tel que celui issu de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Le règlement (CE) n° 1/2003 a accru et valorisé le rôle des juges nationaux, en renforçant et décentralisant la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Cette profonde évolution s'est accompagnée de la mise à disposition, au profit des juges nationaux, d'un outil d'éclairage, par la Commission européenne, laquelle intervient, le plus souvent, de sa propre initiative, en tant qu'*amicus curiae*, lorsque l'application cohérente des règles de concurrence l'exige. La création concomitante du réseau européen de concurrence, qui associe étroitement la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence, participe à ce mouvement conjuguant décentralisation et coopération. Si la Commission européenne apparaît, grâce à cette mise en réseau, comme l'interlocuteur privilégié des autorités nationales de concurrence, il en va différemment pour les juges nationaux, ces derniers étant, par nature, davantage enclins au dialogue des juges, avec la Cour de justice, étant rappelé qu'un avis de la Commission n'a pas la même autorité qu'un arrêt préjudiciel.

En France, la cour d'appel de Paris, dans le cadre de recours contre des décisions de l'Autorité de la concurrence, a eu à connaître, à plusieurs reprises, de ces outils de coopération, parfois dans une même affaire, une contribution de la Commission européenne, en tant qu'*amicus curiae*, pouvant inciter la juridiction qui en est destinataire à saisir la Cour de justice (ce qui n'est pas toujours le cas, comme l'illustre l'affaire des banques, au stade de la Cour de cassation).

Ainsi, il y a une dizaine d'années, dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo Cosmétique*, après avoir bénéficié d'un éclairage de la Commission européenne, la cour d'appel a interrogé la Cour de justice sur la licéité de l'interdiction de vendre sur Internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective (CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09). Plus récemment, le 1er juillet 2021, dans l'affaire des endives, ayant donné lieu à un éclairage de la Commission devant la Cour de cassation, puis à un renvoi préjudiciel, la cour d'appel de Paris, sur renvoi après cassation, s'est fait le relais opérationnel de la Cour de justice en mettant en œuvre le droit de l'Union, tel qu'interprété par celle-ci (CJUE, 14 novembre 2017, C-671/15). Le même jour, dans l'affaire *Towercast*, elle a soumis une question préjudicielle à la Cour de justice, comme l'y invitait une partie au litige, étant précisé que la Commission n'est pas intervenue à la procédure (CJUE, 16 mars 2023, C-449/21). Ce bref historique démontre que la cour d'appel de Paris est active dans le dialogue des juges, en droit de la concurrence, comme d'ailleurs en droit boursier. Si elle n'est pas soumise à une obligation mais à une simple faculté de renvoi préjudiciel (article 267 TFUE), elle s'est néanmoins clairement emparée de cet outil de dialogue, pour l'initier ou en déployer la plénitude de ses effets.

"L'Europe s'est construite par le droit : son application effective et harmonisée repose sur les juges et le dialogue des juges, grâce à la procédure de renvoi préjudiciel."

Il est intéressant de relever que, contrairement à la première affaire précitée, qui posait une question de fond en droit de la concurrence, les deux affaires suivantes posaient des questions plus complexes d'articulation de systèmes, au-delà du seul périmètre des règles relatives aux ententes et abus de position dominante. Cette évolution témoigne de la pleine appropriation du droit de la concurrence par les juges spécialisés de la cour d'appel de Paris,

comme de la Cour de cassation, et de leur ouverture aux défis de la complexité et de l'articulation des systèmes.

Plus précisément, dans l'affaire des endives, se posait la question de l'articulation entre, d'une part, les règles du traité en matière de concurrence, lesquelles prohibent les ententes sur les prix et, d'autre part, celles du traité et du droit dérivé en matière de politique agricole commune (PAC), lesquelles, au contraire, organisent la programmation de la production et la régulation des prix au moyen de la concertation collective des producteurs. Après avoir rappelé le principe de primauté de la PAC par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence, la Cour de justice, en formation de grande chambre, a dessiné une ligne de partage entre les deux *corpus* normatifs, reposant sur une approche fonctionnelle et un contrôle de proportionnalité. La cour d'appel de Paris a suivi scrupuleusement cette méthode d'analyse et retenu, en se fondant sur une motivation substantielle (de plus de quarante pages), l'applicabilité des règles de concurrence à la plupart des pratiques reprochées (CA Paris, 5-7, 1er juillet 2021, RG n° 19/00595). Aucun pourvoi n'ayant été formé, la cour d'appel a définitivement mis fin au litige, ce qui témoigne d'un fécond dialogue des juges.

"Le dialogue des juges en Europe n'est-il pas, aujourd'hui plus que jamais, l'avenir du droit de la concurrence ?"

Dans l'affaire *Towercast*, se posait une autre question d'articulation, au cœur des systèmes de contrôle des concentrations. L'enjeu du litige était de savoir s'il était possible, à la suite de l'entrée en vigueur du règlement n° 139/2004, de réaliser un contrôle *ex post* (après la réalisation de l'opération de concentration), sur le fondement de l'article 102 du TFUE, prohibant les abus de position dominante, lorsque cette opération n'avait pas donné lieu à un contrôle *ex ante* (avant sa réalisation), ni par la Commission européenne (faute de dimension communautaire), ni par une autorité nationale de concurrence (faute de franchissement des seuils légaux de notification de l'opération). Dans sa décision de renvoi préjudiciel, la cour d'appel de Paris a notamment constaté l'existence d'interprétations divergentes, à partir des décisions étrangères invoquées par les parties. Ce dialogue des juges et des autorités, entre les États membres, a tout autant nourri que révélé la nécessité du dialogue qu'elle a engagé avec la Cour de justice. La réponse que la Cour de justice a apportée à cette question préjudicielle (CJUE, 16 mars 2023, C-449/21) a fondé, en partie, sa réponse au pourvoi formé contre un arrêt du Tribunal de l'Union : si, en l'état du règlement précité, la Commission ne pouvait pas réaliser un contrôle *ex ante* sur une opération ne revêtant pas une dimension communautaire et ne franchissant pas les seuils nationaux de notification, en revanche, les autorités et juridictions nationales peuvent exercer un contrôle *ex post* (CJUE, 3 septembre 2024, Illumina/Grail, C-611/22 P et C-625/22 P).

Conclusion

L'essor des procédures négociées devant la Commission ayant contribué à réduire sensiblement le contentieux des sanctions devant les juridictions européennes et, partant, le développement de la jurisprudence en la matière, il revient aux juges nationaux, en tant que juges de droit commun du droit européen de la concurrence, de lui donner un nouveau souffle, grâce à la vitalité du dialogue préjudiciel. Le dialogue des juges en Europe n'est-il pas, aujourd'hui plus que jamais, l'avenir du droit de la concurrence ?