

UNIVERSITE DE PARIS X-NANTERRE  
U.F.R. de SCIENCES JURIDIQUES, ADMINISTRATIVES et POLITIQUES

**ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES ET DROIT DES CONTRATS**

Thèse pour le doctorat en Droit  
préparée sous la direction de

Madame le Professeur Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE

Présentée et soutenue publiquement  
le 14 décembre 1994

par

Emmanuelle CLAUDEL

**Membres du jury :**

Monsieur Michel PEDAMON  
Professeur à l'Université d'Assas (Paris II)

Monsieur Alain BENABENT  
Professeur à l'Université de Nanterre (Paris X)

Monsieur Antoine LYON-CAEN  
Professeur à l'Université de Nanterre (Paris X)

Monsieur Alain GHOZI  
Professeur à l'Université de Dauphine (Paris IX)

Madame Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE  
Professeur à l'Université de Nanterre (Paris X)

Madame Frédérique DREIFUSS-NETTER  
Professeur à l'Université de Malakoff (Paris V)

## PLAN DE L'ETUDE

### **ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES ET DROIT DES CONTRATS**

#### **PREMIERE PARTIE - FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT.**

TITRE I - RESTRICTION DE CONCURRENCE ET ILLICITE, L'irréductible autonomie du droit de la concurrence.

*Chapitre I : Autonomie du droit de la concurrence dans la définition de l'illicite.*

*Chapitre II : Autonomie du droit de la concurrence dans l'appréciation de l'illicite.  
Une approche contextuelle des comportements d'entreprises*

TITRE II - ENTENTE ET CONTRAT. La réductible autonomie du droit de la concurrence.

*Chapitre I - La volonté de chaque partie à l'entente.*

*Chapitre II - La volonté commune des parties à l'entente.*

#### **SECONDE PARTIE - LA MISE EN OEUVRE DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT.**

TITRE I : EFFICACITE DES NOUVELLES TECHNIQUES D'INTERVENTION.

*Chapitre I - L' intervention par incitation : Les mécanismes d'exemption.*

*Chapitre II - L'intervention autoritaire : L'injonction.*

TITRE II - L'INADAPTATION DE LA SANCTION TRADITIONNELLE : LA  
NULLITE.

*Chapitre I - Les principes directeurs de la nullité.*

*Chapitre II - L'Intervention des instances judiciaires.*

## INTRODUCTION

1. *"Insensiblement, et au delà des volontés politiques, le tentaculaire droit de la concurrence ne cesse de renforcer son emprise sur la théorie générale du contrat"*<sup>1</sup>. Cette remarque est révélatrice de la façon dont le droit de la concurrence est perçu par les autres disciplines juridiques.

Le droit de la concurrence est divisé en deux branches. On distingue le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des pratiques restrictives. Le premier regroupe les ententes et les positions dominantes, le second les pratiques discriminatoires ou de prix imposés, les refus de vente, les ventes liées.... Elles sont confiées exclusivement au juge judiciaire. Le droit des pratiques restrictives est bien toléré car il fait partie de notre patrimoine juridique : l'article 1382 du Code civil abrite depuis longtemps les actions en concurrence déloyale. Le droit des pratiques anticoncurrentielles est plus mal perçu. Ces pratiques relèvent essentiellement des autorités de la concurrence car elles affectent l'ordre des marchés. Le juge est lui aussi compétent, mais les procès civils sont rares.

Au sein des pratiques anticoncurrentielles, l'entente cristallise les inquiétudes. Le contentieux qui l'entoure est abondant, controversé, conquérant. L'intervention des autorités régulatrices inspire la défiance. La vocation quasi-universelle du droit des ententes trouble et exaspère. Il suffit pour s'en convaincre d'être attentif aux réactions doctrinales que suscite chacune des décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence étend son champ d'action. Le Conseil condamne-t-il une clause séparée d'une convention collective? La doctrine travailliste dénonce son "arrogance"<sup>2</sup>. Soumet-il à son contrôle les personnes privées chargées d'une mission de service public? La doctrine administrative s'alarme et se partage<sup>3</sup>. Lorsqu'une clause de restitution des cuves insérée dans un contrat de

---

<sup>1</sup> **J. MESTRE**, chronique de droit des obligations, R.T.D.Civ. 1987, p.307.

<sup>2</sup> **B. EDELMAN**, "A bas le droit du travail, vive la concurrence! (à propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mars 1991)", Dalloz 1992, chr. p.1.

<sup>3</sup> A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 30 juin 1988, VILLE DE PAMIERIS, V. notamment le commentaire approbateur de Monsieur **BAZEX**, A.J.D.A. 1988, n°12, et le commentaire critique de Monsieur **CHAPUS**, Rev. Fr. dr. adm., jan. fév. 1989, p.80. La Cour d'appel a été désavouée par le tribunal des conflits dans une décision du 6 juin 1989. V. également l'article de Madame **SELINSKY**, intitulé "Faut-il tuer le droit administratif pour faire triompher la concurrence?", Cah. dr. entr. 1989/3, p.21.

distribution est annulée malgré sa conformité aux grands principes du code civil, la doctrine civiliste manifeste sa perplexité <sup>4</sup>. Dans toutes les disciplines, l'on redoute la rupture des équilibres et la remise en cause de traditions séculaires.

Le droit des obligations semble particulièrement menacé car le contrat constitue souvent le support d'ententes anticoncurrentielles. En voulant remédier à des dysfonctionnements du marché, l'on intervient nécessairement dans les contrats. Ceux-ci sont annulés au nom d'une logique qui n'est pas la logique contractuelle ; le contenu des conventions est remodelé par le jeu des injonctions et des exemptions. Les instruments mis à la disposition des autorités de la concurrence façonnent les conventions <sup>5</sup> de façon plus ou moins autoritaire, mais avec une précision jusqu'alors inconnue. L'on en déduit que le contrat est pris d'assaut. L'on craint, une nouvelle fois, pour sa survie.

2. Il existe différentes explications à cette tourmente. Le droit de la concurrence possède trois caractéristiques essentielles, qui sont autant de motifs d'inquiétude : il est perméable aux influences communautaires, il est d'ordre public et il est un droit économique. Il faut expliquer chacune de ces trois caractéristiques car elles conditionnent la compréhension de la matière et les relations que celle-ci entretient avec le droit des obligations.

L'influence du droit communautaire sur le droit français est notable. Elle s'exerce tout d'abord par le biais des principes de primauté <sup>6</sup> et d'effet direct reconnu aux articles 85 et 86 du Traité de Rome <sup>7</sup>. Ceux-ci engendrent au profit des justiciables des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder <sup>8</sup>. Le juge n'est cependant pas le seul gardien de l'ordre public

---

<sup>4</sup> V. les commentaires des arrêts de la Cour de cassation en date du 28 fév. et 26 mai 1992, et notamment ceux de Monsieur **LEVENEUR** (Contrats-conc.-consomm. juin 1992, n°113), de Madame **BEHAR-TOUCHAIS** (J.C.P. éd. G. 1992. II. n°21897), de Monsieur **HANNOUN** (Dalloz 1993, J.P. p.59) et de Messieurs **MOUSSERON** et **RAYNAUD** (J.C.P. éd. E. 1992. I. n°201)

<sup>5</sup> Le terme de convention est ici employé comme synonyme de contrat. Les deux notions sont parfois distinguées. La convention est définie comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire (*créer, transmettre, éteindre*) des effets de droit. Le champ du contrat apparaît plus étroit. Il ne pourrait que *créer* des effets de droit. La majorité de la doctrine relève cependant l'inutilité de la distinction (V. notamment **J. GHESTIN**, "Traité de droit civil. La formation du contrat", 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J. 1993, n°5, p.5. et **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, "Droit civil, Les obligations", 5<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1993, n°45, p.39)). Par facilité de langage, l'on utilisera l'une ou l'autre expression.

<sup>6</sup> Arrêts Costa c/Enel du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1141 et WALT WILHEM, du 13 fév. 1969, aff. 14/68, Rec.15.

<sup>7</sup> Arrêt BOSCH du 6 avril 1962, aff. 13/61, Rec. p. 101.

<sup>8</sup> Arrêt Franz GRAD de la C.J.C.E du 6 octobre 1970, aff. 9/70, Rec. 838.

communautaire. L'application du droit européen de la concurrence incombe également aux autorités des Etats membres <sup>9</sup>. Le Conseil de la concurrence ne se croyait autorisé à appliquer le droit communautaire que de manière incidente. Une réforme du 11 décembre 1992 a mis un terme à ses hésitations. Elle l'autorise expressément à statuer sur le seul fondement des articles 85 et 86 <sup>10</sup>.

L'influence du droit communautaire s'exerce par un autre biais. L'ordonnance du 1er décembre 1986 a réalisé un alignement sensible des textes français sur les dispositions du Traité de Rome. Les définitions forgées par les instances communautaires ainsi que leurs méthodes d'analyse pénètrent l'ordre juridique français, au point qu'un auteur s'est demandé si le droit interne de la concurrence n'était pas devenu inutile <sup>11</sup>. Il conclut pas la négative, reconnaissant à ce dernier une vocation régionale <sup>12</sup>. L'importance du contentieux révèle toutefois que les dispositions du titre III de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, consacrées aux pratiques anticoncurrentielles, ne sont pas totalement obsolètes... Malgré cela, le simple fait de s'interroger sur l'utilité du droit français révèle la profondeur de l'empreinte communautaire <sup>13</sup>. L'intervention dans le contrat est le fait de l'action conjuguée du droit français et du droit européen. Nos traditions en sont éprouvées. On croyait en effet le droit des obligations préservé des influences communautaires <sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Il s'agit en France du Conseil de la concurrence, de la 1ère chambre de la Cour d'appel de Paris statuant sur recours contre les décisions du Conseil et la Cour de cassation statuant sur pourvoi contre les arrêts rendus dans ce cadre par la Cour d'appel de Paris.

Sur la notion d'autorité nationale, cf. C.J.C.E. 30 janvier 1974, aff. 127/73, BRT SABAM, Rec. 51.

<sup>10</sup> La loi n°92/1282 a complété l'ordonnance du 1er décembre 1986 en y introduisant un article 56 bis. Les hésitations du Conseil n'étaient pas justifiées. Le principe d'effet direct lui impose de donner plein effet aux dispositions du droit communautaire.

<sup>11</sup> **J. Cl. FOURGOUX**, "Inutilité du droit interne de la concurrence?", R.J.Com. 1989, p.145.

<sup>12</sup> Les dispositions des articles 85 et 86 du Traité de Rome ne s'appliquent que lorsque les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats-membres. En l'absence de toute affectation, le droit interne a vocation exclusive à s'appliquer. En présence d'une affectation du commerce intra-communautaire, les dispositions françaises et communautaires s'appliquent de façon cumulative à condition de ne pas porter atteinte à l'effet utile du droit européen.

<sup>13</sup> Le droit de la concurrence n'est pas le seul à être influencé par le droit communautaire. Le droit des sociétés l'est également (V. **R. HOUIN**, "Les incidences communautaires sur le droit des sociétés", "La France et les Communautés européennes", Paris, L.G.D.J., 1975, p.937), ainsi que le droit pénal (**J. BIGAY**, "Les incidences du droit communautaire sur le droit pénal français", in "La France et les Communautés européennes", ibid., p.957, **P.F. RYZIGER**, "Rapports entre le droit pénal français et le droit communautaire", Gaz. Pal. 1986, I, doct.219), le droit social (V. **A. LYON-CAEN**, "L'influence de la politique sociale des Communautés européennes sur le droit du travail et le droit social français", in "La France et les Communautés européennes", Paris, L.G.D.J., 1975, p.949).

<sup>14</sup> **C. J. BEER** : " *Le droit des obligations est par nature au coeur même du droit privé. Refuge des valeurs morales et sociales de la collectivité nationale, il est peu perméable aux influences extérieures ; et, héritier d'une longue tradition juridique, il n'évolue que lentement. De plus, il n'est en principe nullement affecté par le Traité de Rome* " (l'auteur constate ensuite que ce "principe" est remis en cause), in "L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français", Mélanges Teitgen, 1984, p.1.

La deuxième particularité du droit de la concurrence est d'être un droit d'ordre public. Or, l'ordre public fait peur. Il soumet les volontés individuelles à une logique qui leur est étrangère et qui les transcende. Il justifie une ingérence dans les relations contractuelles. En effet, *"on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs"* (article 6 du code civil). L'ordre public est le *"critère des lois impératives"*<sup>15</sup>. Il était à l'origine moral et politique ; il s'est ensuite démultiplié. L'expression "ordre public économique" a été employée pour la première fois en 1934 par RIPERT<sup>16</sup>. Le doyen CARBONNIER a distingué entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Le premier *"n'a d'autres buts que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible"*. Le second *"se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant tout ce qui pourrait contrarier cette direction"*<sup>17</sup>. L'ordre public économique était lié au dirigisme étatique, auquel participait l'Ordonnance du 30 juin 1945 sur le contrôle des prix. Celle-ci a été abrogée par l'Ordonnance du 1er décembre 1986 qui institue un régime de liberté des prix et de la concurrence<sup>18</sup>. Avec elle, l'ordre public économique adopte officiellement une nouvelle orientation. L'idéologie néolibérale qui se contentait d'animer certains esprits s'insinue dans les textes. Le principe dominant n'est plus la contrainte mais la liberté. Cette liberté reste toutefois canalisée. L'on souligne le *"libéralisme bien tempéré"* de la nouvelle Ordonnance *"entaché de quelques rémanences du passé"*<sup>19</sup> ; l'on regrette l'altération du droit commercial *"par les strates anciennes d'interventionnisme étatique"*<sup>20</sup>. Les termes sont évocateurs. Le droit de la concurrence demeure un droit d'ordre public. Il constitue

---

<sup>15</sup> **P. MALAURIE**, Rapport français présenté aux Travaux de l'Association H. CAPITANT, dans un numéro consacré à "La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé", 1952, T. VII, p.748.

<sup>16</sup> "L'ordre économique et la liberté contractuelle", Mélanges Geny, 1934, T.II. La réflexion ébauchée par RIPERT s'est enrichie dans les années 1960 de nombreuses études. Voir notamment la thèse de **G. FARJAT**, "l'ordre public économique", L.G.D.J. 1963 et les articles de **R. SAVATIER**, "L'ordre public économique", Dalloz 1965, chr. p.37 et **D. TALLON**, "Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit anglais et en droit français", Mélanges Savatier 1963, p.883.

<sup>17</sup> **J. CARBONNIER**, "Droit civil" T.II, n°115, p.388. La distinction opérée entre ordre public de protection et ordre public de direction a été contestée. On a fait valoir qu'il existe souvent *"une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique : c'est une affaire de degrés"*. **P. MALAURIE** et **L. AYNES**, "Les obligations", 1992, n°528, p.282

<sup>18</sup> Dans cette étude, seule la jurisprudence française postérieure à 1986 sera étudiée. Les références à la pratique décisionnelle des commissions ayant précédé le Conseil de la concurrence seront exceptionnelles.

<sup>19</sup> **F. DELBARRE**, "Le choix d'une politique commerciale après l'Ordonnance du 1er décembre 1986", Rapport au 6ème congrès de l'Association nationale des conseils juridiques, Les petites affiches n°112, du 18 déc. 1987, p.90.

<sup>20</sup> **R. HOUIN** et **M. PEDAMON**, "Droit commercial", 9 éd., Précis Dalloz 1990, n°6, p.10.

même aujourd'hui la part essentielle de l'ordre public économique de direction. Ce trait suffit à faire de lui un droit offensif, par nature dérogoire à la règle générale. Ces points sont trop connus pour que nous les développions. Si le droit de la concurrence n'était qu'un droit d'ordre public, il ne susciterait que les indignations qui accompagnent invariablement les atteintes à la liberté contractuelle, et, plus encore dans un pays marqué par le décret d'Allarde et le "*Laissez faire, laissez passer*" de Turgot, les atteintes à la liberté d'entreprendre. Si le droit de la concurrence bouleverse les règles établies, c'est parce qu'il est un droit économique. Il constitue même "*le noyau dur du droit économique contemporain*"<sup>21</sup>. C'est là sa troisième, et peut-être sa plus réelle, spécificité.

3. Bien que les définitions se soient succédées, il est malaisé de définir le droit économique. Monsieur CHAMPAUD en fait "*le droit de l'organisation et du développement économique, que ceux - ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre*"<sup>22</sup>. Monsieur JEANTET le définit comme "*l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet de donner aux pouvoirs publics la possibilité d'agir activement sur l'économie*"<sup>23</sup>. D'autres encore le considèrent comme "*l'ensemble des règles tendant à assurer un équilibre, à un moment et dans une société donnés, entre les intérêts particuliers des agents économiques publics et privés et un intérêt économique général*"<sup>24</sup>. Ces définitions sont souvent intervenues dans un contexte de planification. Plus récemment, Monsieur FARJAT a réaffirmé son attachement à l'idée selon laquelle le droit économique serait, en tant que nouvelle branche du droit<sup>25</sup>, un droit de l'organisation de l'économie. L'auteur estime cependant "*(qu') en réalité, le droit économique vit sans définition*"<sup>26</sup>. Cela n'est pas de nature à rassurer.

---

<sup>21</sup> G. FARJAT, "La notion de droit économique", Archives de philosophie du droit, T. 37, 1992.

<sup>22</sup> C. CHAMPAUD, "Contribution à la définition du droit économique", Dalloz 1967, chr. p. 215.

<sup>23</sup> F. C. JEANTET, "Aspects du droit économique", in Etudes offertes à J. Hamel, Dalloz 1961, p. 33.

<sup>24</sup> R. SAVY, "La notion de droit économique en droit français", A.J.D.A. 1971/3, doct. p. 132.

<sup>25</sup> Certains auteurs considèrent cependant que le droit économique n'est pas une branche du droit. V. notamment C. CHAMPAUD, op. cit. et J. LIMPENS, "Contribution à l'étude de la notion de droit économique", Il diritto dell' economia", 1966, p.735, cité par A. de LAUBADERE et P. DEVOLVE, "Droit public économique", 5<sup>e</sup> éd., n°8, p. 12. Messieurs A. JACQUEMIN et G. SCHRANS estiment quant à eux que "*le droit économique n'est pas une nouvelle matière juridique mais une nouvelle optique vis à vis de matières traditionnelles*", in "Le droit économique", collection que sais-je?. L'analyse est intéressante.

<sup>26</sup> G. FARJAT, "La notion de droit économique", Archives de philosophie du droit 1992, T.37. L'auteur reprend et actualise l'analyse qu'il développait 10 ans plus tôt dans son ouvrage "Droit économique".



En réalité, ce n'est pas tant un rattachement formel du droit de la concurrence au droit économique qui importe que la finalité qu'il poursuit. Cette finalité n'est pas l'équilibre des conventions, ni le respect de la parole donnée, ni la protection d'une catégorie déterminée de contractants. Elle est l'efficacité économique, concept bible du droit de la concurrence. L'efficacité économique est entendue comme *"la plus grande satisfaction du consommateur par les producteurs compte tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité"*<sup>27</sup>.

4. Les relations unissant le droit et l'économie sont souvent présentées en termes de rapports de force. On les dit concurrents, et le droit, par un étrange complexe, non pas d'infériorité, mais de fragilité, s'estime menacé. Ce risque est régulièrement dénoncé. En témoigne cette réflexion de Monsieur JACQUEMIN :

*"L'asservissement du droit par l'économie n'est pas le sombre cauchemar qui hanterait le sommeil de quelques civilistes pointus : c'est un phénomène admis par la doctrine et incarné par la société industrielle contemporaine.*

*Ainsi ce sont les juristes qui affirment : "l'esprit du droit économique est guidé par l'idée que cette science est la servante de l'économie et non l'inverse." Confirmant cette appréciation, la pratique montre l'appel grandissant dans les textes législatifs et réglementaires, à des concepts économiques dont la portée juridique est imprécise, tels le marché, le jeu normal de la concurrence, l'entreprise, la croissance ; elle manifeste un effacement des normes et des garanties juridiques au profit du recours à des critères de la politique économique; au niveau de l'élaboration de la règle de droit, elle traduit le caractère instrumentaliste, voire opportuniste, du droit économique. "*<sup>28</sup>.

Les juristes dénoncent l'imprécision des concepts économiques, la mouvance et la fragilité des théories proposées, le caractère conjoncturel et casuel de la matière<sup>29</sup> : ce dernier trait ferait obstacle à toute généralisation et compromettrait la sécurité des acteurs concernés. Les auteurs en déduisent l'incompatibilité entre la règle de droit et les phénomènes économiques<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> F. JENNY, "Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficacité", Cah. dr. entr. 1989 /4, p.5.

<sup>28</sup> A. JACQUEMIN, "L'économie, serviteur de l'économie" , R.T.D.Com. 1972, p.283.

<sup>29</sup> L'idée d'un droit conjoncturel de la concurrence est en effet défendue par une partie de la doctrine, et ce afin de remédier à la crise économique. Cf L. FOCSANEANU, " Pour un droit conjoncturel de la concurrence. Essai de rapprochement des articles 85 et 103 du Traité CEE", R.T.D.E. 1985/2, p. 343.

<sup>30</sup> A. HAURIOU, "Le droit administratif de l'aléatoire" , Mélanges Trotabas, 1969. On peut lire également, sous la plume de SAVATIER, cette interrogation : " Comment le juriste, habitué à la clarté des définitions - spécialement requise, à ses yeux, quand il s'agit de délits - pourrait-il se plier aisément à la plasticité de

Droit boulimique, droit irrespectueux, droit sans fondement stable et sans légitimité, les qualificatifs qui accompagnent le droit des pratiques anticoncurrentielles font donc de lui un mal aimé. Il n'est pas question de nier ses défauts ou de prétendre que les contrats qui lui sont soumis ne sont pas malmenés. La voie est cependant ouverte à une nouvelle lecture des relations qu'entretiennent le droit des ententes et le droit des contrats. L'on se contente souvent d'une approche descriptive, formulée en termes d'autorité et d'asservissement. Cette approche est sans doute nécessaire et, en certains points, réaliste. Nous nous proposons d'y adjoindre une approche explicative et correctrice. Le droit des pratiques anticoncurrentielles souffre de deux maux. Il est mal perçu et il est parfois mal appliqué. Il faut s'attarder sur ces deux points.

5. Le droit de la concurrence est mal perçu parce méconnu. Curieusement, alors que la doctrine a fait de l'entente un thème de réflexion privilégié<sup>31</sup>, les interférences entre droit de la concurrence et droit des obligations ont été peu étudiées<sup>32</sup>. Les commentaires qui ont ponctué le contentieux concurrentiel<sup>33</sup> sont plus critiques qu'explicatifs. Partant, ils figent davantage les termes du débat qu'ils ne les font évoluer. Si l'on veut instaurer un partenariat plus équilibré, il faut banaliser le phénomène d'intégration du fait économique à la norme juridique.

Banaliser le fait économique oblige à montrer que les critiques qui s'expriment constituent, pour certaines d'entre elles, l'expression d'un certain dogmatisme juridique. Il est partisan d'opposer la rigueur et la prévisibilité attachée au "droit pur" aux nombreux défauts qui viennent d'être stigmatisés à propos du droit économique. Certains fleurons des concepts civilistes sont également imprécis. Ainsi en est-il de la notion de "bon père de famille", sorte de standard abstrait, référence obligée lorsqu'il s'agit de caractériser une faute délictuelle. De plus, systématisation et généralisation ne sont pas exclues en droit de la concurrence. De la répétition des cas individuels naît une sorte de bilan

---

*la définition même des délits économiques. Car la longueur de telles définitions, leurs réserves, leurs incidentes, leur dialectique hégélienne des contradictoires, s'écartent, manifestement, du principe classique de la légalité des délits et des peines.*", in "L'ordre public économique" , Dalloz 1965, p. 38.

<sup>31</sup> L'essentiel de la réflexion a été menée dans les années 1970. Cf **J.B. BLAISE**, "Le statut juridique des ententes anticoncurrentielles", Thèse Nancy, Librairies techniques 1964 ; **J. GUYENOT**, "Le régime juridique des ententes anticoncurrentielles et des concentrations d'entreprises dans le Marché commun, Thèse Paris, L.G.D.J., 1971; **V. SELINSKY**, "L'entente prohibée", Thèse Paris, Librairies techniques, 1978.

<sup>32</sup> A notre connaissance, Mme **DREIFUSS-NETTER** est la seule à avoir consacré un article de fond à ce sujet. Il est intitulé "Droit de la concurrence et droit commun des obligations", R.T.D.Civ. 1990/3, p. 369.

<sup>33</sup> Cf notes 2 à 5.

statistique, de "portrait robot" <sup>34</sup> d'une pratique, qui mène à l'élaboration d'une "règle de raison" ou d'un règlement d'exemption <sup>35</sup>. Une règle de raison est un procédé qui consiste à valider une entente anticoncurrentielle après qu'un examen sommaire a révélé l'évidence de ses avantages en termes de concurrence. Un règlement d'exemption est un acte émanant de la Commission européenne qui permet de valider des catégories d'ententes dont on sait qu'elles contribuent au progrès économique. Tous deux ont pour fonction de conférer une certaine prévisibilité à l'intervention des autorités de la concurrence.

6. En fait, présenter le droit et l'économie comme des frères ennemis ne reflète pas la réalité. Le droit n'est pas une discipline "pure". Sans conférer une portée instrumentale à la règle juridique <sup>36</sup>, il est impossible de la détacher de sa justification historique, politique, sociologique ou économique <sup>37</sup>. Le droit contractuel a toujours été perméable à l'économie. La force obligatoire des contrats avait sans doute une justification philosophique et morale. Mais ce n'est pas seulement le parjure que le droit canon voulait décourager, c'est aussi la menace faite à la force économique attachée au contrat. Il est

---

<sup>34</sup> **M. A. SANSON-HERMITTE**, "Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique", Thèse Dijon 1971, p. 48.

<sup>35</sup> Ces deux mécanismes seront présentés en détail dans la seconde partie de cette étude.

<sup>36</sup> **R. MAPETIOL** : "*On l'a observé: le Droit, qui fait partie de l'outillage humain et qui est, par suite, artificiel, subit une évolution qui le transforme en une technique du contrôle social ; il tend à n'être plus qu'un instrument au service de l'Etat. Si le Droit est une technique au service d'une fin, un instrument à la disposition du pouvoir politique en vue d'atteindre les objectifs que ce dernier s'est assigné, rien ne s'oppose à ce que cette règle soit adaptée aux fins successives que se propose la société*", in "Brèves réflexions sur la règle de droit en tant qu'obstacle ou stimulant au développement économique et social", Archives de Philosophie du Droit, 1969, p. 321.

<sup>37</sup> De nombreuses disciplines sociales jouent en effet un rôle dans la pratique du droit : sociologie, anthropologie juridique, criminologie, politique, économie. Leur importance respective divise la doctrine.

Dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'anglais **BENTHAM** affirmait que "*l'art juridique est annexé dans l'économie politique, sous la dictature de l'utile*". L'importance du facteur économique dans la production du droit a été particulièrement développée par **MARX, ENGELS** et leurs disciples (cf **J. L. BERGEL**, "Théorie générale du droit", 2<sup>ème</sup> éd., n°21, p. 26.). L'argument a été repris dans une optique non plus marxiste mais libérale par l'école de l'analyse économique du droit, appelée Ecole de Chicago. Celle-ci propose, comme son nom l'indique, une analyse économique de la règle juridique. Elle vise toutes les règles de droit : règle économique bien sûr, mais aussi fiscale, pénale, constitutionnelle, administrative, procédurale ... Dans tous ces domaines, le critère central qui est proposé est celui de l'efficacité. **R.A. POSNER** en est le principal théoricien (auteur notamment de "Economic Analysis of Law"). Pour un aperçu de cette thèse, cf **P. VER LOREN VAN THEMAAT**, "L'économie à travers le prisme du juridique", R.I.D.Eco. 1989, p.133.

D'autres estiment au contraire que l'approche sociologique du droit est plus convaincante. Pour exemples, cf **A. COMTE** (1798-1857), "Cours de philosophie positive", **L. DUGUIT** (1859-1928), "L'Etat, le droit objectif et la loi positive, et, parmi les contemporains, **J. L. BERGEL**, "Théorie générale du droit", 2<sup>ème</sup> éd., n° 22 et suiv. p. 27.

évident que le code napoléonien n'a pas été insensible à ce dernier aspect <sup>38</sup>. On a pu dire que "ce serait une grave erreur que de sous-estimer l'importance de l'économie dans une vue réaliste du droit civil " <sup>39</sup>. Le contrat a toujours été un instrument de prévisibilité et d'échanges. On admettait qu'il était garant de l'expansion économique. Comme tel, il devait être libre et protégé. L'approche juridique était atomistique, car l'économie était "dans le contrat". Il n'était dès lors pas besoin d'un droit de la concurrence. Mais il était déjà question d'économie, même de façon rudimentaire.

Lorsqu'il est apparu que le contrat pouvait constituer le moyen de confisquer les richesses au profit d'un petit nombre, l'attention s'est détournée vers d'autres mécanismes. L'utilité du contrat n'a pas été contestée, mais l'on a commandé sa surveillance. Tant que la confiscation et l'organisation du marché sont restées un phénomène marginal, ce fut seulement une surveillance pénale. A mesure qu'elles se sont sophistiquées, généralisées et internationalisées, la surveillance est devenue administrative. L'on peut dire, par une simplification sans doute réductrice, que le droit de la concurrence au sens actuel a été le fruit de cette évolution. Né aux Etats Unis, il s'est développé en Europe sous l'impulsion des Communautés européennes.

L'éclosion et l'épanouissement du droit de la concurrence ont eu pour conséquence d'associer étroitement l'économie à la règle de droit. Le droit n'a plus seulement un aspect patrimonial, il devient véritablement un droit économique. Là est le bouleversement. Le fait économique constitue *pour l'application de cette règle (de concurrence), une condition sine qua non au même titre que les autres conditions juridiques* " <sup>40</sup>.

Un regard historique sur le droit contractuel enseigne donc que les inquiétudes qui se manifestent sont exagérées. Le contrat n'est pas soudainement assailli par le fait économique ; ce dernier fait partie intégrante de la norme juridique. Droit et économie sont deux disciplines, non pas concurrentes, mais partenaires. On dit que les juristes français sont peu disposés à l'admettre. Il est

---

<sup>38</sup> **G. FARJAT** : "Le processus de "marchandisation" ou de marchandisation doit être relativisé à plusieurs égards. Il n'est pas si récent ; c'est le Code Napoléon qui a rangé, - on l'a souvent relevé-, le contrat de mariage dans le titre relatif "différentes manières dont on acquière la propriété...", in "La notion de droit économique", Archives de philosophie du droit, 1992, T. 37.

<sup>39</sup> **B. OPPETIT** : "... à peine est - il besoin de rappeler (...) la concordance chronologique et naturelle d'une époque d'économie libérale et de celle d'un droit civil axé sur l'absolutisme de la propriété privée, la liberté des contrats et le caractère individuel de la responsabilité, de même que la concomitance non moins logique d'une économie dirigée ou concertée et de l'infléchissement des institutions juridiques dans le sens des intérêts de la collectivité, au détriment parfois de ceux de l'individu, notamment dans le droit des obligations et le droit du patrimoine, et s'exprimant dans un véritable ordre public économique.", in "Rapport sur le rôle du juge en présence de problèmes économique en droit civil français", Travaux de l'association capitan 1970, p.185.

<sup>40</sup> **J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires", 1992, p.68

d'usage de dénoncer un certain archaïsme de la pensée juridique francophone quant à l'analyse économique du droit <sup>41</sup>. La remarque est de moins en moins pertinente. Le numéro des Archives de philosophie du droit consacré en 1992 au droit économique atteste de l'intérêt que cette analyse suscite. Elle fait désormais l'objet d'une étude approfondie.

La réflexion ne peut rester l'apanage d'une certaine doctrine ; elle ne doit pas être cantonnée au cercle des revues philosophiques ou économiques. Le juge doit s'initier à l'analyse économique, sans qu'il soit nécessaire qu'il en maîtrise toutes les subtilités. Sans souhaiter faire de lui un technicien, on peut penser que sa réticence à manier les outils de la science économique n'est pas étrangère au sentiment actuel d'effacement des normes et des garanties juridiques. Il est impératif de remédier à ce défaut.

6. Notre propos doit être bien compris. Il n'est pas question de faire définitivement du droit le serviteur de l'économie ; on a pu dire de celle-ci qu'elle était une "*mauvaise maîtresse*"<sup>42</sup>. C'est au contraire par une bonne intelligence des mécanismes économiques que le juriste pourra prétendre les contrôler et les soumettre à la règle juridique. Il pourra ainsi remédier aux dérives actuellement constatées dans l'action des autorités de la concurrence : l'on constatera tout au long de nos développements que le respect des principes juridiques est souvent sacrifié à l'objectif d'efficacité. C'est la seconde plaie dont souffre le droit des pratiques anticoncurrentielles. L'on tentera de proposer quelques remèdes.

L'enjeu de l'étude apparaît alors. C'est la légitimité de l'intervention des autorités de la concurrence dans le contrat qui est en cause.

7. Avant d'aller plus avant dans la présentation de notre étude, il convient d'en préciser le champ. Prétendre embrasser l'ensemble des relations unissant le droit des pratiques

---

<sup>41</sup> Cf **E. MACKAAY**, "Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?", R.J.J. 1987, p.419.

Le droit français n'a pas toujours été aussi réfractaire à l'analyse économique du droit. Les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle intégraient dans le champ de leur réflexion les relations entre morale, économie et droit. C'est vers la fin du XIX<sup>e</sup> que semble s'être opérée cette césure entre les deux disciplines, chacune revendiquant son autonomie. La théorisation de ce cloisonnement fut l'oeuvre de Max WEBER.

Alors que les allemands et les italiens s'intéressaient déjà au concept de droit économique, les juristes français du XX<sup>e</sup> siècle furent davantage réceptifs à l'analyse sociologique du droit. Leur sensibilisation au droit économique fut tardive. Ebauchée dans les années 50 par le doyen Hamel, elle ne s'épanouit véritablement que dans les années 1970-80.

Pour un historique détaillé de cette évolution, cf **B. OPPETIT**, "Droit et économie", Archives de philosophie du droit 1992, T.37.

<sup>42</sup> **A. JACQUEMIN**, "L'économie, serviteur de l'économie", R.T.D.Com. 1972, p.283.

anticoncurrentielles et le droit des contrats nous a semblé une gageure. Nous avons préféré circonscrire le champ de nos recherches.

Des pratiques anticoncurrentielles, c'est uniquement de l'entente qu'il sera question. La répression des abus de domination et de dépendance ne sera pas traitée. Les notions utilisées évoquent l'abus de droit et l'abus de puissance économique réprimé par la loi du 10 janvier 1978. Le contentieux de l'abus semble puiser à des sources connues, même si c'est d'une parenté en trompe-l'oeil qu'il s'agit. On a cru que la prohibition des abus de dépendance était protectrice d'une catégorie de contractants. Les espoirs suscités sont à la mesure des déceptions qui ont suivi. Malgré les encouragements de la doctrine, le Conseil hésite à consacrer la notion de dépendance. L'on aurait pu réfléchir sur les potentialités d'une notion en jachère ; l'on a préféré se consacrer aux difficultés bien réelles soulevées par une notion en pleine expansion. C'est un parti pris qui répond à une logique fonctionnelle.

De plus, il ne sera traité que du contrat de droit privé dans ces développements. Le contrat de droit public n'est pas épargné par l'action des autorités de la concurrence, mais le propre de celui-ci est d'avoir toujours été soumis à l'influence de l'Etat. Le principe d'autonomie de la volonté ne s'y étant jamais épanoui, dénoncer son atteinte serait sans signification. L'on a pu dire que le droit privé *"est dominé par l'égalité des sujets auxquels il s'applique, c'est-à-dire des particuliers réputés égaux en droit, alors que dans le droit public rentre en jeu la prise en considération de l'intérêt général, au nom duquel agissent les personnes publiques"* <sup>43</sup>. Cette analyse sert et dessert à la fois notre propos. L'on pourrait faire valoir que les deux branches du droit économique sont désormais parentes. N'est-ce pas l'intérêt général qui dicte leur loi aux agents privés dans un contentieux concurrentiel? Il est parfois affirmé que le droit de la concurrence se situe aux confins du droit privé et du droit public. Certains auteurs soutiennent même que l'opposition entre les deux branches est dénuée de sens appliquée à la matière économique <sup>44</sup>. Prétendre traiter conjointement le contrat de droit privé et le contrat de droit public nous aurait contraint à prendre parti. A réfléchir sur cette question, l'on aurait pris le risque d'oublier l'objet de nos recherches. Celui-ci n'est pas de confronter, ou de réconcilier, le droit public et le droit privé. Il est de confronter l'entente anticoncurrentielle et le droit des contrats.

---

<sup>43</sup> **A. de LAUBADERE, P. DEVOLVE**, "Droit public économique", Dalloz 1985, 5<sup>e</sup> éd., p.14

<sup>44</sup> Cf notamment **G. FARJAT**, "L'analyse substantielle du droit économique", précité, et **C. CHAMPAUD**, pour lequel *"il faut admettre que le droit économique n'est ni "privatiste", ni "publiciste"*, in "Contribution à la définition du droit économique", Dalloz 1967, chr. 215..

8. Il importe de tirer les conséquences de nos précédents développements. Nous avons prétendu que les relations entre le droit de la concurrence et le droit des contrats ne pouvaient se réduire à un rapport d'autorité. La norme contractuelle n'est pas asservie à la norme concurrentielle. Elles se "compénètrent" <sup>45</sup>, et avec elles, les données juridique et économique : *"toute qualification juridique dépend d'une analyse économique préalable"* <sup>46</sup>. C'est cette conjonction qui nous intéresse. Elle est manifeste lorsque l'on étudie les fondements de l'intervention. Il en existe deux : les autorités de la concurrence et les juges ne peuvent intervenir dans le contrat que s'ils démontrent une atteinte à la concurrence et une entente à son origine.

L'affectation de la concurrence constitue le premier fondement de l'intervention. Pour être réprimée, l'activité des opérateurs économiques doit avoir pour objet ou pour effet, actuel ou potentiel, de porter atteinte à la concurrence. Une entreprise ne peut saisir la Commission des Communautés ou le Conseil de la concurrence au seul motif que son cocontractant viole ses engagements. La définition de l'illicite en droit des ententes ne se confond pas avec celle de l'illicite en droit contractuel. Il existe entre ces deux définitions une différence irréductible. Celle-ci est renforcée par l'appréciation que portent les autorités sur l'activité des opérateurs économiques. Certaines pratiques anticoncurrentielles leur sont indifférentes parce qu'elles ne restreignent pas la concurrence de façon suffisamment sensible. En revanche, certaines ententes, bien qu'individuellement inoffensives, sont condamnées parce que leurs effets se cumulent.

On qualifie cette approche des comportements d'entreprises de contextuelle. Cela peut être une source de perturbation. L'action répressive devient imprévisible pour les parties contractantes qui ne peuvent juger de la conformité de leur accord aux exigences de l'ordre public. SAVATIER écrivait en 1965 à propos de la technique de l'ordre public <sup>47</sup> :

*"Du fait qu'elle ne s'intègre pas aux règles générales du droit, cette technique a son efficacité particulière. Le juge, même quand il n'y est pas adapté, même quand elle la dépouille pratiquement d'une partie de sa juridiction, doit la reconnaître. Mais on comprend qu'il s'en défie parfois. Car, du fait qu'elle demeure essentiellement une technique sans objet normatif, et à fins utilitaires, elle risque de barrer, aux techniciens de l'Economie, les horizons dépassant leur but immédiat : "l'Expansion". L'intérêt économique qu'ils poursuivent est plus étroit et voit moins haut que le sens des disciplines juridiques. Sans doute, la technique économique entend (...) concourir lointainement à une Justice. Mais*

---

<sup>45</sup> L'expression est empruntée à SAVATIER, "Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui", Dalloz 1959, p.128.

<sup>46</sup> J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE, "Droit européen des affaires", p. 81.

<sup>47</sup> R. SAVATIER, "L'ordre public économique", Dalloz 1965, p. 37.

*auparavant, dans les buts trop courts qu'elle s'assigne, elle risque d'oublier la Justice. C'est en quoi, malgré ses progrès, elle recèle un danger."*

Face à ce danger, la théorie générale du contrat joue une fonction correctrice. Elle constitue un repère, un élément de stabilité. L'entente anticoncurrentielle peut être, et doit être, analysée à la lumière de la notion de contrat. Les deux notions sont unies par leur processus de création : toutes deux sont issues d'un concours de volontés. Les autorités régulatrices ne peuvent intervenir que si elles démontrent que l'affectation de la concurrence est le fruit d'une entente. C'est là le second fondement de la répression et c'est là que le droit des ententes et le droit des contrats se rejoignent. L'autonomie du droit de la concurrence est, sur ce point, réductible.

Il est nécessaire qu'à l'avenir les autorités de la concurrence démontrent soigneusement que le comportement des opérateurs n'est pas imposé par la structure du marché mais est délibéré. De plus, les volontés de chaque partie à l'entente doivent être concordantes. Si ces conditions sont soigneusement vérifiées, le droit de la concurrence aura montré qu'il n'est pas au service de l'économie, mais qu'il est "*au delà de l'économie*"<sup>48</sup>. L'intervention dans le contrat sera dotée d'une légitimité qui lui fait actuellement défaut. Il sera alors possible de revenir à une lecture plus traditionnelle des relations qu'entretiennent le droit des ententes et le droit des contrats. Le premier, comme tout droit d'ordre public, a vocation à intervenir dans les relations contractuelles. C'est la mise en oeuvre de cette intervention qu'il faudra décrire, au travers les instruments dont disposent les autorités administratives et judiciaires.

Les autorités administratives ont deux instruments à leur disposition : l'exemption et l'injonction. L'exemption n'est pas une mesure coercitive mais elle permet un modelage du contrat très efficace. Pour bénéficier de l'immunité qu'elle organise, les entreprises sont prêtes à amender leur accord conformément aux exigences des autorités de la concurrence. L'activité contractuelle est surveillée et le contenu des conventions suggéré.

L'injonction est une mesure plus autoritaire. Elle est un ordre de mettre fin à une pratique, de supprimer une clause contractuelle, de modifier une convention et, parfois, de contracter. Les autorités de la concurrence s'insinuent dans les contrats sans laisser aux entreprises d'autre choix que de se soumettre à l'ordre donné : l'injonction est accompagnée de mesures comminatoires qui en garantissent l'efficacité.

L'exemption et l'injonction apparaissent, dans une large mesure, comme des mécanismes exorbitants du droit commun.

---

<sup>48</sup> A. JACQUEMIN et G. SCHRANS "Le droit économique", collection "Que sais-je?".



En revanche, les autorités de la concurrence ne disposent pas du pouvoir d'annuler les conventions. Cela relève de la compétence exclusive des magistrats et des arbitres. La nullité est une sanction plus respectueuse de la volonté contractuelle mais son usage dans le contentieux concurrentiel s'avère complexe.

Le plan de l'étude sera conforme à la double démarche qui a été décrite. L'on envisagera successivement les fondements de l'intervention dans le contrat et la mise en oeuvre de cette intervention.

PREMIERE PARTIE : LES FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT

SECONDE PARTIE : LA MISE EN OEUVRE DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT.

## **PREMIERE PARTIE**

### **FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT**

**10.** L'action des autorités régulatrices peut conduire à une modification sensible de la situation juridique des opérateurs. Cette intervention ne peut donc être intempestive. Il existe deux fondements à l'action répressive, qui correspondent aux deux caractéristiques de l'entente anticoncurrentielle.

L'entente prohibée est anticoncurrentielle, soit par le but qu'elle poursuit, soit par le résultat qu'elle produit. Cela lui confère une indéniable spécificité. L'illicite en droit de la concurrence ne peut en effet se confondre avec l'illicite en droit contractuel. L'autonomie que manifeste le droit de la concurrence est en ce domaine irréductible (Titre 1).

L'entente se caractérise ensuite par son processus de création : elle est issue d'un concours de volontés. Les autorités de la concurrence ne peuvent intervenir que si la perturbation du marché, constatée ou redoutée, est le fruit d'un tel concours. Se révèle ici la proximité entre l'entente et le contrat. Il faut exploiter cette proximité définitionnelle afin de conférer rigueur et légitimité à l'action des autorités de la concurrence (Titre 2).

**TITRE 1 : RESTRICTION DE CONCURRENCE ET ILLICITE**

**TITRE 2 : ENTENTE ET CONTRAT**

## **TITRE 1**

### **RESTRICTION DE CONCURRENCE ET ILLICITE.**

#### **L'irréductible autonomie du droit de la concurrence.**

**11.** La validité d'un contrat obéissait jusqu'alors à des règles assez simples. Consentement, capacité, objet, cause : la figure quadrangulaire dessinée par l'article 1108 du code civil était bien assise. C'est par référence aux bonnes moeurs et à un ordre public restreint que s'appréciait la licéité de l'objet. Mais la notion d'ordre public s'est progressivement épanouie. On a distingué l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Le droit de la consommation a considérablement contribué à nourrir le premier. Le droit de la concurrence a nourri le second. Ces deux disciplines ont concouru à compliquer la règle du jeu, à rompre un équilibre. Elles introduisent en effet dans le droit des obligations des règles spécifiques.

**12.** Le droit de la concurrence peut sembler particulièrement subversif parce qu'il est un droit économique. C'est là la source des bouleversements qu'il provoque. Cela lui confère une double spécificité. La définition de l'illicite en droit de la concurrence ne s'intègre plus aux schémas traditionnels. La conformité au droit contractuel ne suffit pas à établir la conformité au droit de la concurrence. Celui-ci retient une définition purement économique de l'illicite (Chapitre I). C'est cependant une autre caractéristique qui retient l'attention. Pour apprécier la validité d'une entente, il ne suffit pas d'établir que le comportement des parties respecte ou, au contraire, contrarie la lettre des textes. Il faut apprécier ce comportement de manière pragmatique, en tenant compte du contexte économique et juridique (Chapitre II).

#### CHAPITRE I : AUTONOMIE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

##### DANS LA DEFINITION DE L'ILLICITE

#### CHAPITRE II : AUTONOMIE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS L'APPRECIATION DE L'ILLICITE

## **- CHAPITRE 1 -**

### **AUTONOMIE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LA DEFINITION DE L'ILLICITE**

**13.** Avec le droit de la concurrence, le fait générateur de la répression se modifie. L'atteinte au contrat devient accessoire, sinon indifférente. Ce n'est plus le contractant de bonne foi, ou fidèle à sa promesse, que l'on veut protéger, mais le marché, référence systématique et quasiment unique des autorités régulatrices. La définition de l'illicite en est bouleversée (Section 1).

Cela n'est pas sans conséquences, pour les juges, bien sûr, qui doivent s'initier à l'analyse économique, mais également pour les parties au contrat, qui doivent se soumettre à de nouvelles prescriptions, nombreuses et contraignantes (Section 2)

#### **SECTION I : LA DEFINITION DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

#### **SECTION II : LES BOULEVERSEMENTS PROVOQUES PAR LA DEFINITION DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

## SECTION I : LA DEFINITION DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

14. En matière contractuelle, le fait générateur de l'intervention judiciaire est l'atteinte portée au contrat, soit dans ses conditions d'existence, soit dans son application. Il en va différemment en droit des ententes. Il est devenu traditionnel de dire que le droit de la concurrence a pour objectif de protéger la concurrence et non les concurrents <sup>49</sup>. Ce point est régulièrement rappelé. Des auteurs estiment que *"la Justice n'apparaît en rien là dedans (...) La valeur poursuivie est uniquement l'efficacité économique, notion neutre sur le plan de la justice"* <sup>50</sup>. Tous les systèmes juridiques sont confrontés à l'alternative de la justice ou de l'utilité <sup>51</sup>. Le droit de la concurrence a résolument opté pour la seconde. C'est en effet l'altération du marché par des opérateurs économiques, les entreprises, qui constitue le fait générateur de l'intervention étatique (Paragraphe 2). L'étude de la définition de l'illicite en droit des ententes suppose une compréhension préalable des éléments qui composent cette définition. Il s'agit essentiellement du marché et des entreprises. Ces concepts économiques se substituent aux concepts juridiques traditionnels que sont les sujets de droit et le contrat (Paragraphe 1).

### PARAGRAPHE 1 : SUBSTITUTION DE CONCEPTS ECONOMIQUES AUX CONCEPTS JURIDIQUES TRADITIONNELS .

---

<sup>49</sup> Cf **C. BABUSIAUX**, directeur de la D.G.C.C.R.F., qui, à la volonté exprimée de remédier à des ruptures d'équilibre entre parties contractantes, oppose : *"Cette dérive me paraît des plus inappropriées si elle se fonde sur le droit de la concurrence; cela revient en effet à faire jouer au droit de la concurrence un rôle pour lequel il n'a pas été conçu. La politique de la concurrence n'est pas un volet de la politique sociale ; aucune considération en liaison avec les finalités du droit de la concurrence ne peut légitimer une intervention en ce sens."* ("Le nouveau droit des relations contractuelles. Une approche économique.", R.C.C., n°38, p. 4.) L'auteur défend assurément une conception instrumentaliste du droit de la concurrence, qu'il considère totalement et uniquement asservi à l'objectif d'efficience.

<sup>50</sup> **M. A. SANSON HERMITTE**, "Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique", Thèse Dijon, Institut des relations internationales, 1971, p. 15.

<sup>51</sup> **M. VILLEY**, "L'utile et le juste", in Archives de philosophie du droit, T. XXVI (1981). Sur les traces d'Aristote et de Saint Thomas, M. VILLEY estime que *"la fin du Droit, c'est le juste"*. Il répond ainsi aux utilitaristes américains, inspirés de Bentham (1748-1832) et de Stuart Mill (1806-1873). Pour une étude des finalités du droit, cf. **J.L. BERGEL**, qui conclut que *"Le droit s'inspire (...), alternativement ou simultanément, à la fois de l'utile et du juste"*, "Théorie générale du droit", Méthodes du droit Dalloz 1989, p.29 et s. La théorie du juste et de l'utile s'est récemment épanouie sous l'action de M. **J. GHESTIN** qui l'a appliquée à la théorie générale du contrat, in "L'utile et le juste dans le droit des contrats", Dalloz 1982, chr.1.

15. Il existe de nombreux concepts économiques, que Monsieur SCHAPIRA classe en trois catégories <sup>52</sup>. Certains sont dits “fondamentaux”, car ils traduisent des objectifs essentiels de la Communauté économique européenne <sup>53</sup> et de la France. Ainsi en est-il de la promotion d'un développement harmonieux et équilibré des activités économiques. D'autres sont dits “opérationnels”, car “*désignant les organismes et les formes d'organisation dont la somme des activités constituent la vie économique (...)*.” Les notions d'entreprise ou de groupe sont les principaux exemples proposés par l'auteur. Monsieur SCHAPIRA estime que les concepts opérationnels se prêtent mal aux variations. Ils peuvent donc être définis. Il existe enfin des “concepts cadres”, permettant l'intervention des autorités, et davantage sujets aux variations. De ce fait, ils échapperaient à la définition <sup>54</sup>. C'est parmi ceux-ci qu'il faudrait ranger la concurrence et le marché.

On ne peut totalement souscrire à cette analyse. La notion de marché, concept cadre selon l'auteur, a été définie assez tôt. Cette définition a connu peu de variations ; elle a davantage été affinée que bouleversée. Cela n'en fait pas un concept figé. Si sa définition est précise, son contenu varie à chaque cas d'espèce. Nous verrons que le marché est un instrument, qui s'adapte à la finalité qu'il sert. La définition de l'entreprise, concept opérationnel, est quant à elle nécessaire, mais elle a connu une évolution tourmentée et de notables modifications. On ne saurait affirmer qu'elle est aujourd'hui bien assise.

Ce sont ces deux concepts que nous allons étudier, car leur compréhension est indispensable à notre étude <sup>55</sup>. Ils conditionnent l'application du droit de la concurrence en

---

<sup>52</sup> **J. SCHAPIRA**, "Concepts économiques et droit européen", J.D.I. 1972, p.5. On voit que les propos de l'auteur concernent le droit européen. Les définitions qu'il propose nous semblent cependant suffisamment souples pour être appliquées au droit de la concurrence français.

<sup>53</sup> Le Traité signé à Maastricht le 7 fév. 1992 parle désormais d'"Union européenne". Dans une perspective historique, nous maintiendrons la dénomination de Communauté économique européenne.

<sup>54</sup> Cf. **J. SCHAPIRA, G. Le TALLEC, et J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires", 3e éd., P.U.F. Thémis, Paris 1992, p. 71 :

"1) *Instruments d'emploi précis, facteurs de qualification d'actes ou de faits dont ils conditionnent la soumission à telle ou telle règle, les concepts opérationnels doivent être nécessairement définis, pour les mêmes raisons qui veulent qu'on définissent les concepts juridiques.*

2) *Les concepts cadres, en revanche, dont les fonctions sont variables et évolutives, échappent d'ordinaire à des définitions qui les figeraient...*"

<sup>55</sup> Selon **M. CHAMPAUD**, "il existe deux conditions indispensables à l'existence même de la compétition économique : l'entreprise et un marché", in "Caractères du droit de la concurrence", Juris-Class. Conc. Consomm., fasc. 30, n° 8, p. 6. Cf également **G. FARJAT** : "L'entreprise est la personne spécifique, l'atome du

même temps qu'ils en révèlent le particularisme. Des notions économiques prennent donc le pas sur des notions juridiques. Le marché constitue le cadre de l'action des autorités (A) et l'entreprise le sujet du droit des ententes (B).

#### **A - LE CADRE DE L'ACTION : LE MARCHÉ .**

**16.** Le marché avait été défini par RIPERT comme le *"domaine abstrait, qui peut être régional, national ou mondial, de négociations de certains biens déterminés. On y fait un rassemblement idéal de ceux qui cherchent à acquérir et de ceux qui cherchent à écouler les biens en question "*<sup>56</sup>. La formule actuellement retenue apparaît comme le condensé de cette définition. Selon les autorités de la concurrence françaises, le marché est le *"lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits substituables entre eux mais non substituables à d'autres biens ou services "*<sup>57</sup>. La délimitation du marché sur lequel se réalise l'atteinte à la concurrence revêt une importance fondamentale. L'on en comprendra les raisons en étudiant la fonction du marché en droit de la concurrence (1), avant de décrire de quelle façon s'opère sa délimitation (2).

#### **1/ La fonction du marché en droit de la concurrence .**

**17.** Le concept de marché est pratiquement indissociable de celui de concurrence : l'appréciation d'une atteinte à la concurrence se réalise toujours sur un marché déterminé, dit marché pertinent ou *Relevant Market*. Il est en quelque sorte besoin de circonscrire un domaine d'appréciation de l'illicite. Selon les termes du Conseil, *"la définition du marché sert principalement à dessiner les contours de la concurrence potentielle "*<sup>58</sup>. On dit également qu'il permet de mesurer le pouvoir de domination d'une entreprise. Le marché est donc un instrument, qui a cette particularité de s'adapter aux fins poursuivies. Il n'est pas une référence stable qui s'imposerait aux autorités de la concurrence. Celles-ci en tracent au

---

*droit économique, comme le droit de propriété constitue l'atome du droit civil des biens."*, "Droit économique" , 2ème éd. , P.U.F. Thémis, 1982, p. 767.

<sup>56</sup> **G. RIPERT**, "Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui", Paris, Dalloz, 1959, p. 110.

<sup>57</sup> Paris. 1ère ch., section conc., 17 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 7/06/94, p.200. Cf également rapport du Conseil de la concurrence pour 1987, p. XXXV.

<sup>58</sup> 4ème Rapport d'activité (1990) p. XXV.

contraire les contours, selon différents critères que nous étudierons. Cette souplesse en fait un outil précieux mais également dangereux. Les autorités régulatrices sont, dans une certaine mesure, maîtresses de leur intervention.

18. La délimitation du marché revêt une importance particulière lorsque l'on veut apprécier l'existence d'une position dominante. C'est généralement dans ce cadre que la notion est étudiée en doctrine <sup>59</sup> et son étude particulièrement développée en jurisprudence. Les exemples proposés seront donc fréquemment issus du contentieux de la domination.

Cette différence d'approche dans le traitement des ententes et des positions dominantes est très marquée en droit français <sup>60</sup>. On peut lire dans le Rapport du Conseil de la concurrence pour 1987 que *"la définition du marché pertinent peut, dans certaines circonstances, constituer un préalable nécessaire à l'étude de certaines ententes ou conventions susceptibles d'être visées par les dispositions de l'Ordonnance de 1986."* On voit que cela ne revêt aucun caractère systématique. Le Conseil cite comme exemple de "circonstances" celui des contrats de distribution sélective. On a relevé que la liste n'avait pas été complétée depuis <sup>61</sup>. Une décision récente oblige peut-être à revenir sur ce constat. Le Conseil a procédé à une délimitation du marché de référence dans une affaire où était en cause une activité de services (diffusion de produits d'assurance ski) <sup>62</sup>. Cette définition est peut-être le signe d'une attention plus vive portée par le Conseil au marché pertinent en droit des ententes.

Cela serait souhaitable. La désaffection qui a été relevée était révélatrice d'une tendance à se satisfaire d'une potentialité assez faible d'atteinte à la concurrence. Il est indispensable que le Conseil délimite précisément et systématiquement le marché de référence, de façon à démontrer l'existence effective ou probable d'une atteinte à la concurrence sur ce marché. La décision "Rocamat" de la Cour de cassation en date du 4 mai 1993 peut être interprétée

---

<sup>59</sup> Pour exemples, cf **A. DECOCQ**, "Droit communautaire des affaires II", Les Cours du droit 1992; **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", Dalloz, 5e éd., 1994, n°542 et s.; **P. LAURENT**, "La politique communautaire de la concurrence", Sirey 1993, p.52... Le Conseil de la concurrence procède de la même façon : cf son Rapport d'activité pour 1992, p. 52.

<sup>60</sup> En droit communautaire au contraire, la nécessité de définir le marché pertinent préalablement à toute appréciation du caractère anticoncurrentiel d'une entente est régulièrement rappelée par les autorités de la concurrence : pour exemple, cf T.P.I. C.E. 10 mars 1992, aff. T. 68/89, SOCIETA ITALIANA VETRO, Rec. II, 1403. Dans cette affaire, le T.P.I. a partiellement annulé la décision de la Commission en raison d'une analyse insuffisante du marché.

<sup>61</sup> **M. C. BOUTARD-LABARDE** et **D. BUREAU**, "La détermination du marché pertinent" , R.J.D.A. 11/93, chr. p. 743.

<sup>62</sup> Pour exemple, décision 94-D-40 en date du 28 juin 1994, B.O.C.C.R.F. du 16 sept. 1994, p.395.



comme une invitation en ce sens. Nous l'étudierons plus en détail dans la suite de ces développements.

19. S'il existe un courant doctrinal favorable à une délimitation systématique du marché de référence en droit des ententes, on peut observer un mouvement inverse lorsque l'on veut réprimer les abus de domination et de dépendance. Il est des cas où la référence au marché constitue un frein à l'action des autorités de la concurrence. La récente affaire "Cora" en constitue une bonne illustration. La société Cora est accusée par ses fournisseurs d'abuser de sa puissance d'achat. Ils lui reprochent de les menacer de déréférencement, de réduction des opérations promotionnelles, de baisse des commandes ou de déréférencement partiel. De tels actes sont susceptibles d'être visés par les articles 7 et 8 de l'Ordonnance du premier décembre 1986. Il est cependant nécessaire qu'il soit *"établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts de d'autres distributeurs"*<sup>63</sup>. Cette preuve n'est pas rapportée dans le cas d'espèce. Selon les commentateurs, il y a là une sorte de *"constat d'impuissance des autorités de contrôle devant les comportements déloyaux adoptés par certains grands distributeurs à l'égard des producteurs"*<sup>64</sup>. Cette décision relance le débat qui agite une partie de la doctrine quant à l'opportunité de maintenir systématiquement la condition d'atteinte au marché. Certains auteurs proposent de substituer à la condition de domination, qui s'apprécie sur un marché donné, la notion de partenaire obligatoire<sup>65</sup>.

La situation est paradoxale : la délimitation d'un marché de référence, condition d'appréciation de l'atteinte à la concurrence, est jugée tantôt garante de la liberté contractuelle (droit des ententes), tantôt responsable d'une sorte de déni de protection (droit de l'abus).

---

<sup>63</sup> Décision 93-D- 21 du 8 juin 1993 , Société des Grands Magasins du Groupe CORA, B.O.C.C.R.F. 25 juillet 1993, p.197.

<sup>64</sup> L. VOGEL, note sous la décision, Contrats - conc. - consomm., août sept. 1993, n° 153.

<sup>65</sup> Cf. M. GLAIS, "Les concepts de "Relevant Market" et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome", Rev. du Marché commun, n°306, avr. 1987, p. 203 ; P. HOET, "Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire. Sur la surestimation de la délimitation du "marché en cause" dans la détermination de la position dominante de l'article 86 du Traité CEE", R.M.C. n°325, mars 1989, p. 135 ; C. BOLZE, "Abus de position dominante", Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 15 avril 1992 ; M. VOGEL considère le marché comme un *"facteur imparfait de la puissance économique"* et comme *"un instrument de mesure inadapté de la dépendance économique"*, in "Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence", J.C.P. Ed. G. 1994, II n°3737 .

## 2/ Délimitation du marché.

20. La délimitation du marché nécessite des analyses complexes qui font appel à la théorie économique. La Cour de cassation fait cependant du marché pertinent une notion de droit, dont elle n'entend abandonner ni l'existence ni le contenu à l'appréciation des juges du fond <sup>66</sup>.

Le marché doit être défini selon une double segmentation, économique (a) et géographique (b). La notion de substituabilité occupe une place centrale dans ces deux cadres.

### a/ Le marché des produits ou des services

21. Aucun secteur n'est soustrait à la vigilance des autorités régulatrices. Une étude sommaire des décisions rendues en France ces derniers mois révèle l'ampleur surprenante du contrôle : on peut citer pour exemple des décisions rendues dans le secteur du verre plat <sup>67</sup>, de l'automobile <sup>68</sup>, des jeux vidéos électroniques <sup>69</sup>, du matériel de fournitures dentaires <sup>70</sup>, du béton prêt à l'emploi <sup>71</sup>, des généalogistes successoraux <sup>72</sup>, de la publicité dans les pharmacies <sup>73</sup>, des "snacks salés"<sup>74</sup>...!

22. Pour appartenir à un même marché, deux produits doivent être identiques ou substituables aux yeux de la clientèle. La notion de substituabilité est entendue de façon opératoire et souple : elle est susceptible de degrés. Il n'est pas nécessaire de démontrer une parfaite substituabilité entre les produits. Il suffit que l'on puisse "*raisonnablement penser que*

---

<sup>66</sup> Rapport de la Cour de cassation pour 1993 : "Réflexions sur l'application par la Cour de cassation de la notion de seuil de sensibilité en droit de la concurrence". Le Conseil de la concurrence, bien que considéré comme le "*sachant*" en cette matière (Cf. "La Cour de cassation, juge de la concurrence", Contrats-conc.-consomm. fév. 1993, p.1), est donc surveillé.

La Cour d'appel de Paris contrôle étroitement la délimitation qu'il opère. Pour exemple, cf. arrêt du 17 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 7 juin 1994, p. 201. La Cour réforme partiellement la décision du Conseil pour mauvaise analyse du marché de référence.

<sup>67</sup> Décision 94-D-11 du Conseil du 1er fév. 1994, B.O.C.C.R.F. du 8 avril 1994, p. 417.

<sup>68</sup> Décision n° 94-D-05, du 18 janv. 1994, B.O.C.C.R.F. du 8 mars 1994, p. 87.

<sup>69</sup> Décision n° 93-D-56, du 7 déc. 1993, B.O.C.C.R.F. du 9 fév. 1994, p. 63.

<sup>70</sup> Décision n° 93-D-49, du 16 nov. 1993, B.O.C.C.R.F. du 28 janv. 1994, p. 21.

<sup>71</sup> Décision n° 93-D-54, en date du 30 nov. 1993, B.O.C.C.R.F. du 25 janv. 1994, p. 8.

<sup>72</sup> Décision n° 93-D-55, en date du 30 nov. 1993, B.O.C.C.R.F. du 15 janv. 1994, p. 9.

<sup>73</sup> Décision n°94-D-34 du 7 juin 1994, B.O.C.C.R.F. du 23 août 1994, p.380.

<sup>74</sup> Décision n° 93-D-48 du Conseil de la concurrence, B.O.C.C.R.F. du 31 déc. 1993, p. 361.

*les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs de satisfaire une même demande et entre lesquels ils peuvent arbitrer* <sup>75</sup>.

Pour en juger, le droit communautaire fait référence à la notion d'élasticité croisée de l'offre et de la demande. L'élasticité de l'offre exprime la capacité des offreurs à proposer des produits différents pour répondre aux mêmes besoins. L'élasticité de la demande exprime la sensibilité de celle-ci aux variations de prix. L'élasticité de la demande conditionne l'élasticité de l'offre. On souligne généralement la réticence du droit français à prendre cette analyse en considération <sup>76</sup>.

Le Conseil de la concurrence a récemment proposé trois méthodes d'analyse qui permettent de juger de la substituabilité des biens et services. La première méthode est descriptive, elle consiste "*à analyser les similarités ou les différences techniques de deux biens*". La deuxième consiste à enquêter auprès des agents économiques. La dernière est la méthode économétrique, "*consistant à traiter les données passées d'évolution de prix relatifs et de quantités vendues afin de déterminer si l'accroissement du prix relatif de l'un d'entre eux s'est effectivement traduit par un accroissement substantiel de la demande de l'autre*". Le Conseil précise cependant qu'il se réserve toujours, en dernière analyse, la faculté de porter un jugement sur la substituabilité des biens, ce qui est une façon de réintroduire un critère subjectif au sein d'une méthode presque scientifique <sup>77</sup>.

**23.** Le système décrit est complexe. Les autorités de la concurrence recourent donc fréquemment à des faisceaux d'indices, qui permettent plus simplement de juger de la substituabilité des produits <sup>78</sup>. Différents critères sont pris en considération : les caractéristiques propres des produits <sup>79</sup>, leurs conditions d'utilisation technique <sup>80</sup>, leurs coûts

---

<sup>75</sup> Conseil de la concurrence, Rapport d'activité pour 1990, p. XXXV. Selon le Conseil, certains biens *a priori* de même nature peuvent en réalité n'être pas jugés équivalents par les demandeurs. Se révèle peut-être ici une différence entre les approches française et communautaire. Selon la Cour de Justice en effet, la substituabilité des produits ou services doit être appréciée avant l'exercice du choix par les consommateurs, le marché étant pour elle "*un choix possible et ouvert, et non un choix exercé*" (C. GAVALDA et G. PARLEANI, Petites affiches du 2 juin 1989).

<sup>76</sup> Voir cependant Paris 11 mars 1993, précité.

<sup>77</sup> VIème rapport d'activité (1992), p. 52 à 54.

<sup>78</sup> Dans une communication en date du 3 septembre 1986 relative aux accords d'importance mineure, le Commission fait référence aux produits "*considérés comme similaires par les consommateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage*" (point 7 de la communication).

<sup>79</sup> C.J.C.E. 14 fév. 1978, UNITED BRANDS c/ Commission, aff. 27/76, Rec. 207.

<sup>80</sup> Conseil conc. 18 nov. 1992, 92-D-62, Sté Biwater, B.O.C.C.R.F. 15/01/93, p.15.

d'usage ou de mise à disposition <sup>81</sup>, les stratégies des offreurs. Même alors, le caractère "expertal" de la délimitation du marché apparaît. On peut citer pour exemple la décision du Conseil relative au secteur de la fonte ductile, dans laquelle le Conseil étudie avec soin les propriétés du métal, son utilisation et sa demande, les études techniques qui précèdent son usage sous la forme de canalisations, le diamètre de ces canalisations...<sup>82</sup>

24. Il est en outre possible de distinguer des sous-marchés de produits au sein d'un marché plus large <sup>83</sup>. On utilise pour les délimiter les mêmes critères que ceux précédemment énoncés. Une question se pose alors : "*existe-t-il des limites à la différenciation des marchés par paliers ou groupes d'utilisateurs?*"<sup>84</sup>. Une réponse positive semble s'imposer. Pour que ces sous-marchés forment des marchés de référence, il est nécessaire qu'ils soient suffisamment distincts entre eux dans la réalité commerciale.

#### **b/ Le marché géographique.**

25. Pour constituer un marché géographique, les produits doivent être accessibles aux consommateurs potentiels, afin de faire l'objet d'un arbitrage. Pour apprécier cette possibilité, on prend essentiellement en considération "*les coûts de transport qu'un demandeur d'une zone aurait à supporter pour obtenir des produits en provenance d'une autre zone*" <sup>85</sup>. Si ces coûts sont trop importants, on estime que les produits ne sont pas concurrents. D'autres

---

<sup>81</sup> Paris 11 mars 1993, Vente de livres par clubs (France Loisirs), R.J.D.A. 5/93, n°413, rendu sur renvoi après cassation (Cassation com. 10 mars 1992, R.J.D.A. 4/92, n°361) de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 mai 1990, B.O.C.C.R.F. du 1/06/90, ayant rejeté le recours formé par la société France Loisirs contre la décision du conseil de la concurrence n°89-D-41 du 28 nov. 1989( B.O.C.C.R.F. du 3/12/89). L'arrêt cité de la Cour de cassation a montré l'intérêt que porte cette dernière à la délimitation du marché pertinent. (Cf note 18).

<sup>82</sup> Décision n° 92-D-62, en date du 18 nov. 1992, Rapport pour 1992, annexe n° 69, p. 429.

<sup>83</sup> Pour un exemple en droit communautaire : arrêt du 28 fév. 1991, Contrats de bière (DELIMITIS): le marché de la bière a été scindé en deux sous-marchés par la C.J.C.E. : le marché de la vente par intermédiaire de débits de boissons et la vente par le commerce de détail. Affaire C-234/89, Rec. I.935. Cette affaire sera étudiée plus en détail. Cf infra §114.

Pour un exemple en droit français : décision du Conseil n° 92-D-29 en date du 5 mai 1992 relative à la vente de produits phytosanitaires : ce secteur a été scindé en quatre grandes familles de produits constituant des marchés distincts : les insecticides, les fongicides, les herbicides, et les régulateurs de croissance destinés au traitement des semences, Rapport pour 1992, annexe n° 36.

<sup>84</sup> L. VOGEL, "A quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produit?", Contrats-conc.-consomm., juin 1992, p.1.

<sup>85</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'activité du Conseil de la concurrence, p. XXXV.

facteurs sont parfois pris en compte, tels que l'existence de réglementations spécifiques. Le Conseil de la concurrence a ainsi relevé, à propos des pratiques de la société Pompes funèbres générales à Fontainebleau, que l'organisation des prestations funéraires "libres" étaient indissociables des prestations dites monopolisées dont l'organisation relève exclusivement de la compétence des communes <sup>86</sup>. Il en déduit que le marché à prendre en considération est le marché communal.

La délimitation d'un marché n'est jamais effectuée à titre définitif. Elle évolue avec la modification des habitudes de la clientèle. Les nombreuses décisions du Conseil relatives à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'enseignement de la conduite des véhicules sont révélatrices de ce fait. Dans chacune, le Conseil prend soin de rappeler que "*(alors que) jusqu'à une époque récente les marchés pouvaient être délimités selon un critère simple de distance, désormais les stratégies commerciales (conditions de prix attractives, possibilité d'aller chercher les clients à domicile, prix forfaitaires...) des prestataires accroissent la capillarité des marchés locaux pour les rendre connexes les uns aux autres*" <sup>87</sup>.

En droit communautaire, le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci peuvent-être utilisés comme référence. En droit interne, c'est parfois une délimitation très étroite qui est retenue <sup>88</sup>. Il y a peut-être là un excès. Il serait souhaitable, dans le but de limiter l'atteinte faite à la liberté contractuelle, que les autorités de la concurrence bornent leurs interventions aux hypothèses où le marché pertinent constitue une partie substantielle du marché français <sup>89</sup>.

Le marché constituant le cadre de l'action, il faut rechercher qui agit sur lui. L'auteur de la restriction de concurrence est l'entreprise.

---

<sup>86</sup> Décision 90-D-06 du 16 janvier 1990, Rapport d'activité pour 1990, annexe 13, p.25.

<sup>87</sup> Décisions n° 92-D-09 à 92-D-14, Rapport pour 1992, annexes 16 à 21.

<sup>88</sup> Pour exemple, décision n° 92-D-63 du conseil de la Concurrence en date du 24 déc. 1992, relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par la Commune de Venarey -les-Laumes en Côte d'Or, Rapport pour 1992, annexe n° 70.

<sup>89</sup> En ce sens, cf. **M. C. BOUTARD-LABARDE** et **D. BUREAU**, "La détermination du marché pertinent", R.J.D.A. 11 / 93, p. 743. Notons que les articles 8 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 et 86 du Traité de Rome font référence au caractère substantiel de la part de marché sur laquelle s'exerce la domination.

Pour un point de vue plus dubitatif, cf **L. VOGEL**, pour lequel cette "*condition de substituabilité ne définit en réalité qu'une limite très théorique*", in "Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence", J.C.P. Ed.G. 1994, II n°3737, note 24.

## ***B - L'AUTEUR DE L'ACTION : L'ENTREPRISE .***

26. L'article 85 du Traité de Rome désigne expressément l'entreprise comme sujet du droit des ententes. Sont en effet incompatibles avec le Marché commun "*tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises, et toutes pratiques concertées*", qui sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence à l'intérieur du Marché commun. En revanche, l'article 7 de l'Ordonnance française ne désigne pas les responsables de la concertation. L'entreprise est cependant l'acteur naturel du droit français des ententes. Les dispositions de l'Ordonnance "*s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques*" (article 53). L'entité la plus à même de développer une telle activité est l'entreprise <sup>90</sup>. C'est son action, effective ou probable, qui est à l'origine de l'atteinte portée à la concurrence. L'entreprise est potentiellement "contrevenante".

Elle n'est jamais sujet directement protégé par le droit des ententes. Si elle veut obtenir que soit mis fin à une infraction dont elle s'estime victime, l'entreprise doit démontrer, non le préjudice par elle subi, mais le préjudice causé au marché <sup>91</sup>. Sa situation est donc différente de celle d'un contractant en droit des obligations. Celui-ci en est tantôt sujet contrevenant, tantôt sujet protégé : sujet contrevenant lorsqu'il enfreint les prescriptions contractuelles, sujet digne de protection lorsqu'il subit l'infraction. L'atteinte au contrat se confond alors avec l'atteinte au contractant. Cette assimilation n'est pas possible en droit de la concurrence.

27. C'est en droit communautaire qu'ont été forgées les premières définitions de l'entreprise adaptées au droit de la concurrence <sup>92</sup>. Ce ne fut pas l'oeuvre des rédacteurs du

---

<sup>90</sup> L'article 8 de l'Ordonnance du premier décembre 1986 est plus explicite. Il réprime expressément les abus de domination ou l'exploitation abusive d'une dépendance économique par une entreprise ou par un groupe d'entreprises.

Dans une décision 88-D-34 du 13 avril 1988, le Conseil a déclaré irrecevable une saisine émanant d'un particulier, au motif qu'il avait cessé toute activité professionnelle et qui avait été radié du registre du commerce et de l'industrie (Rapport d'activité pour 1988, annexe 39, p.83). Sans doute ne faut-il pas confondre personnes habilitées à saisir le Conseil et destinataire des mesures répressives. Mais on voit bien qu'un particulier ne développant plus d'activité professionnelle n'est pas considéré comme une entreprise.

<sup>91</sup> Sur le fait générateur de l'intervention étatique, cf infra, §29.

<sup>92</sup> La réflexion quant à la nature juridique de l'entreprise n'a pas été menée exclusivement en droit de la concurrence, loin s'en faut. De nombreuses études doctrinales lui sont consacrées. Il existe en droit commercial trois grandes tendances, que nous exposerons très succinctement. Pour certains, l'entreprise s'analyse en un groupement de biens et de droits affectés à l'activité économique de l'entrepreneur. Pour d'autres, elle est une "*communauté humaine*", dont l'activité est orientée vers un but économique "*à l'exclusion des biens qui y sont mêlés*" (J. HAMEL, A. LAGARDE et G. JAUFFRET, "Traité de droit commercial", 2<sup>me</sup> éd., T. 1, vol. 1, Paris, Dalloz 1980, n°208 et s.). Selon la dernière thèse (M. DESPAX, "L'entreprise et le droit", Paris, L.G.D.J. 1957), l'entreprise est un "*organisme autonome formé par l'Union intime de deux cellules qui en sont les*

Traité - celui-ci ne prévoit aucune définition - mais celui des institutions européennes. Elles-ci furent confrontées à un dilemme : opter pour un critère juridique de l'entreprise ou pour un critère économique. Après quelques hésitations, c'est la seconde voie qui a été choisie. A l'"organisation unitaire d'éléments personnels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé"<sup>93</sup>, fut substitué "l'unité économique du point de vue de l'accord en cause, même si du point de vue juridique, elle se compose de plusieurs personnes physiques ou morales"<sup>94</sup>. Des arrêts récents ont encore apuré la définition. La notion d'entreprise est désormais considérée comme "désignant une entité économique indépendamment du statut juridique et de son mode de financement"<sup>95</sup>. La définition finalement retenue est large et purement économique<sup>96</sup>. Cette option s'intègre dans la tendance ayant pour "objectif de déconnecter l'entreprise d'avec les sujets de droit"<sup>97</sup>.

Cela emporte différentes conséquences. La forme juridique revêtue par l'entreprise devient secondaire. L'entreprise peut être une personne physique<sup>98</sup> ou une personne morale. Il peut s'agir d'une entreprise publique<sup>99</sup> ou d'une entreprise privée. L'important est que l'entité

---

*composantes*". La première cellule rassemble les éléments matériels, la seconde les éléments humains. Pour un exposé plus détaillé de ces différentes thèses, cf. **R. HOUIN** et **M. PEDAMON**, "Droit commercial", 9<sup>e</sup> éd., 1990, Précis Dalloz, p.427 et s. En réalité, la notion d'entreprise diffère selon les textes. C'est une notion multivoque.

<sup>93</sup> Définition proposée dans l'affaire MANNESMAN AG c/ H.A. en date du 13 juill. 1962, aff. 19/61, Rec. 1190. C'est le Traité CECA qui s'appliquait à l'espèce.

<sup>94</sup> Arrêt STE HYDROTHERM GERATEBAU c/ Ese COMPACT, en date du 12 juill. 1984, aff. 170/83, Rec. 2999.

<sup>95</sup> Arrêts HOFFNER, C.J.C.E. 23 avr. 1991, aff. C. 41/90, Rec. I. 1979 et PONCET, C.J.C.E. 17 fév. 1993, Aff. C-159 et C 160/91, Rec. I . 637. Définition reprise par la C.J.C.E. dans l'arrêt SAT EUROCONTROL du 19 janvier 1994, aff. C-364/92, revue Europe, mars 1994, n° 114.

<sup>96</sup> Cf **C. BOLZE**, "La notion d'entreprise en droit communautaire", R.J.Com. n° spéc., nov. 1987.

<sup>97</sup> **J. SHAPIRA**, **G. Le TALLEC**, et **J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires", p. 85.

<sup>98</sup> Une personne physique concessionnaire d'un brevet est une entreprise. Un représentant de commerce également. Cf la communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec de représentants de commerce, J.O.C.E. 1962, L. 139, 2921.

<sup>99</sup> Commission C.E.E. 10 déc. 1982, BRITISH TELECOMMUNICATION, J.O.C.E. 1982, L. 369/36 ; Conseil de la concurrence, décision du 17 mai 1988, n°88-D-24, S.A.E.D.E. (ville de Pamiers)B.O.C.C.R.F. du 28 mai 1988, abondamment commentée et réformée par la C.A. de Paris le 30 juin 1988, B.O.C.C.R.F. du 9/07/88 ; décision du 28 juin 1994, décision 94-D-40, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'enseignement du ski, Rapport d'activité pour 1991, annexe 14, p. 34. Sur ce point, V. **M.C. BOUTARD-LABARDE** et **L. VOGEL**, "Droit de la concurrence et personnes publiques", Gaz. Pal. 22/23 déc. 1989, p.4, **J.Y. CHERROT**, "La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution", Dalloz 1991, chr. p.163 ; **M. GUIBAL**, "Droit public des contrats et droit de la concurrence, le style européen", J.C.P. éd. G. 1993, n°3667, p.161...

développe une activité de production, de commercialisation ou de services et qu'elle dispose d'un minimum d'autonomie économique. Cette dernière notion peut être difficile à caractériser<sup>100</sup>. La remarque prendra tout son sens lorsqu'il s'agira d'apprécier l'existence d'un concours de volontés, dans le cadre d'un groupe de sociétés par exemple<sup>101</sup>. La filiale ne disposant normalement pas d'une réelle autonomie d'action par rapport à la mère, elle est considérée comme formant avec elle une entreprise unique. L'article 85 du Traité de Rome ou 7 de l'Ordonnance française ne peuvent appréhender leurs relations. La conception objective de l'entreprise permet en revanche de poursuivre une entreprise du fait des agissements de ses prédécesseurs, dès lors qu'existe entre les deux une continuité économique et fonctionnelle<sup>102</sup>. L'application de cette règle peut se révéler délicate lorsque l'entreprise originale n'est que partiellement transférée. En l'état actuel de la jurisprudence, la responsabilité continue d'incomber à l'entreprise cédante lorsque celle-ci *"subsiste dans ses éléments essentiels"*<sup>103</sup>. Le choix de ce critère ne résout pas toutes les difficultés. Madame BOUTARD-LABARDE relève en outre que le critère de la continuité économique et fonctionnelle est remis en cause par la jurisprudence la plus récente du Tribunal de première instance des Communautés<sup>104</sup> et de la Cour d'appel de Paris<sup>105</sup>. Ceux-ci privilégient un critère juridique : *"c'est la personne juridique responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment de l'infraction qu'il convient de sanctionner alors même (...) que l'entreprise aurait été effectivement et intégralement transférée. Ce n'est que si cette personne juridique n'existe plus, si elle a été dissoute, que la responsabilité sera transférée sur la tête de la personne juridique à laquelle l'entreprise est*

---

<sup>100</sup> Cf pour exemple l'arrêt rendu le 24 juin 1993 par la Cour d'appel de Paris, qui refuse de considérer comme des entreprises une direction régionale et une agence, malgré les délégations dont cette dernière disposait, B.O.C.C.R.F. du 1er juill. 1993, p. 179.

<sup>101</sup> Cf Titre II de la présente partie, §148.

<sup>102</sup> Décision PVC de la Commission CEE, 21 décembre 1988, J.O.C.E. L. 74 du 17 mars 1989. Le Conseil de la concurrence adopte une analyse similaire. Cf. Décision 89-D-34, Secteur des travaux routiers, du 24 et 25 octobre 1989, B.O.C.C.R.F. du 8 nov. 1989.

<sup>103</sup> Décision P.V.C. du 21 décembre 1988, précitée, note 54.

Pour un plus ample exposé de cette jurisprudence ainsi que son analyse critique, cf. **M.C. BOUTARD-LABARDE**, "Le droit de la concurrence face aux 'cessions d'entreprises' ", in "Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence", Colloque du laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERAP, U. Lille II), Paris, L.G.D.J., 1993, p.35.

<sup>104</sup> T.P.I. C.E. 17 décembre 1991, aff. T-6/89, ENICHEM ANIC SA, précité, points 236 à 238. Pour un commentaire de cette décision, Cf. **L. IDOT**, chronique au Clunet 1992/2, p.481.

<sup>105</sup> Paris, 27 fév. 1991, Activité ambulancière, B.O.C.C.R.F. du 13 mars 1991, p.75.



*désormais rattachée* " <sup>106</sup>. Le statut juridique des acteurs ne saurait en effet être totalement indifférent aux autorités de la concurrence. Certaines décisions accordent une importance déterminante au critère juridique <sup>107</sup>. En outre, *"il est certain qu'un support juridique est toujours nécessaire pour fournir le support aux obligations imposées par les règles de concurrence et des sanctions attachées à leur violation"* <sup>108</sup>. La sanction est encourue lorsqu'est démontré un lien de causalité entre l'activité de l'entreprise et l'atteinte au marché. Cela nous conduit à étudier le fait générateur de l'intervention.

## **PARAGRAPHE 2 : L'ATTEINTE AU MARCHE, FAIT GENERATEUR DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT**

**28.** Dans les ordres juridiques communautaires et français, sont sanctionnées toutes les formes d'entente anticoncurrentielle, des plus structurées aux plus informelles : sont visés les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises (C.E.E.), les pratiques concertées, les ententes expresses ou tacites et les coalitions (France). De la même façon, sont interdites les ententes ayant pour objet ou pour effet ou qui peuvent avoir pour effet (France) *"d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché"*. Il est possible d'impartir une signification particulière à chacun de ces mots. Le jeu de la concurrence est empêché lorsqu'il est totalement paralysé. Il est restreint lorsque la liberté de certaines décisions économiques est limitée. Il est faussé lorsque les conditions des échanges telles qu'elles résulteraient de la structure du marché et de la conjoncture sont modifiées <sup>109</sup>. Les autorités régulatrices les emploient cependant indistinctement. La formule retenue se veut la plus large possible pour englober toutes les hypothèses de restrictions de concurrence.

---

<sup>106</sup> **M.C. BOUTARD-LABARDE**, article cité supra.

<sup>107</sup> L'affaire du Polypropylène en constitue un bon exemple. Les entreprises productives de polypropylène avaient formé une entente destinée à lutter contre la crise sévissant sur le marché des matières plastiques. Furent condamnées différentes sociétés qui, soit avaient cédé leurs activités au cours de la période litigieuse (Rhône Poulenc et Enichem), soit en avaient acquis pendant cette même période (Monte), et même après (Statoil). Les entreprises originaires furent condamnées au nom de la continuité juridique, les secondes au nom de la continuité économique (T.P.I. C.E. 24 oct. 1991, Rec. II. 867...) Lorsque la personne morale existe toujours, elle répond de l'infraction, sans qu'il y ait lieu de rechercher ce qui a vraiment été transféré. C'est du moins ce qui ressort de cet arrêt. Pour un commentaire de cette décision, Cf. **L. IDOT**, chronique au *Clunet* 1992/2, p.481. Nous examinerons cette décision en détail dans la suite de nos développements, §264.

<sup>108</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5ème éd., p.352.

<sup>109</sup> En ce sens, cf. **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit., §492, p.367.

C'est en effet l'existence d'une restriction de la concurrence imputable aux entreprises qui justifie l'intervention des autorités (A). Celles-ci n'ont vocation à intervenir que dans cette seule hypothèse. Les saisines qui ne tendent pas à démontrer une telle atteinte sont déclarées irrecevables (B).

#### ***A - NECESSITE D'UNE ALTERATION DU PROCESSUS CONCURRENTIEL PAR LES ENTREPRISES***

**29.** La constatation d'un dysfonctionnement du marché ne suffit pas à justifier l'action répressive. Le dysfonctionnement doit être imputable aux acteurs économiques (1). Les exemples d'ententes anticoncurrentielles sont nombreux (2).

#### **1/ L'imputabilité de la restriction de concurrence aux acteurs économiques**

**30.** Les autorités régulatrices n'interviennent que si c'est l'action des entreprises qui est la source des perturbations. La concertation doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. A été évoqué précédemment le fait que le droit français prenait également en considération la simple potentialité d'effet. Les notions d'objet et d'effet établissent le lien de causalité entre la perturbation de concurrence et l'entente. Ces critères sont alternatifs : *'la démonstration du fait que la pratique a eu un effet sur la concurrence n'est (...) pas nécessaire dès lors qu'il est établi que son objet était anticoncurrentiel ou qu'elle aurait pu avoir un effet anticoncurrentiel'* <sup>110</sup>. De la même façon, un objet anticoncurrentiel est sanctionné même s'il ne se traduit par aucune restriction effective de concurrence. Certains considèrent cependant que les instances communautaires opèrent une hiérarchie entre ces différents critères. La structure de l'article 85 du Traité imposerait que l'effet ou la potentialité d'effet ne soient envisagés que de façon subsidiaire <sup>111</sup>.

**31.** Ces différentes notions sont d'appréhension plus difficile qu'il n'y paraît.

---

<sup>110</sup> Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 1990, p. XXX.

<sup>111</sup> L'analyse a été développée en droit communautaire (cf **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit. § 510, p. 384 ; **C. GAVALDA et G. PARLEANI**, "Traité de droit communautaire des affaires", 2e éd., Paris, LITEC 1992, § 571, p.480.). Elle se vérifie moins en droit français. Si la structure de l'article 7 est la même que celle de l'article 85, le Conseil de la concurrence ne semble accorder aucun privilège à l'objet de l'entente.

La notion d'objet anticoncurrentiel est particulièrement délicate. Si on peut la rattacher à l'intention des parties, ce ne peut-être que dans une conception "objective" de l'intention. On ne peut exiger des autorités de la concurrence qu'elles prennent en considération la psychologie des parties, qu'elle recherchent les mobiles qui les animent. L'intention se déduit de l'analyse des termes de l'entente, du contexte et de l'expérience acquise. Ainsi Madame SELINSKY estime-t-elle que l'intention anticoncurrentielle existe *"lorsque les professionnels transgressent la loi en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant conscience des effets normalement prévisibles des pratiques qu'ils entendent mettre en oeuvre"* <sup>112</sup>. L'excuse de l'ignorance ou de l'absence de conscience de la portée de leurs actes ne saurait être absolutoire pour les entreprises <sup>113</sup>. Le fait que l'entente ne produise pas les effets attendus n'est pas davantage opérant. En ce sens, les articles 85 du Traité de Rome et 7 de l'Ordonnance incriminent la simple tentative de porter atteinte à la concurrence.

En l'absence même de toute intention anticoncurrentielle, l'incrimination est possible dès lors que l'entente produit des effets anticoncurrentiels, ou qu'elle est susceptible d'en produire. Monsieur BLAISE fait remarquer que la référence du droit français à la simple potentialité d'effet *"montre qu'il n'est nullement nécessaire de tenir compte des intentions des membres de l'entente. Il s'agit ici de la simple potentialité objective d'une altération de la concurrence ou des prix, en dehors de toute volonté des participants, et même à l'insu de ceux-ci"* <sup>114</sup>. Il est en France sans incidence que la restriction de la concurrence ne soit pas quantifiable <sup>115</sup>. On peut le regretter.

Les autorités françaises et communautaires sont toutes deux autorisées à faire une analyse prospective de l'état de la concurrence. Le simple risque d'altération est pris en considération dans les deux ordres juridiques. La police des marchés a nécessairement un aspect préventif. C'est dans l'appréciation de l'objet de l'entente que cette analyse est effectuée en droit communautaire. L'on sait que les ententes ne sont prohibées que si l'on peut prévoir, *"avec un degré de probabilité suffisant"* <sup>116</sup> que leur mise en oeuvre produira des effets

---

<sup>112</sup> V. SELINSKY, "L'entente prohibée", Thèse Paris, Librairies techniques 1978, §397. Dans le même sens, J. B. BLAISE, "Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés économiques", Thèse Paris, Librairies techniques, 1964, § 143, p.172.

<sup>113</sup> Commission de la concurrence, Rapport d'activité pour 1963 à 1966.

<sup>114</sup> J. B. BLAISE, "La statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes", Thèse Nancy, 1964, § 144. p. 173.

<sup>115</sup> Conseil de la concurrence 7 mars 1989, décision 89-D-06, Rapport d'activité pour 1989, annexe 13, p.28. Les autorités communautaires exigent en revanche que la restriction de concurrence soit sensible, ce qui suppose une évaluation minimale. La notion de sensibilité fait l'objet d'un accueil réservé en France. Pour une étude de cette condition, cf chapitre II, §77.

<sup>116</sup> C.J.C.E. 30 juin 1966, aff. 56/65, L.T.M. c/ M.B.U. (SOCIETE TECHNIQUE MINIERE), Rec. 337.

restrictifs. La notion d'objet porte en germe celle de potentialité d'effet. On peut donc estimer que la précision française est inutile, et presque suspecte. On peut lire, dans les observations générales formulées par le Conseil en introduction de son septième rapport d'activité, que les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées "*dès lors qu'elles ont un objet ou même seulement une potentialité d'effet anticoncurrentiel et qu'il est indifférent, à cet égard, que ces pratiques aient eu peu ou n'aient eu même aucun effet sur le marché*"<sup>117</sup>. L'affirmation est surprenante. Le droit français semble admettre qu'il existe "*des ententes interdites par nature*"<sup>118</sup>. C'est bien à cette conclusion que conduit l'indifférence avouée à l'égard de l'effet anticoncurrentiel.

Ces développements restent théoriques. Si l'on veut comprendre les notions d'objet et d'effet anticoncurrentiel, il faut illustrer notre propos de quelques exemples, dont la liste n'est pas exhaustive.

## 2/ Exemples de pratiques anticoncurrentielles

32. Le Traité de Rome et l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 énoncent plusieurs cas de pratiques anticoncurrentielles.

Sont réprimées par les deux ordres juridiques les ententes ayant pour objet ou pour effet de fixer les prix d'achat ou de vente (article 85, §1 a du Traité de Rome et 7.2 de l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986). La détermination des prix par le libre du jeu du marché est un facteur important de la compétition économique. Les pratiques de prix imposés<sup>119</sup> sont donc sévèrement sanctionnées ainsi que les concertations sur les prix et les marges<sup>120</sup>. Les pratiques de prix conseillés sont, quant à elles, jugées suspectes<sup>121</sup>.

Sont également sanctionnées les ententes ayant pour objet ou pour effet de limiter l'accès au marché (article 85, §1 b et 7.1). Sont notamment visées les pratiques de quotas<sup>122</sup>, les accords fixant des normes de production<sup>123</sup> et les pratiques de boycott<sup>124</sup>.

---

<sup>117</sup> Rapport d'activité pour 1993, p. XIV. (*Le passage en gras est souligné par nous .*)

<sup>118</sup> M. C. BOUTARD-LABARDE et D. BUREAU, article cité supra, p. 748.

<sup>119</sup> Commission C.E.E. 6 août 1984, ZINC PRODUCERS, J.O.C.E. n° L. 220, du 17 août 1984.

<sup>120</sup> Décision 93-D-27 du 30 juin 1993, Secteur du déménagement, Rapport d'activité 1993, annexe 34, p.231.

<sup>121</sup> C.J.C.E. 22 oct. 1986, aff. 75/84, METRO c/ SABA II, Rec. 3021.

<sup>122</sup> Commission 26 juillet 1969, QUININE, J.O.C.E. n° L.192, du 5 août 1969.

<sup>123</sup> Commission C.E.E. 15 déc. 1975, BAYER, J.O.C.E. n° L. 30 du 5 fév. 1976.

<sup>124</sup> Conseil de la concurrence, décision n°92-D-38 du 9 juin 1992, G.I.E. GITEM, Rapport d'activité, annexe 45, p.342.

Il est tout autant interdit aux opérateurs de se répartir les marchés et les sources d'approvisionnement (article 85, §1 c et 7.4). Le droit communautaire est particulièrement sévère à leur égard car ces accords sont de nature à entraver la construction du Marché commun. Sont visés par cette incrimination les accords de coopération par lesquels les entreprises se réservent leur territoire national et s'interdisent de pénétrer celui des autres <sup>125</sup>. Les contrats de distribution sélective <sup>126</sup> et exclusive <sup>127</sup> ne sont tolérés qu'à des conditions strictes. Il en est de même des clauses de non-concurrence <sup>128</sup>.

Les pratiques discriminatoires sont prohibées en vertu de l'article 85, §1 d du Traité de Rome. L'article 7 de l'Ordonnance n'y fait pas allusion. On doit considérer que ces pratiques sont également interdites dans l'ordre interne lorsqu'elles sont la conséquence d'une entente.

Le droit communautaire réprime encore les clauses de subordination (article 85, §1 e). Il s'agit des clauses par lesquelles les participants à une entente imposent à leurs partenaires, étrangers à l'entente, l'acceptation de prestations sans lien avec l'objet du contrat<sup>129</sup>.

La liste ainsi dressée n'est pas limitative. La plupart des ententes illicites s'y intègrent cependant.

***B - CONSEQUENCES : "IRRECEVABILITE" <sup>130</sup> DES SAISINES NON MOTIVEES PAR UNE PERTURBATION DU MARCHÉ .***

**33.** Il résulte de ce qui précède que la "recevabilité" d'une action engagée par les entreprises devant les autorités régulatrices est subordonnée à la démonstration, au moins

---

<sup>125</sup> Commission C.E.E 19 décembre 1990, CARBONATE DE SOUDE, SOLVAY-ICI, J.O.C.E. n° L. 152 du 15 juin 1990.

<sup>126</sup> Commission C.E.E. 16 décembre 1991, YVES ST LAURENT PARFUMS, J.O.C.E. n° L. 12 du 18/01/1992 et Conseil de la concurrence, décision 87-D-15, du 9 juin 1987, Produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, Rapport pour 1987, p. 43.

<sup>127</sup> T.P.I.C.E. 27 février 1992, Sté d'Hygiène pharmatologique VICHY, aff. 19/91, Rec. II. 417.

<sup>128</sup> Conseil de la concurrence, décision 93-D-11 du 4 mai 1993, Rapport d'activité pour 1993, annexe 18, p.165.

<sup>129</sup> Pour apprécier l'incidence de ces clauses lorsqu'elles sont insérées dans un accord de licence de savoir-faire : cf. article 3.9 du règlement n°2349/84 de la Commission du 23 juillet 1984, J.O.C.E. n°L. 219 du 16 août 1984.

<sup>130</sup> Le Conseil de la concurrence qualifie les demandes qui ne se fondent pas sur une altération du marché d'irrecevables, bien qu'elles ne correspondent pas à la définition traditionnellement admise de l'irrecevabilité : "*vice affectant une prétention formée par qui n'a pas le droit d'agir en justice, faute d'intérêt, de qualité, en raison de la prescription...*" (Vocabulaire juridique publié sous la direction de M. G. CORNU)

sommaire, d'une atteinte actuelle ou potentielle au jeu normal de la concurrence <sup>131</sup>. La situation est singulière. L'atteinte au marché assume une double fonction : elle conditionne à la fois la compétence des autorités de contrôle et l'incrimination.

La Commission de la concurrence prenait déjà soin de rappeler qu'un accord n'ayant ni pour objet ni pour effet d'entraver la concurrence ne pouvait être considéré comme entrant dans la champ d'application de la prohibition légale des ententes <sup>132</sup>. Son successeur est également très explicite sur ce point. Il délimite avec soin les domaines respectifs de l'action judiciaire et de la sienne propre. Dès 1987, le Conseil fait état dans son rapport annuel de ce qu'il n'est *"appelé à intervenir... que si le fonctionnement normal d'un marché (est) troublé en raison d'une déviation effective ou potentielle du processus de la concurrence."* En effet, *"le Conseil n'a pas vocation à intervenir dans ceux des litiges entre opérateurs économiques qui ne sont pas de nature à entraver le fonctionnement général de la concurrence sur un marché. Ces litiges doivent être portés devant leur juge naturel, civil, commercial, ou, le cas échéant, pénal."* La majorité du contentieux en matière de concurrence, entendu au sens large, échappe en réalité aux autorités régulatrices. Ce point est rappelé chaque année, à l'occasion de la publication du rapport d'activité du Conseil, et à chacune des décisions d'irrecevabilité. Il s'applique aussi bien aux instances au fond qu'aux demandes de mesures conservatoires <sup>133</sup>.

**34.** Ces décisions, très nombreuses dans les premières années d'existence du Conseil, se sont progressivement raréfiées, pour se stabiliser autour de cinq à dix décisions par an <sup>134</sup>. Le Conseil en avait déduit une meilleure connaissance par les entreprises des conditions

---

<sup>131</sup> Dans l'hypothèse d'une autosaisine ou d'une saisine par le Ministre de l'économie, le Conseil peut se montrer moins exigeant.

<sup>132</sup> Pour exemple, avis du 7 juin 1984, B.O.S.P. 21 septembre 1984, Rapport pour 1984 : la Commission a estimé que ne rentraient pas dans le champ d'application de l'Ordonnance les accords interprofessionnels conclus par des organisations professionnelles de sociétés pétrolières et de gérants libres afin de déterminer des conditions générales communes à appliquer dans les contrats de location-gérance, ces accords ayant pour effet, non de tempérer la concurrence, mais d'aménager les conditions de fonctionnement des stations service et le statut social de leurs exploitants, et leur effet ayant été de détendre le lien de subordination économique des gérants libres à leurs fournisseurs de produits pétroliers (Lamy droit économique, Concurrence Distribution Consommation, 1993, n° 1273).

<sup>133</sup> Décisions 92-D-23 du 24 mars 1992, Rapport pour 1992, annexe 30, p.239 et 93-D-28 du 29 juin 1993, Rapport pour 1993, annexe 35, p.238.

<sup>134</sup> Elles furent trente et une en 1987, soit en raison du caractère insuffisamment probant des éléments accompagnant la saisine, soit parce que les faits n'entraient pas dans le champ des compétences du Conseil. Les décisions d'irrecevabilité ne furent plus que neuf en 1988, et cinq en 1989, 6 en 1990, 12 en 1991, 5 en 1992 .

auxquelles est subordonnée sa saisine. C'était sans doute pêcher par excès d'optimisme. L'année 1993 a été marquée par une inquiétante résurgence de ce type de décision <sup>135</sup>.

Leur motivation est intéressante. Le Conseil précise qu'il n'est pas compétent *"pour se prononcer dans un litige contractuel"* <sup>136</sup>, pour *"prononcer la nullité d'une convention"* <sup>137</sup>, ou *"statuer sur une demande en réparation d'un préjudice ni sur l'allocation de dommages et intérêts"* <sup>138</sup>. Il n'est pas davantage compétent pour faire cesser des pratiques de concurrence déloyale <sup>139</sup>, faire grief d'une modification unilatérale <sup>140</sup> ou d'une rupture des relations commerciales lorsqu'elles *"ne se rattachent pas à une action concertée de caractère anticoncurrentiel ou à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique"* <sup>141</sup>. Pour tous ces litiges, le Conseil renvoie au juge judiciaire <sup>142</sup>.

Il ne faut pas en déduire que la compétence du juge est limitée aux pratiques restrictives. Il dispose au contraire en droit des ententes d'une compétence concurrente à celle des autorités régulatrices <sup>143</sup>. Toutefois, lorsqu'il a mission d'appliquer les articles 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, et 85 du Traité de Rome, le juge doit prendre en considération les spécificités qui viennent d'être dégagées. Cela n'est pas sans provoquer de nombreux bouleversements.

## **SECTION II : BOULEVERSEMENTS PROVOQUES PAR LA DEFINITION DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

---

<sup>135</sup> 17 décisions d'irrecevabilité furent en effet rendues en 1993, pour les mêmes motifs que ceux énoncés à la note précédente.

<sup>136</sup> Décision 94-D-24 du 6 avril 1994, B.O.C.C.R.F. du 24 /06/94, p. 251.

<sup>137</sup> Décision 93-D-34, du 14 septembre 1993, B.O.C.C.R.F. 6 novembre 1993, p.303.

<sup>138</sup> Décision 93-D-03, du 27 avril 1993, B.O.C.C.R.F. du 5 juin 1993, p.151. Dans le même sens, cf décision 94-D-17 du 8 mars 1994, B.O.C.C.R.F. du 4 mai 1994, p. 168.

<sup>139</sup> Décision 93-D-28, du 29 juin 1993, B.O.C.C.R.F. du 11 août 1993, p. 220 ou décision 94-D-45 du 12 juillet 1994, B.O.C.C.R.F. du 16/09/94, p.403.

<sup>140</sup> Décision 93-D-04, du 27 avril 1993, B.O.C.C.R.F. du 5 juin 1993, p.152 ...

<sup>141</sup> Décision 92-D-23, du 24 mars 1992, Rapport pour 1992, annexe n°30, p.239 ...

<sup>142</sup> Cf décision 93-D-09 du 28 avril 1993 dans laquelle le Conseil énonce *"qu'à supposer que les pratiques alléguées puissent engager la responsabilité contractuelle de leurs auteurs pour non respect de leurs obligations contractuelles ou du principe de loyauté de la concurrence, le dossier ne comporte pas d'éléments suffisamment probants pour établir qu'elles sont pour autant de nature à affecter le jeu de la concurrence sur un marché ; que d'ailleurs, le juge consulaire est déjà saisi des comportements dénoncés dans la saisine au titre du litige commercial qui oppose la société requérante et la société Groupe Pigier."*, B.O.C.C.R.F. du 18 mai 1993, p.142...

<sup>143</sup> Sous réserve des compétences exclusives reconnues à la Commission des Communautés.

35. De la définition de l'illicite qui vient d'être rapportée se détachent trois caractères. Cette définition est lâche, elle est économique, et elle introduit une nouvelle condition de validité dans l'édifice contractuel <sup>144</sup>. Le premier caractère est à l'origine d'un bouleversement du processus normatif (Paragraphe 1) et le deuxième d'une modification de la fonction judiciaire (Paragraphe 2). Le troisième a pour conséquence que la conformité au droit des contrats traditionnel ne préjuge pas de la licéité au regard du droit des ententes (Paragraphe 3).

**PARAGRAPHE 1 : BOULEVERSEMENT DU PROCESSUS D'ELABORATION ET D'APPLICATION DU DROIT.**

36. Le juge n'est plus la seule autorité compétente pour interpréter et appliquer la norme juridique. Ce rôle est également dévolu à des autorités administratives. Cette concurrence de compétences pour appliquer la norme concurrentielle est un des phénomènes les plus notables (A). Les sources de droit se sont en conséquence diversifiées (B). Le lien entre ces deux propositions doit être soigneusement expliqué.

***A - CONCURRENCE DE COMPETENCES DANS L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE.***

37. Les commentateurs de l'Ordonnance ont relevé le rôle fondamental imparti au juge dans cette nouvelle structure. A la compétence qui lui est reconnue en matière interne s'ajoute une compétence pour appliquer le droit européen de la concurrence : le juge national est juge de droit commun du droit communautaire. Cette fonction fut affirmée très tôt <sup>145</sup>. Elle est la conséquence des principes de primauté et d'applicabilité directe.

---

<sup>144</sup> Nous verrons, dans les chapitres consacrés à la nullité, qu'il s'agit davantage que d'une nouvelle condition de validité. La référence à l'effet anticoncurrentiel, non seulement ne s'intègre pas aux conditions de l'article 1108 du code civil, mais encore bouleverse un des fondements essentiels de la sanction civile.

<sup>145</sup> Arrêts VAN GEND EN LOOS, CJCE 5 fév. 1963, aff. 26/12, Rec. 25 et COSTA c/ ENEL, CJCE 15 juill. 1964, Rec. 1141.



Il demeure qu'il ne dispose en droit des ententes d'aucune compétence exclusive<sup>146</sup>. L'instauration de commissions techniques ou d'autorités administratives est un des traits marquants du droit de la concurrence. C'est un des arguments invoqués en faveur de la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit <sup>147</sup>. A l'heure actuelle en France, la majeure partie du contentieux est concentré entre les mains du Conseil de la concurrence. On tend à ajouter à la justice traditionnelle, formée à "dire le droit" une sorte de justice d'experts, plus technicienne. On a parlé à ce propos de "*dérive technocratique*"<sup>148</sup>. Ce phénomène est sans doute à la source du sentiment de démission du juriste face à l'économique. Le juge accepte de considérer l'autorité régulatrice comme le "*sachant*"<sup>149</sup>, car il lui reconnaît la faculté de saisir la réalité, de l'assimiler et de la sanctionner de manière rapide et efficace. Le rôle conféré aux autorités régulatrices est en outre à l'origine d'une diversification ou, selon l'expression d'un auteur, d'un "*déplacement des sources du droit*"<sup>150</sup>.

#### ***B - DEPLACEMENT DES SOURCES DU DROIT DE LA CONCURRENCE .***

**38.** Le juge puise traditionnellement la substance de la solution qu'il propose dans les textes de loi. Le Traité de Rome et l'Ordonnance du 1er décembre 1986 constituent les sources formelles, directes et écrites <sup>151</sup>, du droit de la concurrence. Les économistes ont collaboré à leur élaboration <sup>152</sup>. Cette première source est cependant peu abondante. Le Traité

---

<sup>146</sup> Sauf en quelques domaines tel que celui de l'annulation, ce qui n'est certes pas négligeable. Cf 2ème partie.

<sup>147</sup> **G. FARJAT**, "L'importance d'une analyse substantielle du droit économique", R.I.D.E. 1986, p. 9.

<sup>148</sup> Cf. **B. OPPETIT**, pour lequel "*Le développement d'organes para-administratifs tels que la Commission des clauses abusives, la Commission de la concurrence ou la COB a accentué le caractère technocratique de la formation du droit et la dépossession de l'autorité judiciaire non seulement de l'initiative de la règle mais aussi de son interprétation.*" ("*La décodification en droit commercial français*", Etudes Rodière, 1981, p. 197.)

<sup>149</sup> Expression de **M. BEZARD**, Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation ("*La Cour de cassation juge de la concurrence*", Contrats-conc. consomm., fév. 1993, p.1)

<sup>150</sup> **G. FARJAT**, article précité.

<sup>151</sup> On oppose souvent les sources formelles (loi, jurisprudence et coutume) et les sources substantielles (forces créatrices de droit : faits sociaux, exigences de l'environnement). Parmi les premières, on distingue les sources écrites (loi) et les sources non écrites (coutumes) ainsi que les sources directes (loi, coutume) et les sources indirectes (doctrine, jurisprudence). Sur ces distinctions, cf. **J.L. BERGEL**, "*Théorie générale du droit*", 2<sup>e</sup> éd., Méthode du droit Dalloz, Paris 1989, p.52.

<sup>152</sup> Même si d'aucuns déplorent que "*la gestion de la politique concurrentielle échappe, en France tout au moins, presque totalement aux économistes, et plus particulièrement à ceux d'entre eux spécialisés dans les*

de Rome et l'Ordonnance française se contentent de poser quelques grands principes. Certains ont parlé de dérégulation. Cela est contestable. A la dérégulation publique se substitue nécessairement une régulation privée <sup>153</sup>, processus que le droit de la concurrence actuel entend précisément éviter. Il s'agit davantage d'une adaptation des sources au caractère concret du droit économique.

On peut critiquer ce phénomène de pénurie de textes généraux. Il porte une atteinte sensible à la permanence du droit. C'est d'ailleurs une des caractéristiques du droit économique que la mobilité : *'Le droit de l'organisation de l'économie est nécessairement aussi mouvant que les marchés eux-mêmes. La révisibilité est de l'essence du droit économique'*<sup>154</sup>. Certains le déplorent. GOLDMAN relève que *"les autorités communautaires sont très réticentes pour admettre l'applicabilité des règles de concurrence par voie de dispositions abstraites dotées de généralité et de permanence. Il leur apparaît que le caractère essentiellement empirique du Droit de la concurrence s'accommode mal d'une telle méthode d'application; mais il faut d'autre part reconnaître que la sécurité juridique y gagnerait"*<sup>155</sup>. La sécurité juridique est en effet conditionnée par la stabilité des règles applicables.

**39.** Confronté à la rareté des textes "de base", le juge doit chercher ailleurs la solution au litige qui lui est soumis. En droit européen, les actes administratifs du Conseil et de la Commission sont fondamentaux <sup>156</sup>, qu'il s'agisse des règlements d'application des articles 85 et 86 <sup>157</sup>, des communications de la Commission <sup>158</sup> ou des règlements d'exemption <sup>159</sup>. Le

---

*domaines de la micro économie et de l'économie d'entreprise".(M. GLAIS, "Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne)" , Rev. éco. 1987 / 1, p. 75 - 115).*

<sup>153</sup> **Dr. B. VAN DER ESCH**, "Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la C.E.E.", C.D.Europ. 1990 p.499.

<sup>154</sup> **G. FARJAT**, op. cit, p. 759.

<sup>155</sup> **B. GOLDMAN**, "Précis de droit communautaire européen", 1ère éd. , p. 314.

<sup>156</sup> C'est l'article 189 du Traité de Rome qui mentionne les différents actes adoptés par les institutions communautaires (droit communautaire dérivé)

<sup>157</sup> Règlement 17/62 du 6 février 1962. Les règlements sont d'effet direct. Leur respect s'impose aux juridictions et aux autorités nationales.

<sup>158</sup> Communications du 24 déc. 1962, relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, du 29 juillet 1968 relative aux accords et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, du 18 décembre 1978, concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard de l'article 85..., du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure ..., du 13 février 1993, relative à la coopération entre le Commission et les juridictions nationales (nous ferons souvent référence à cette communication), communication du 16 février 1993, sur le traitement des entreprises communes à

droit français a, quant à lui, beaucoup recouru à la technique de la circulaire. Il en existe des exemples célèbres, dont le meilleur exemple est certainement la circulaire Fontanet du 31 mars 1960 <sup>160</sup>. Cette technique semble tombée en désuétude mais elle a marqué de son empreinte le droit de la concurrence français. Tous ces actes ont été qualifiés de '*sources mixtes*' <sup>161</sup> du droit.

Les décisions françaises et communautaires sont également fondamentales <sup>162</sup>. La jurisprudence occupe en toute discipline une fonction essentielle : '*les tribunaux, confrontés aux réalités concrètes, comblent les vides législatifs, interprétant et adaptant la loi, découvrant sans cesse des remèdes nouveaux, inspirent souvent le législateur qui consacre alors par la loi les solutions prétoriennes*' <sup>163</sup>. La pratique décisionnelle des autorités régulatrices est peut-être plus importante encore <sup>164</sup>. Les décisions de la Commission des Communautés s'imposent au juge en vertu du principe de primauté. Les avis de la Commission de la concurrence française, auxquels ont succédé les décisions du Conseil, ne lient en revanche pas le juge <sup>165</sup>. Ils constituent néanmoins un support de sa décision. Les

---

caractère coopératif et au regard de l'article 85 du traité CEE. Ces communications ne s'imposent pas aux juges et autorités des Etats membres.

<sup>159</sup> Cf chapitre consacré à l'exemption.

<sup>160</sup> J.O du 2 avril 1960, p.3048. On peut également citer les circulaires Fourcade du 30 mai 1970, "*relative à certaines mesures d'assainissement de la concurrence* ", Scrivener du 10 janvier 1978, "*relative aux relations commerciales entre entreprises* ", Monory du 12 décembre 1980, "*relative aux prix d'appel* " et Delors du 18 mai 1984, "*relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises* ". Même si elles ne constituaient qu'un élément de la doctrine administrative, l'on a pu dire que ces grandes circulaires "*ont beaucoup apporté au droit de la concurrence* " : cf **J.M. MOUSSERON** et **V. SELINSKY**, "Le droit français nouveau de la concurrence", 2ème éd., Actualités de droit de l'entreprise, LITEC, 1988, n°8, p.11.

<sup>161</sup> **G. FARJAT**, "L'importance d'une analyse substantielle du droit économique", précité.

<sup>162</sup> Il faut ajouter en droit communautaire la fonction essentielle des principes généraux (principe de respect des droits de la défense, de bonne administration de la justice, de sécurité juridique (parfois utilisé au soutien de décisions contradictoires !), de non rétroactivité des actes administratifs, de bonne foi, de respect de la confiance légitime ... La Cour prend fréquemment appui sur eux. Elle leur reconnaît un rang supra-législatif.

En France, l'existence des principes généraux a été reconnue par le Conseil d'Etat dans un arrêt Aramu du 26 octobre 1945. Ils sont rarement utilisés dans un contentieux concurrentiel. Le droit français ne leur reconnaît qu'une valeur "*infra-législative et supra-décrétale*" (**R. CHAPUS**, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles de droit administratif", Dalloz 1966, I. 99.)

<sup>163</sup> **J.L.BERGEL**, "Théorie générale du droit", § 62, p.72.

<sup>164</sup> L'analyse du Conseil de la concurrence est révélatrice : "*Le contrôle du jeu de la concurrence ne peut être adapté à la très grande diversité des structures et des pratiques afférentes aux divers secteurs de la production, de la distribution et des services que s'il comporte d'une part, des règles suffisamment synthétiques pour être d'application générale, d'autre part, un dispositif d'application propre à en assurer l'adaptation à des situations diverses et évolutives, en d'autres termes un dispositif jurisprudentiel comme celui que constituent le Conseil et les juridictions qui le contrôlent, à savoir la section concurrence de la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation* ", Rapport d'activité pour 1991, p.8

<sup>165</sup> Cf 2ème partie, titre II, ch. II, section II (Articulation des compétence administratives et judiciaires)

rapports annuels que rédigent la Commission européenne et le Conseil de la concurrence sont d'ailleurs des outils pédagogiques précieux, pour les entreprises qui sont mieux à même d'apprécier la licéité de leurs pratiques, mais également pour le juge. Les autorités régulatrices insistent beaucoup sur l'importance qu'elles attachent à la publication. Le phénomène est révélateur de la jeunesse du droit de la concurrence et du travail d'apprentissage et de vulgarisation qui doit être opéré. Mnsieur CARBONNIER écrit que "*la jurisprudence a besoin d'être connue (non pas des justiciables, mais des praticiens et des juges) pour prendre conscience d'elle-même*"<sup>166</sup>, mais il ajoute que "*la jurisprudence connue ne représente qu'une toute petite fraction dans l'immense trame de jugements*". C'est un phénomène inverse que l'on relève en droit de la concurrence : la publication est aujourd'hui assez systématique<sup>167</sup>. Le but poursuivi est toutefois identique. C'est par le biais des publications que peut notamment s'instaurer la coopération entre droit et économie, entre instances judiciaires et instances régulatrices. Mais la bonne intelligence par le juge des mécanismes économiques, favorisée par l'intervention des autorités de la concurrence, ne doit pas lui faire oublier son rôle de gardien de la légalité.

40. La doctrine majoritaire considère la jurisprudence communautaire comme une source du droit. Monsieur BOULOIS invoque trois arguments<sup>168</sup>. Le premier est la place de la Cour de Justice dans le système institutionnel communautaire. Le deuxième est l'exclusivité qui lui est reconnue pour interpréter le droit communautaire. La troisième en est dérivée ; elle tient aux méthodes d'interprétation retenues, finalistes et téléologiques. La Cour de Justice a cependant précisé que les droits des justiciables trouvent leur origine dans les dispositions du droit communautaire lui-même et non dans les arrêts de la Cour qui les interprètent<sup>169</sup>. En outre, le précédent ne lie pas.

En France, le précédent judiciaire n'a pas plus de force<sup>170</sup> et les arrêts de règlement sont interdits. L'article 5 du code civil fait interdiction aux juges de prononcer par voie de

---

<sup>166</sup> J. CARBONNIER, "Droit civil, Introduction", 21<sup>e</sup> édition, P.U.F Thémis, Paris 1992, § 145, p.273.

<sup>167</sup> Elle pose cependant des "*problèmes d'accessibilité*". C'est vrai du moins des arrêts de la Cour de Justice des Communautés, qui "*sont longs et (dont) la démarche de pensée est souvent déroutante pour un juriste français*" (L. IDOT, laquelle fait remarquer que les recueils annuels de la Cour dépassent les 6000 pages...in "L'insécurité dans le droit communautaire", Cah. dt. Entr. 1990/6, p.32).

<sup>168</sup> J. BOULOIS, "Droit institutionnel des communautés européennes", 4<sup>e</sup> éd., Montchrétien, Précis Domat, 1993, p.205 s

<sup>169</sup> C.J.C.E. 14 déc. 1982, aff. 314 à 316/81 et 83/32, WATERKEYN, Rec. 4337.

<sup>170</sup> Il en va différemment dans les pays de *common law* : la règle énoncée dans une décision judiciaire s'impose en principe aux juridictions inférieures et à celle ayant rendu la décision. Les juges doivent s'en tenir à ce qui a été décidé : principe du *stare decisis*. En Angleterre, ce principe fait l'objet de règles très précises, qu'il

disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Bien plus, il est coutume d'affirmer que la jurisprudence ne constitue pas une source du droit <sup>171</sup>. Plusieurs arguments sont invoqués. On fait valoir que les actes émanant des tribunaux "*n'ont qu'un effet relatif dans la mesure où ils ne s'imposent qu'à leurs auteurs ou à leurs destinataires, même si cette relativité subit parfois des exceptions*" <sup>172</sup>. L'on se fonde également sur le principe de séparation des pouvoirs.

Ce dernier point est intéressant car il introduit une différence sensible entre le droit français et le droit communautaire. Dans ce dernier, les organes d'élaboration de la norme sont souvent les mêmes que les organes d'application. On a parlé à ce propos de "*dynamique de la symbiose*" <sup>173</sup>. La Commission des Communautés, qui dispose d'un pouvoir de contrôle et de sanction, participe au pouvoir normatif. Elle peut notamment être habilitée par le Conseil à adopter des règlements d'exemption par catégorie <sup>174</sup>. Il n'y pas réellement séparation des fonctions "législative" et juridictionnelle en droit communautaire.

Cette séparation perdure au contraire en droit français. Le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour adopter des décrets d'exemption. Ce pouvoir est dévolu au ministre. On ne peut cependant nier en France l'existence de décisions-test <sup>175</sup>.

Il y a donc un lien de causalité direct entre la diversification des compétences en droit des ententes et la diversification des sources de droit. L'importance du rôle reconnu aux

---

ne nous appartient pas de détailler ici. Nous nous contenterons de renvoyer à quelques ouvrages: cf **P. KINDER-GEST**, "Droit anglais," L.G.D.J., Paris 1989 ; **J. GHESTIN** et **G. GOUBEAUX**, "Introduction générale", 2ème éd. p.350.

<sup>171</sup> Ce point est cependant controversé. Certains considèrent que la jurisprudence est une source de droit (**J. MAURY**, "Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit", Etudes Ripert, L.G.D.J. 1950, t.I, p.28 s. Voir sur ce point "La jurisprudence", Archives de philo. du droit, T. 30, Sirey Paris 1985. Cf également la théorie de la hiérarchie des normes de **H. KELSEN**, ("Théorie pure du droit", traduction C. EISENMANN Dalloz 1962) pour lequel il existe des normes de portée générale et des normes singulières, qui n'obligent que peu d'individus. Ces normes sont hiérarchisées, chacune tirant sa force obligatoire de la norme immédiatement supérieure (système de la pyramide). D'autres ne considèrent la jurisprudence que comme une "autorité" (**J. CARBONNIER**, op. cit.).

<sup>172</sup> **J.L. BERGEL**, "Théorie générale du droit", 2è éd., p.53.

<sup>173</sup> **M.A. SANSON-HERMITTE**, "Droit européen de la concurrence, Cohérence économique, sécurité juridique", Thèse Dijon, 1971, p. 152. Nous reviendrons sur ce point lors de l'étude des règlements d'exemption.

<sup>174</sup> On peut en outre considérer avec Mme **SANSON-HERMITE** que les règlements d'exemption "*ne sont souvent qu'une traduction normative de la jurisprudence, ce qui ne fait que rehausser l'importance de cette dernière.*", p. 47 de la thèse précitée.

<sup>175</sup> Le terme a été employé par la Commission des Communautés (Premier Rapport sur la politique de la concurrence, n°47). Il caractérise les décisions dont la solution a une portée universelle. Le conseil n'utilise pas l'expression, mais on peut considérer les décisions "Ville de Pamier" (88-D-24, précitée note 50) par exemple, ou "Clause de restitution des cuves" (87-D-34, B.O.C.C.R.F. du 20 oct. 1987), ou encore "Carburants corses" (décision 89-D-14, B.O.C.C.R.F. du 3 mai 1989), comme des décisions-tests.

autorités administratives est à l'origine d'un déplacement des sources, de la loi (ou du Traité) vers la pratique décisionnelle et les règlements. Le juge profite, ou pâtit, de ce processus, puisqu'il a lui-même la charge d'appliquer la norme concurrentielle. Il ne peut faire abstraction de ces sources dérivées. La fonction judiciaire en est bouleversée.

## PARAGRAPHE 2 : BOULEVERSEMENT DE LA FONCTION JUDICIAIRE

41. La mission du juge ne saurait s'assimiler à celle des autorités régulatrices. Le juge n'assure pas la police des marchés. D'aucuns pourront le soutenir. Cela nous semble contestable. Le juge a pour mission de mettre fin à un litige concurrentiel et non pas celle d'organiser les règles du jeu. Ce rôle est dévolu à la Commission des Communautés et au Conseil de la concurrence.

Il demeure que le juge est, par hypothèse, saisi sur le fondement de l'article 85, §1, du Traité de Rome ou/et de l'article 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986. Ce n'est pas un litige contractuel classique qu'il doit résoudre. Il ne peut faire abstraction de la terminologie spécifique à la matière, et bien plus encore, de la spécificité du fait générateur de la sanction. le juge est inéluctablement conduit à assurer une magistrature économique (A), à juger en opportunité (B) et à modifier ses méthodes de raisonnement (C).

### A - UNE MAGISTRATURE ECONOMIQUE DANS L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE .

42. L'interaction entre l'analyse économique et l'analyse juridique sera en grande partie l'oeuvre des juges. C'est pourtant chose commune que de dénoncer leur inaptitude ou leur réticence à exercer une magistrature économique <sup>176</sup>.

De fait, la Cour de justice semble laisser à la Commission le soin de l'argumentation économique, quitte à critiquer celle-ci après l'avoir confrontée à l'argumentation de la partie requérante. Un auteur qualifie d'ailleurs la Commission de *"creuset où s'élaborent toutes les doctrines ; que par la suite, la Cour approuve, rectifie ou refuse, elle le fait à partir des*

---

<sup>176</sup> G. WILLS : "Les juges européens (...) hésitent beaucoup à s'aventurer dans le domaine de la politique économique(...) Ils font une distinction plus nette entre le raisonnement juridique, qui est le leur, et le raisonnement économique, qu'ils considèrent comme étranger" in "Rule of reason" : une règle raisonnable en droit communautaire? ", C.D.Europ. 1990, n° 1/2, p.18.

*matériaux conceptuels que lui fournissent les multiples travaux que la Commission effectue ou fait effectuer* <sup>177</sup>. Parmi ces travaux figure l'analyse économique. Mises à part quelques décisions célèbres, dans lesquelles la Cour a pris une part active à la démonstration économique <sup>178</sup>, elle paraît s'estimer insuffisamment armée pour le faire <sup>179</sup>. Elle se contente d'exercer un contrôle minimum, qui consiste à vérifier que les règles de procédure et de motivation ont été respectées et que la Commission n'a pas fait d'erreurs manifestes d'appréciation <sup>180</sup>. Dans l'affaire "Pâte de Bois", la Cour n'a pas procédé elle-même aux analyses complexes que nécessitait l'étude du cas, mais elle a sollicité l'avis de plusieurs experts <sup>181</sup>. En France, les juges sont également réfractaires à des analyses économiques poussées. C'était un des arguments invoqués par les partisans de la création d'une juridiction économique.

**43.** La démarche n'est pas condamnable en soi. Il n'est encore une fois pas question de faire du magistrat un technicien de la concurrence. Poursuivre une telle fin rendrait inutile le recours au juge : celui-ci deviendrait un succédané d'autorité régulatrice. Lorsqu'il est saisi d'un litige contractuel, il doit cependant être à même de résoudre un problème d'application, à titre incident ou principal, du droit de la concurrence. De même, lorsqu'il est saisi sur recours contre les décisions des autorités régulatrices, il doit être capable de relever les erreurs manifestes ou les défaillances de l'argumentation économique. Sa tâche est de vérifier que les conditions indispensables à l'incrimination sont réunies:

*"(...) le caractère "pertinent" en droit d'une situation économique de fait, dépend du contenu de la règle de droit dont l'application ou la non application au cas litigieux est envisagée. La réponse à la question de savoir quel est le marché concerné (Relevant market) pour la constatation d'un abus de position dominante ou celle de savoir de quelles relations de marché il faut tenir compte pour constater une restriction de la concurrence au sens de l'article 85 du traité CEE, supposent de la part du juge une compréhension suffisante des phénomènes économiques et de la fonction des règles en cause dans le système du traité qui*

---

<sup>177</sup> **M. A. SANSON-HERMITTE**, " Sur la doctrine économique de la Commission de la C.E.E. 1982 : d'une politique économique à une politique industrielle", *Clunet* 1983, p. 509;

<sup>178</sup> On peut citer pour exemple l'affaire des matières colorantes (C.J.C.E. 14 juillet 1972, aff. 54-69, Rec. 851) qui sera étudiée en détail ultérieurement.

<sup>179</sup> En ce sens, **P. VER LOREN VAN THEMAAT**, "L'économie à travers le prisme du juridique", *Rev. inter. dr. éco.* 1989, p. 133, et plus spéc. p.141.

<sup>180</sup> Pour exemple, cf. affaire B.A.T. et Reynolds du 17 nov. 1987, aff. 142-156/84, Rec.4487, att.62.

<sup>181</sup> Sté ITALIANA VETRO, aff. jointes T-68, 77 et 78/89, du 10 mars 1992, Rec. I.1403.

lui permettre d'établir quels critères d'applicabilité de la règle doivent être repris dans la définition du champ d'application de celle - ci" <sup>182</sup>.

Cela tend à être le cas. La Cour d'appel de Paris a montré qu'elle était capable de statuer sur recours contre les décisions du Conseil de la concurrence. Elle vérifie par exemple la délimitation du marché pertinent <sup>183</sup>. Certains juges s'initient également à l'analyse économique. Cela les pousse à exercer, en sus d'un contrôle de légalité, un contrôle d'opportunité.

#### ***B - IRRUPTION DE LA REGLE D'OPPORTUNITE DANS L'APPRECIATION DE LA LEGALITE D'UNE DECISION EN DROIT DE LA CONCURRENCE.***

44. La mutation qui s'est opérée quant au rôle du juge a été bien traduite par Monsieur CABRILLAC en droit commercial. Après avoir rappelé que le litige commercial a toujours comporté un arrière plan économique, il énonce :

*“Mais le donné économique ne jouait qu'un rôle indirect et médiat par rapport à la décision ; le litige se cristallisait sur un problème juridique ; le juge le tranchait en fonction de normes purement juridiques. (...) Mais, depuis quelques années (nous sommes en 1970), le fait économique tend à jouer un rôle direct et immédiat dans la sentence. Aujourd'hui, le juge est parfois appelé à décider en fonction d'une appréciation d'opportunité économique et parfois sa décision est un choix, voire un pari, d'ordre économique. En bref, alors que jadis le fait économique n'était qu'une donnée à propos de laquelle le juge était appelé à dire le droit, il est maintenant enclin à se muer en problème, problème sur lequel le juge doit prendre parti pour accomplir son office ”*<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> P. VAN LOREN VAN THEMAAT, article précité.

<sup>183</sup>Pour exemple, arrêt du 17 mai 1984, précité note 17. La Cour de Justice des Communautés corrige parfois également la définition du marché pertinent : arrêt Continental Can du 21 fév. 1973, aff. 6/72, Rec.215.

<sup>184</sup> M. CABRILLAC, "Rapport sur le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français", Trav. Assoc. Capitant, 1970, p. 152. En ce début de décennie 1970, le phénomène était nouveau. Jusqu'alors, le rôle du juge s'était effectivement cantonné à un strict contrôle de légalité et le principe de non ingérence dans les contrats avait une puissance qui s'est bien érodée depuis. Le bouleversement constaté alors par M. CABRILLAC, qu'il liait à la reconnaissance de l'entreprise, "*cellule fondamentale de l'organisation économique* ", concernait surtout le droit des sociétés, et plus particulièrement encore, le droit des procédures collectives. Le phénomène s'est amplifié depuis, à mesure que la conception institutionnelle de la société pénétrait dans certains tribunaux. On connaît la tendance (même marginale) des juges commerciaux à exclure l'actionnaire perturbateur plutôt que de prononcer la dissolution d'une société bloquée dans son fonctionnement, mais viable. Ce choix relève incontestablement davantage du contrôle d'opportunité plutôt que



45. Le phénomène connaît donc des précédents en droit commercial, mais il prend une particulière ampleur en droit de la concurrence. En cette matière, le juge a vocation à exercer un contrôle d'opportunité autant qu'un contrôle de légalité. On pourrait dire, en caricaturant un peu le trait, que le premier ressortit de l'analyse économique et le second de l'analyse juridique.

Le contrôle de légalité consiste à "*confronter un acte ou un comportement à un ensemble cohérent de règles de droit préalablement établies par une autorité constitutionnellement compétente*"<sup>185</sup>. Le contrôle de légalité est interne (contrôle des règles de fond) et externe (contrôle des règles de compétence). C'est principalement le contrôle interne qui nous intéresse. Lorsque nous invitons les juges à être rigoureux dans la vérification que les éléments de la qualification d'entente sont réunis, c'est à ce contrôle que l'on fait allusion. Le même contrôle s'exerce lorsqu'est en cause un abus de position dominante. Il semble pourtant que le contrôle de légalité ait plus de force en droit des ententes. La définition de l'entente est plus juridique, moins factuelle que ne l'est celle de la position dominante. Dans cette dernière hypothèse, le contrôle de légalité se limite souvent à un contrôle de l'exactitude matérielle des faits.

Le contrôle d'opportunité est bien différent. Il s'agit cette fois d'apprécier l'utilité d'une pratique, son "*à propos*"<sup>186</sup>. Ce sont des considérations d'intérêt qui influent ici sur la solution du litige. C'est essentiellement lorsque l'on dresse le bilan économique de l'entente en vue d'une exemption que s'exerce ce type de contrôle. Les ententes anticoncurrentielles sont nulles de plein droit. Elles peuvent néanmoins être rachetées si on les estime susceptibles de contribuer au progrès économique. Les avantages accessibles par l'entente sont confrontés à ses inconvénients. L'appréciation des uns et des autres est contingente : elle est fonction de l'état de la concurrence sur le marché et de la politique conjoncturelle des autorités qui peuvent juger opportun de protéger un secteur d'activité donné. L'approche qu'elles ont de la pratique est donc contextuelle. Elle est aussi une approche "raisonnable" : certaines restrictions de concurrence apparaissent immédiatement compensées par d'autres avantages en terme de concurrence. On décide, non pas d'exempter l'entente, mais de la déclarer licite<sup>187</sup>.

---

du contrôle de légalité. On connaît aussi la tentative (avortée) de prononcer des décisions judiciaires valant vote dans l'hypothèse d'un abus de minorité, tentative qui avait semblé sonner le glas du principe de non ingérence dans les affaires sociales.

<sup>185</sup> A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, "Eléments structurels d'une magistrature économique", R.T.D.Comm. 1977, p.421.

<sup>186</sup> B. ASSO, "Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la C.J.C.E", R.T.D.E. 1976 n°1 p. 21 et 2 p.177.

<sup>187</sup> Pour une étude de la "règle de raison", cf chapitre 2 du présent titre, § 92s.

L'approche raisonnable et l'octroi d'une exemption ne sont rien d'autre qu'une prise en considération de l'inopportunité de la sanction.

46. Il serait toutefois contestable de scinder de façon radicale contrôle de légalité et contrôle de l'opportunité : *'La norme ne s'inscrit pas dans le monde de l'idée pure du droit. De tous temps celle - ci s'est incorporée des éléments d'opportunité'* <sup>188</sup>. Le principe d'opportunité est d'ailleurs inscrit dans les textes : les articles 85, paragraphe 3 du Traité, et 10.2 de l'Ordonnance exemptent les ententes anticoncurrentielles dont la contribution au progrès économique est établie. L'opportunité de l'entente est une condition de sa légalité. Les deux contrôles doivent être exercés conjointement. Un pur contrôle de légalité irait à l'encontre du caractère réaliste du droit de la concurrence. Un pur contrôle d'opportunité serait tout autant contestable, car soustrait à tout ... contrôle. Force est actuellement de constater qu'en certains domaines, le contrôle de l'opportunité tend à prendre le pas sur le contrôle de légalité, et ce au détriment de la sécurité juridique <sup>189</sup>. L'étude de l'effet cumulatif et de la notion même d'entente illustrera cette remarque. Le recours à une méthode d'analyse déductive accroît cette insécurité.

### ***C - MODIFICATION DU RAISONNEMENT JUDICIAIRE .***

47. Le raisonnement judiciaire est traditionnellement déductif <sup>190</sup>. On a longtemps considéré le syllogisme comme le support de toute application du droit, la majeure étant la règle de droit, la mineure les faits de l'espèce et la conclusion le jugement admettant ou rejetant l'application au cas d'espèce de l'effet de la règle de droit concernée <sup>191</sup>. Dans une décision judiciaire, il y a en réalité enchaînement de syllogismes, ceux-ci traduisant *"la soumission du juge à la règle de droit"* <sup>192</sup>. Cette présentation minimise le rôle de la

---

<sup>188</sup> L. BOY et A. PIROVANO, "Ambiguïtés du droit économique", Procès 1981, n°7, p. 7.

<sup>189</sup>Pour M. CABRILLAC, *"toute solution d'ordre économique est aléatoire et repose sur un pari ; la décision judiciaire qui se fonde sur une solution d'ordre économique ou qui l'adopte risque plus que d'autre de causer un préjudice injustifié"*, article précité.

<sup>190</sup> C'est vrai du moins du droit français. Les pays de la Common Law semblent privilégier la voie inductive. Sur ce point, cf Mme B. BEAUCHESNE, "La protection juridique des entreprises en droit communautaire", Nouvelles éditions fiduciaires, 1993, n°755.

<sup>191</sup> J. L. BERGEL, "Théorie générale du droit", p.265.

<sup>192</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, "Introduction générale", 2è éd. L.G.D.J., § 49, p.37.

jurisprudence, réduite à une pure compétence d'application des textes. On sait en réalité l'importance de l'oeuvre interprétative accomplie par les juges. En outre, on ne peut davantage occulter les mouvements de va-et-vient qui se réalisent entre le fait, le droit, et la solution applicable, pas plus que la part d'irrationnel qui préside à l'adoption des solutions. Malgré ces tempéraments, l'on peut considérer que la logique juridique est essentiellement une logique déductive.

**48.** Ce n'est pas cette méthode qui est en général appliquée en droit de la concurrence. Le fait est compréhensible si on le rattache au phénomène d'effacement des règles précédemment décrit. Les concepts juridiques s'effaçant, il manque un des éléments du syllogisme. C'est donc une autre méthode qui est utilisée. Le raisonnement adopté dans cette matière est qualifié de casuistique, par opposition au raisonnement légaliste <sup>193</sup>.

Le juge est parfois (souvent!) amené à induire d'une situation anormale du marché l'existence d'une concertation. La perturbation du marché constitue le fait générateur de l'intervention des autorités régulatrices. Elle est une condition nécessaire à leur intervention, mais elle n'est pas une condition suffisante. Il faut en sus démontrer un concours de volontés à son origine. Cette preuve étant difficile à rapporter, les autorités régulatrices se contentent parfois d'indices négatifs. Certaines restrictions de concurrence ne leur paraissent explicables que par l'existence d'une concertation entre entreprises. Un risque ne peut être occulté : celui de réduire la démonstration des éléments constitutifs de la pratique au constat d'une perturbation du marché <sup>194</sup>.

On voit que le particularisme du droit de la concurrence dans la définition de l'illicite est source de nombreuses perturbations. La maîtrise de toutes les sources du droit de la concurrence et du raisonnement inductif ainsi que la bonne intelligence par les juges des mécanismes économiques, prendront du temps. Les entreprises doivent également comprendre la spécificité du droit de la concurrence et les bouleversements que cela implique.

---

<sup>193</sup> C. CHAMPAUD, : *"Bien que l'existence de règles juridiques préexistantes ne soit pas niée et que celle de normes législatives ou réglementaires ne soit pas exclues, la méthode casuistique se distingue de la méthode légaliste qui consiste à faire entrer une espèce dans un tiroir juridique approprié, prédéterminé et défini par des textes afin d'en faire sortir les conséquences qui s'y attachent"*, "Caractères du droit de la concurrence", Juris-class. Conc. consomm. fasc. 30, p. 25.

<sup>194</sup> L'on reviendra sur ce point dans le Titre II de la présente partie.

### PARAGRAPHE 3 : BOULEVERSEMENT DU DROIT CONTRACTUEL : L'AFFAIRE "DES CUVES".

49. La perturbation du marché constitue, nous l'avons vu, le fait générateur de l'intervention des autorités, et, partant, de la sanction. Le champ de l'illicite s'étend. Les entreprises se voient opposer des obstacles supplémentaires à leur liberté d'action. Les autres disciplines, droit civil, droit du travail, droit administratif, semblent désormais impuissantes à garantir aux acteurs concernés la sécurité juridique que le seul respect de leurs prescriptions leur offrait. Une liberté garantie par une discipline peut se heurter aux impératifs du droit de la concurrence. Se posent des problèmes de frontières entre disciplines.

50. Quelques développements, trop courts, méritent d'être consacrés au droit du travail<sup>195</sup>. La décision du Conseil relative aux accords conclus entre des syndicats d'artistes interprètes, des organismes de communication audiovisuelle et certains producteurs d'émissions de télévision offre l'exemple d'une relation conflictuelle entre droit du travail et droit de la concurrence<sup>196</sup>. Suite à l'arrivée de nouveaux annonceurs dans le secteur de l'audiovisuel (M6, Canal Plus, la Cinq, la Sept), il est apparu nécessaire de remplacer la convention collective en vigueur entre les diffuseurs et les artistes interprètes. Certaines clauses de cette convention offraient des avantages aux artistes interprètes en matière de rémunération. Ceux-ci tentèrent d'obtenir la reconduction de l'une d'entre elles. Pour l'imposer, ils déclenchèrent une grève des tournages des oeuvres destinées à M6 et la Cinq, les deux chaînes les plus hostiles à la clause. Le syndicats d'artistes complétèrent cette action en concluant avec certains producteurs un accord séparé par lequel ceux-ci s'engageaient à ne pas coproduire avec la Cinq et M6. Ces deux chaînes finirent par céder. Elles signèrent la convention et l'accord séparé.

Certains syndicats de producteurs non signataires décidèrent alors de saisir le Conseil de la concurrence. Les parties incriminées soulevèrent son incompétence pour en connaître. Il leur fut répondu :

*" Considérant que si le régime juridique des conventions collectives résulte des articles L. 511-1 et suivants du code du travail, et si le tribunal de grande instance est le juge de leur*

---

<sup>195</sup> La confrontation entre droit administratif et droit de la concurrence, pour intéressante qu'elle soit, ne sera pas traitée ici. Seul le contrat de droit privé est en effet l'objet de cette étude. L'on peut cependant renvoyer encore une fois à la célèbre affaire Ville de Pamiers : décision du Conseil de la concurrence n°88-D-24 du 17 mai 1988 (précitée), arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 1988 (précité), décision du Tribunal des conflits du 6 juin 1989, Rev. fr. dr. adm. 1989/457. Cf notamment l'article de **J.Y. CHEROT**, "La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution", Dalloz 1991, chr. 163.

<sup>196</sup> Conseil de la concurrence, décision n° 90-D-21 du 26 juin 1990, Rapport 1990, annexe n° 28, p. 73.

*validité, ces conventions ne sauraient toutefois être exclues du champ d'application des articles 7 et 8 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, qui n'est pas limité à certaines catégories d'accords ni à certains signataires ; que la liberté de négociation reconnue aux syndicats professionnels ne les autorise pas pour autant à déroger aux dispositions d'ordre public contenues dans les dits articles 7 et 8 de l'Ordonnance ; que, par suite, le Conseil de la concurrence est compétent pour statuer sur les infractions éventuelles à ces dispositions qui résulteraient des stipulations d'une convention collective."*

La Cour d'appel de Paris nuance l'analyse du Conseil mais rejeta l'appel dans un arrêt du 6 mars 1991<sup>197</sup>. Celui-ci fut l'objet de critiques acerbes. On dénonça le "*coup d'Etat prétorien*" consistant à prétendre soumettre le droit du travail au droit de la concurrence, "*droit de l'égoïsme universel*"<sup>198</sup>.

Ce commentaire, à l'évidence provocateur, témoigne de l'inquiétude provoquée par un droit dont on ne peut nier le caractère offensif. La véhémence du propos provient de ce que ce sont ici deux droits d'ordre public qui s'affrontent. Le problème est ancien. Monsieur MALAURIE s'interrogeait ainsi en 1952 : "*L'ordre public économique qui ne se fonde pas sur une éthique, mais sur des besoins matérialistes peut-il coexister avec l'ordre de la moralité caractéristique de l'ordre du droit privé?*"<sup>199</sup>. L'inquiétude est de mise. Chaque discipline peut défendre des objectifs propres sans menacer les disciplines concurrentes. Rappelons que le principe de la convention collective avait été en un temps dénoncé comme portant un coup mortel au principe de l'effet relatif des contrats. Il n'en a rien été. De la même façon, lorsque le Conseil soumet un contrat entre pompistes et compagnies pétrolières à son contrôle, il malmène le principe de la liberté contractuelle, sans pour autant menacer l'édifice contractuel. L'affaire des cuves à laquelle il est fait allusion illustre de façon remarquable les rapports que semblent entretenir droit des contrats et droit de la concurrence. Nous présenterons cette affaire fondamentale (A) avant d'en tirer les enseignements (B).

---

<sup>197</sup> Paris 13 juin 1991, Syndicat des artistes interprètes, B.O.C.C.R.F. du 13 mars 1991, p.76. Note critique de M. VOGEL à la revue Contrats-conc.-consomm. 1991, n°108.

<sup>198</sup> B. EDELMAN, "A bas le droit du travail, vive la concurrence !", Dalloz 1992, chr. p.1.

<sup>199</sup> P. MALAURIE, Rapport présenté lors du colloque organisé par l'Association Capitant sur le thème "L'ordre public et les bonnes moeurs", Trav. Assoc. Capitant, 1952, p.749.

## *A - PRESENTATION DE L'AFFAIRE "DES CUVES"*

**51.** Voici des décennies que les pompistes dits "de marque" sont en conflit ouvert avec les grandes compagnies pétrolières. Ils sont unis à elles par des contrats d'assistance et de fourniture. Leurs relations, marquées par une étroite sujétion des premiers, furent longtemps altérées par le problème de la détermination du prix du contrat cadre. Ce conflit a été résolu à l'avantage des pompistes <sup>200</sup>. Le conflit s'est ensuite, ou cumulativement <sup>201</sup>, cristallisé autour d'un autre problème : celui de la licéité des clauses de restitution en nature des cuves. En effet, en contrepartie de l'engagement d'approvisionnement souscrit au profit des compagnies, les pompistes bénéficient d'une assistance, qui prend la forme d'un prêt à usage d'un matériel de stockage du carburant : les cuves. Les compagnies en restant propriétaires, elles sont en droit d'exiger leur restitution à l'expiration du contrat. Mais les cuves sont en général enfouies sous la piste de la station service et protégées par un plancher de béton armé. Leur restitution oblige les pompistes à démolir cette piste, ce qui représente des coûts exorbitants. Pour les éviter, ils ont offert aux compagnies de leur restituer du matériel neuf identique ou son équivalent en argent. Certaines compagnies, peu nombreuses, refusèrent, et ce malgré la signature en 1982 d'un accord interprofessionnel qui prévoyait que les compagnies acceptaient la cession du matériel contre indemnisation. La licéité de cet accord a ultérieurement été mise en cause <sup>202</sup>. Le conflit s'aiguissant, les pompistes ont tenté de faire valoir leurs droits devant les tribunaux judiciaires, qui les ont déboutés sur le fondement des grands principes du droit civil (1). Une procédure a donc été engagée devant les autorités régulatrices, qui ont déclaré la clause de restitution illicite au regard des dispositions d'ordre public du droit de la concurrence (2).

---

<sup>200</sup> Les contrats ont en général été annulés, et les pompistes libérés, sur le fondement de l'article 1129 du code civil.

<sup>201</sup> Le problème de l'applicabilité de la clause de restitution des cuves s'est en effet posé à la suite de l'annulation du contrat cadre pour indétermination du prix.

<sup>202</sup> La loi bancaire du 24 janvier 1984 (n°84-46) réservait en effet aux seules banques le mécanisme de la location-vente. La chambre syndicale des compagnies pétrolières en a déduit qu'elle interdisait le principe d'une mise à disposition de la cuve en fin de contrat contre indemnisation.

## 1/ Echec des procédures fondées sur les grands principes du droit civil .

52. Les procédures judiciaires successivement engagées ont toutes échoué. Les articles du code civil susceptibles de s'appliquer étaient sans exception à l'avantage des compagnies :

- La clause litigieuse étant généralement rédigée en termes clairs et précis, son respect s'imposait aux parties comme aux juges en vertu de l'article 1134 du code civil.

- L'article 1875 relatif au prêt à usage, applicable aux espèces <sup>203</sup>, n'était pas plus porteur. La Cour de cassation avait posé en 1986 que *"le juge ne pouvait substituer le versement d'une indemnité à la restitution des cuves dont la société Shell entendait recouvrer l'usage, conformément à l'article 1275 c. civ."*<sup>204</sup>. Même si le contrat était annulé pour indétermination du prix, les juges estimaient que l'obligation de remise en l'état consécutive engendre une obligation extra-contractuelle de restitution <sup>205</sup>,

- L'article 1243 relatif au paiement <sup>206</sup> donnait aux compagnies le droit d'exiger la chose due, et non la valeur de la chose, ainsi que le proposaient les pompistes.

- C'était cependant l'article 544 relatif au droit de propriété <sup>207</sup>, qui constituait le principal obstacle à l'action des pompistes. Celle-ci tendait en fait à exproprier les compagnies <sup>208</sup>. Il fut même admis par la Cour de cassation, dans une affaire où c'était le distributeur qui avait pris l'initiative de la rupture, que la restitution fût ordonnée en référé. La Cour releva qu'aux termes du contrat *"les cuves faisaient l'objet d'un prêt à usage auprès de cette société, qui s'était expressément engagée à les restituer; que de ces constatations et énonciations, la Cour*

---

<sup>203</sup> Article 1875 : "Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi".

<sup>204</sup> Cass. Com. 22 juill. 1986 , Bull. IV, n° 184, p. 157.

<sup>205</sup> Paris 29 mars 1985 : " *Considérant (...) qu'en présence d'une détention devenue sans droit ni titre, l'obligation de restitution en nature survit à la nullité du prêt à usage qui avait été stipulé...*", Gaz. Pal. 17 sept. 1985, JP p. 545.

<sup>206</sup> Article 1243 : "Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande".

<sup>207</sup> Art. 544 : "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements".

<sup>208</sup> Paris, section B, 15 mars 1985 , : ... *il n'était pas possible de perpétuer la mise à disposition contre sa volonté ou, en méconnaissance de l'article 545 du code civil, de l'exproprier de son bien dans le seul intérêt de la société Gounay.* "

*d'appel a pu déduire qu'il n'existait aucune contestation sérieuse faisant obstacle à la restitution des cuves...*"<sup>209</sup>.

**53.** Déboutés sur les fondements traditionnels, les pompistes plaidèrent l'abus de droit. Ils firent valoir que les compagnies n'avaient aucun intérêt à préférer une restitution en nature plutôt qu'à l'identique ou par équivalent. Leur exigence ne pouvait donc s'analyser qu'en une volonté de nuire à leur cocontractant. Rares sont les tribunaux qui accueillirent cet argument <sup>210</sup>. La plupart des juges estimèrent que les conditions de l'abus de droit n'étaient pas réunies. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juin 1987 adopta une motivation exempte d'ambiguïté :

*"si la valeur réelle du matériel est nettement inférieure aux frais entraînés ..., Total ne peut être contrainte de céder sa propriété sur un corps certain alors que , en outre, cette société a un intérêt légitime à exercer son droit réel afin d'éviter que les cuves, demeurées sa propriété, ne soient utilisées à l'avantage d'un concurrent qui bénéficierait ainsi d'une dispense d'investissement ; ... (la décision de Total de) faire jouer son droit réel de propriété sur un corps certain fait obstacle à toute restitution in genere et ce, quelles que soient les conséquences économiques de cette décision, dès lors qu'aucun abus de droit n'est juridiquement caractérisé "*<sup>211</sup>.

C'était clairement affirmer la primauté du droit civil sur toute autre considération, notamment économique. La Cour de Cassation approuvait alors cette analyse. Elle n'admettait pas davantage l'abus de droit, le souci des compagnies pétrolières d'éviter la réutilisation des cuves par des concurrents étant jugé légitime<sup>212</sup>.

**54.** Certains auteurs dénoncèrent la "*démission de la jurisprudence civiliste*"<sup>213</sup>. La critique est sévère. Les requérantes n'ayant pas fondé leurs prétentions sur l'article 50 de

---

<sup>209</sup> Cass. Com. 29 janvier 1985 , Gaz. Pal. 15-16-17 sept. 1985, JP, p.538.

<sup>210</sup> Paris, ch. 28 fév. 1985, Gaz. Pal. 1985, II, 441 : " *L'intention maligne de Total se trouve plus précisément caractérisée lorsqu'elle tente d'obtenir la restitution des câblages et canalisations enfouies sous les pistes ; qu'en effet, par une telle demande, elle veut mettre Bel Air dans l'obligation de détruire ses pistes pour mettre à jour le réseau d'alimentation des pompes dont la valeur est dérisoire... exigence (qui) révèle son esprit de revanche. "* ; cf également Pau 15 fév. 1973, J.C.P. 1973, II, 17574, Trib. com. Seine 11 juin 1951, Gaz. Pal. 1951, II, 220.

<sup>211</sup> Paris, 5ème ch. A, 3 juin 1987, inédit. Extrait reproduit au Cah. Dr. Entr. 1987 / 6, p.4 .

<sup>212</sup> Com. 25 oct. 1983 , Cah. dr. Entr. 1984/2, p. 22.

<sup>213</sup> **F. PEROCHON**, "L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987". , Cah. Dr. Entr. 1987/6, p. 4.



l'Ordonnance du 30 juin 1945, il était difficile aux juges de s'en saisir d'office sans statuer *ultra petita*. Lorsque les pompistes (ou leurs conseils) ont mesuré les potentialités du droit des ententes, ils ont saisi les autorités régulatrices.

## 2/ La remise en cause de cette jurisprudence par les autorités régulatrices

55. La Commission de la concurrence avait fait connaître son hostilité au principe d'une restitution en nature. Elle a été saisie en octobre 1985 mais la réforme du droit de la concurrence l'empêcha d'adopter une décision formelle. C'est la fermeté de son successeur qui eu raison des réticences de la jurisprudence civile. Une décision du 29 septembre 1987 bouleverse en effet les solutions admises.

56. La motivation du Conseil est concise et efficace. Il fait table rase des décisions antérieures, auxquelles il ne reconnaît qu'une autorité relative de la chose jugée. Selon lui, les clauses litigieuses unissant Total, Shell, Elf Antar et Mobil Oil à leurs revendeurs sont anticoncurrentielles. Le considérant de principe de la décision, dont on relèvera la motivation purement économique, mérite d'être reproduit :

*"Considérant que la clause litigieuse faisant obligation à des distributeurs de restituer en nature les cuves et matériels figurant dans des contrats Total et Shell, de même que dans des contrats Elf Antar, Esso et Mobil Oil antérieurs à l'accord interprofessionnel du 4 octobre 1982, a, dans la majorité des cas, pour effet d'accroître sans contrepartie économique pour les revendeurs ou commissionnaires considérés (soit 8 à 10 p. 100 de l'ensemble des distributeurs de produits pétroliers), les coûts associés à un changement de fournisseurs en cas de rupture du contrat ; qu'une telle clause a donc pour effet de limiter la fluidité du marché des distributeurs entre les fournisseurs ; qu'elle peut, dans certains cas, interdire de fait au revendeur dont le contrat n'a pas été renouvelé de poursuivre son activité avec un autre fournisseur ; qu'aussi bien la société Shell fait elle-même remarquer que si la clause était abandonnée "il serait facile et avantageux pour un concurrent de venir s'installer" après l'expiration ou la dénonciation du contrat "*<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> Décision n° 87-D-34 du 29 septembre 1987 relative à la restitution des cuves et matériels dans les contrats qui lient les sociétés pétrolières à leurs revendeurs, B.O.C.C.R.F. du 20 octobre 1987 (*le passage en gras est souligné par nous*) ; Dalloz 1988, somm. comm. (C. LUCAS DE LEYSSAC et C. GAVALDA) ; D. PANTZ, "Contrats souscrits entre les compagnies pétrolières et leurs revendeurs" , Rev. conc. et cons. n°40, p. 39 ; F. PEROCHON, article précité.

Contrairement aux allégations des requérantes, le Conseil ne juge pas ces clauses essentielles à l'équilibre du contrat : d'autres compagnies les ont abandonnées. Le Conseil estime donc impossible de les valider en vertu d'une règle de raison <sup>215</sup>.

Les requérantes faisant ensuite valoir que les clauses leur sont nécessaires, afin de se protéger contre la concurrence déloyale, le Conseil leur répond qu'il existe d'autres moyens tendant au même but et non restrictifs de concurrence. Il suffirait d'adopter "*une clause prévoyant la possibilité pour les distributeurs concernés de racheter les cuves et matériels dans des conditions analogues à celles négociées dans le cadre de l'accord interprofessionnel du 4 octobre 1982*", laquelle "*serait de nature à lui permettre de récupérer la partie non amortie des frais qu'elle a engagés sans pour autant créer un obstacle artificiel eu jeu de la concurrence.*"

Le Conseil envisage ensuite l'applicabilité du droit communautaire. Les parties invoquaient en effet le bénéfice du règlement 1984-83 du Conseil des Communautés qui exempte de l'interdiction les accords d'achat exclusif. Après avoir rappelé que ce texte n'est applicable que si le contrat litigieux ne contient aucune autre restriction que celles énoncées par l'article 2 du règlement, le Conseil relève que la clause de restitution des cuves n'y figure pas. Faute d'exemption, les clauses anticoncurrentielles tombent sous le coup des articles 50 de l'Ordonnance du 30 juin 1945 et 7 de l'Ordonnance du 30 décembre 1986.

57. Madame PEROCHON, commentant la décision <sup>216</sup>, estimait alors qu'un recours devant la Cour d'appel de Paris constituerait un test sans précédent de l'autorité morale du Conseil de la concurrence. Un recours eut effectivement lieu. La Cour conforte l'analyse de l'autorité administrative, considérant que "*si l'emprunteur ou le locataire d'une chose est tenu de rendre celle-ci à son propriétaire, l'application de cette règle, découlant de stipulations contractuelles particulières, ne sauraient justifier des pratiques anticoncurrentielles qui, lorsqu'elles s'exercent sur un marché, sont prohibées par les articles 50 de l'Ordonnance... du 30 juin 1945 et 7 de l'Ordonnance... du 1er décembre 1986...*"<sup>217</sup>. C'est prendre le contre-pied exact des précédentes jurisprudences. La Cour réserve toutefois l'hypothèse de l'application des clauses en cas de résiliation jugée fautive à l'encontre du détaillant. Nous reviendrons sur ce point.

---

Cf également décision n° 90-D-39 du Conseil, en date du 23 octobre 1990, vérifiant le respect de l'injonction prononcée le 29 sept. 1987, B.O.C.C.R.F. du 30 nov. 1990, J.C.P. 1990, éd. E, I, 20626. Une sanction pécuniaire de 1.000.000 F. a été infligée à la société Esso, et de 800.000 F. aux autres sociétés.

<sup>215</sup> En vertu de cette règle, la licéité d'une convention a pour effet de valider les obligations accessoires qu'elle contient, même si elles sont anticoncurrentielles ( cf. chapitre suivant § 92 s.).

<sup>216</sup> "L'adieu aux cuves", article précité.

<sup>217</sup> Paris, 1ère ch. A, 5 mai 1988, Gaz. Pal. 8 sept. 1988, JP, p. 578 (note J.P. **MARCHI**).

**58.** Aucun pourvoi ne fut formé à l'encontre de cet arrêt. La Cour de cassation est cependant saisie en 1992 de différentes décisions ayant débouté les pompistes de leur action. Elle casse les arrêts sur le fondement de l'article 50 de l'Ordonnance du 30 juin 1945 (mais la solution est transposable à l'article 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986), au motif qu'en statuant ainsi, *"alors que l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction, qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs"* <sup>218</sup>, la Cour d'appel a violé le texte susvisé.

La motivation est reprise à l'identique dans des arrêts ultérieurs <sup>219</sup>. La jurisprudence semble donc bien assise. La Cour de cassation ayant exercé ses prérogatives unificatrices, la condamnation des clauses de restitution en nature ne devrait pas rencontrer de résistance de la part des juridictions. Il convient à présent de tirer les enseignements de cette affaire.

#### ***B - ENSEIGNEMENTS DE "L'AFFAIRE DES CUVES".***

**59.** L'affaire "des cuves" est riche d'enseignements. Elle témoigne de l'autorité morale acquise par le Conseil. C'est lui qui a permis à la jurisprudence civile d'évoluer dans une matière sensible, sclérosée par une application rigoureuse des règles de droit commun. La décision du Conseil, et son écho en matière civile et commerciale, est l'exemple fréquemment mis en exergue par les détracteurs du droit de la concurrence. Il est vrai qu'elle est révélatrice de la spécificité de la démarche des autorités régulatrices et de l'aspect dynamisant du droit des ententes. Incontestablement ici, l'analyse juridique a cédé le pas à l'analyse économique (1). Le droit contractuel en est bouleversé. Sa soumission aux prescriptions du droit de la concurrence est consacrée (2).

---

<sup>218</sup> Cass. Com. 18 fév. et 26 mai 1992, J.C.P. 1992, éd.E, II, 334, note M. **BEHAR-TOUCHAIS** ; Dalloz 1993, II, 57, note **C. HANNOUN**.

<sup>219</sup> Cass. Com. 8 juin 1993, Sté Ceramic Ardennes, R.J.D.A. 8-9/93, n°688.

## 1/La percée de l'analyse économique

**60.** La comparaison entre les démarches adoptées respectivement par les juridictions civiles et par le Conseil de la concurrence met en évidence les différences d'approche d'une même convention entre les deux ordres d'instances.

Avant la décision du Conseil, l'analyse développée par les juridictions était purement juridique, empreinte des grands principes gouvernant le droit civil : droit de propriété, (absence d') abus de droit, force obligatoire des contrats... La validité des clauses litigieuses était appréciée intrinsèquement, avec pour seule ouverture la prise en considération du souci légitime des compagnies de ne pas favoriser un concurrent. Cette intrusion d'une justification extraite du cadre contractuel (allusion au concurrent potentiel) avait pour seule fonction de légitimer le comportement d'une partie. La notion d'abus de droit reste éminemment subjective. L'abus est "dans la personne". Elle a en outre pour finalité (lorsqu'elle est admise) de préserver, ou de restaurer, l'équilibre contractuel <sup>220</sup>. Le contrat reste la seule référence.

Toute autre est l'approche du Conseil de la concurrence. Elle est, nous l'avons dit, économique. Ce n'est pas l'équilibre du contrat que les autorités régulatrices veulent préserver ; elles ne sont pas là pour arbitrer entre des intérêts privés antagonistes. Le simple constat d'un asservissement des pompistes, de leur subordination économique, est insuffisant pour justifier une intervention. La référence aux tiers (les autres fournisseurs de produits pétroliers) devient essentielle. Elle n'a plus pour objet de légitimer l'attitude d'une partie, elle établit l'illicite. La clause est replacée dans le contexte du marché. C'est parce que le tiers concurrent est empêché de pénétrer sur le marché, et que celui-ci s'en trouve faussé, sa fluidité affectée, que la clause est condamnable. Et elle l'est malgré sa conformité aux exigences civilistes. "*La justification juridique ne vaut pas justification économique*"<sup>221</sup>. L'analyse est sans doute révolutionnaire.

Si la mission des autorités régulatrices est bien illustrée dans cette affaire (protéger la concurrence et non les concurrents), on voit cependant que la régulation des marchés peut coïncider avec la protection de la partie faible. Le Juste n'est pas ici absent. Sans doute objectera-t-on que cette protection n'était pas la finalité première de l'intervention. Elle n'est

---

<sup>220</sup> On peut ici tenter un rapprochement avec la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 qui tend, dans son article 35, à lutter contre les clauses abusives. Ces clauses sont condamnées dès lors qu'elles sont imposées par un abus de puissance économique et procurent un avantage injustifié à l'une des parties. L'illicéité est intrinsèque.

<sup>221</sup> **F. DREIFUSS-NETTER**, article précité. Voir également en ce sens **O. DOUVRELEUR et J.P.MARCHI** : "*la conformité au droit civil ne préjuge en rien de la conformité au droit de la concurrence.* ", note précitée.

atteinte que par ricochet. Il est cependant notable que le droit contractuel, droit du Juste et de l'Utile <sup>222</sup>, s'est révélé impuissant à défendre le faible. C'est le "droit de l'égoïsme universel" qui a, dans cette affaire, montré des vertus sociales. La complémentarité des disciplines est heureuse.

**61.** La Cour d'appel de Paris, en faisant sienne l'analyse du Conseil, consacre la *percée du droit économique à l'intérieur de la formation (...) chargée du recours contre les décisions du Conseil* <sup>223</sup>. Il a même été solennellement relevé que *"l'arrêt du 5 mars 1988 (...) marquera l'intrusion irréversible du droit de la concurrence dans le règlement des litiges de droit civil par les juridictions de l'ordre judiciaire"* <sup>224</sup>. En effet, la Cour reprend et étaye la motivation du Conseil, faisant état de ce que la charge des travaux de restitution, qui ne correspondent à aucune nécessité technique, ont un "caractère anti-économique". On mesure le chemin parcouru depuis l'arrêt du 3 juin 1987 <sup>225</sup>, rendu, il est vrai, par une autre formation. Le droit de la concurrence, jusqu'ici *"confidentiel"* <sup>226</sup>, acquiert droit de cité contractuelle.

## **2/ La soumission de la validité d'un contrat au droit de la concurrence .**

**62.** Une double atteinte à la liberté contractuelle peut être relevée. Le jeu de l'article 50 de l'Ordonnance de 1945 autorise les pompistes à se soustraire à leurs engagements contractuels. En outre, le Conseil de la concurrence, sans dicter aux parties le contenu des contrats à venir, le suggère assez précisément <sup>227</sup>. Il a en effet enjoint aux compagnies de renégocier les contrats *"de sorte que les détaillants, à l'expiration ou à la suite de la résiliation anticipée du contrat, ne soient plus tenus de restituer en nature les cuves et matériels mis à leur disposition ."* Lorsque le conseil vérifiera trois ans plus tard si les compagnies se sont bien

---

<sup>222</sup> **J. GHESTIN**, "L'utile et le juste", Dalloz 1982, chr.1. Cf également, du même auteur, "Traité de droit civil. La formation du contrat", 3<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., 1993, p.200 s.

<sup>223</sup> **F. DREIFUSS-NETTER**, "Droit de la concurrence et droit commun des obligations", R.T.D.Civ. 1990/3, p. 369, et spé. p. 385..

<sup>224</sup> **O. DOUVRELEUR et J.P. MARCHI**, note sous l'arrêt, Gaz. Pal. 1988, J.P., p.578.

<sup>225</sup> Cf supra, § 53, note 163.

<sup>226</sup> L'expression a été utilisée par **M. DE LA LAURENCIE**, lors de son intervention au colloque consacré à "L'impact du droit de la concurrence dans les rapports contractuels avec les concédants", R.C.C. n°49, mai - juin 1989.

<sup>227</sup> Cf II<sup>e</sup>me partie, titre II, chapitre 2, consacré aux injonctions.

conformées à ses prescriptions, il leur reprochera en substance de ne pas avoir stipulé une possibilité de rachat par les pompistes <sup>228</sup>. La suggestion n'était donc pas gratuite. L'autonomie des parties est réduite.

**63.** L'affaire a suscité de vives réactions. Messieurs MOUSSERON et RAYNAUD ont énoncé que *'pas plus aujourd'hui qu'hier, cette solution ne nous paraît conforme à l'article 1134 du code civil, faisant du contrat la loi des parties'* <sup>229</sup>. La remarque est sans doute pertinente appliquée à l'injonction de renégociation. Elle ne l'est pas appliquée à l'annulation des clauses litigieuses. Pas plus aujourd'hui qu'hier, les parties n'ont été libres d'enfreindre les dispositions d'ordre public : l'article 6 du code civil dispose qu' *"on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs"*. Aux termes mêmes de l'article 1134, seules les conventions *légalement formées* ont force de loi. Une convention contraire aux règles du droit de la concurrence ne saurait être légalement formée. Le droit des ententes ne heurte pas la théorie générale des contrats ; il s'y intègre. Et c'est dans le code civil lui-même qu'il puise les instruments de son intégration.

**64.** Ces propos n'ont pas pour fonction de minimiser l'importance de cette jurisprudence. Le bouleversement est réel. Il n'est simplement pas dans le principe d'une atteinte à la liberté contractuelle. Celle-ci est depuis longtemps dénoncée. Il est dans l'ampleur de l'atteinte. La liberté des parties est réduite parce que l'ordre public de direction ne se réduit plus à quelques dispositions ponctuelles. Il s'étend, et la définition de l'illicite s'élargit en conséquence : *"Attendu qu'en vertu de ce texte (l'article 50 de l'Ordonnance de 1945), les conventions, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, sont nulles"* <sup>230</sup>. Le chapeau qui coiffe les arrêts de la Cour de cassation dans ces affaires confère à l'intégration du droit de la concurrence dans le droit commun solennité et évidence. La définition de l'illicite concurrentiel est incorporée à la théorie générale des nullités <sup>231</sup>. La conformité du contrat aux prescriptions du droit des ententes est, à ce moment, véritablement une condition

---

<sup>228</sup> Cf décision n° 90-D-39 du Conseil, en date du 23 octobre 1990, vérifiant le respect de l'injonction prononcée le 29 sept. 1987, B.O.C.C.R.F. du 30 nov. 1990, J.C.P. 1990, éd. E, I, 20626.

<sup>229</sup> **J.M. MOUSSERON et J. RAYNAUD**, commentaire de l'arrêt de la Cour de Cassation du 18 février 1992 J.C.P. 1992, éd.E, I, n° 201, p.581.

<sup>230</sup> Arrêts de la Cour de Cassation du 28 fév. et 26 mai 1992, Dalloz 1993, JP, p.59, et Cass. Com. 8 juin 1993, Sté Ceramic Ardennes, R.J.D.A. 8-9/93, n°688.

<sup>231</sup> Nous verrons les nombreux problèmes que soulève cette intégration dans les chapitres consacrés à la nullité.

de sa validité. C'était déjà virtuellement le cas, mais il manquait à cette intégration une véritable consécration jurisprudentielle.

"L'affaire des cuves" a en fait aboli la crainte révérencielle que suscitait la convention des parties. Jusqu'alors, les tribunaux répugnaient à s'immiscer dans les relations contractuelles au nom de l'ordre public économique. Une intervention suscitée par un souci de justice commutative était mieux tolérée <sup>232</sup>. C'est peut-être la croyance en la vertu de la libre concurrence qui expliquait l'hésitation des juges à contrôler une convention entre opérateurs économiques. En témoignent les réticences des autorités régulatrices elles-mêmes à assimiler des accords bilatéraux à des ententes. La Commission de la concurrence vit pour la première fois en 1978 des ententes répréhensibles dans des accords de distribution exclusive, mais elle avouait avoir tenu compte du fait que les effets de ces accords se conjugueraient avec ceux d'autres pratiques <sup>233</sup>. Ce n'est qu'en 1979, dans l'affaire des produits en zinc laminé, que l'assimilation fut opérée "sans complexe" <sup>234</sup>. L'affaire des cuves brise définitivement le tabou.

**65.** L'offense qui est faite au contrat ne doit cependant pas être exagérée. Dans le cas d'espèce, elle est circonscrite à la seule clause portant une atteinte évidente, "sensible" dira la Cour d'appel, au jeu de la concurrence. La finalité du droit de la concurrence n'est pas de limiter la liberté contractuelle. Celle-ci est intacte lorsque l'activité des entreprises n'enfreint pas l'ordre public concurrentiel. La motivation de la Cour d'appel est sur ce point exemplaire. A la différence de la première décision du Conseil dans cette affaire, elle estime que la clause garde force obligatoire lorsque la rupture est la conséquence de la faute du pompiste. N'étant pas mise en oeuvre pour empêcher l'évasion de celui-ci du lien contractuel (au bénéfice d'autres fournisseurs), mais uniquement à titre de sanction d'une mauvaise exécution du contrat, la clause n'a plus pour objet de figer le marché, ni, semble-t-il, pour effet de le faire. Selon la Cour, l'obligation de restitution n'est plus anticoncurrentielle car elle n'a pas d'incidence sur la cessation des relations contractuelles (cessation nécessaire pour assurer la fluidité du marché).

Le Conseil semble avoir été convaincu de la pertinence de la réserve ainsi émise. Dans sa décision du 23 octobre 1990, il énoce que la clause substituée à celle condamnée doit être applicable *"même en cas de résiliation anticipée du contrat"*, tout en relevant -et donc en l'adoptant- que la Cour avait *"excepté le cas de résiliation jugée fautive à l'encontre du détaillant."* Notons en revanche que la Cour de Cassation n'a pas repris cette proposition dans les arrêts qui ont suivi. Ce silence ne devrait pas être interprété comme une condamnation. En

---

<sup>232</sup> L'affirmation doit être relativisée. On connaît le refus de la jurisprudence civile de faire sienne la théorie de l'imprévision.

<sup>233</sup> Avis de la Commission de la concurrence du 11 mai 1978, Briquets non rechargeables, Rec. Lamy n°129.

<sup>234</sup> Avis de la Commission de la concurrence du 8 fév. 1979, Rec. Lamy n°140, Rapport pour 1979, p.119.

vertu des textes, les conventions et clauses ne sont prohibées que si elles ont pour objet ou pour effet, avéré ou potentiel, de fausser la concurrence. Une clause de restitution en nature limitant strictement son application à l'hypothèse qui vient d'être décrite ne semble pas remplir cette condition d'illicéité. *"Une fois la clause détachée des nécessités de la libre compétition, la logique formelle (...) postule par application des textes la restitution des cuves en nature"*<sup>235</sup>. Le droit commun conserve donc une fonction subsidiaire.

L'affaire "des cuves" constitue une sorte de synthèse des relations qu'entretiennent droit de la concurrence et droit commun, témoignant de la perméabilité du second au raisonnement économique et de la complémentarité des deux disciplines. Elle révèle également un autre caractère du droit de la concurrence : son pragmatisme. La décision du Conseil débute en ces termes : *"considérant que les faits de l'espèce doivent s'analyser dans le contexte concurrentiel..."*. L'approche contextuelle des comportements d'entreprises caractérise la façon dont les autorités de la concurrence, et les juges à leur suite, abordent une convention.

## **- CHAPITRE 2 -**

### **AUTONOMIE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS L'APPRECIATION DE L'ILLICITE :**

#### **Une approche contextuelle des comportements d'entreprises**

**66.** La spécificité du droit de la concurrence dans la définition de l'illicite, qui s'exprime avec force dans "l'affaire des cuves", est remarquable. Tout aussi remarquable est l'appréhension par les instances régulatrices, et par les juges à leur suite, du phénomène concurrentiel. Leur approche est empreinte de pragmatisme. Cela constitue la seconde, et peut-être la plus marquante, spécificité du droit de la concurrence par rapport au droit commun des obligations.

C'est en effet un modèle de concurrence imparfaite qui est retenu, auquel s'ajoute une conception dynamique du phénomène concurrentiel (Section introductive). Les deux se

---

<sup>235</sup> C. HANNOUN, note sous arrêts de la Cour de Cassation du 28 fév. et 26 mai 1992, Dalloz 1993, JP, p.59.



conjuguent pour conférer une grande mobilité au droit des ententes. Cette mobilité est la condition d'une politique de concurrence efficace. Elle a aussi un revers : elle prive les acteurs concernés de la sécurité juridique à laquelle ils peuvent prétendre. Parce que la notion d'atteinte à la concurrence est relative, un comportement d'entreprise est rarement anticoncurrentiel par nature. C'est la prise en considération du contexte qui va permettre d'en mesurer la nocivité. Les conséquences que cela emporte sont peu conformes à l'orthodoxie juridique.

La première est de légitimer des pratiques intrinsèquement anticoncurrentielles, ce qui présente comme avantage de raréfier les condamnations (Section 1).

La seconde conséquence de l'approche contextuelle est plus fâcheuse pour les entreprises. Elle aboutit à la condamnation d'ententes qui, prises isolément, sont licites, mais qui, conjuguées à d'autres, altèrent le jeu de la concurrence (Section 2).

#### SECTION INTRODUCTIVE : SOUPLESSE DU MODE D'APPREHENSION DU PHENOMENE CONTRACTUEL

#### SECTION I : ACCEPTATION ET LEGITIMATION DE PRATIQUES INTRINSEQUEMENT ANTICONCURRENTIELLES

#### SECTION II : CONdamnATION DE COMPORTEMENTS INTRINSEQUEMENT VALIDES

### **SECTION INTRODUCTIVE : SOUPLESSE DU MODE D'APPREHENSION DU PHENOMENE CONCURRENTIEL.**

**67.** Le modèle de concurrence retenu est évolutif. Les théories rigoureuses et rigides des premiers économistes ont cédé la place à des théories plus souples : au modèle de concurrence pure et parfaite a succédé le concept de concurrence praticable (Paragraphe 1). Celui-ci est essentiel à notre propos. Le principe même d'une évolution dans le choix des modèles de concurrence, leur affinement, leur remise en cause, a une grande incidence. Parce que le droit des ententes est influencé par les théories économiques, la mouvance de ces dernières confère

une mobilité identique à ce droit. Le rôle du temps s'est lui aussi modifié : on est passé d'une conception statique à une conception dynamique de la concurrence (Paragraphe 2).

**PARAGRAPHE 1 : L'EVOLUTION DU MODELE CONCURRENTIEL : DE LA CONCURRENCE PURE ET PARFAITE A LA CONCURRENCE PRATICABLE**

**68.** Du point de vue de l'analyse économique, le phénomène concurrentiel est irréductible à une définition globale et invariable. La notion de concurrence se démultiplie. Une telle diversité est difficile à appréhender pour le juriste. Celui-ci est favorable à une qualification unitaire, gage de prévisibilité et de sécurité juridique. Cette conception simple est encore de mise en droit des pratiques restrictives : la notion de concurrence déloyale fait bien référence au concept de concurrence issu du droit commercial du XIX<sup>ème</sup> siècle. Elle ne constitue plus en revanche un instrument d'analyse suffisant en droit des pratiques anticoncurrentielles. Ici encore se manifeste la différence existant entre les deux branches du droit de la concurrence. Il ne faut pas en déduire que le juriste, confronté au droit des pratiques anticoncurrentielles, est condamné à faire siennes toutes les subtilités de l'analyse économique : le droit de la concurrence ne se réduit pas à une traduction en termes juridiques de concepts économiques. Il ne peut toutefois ignorer les formes de concurrence ainsi dégagées. L'on envisagera les différentes théories de la concurrence (A), avant d'étudier leur réception en jurisprudence (B).

***A - LES DIFFERENTES THEORIES DE LA CONCURRENCE. EVOLUTION DU MODELE DE REFERENCE***

**69.** Les tenants de la pensée libérale défendent une conception pure et parfaite de la concurrence. A la recherche quasi-exclusive au bénéfice du consommateur d'un prix le plus bas pour un produit donné, cette théorie met l'accent sur la rivalité entre concurrents, seule garante de l'efficacité économique. Pour ce faire, différentes conditions doivent être réunies<sup>236</sup> :

- le marché doit être composé d'un très grand nombre d'offreurs et de demandeurs indépendants
- le produit doit être totalement homogène

---

<sup>236</sup> Cf notamment **M. GLAIS** et **P. LAURENT**, "De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence", Gaz. Pal. 1978, doct. p.209.

- l'entrée et la sortie de la branche concernée doit être totalement libre
- offreurs et demandeurs doivent avoir :
  - 1 : une connaissance exacte et totale des conditions qui règnent sur le marché
  - 2: tendance à rechercher leur intérêt maximum
- enfin, l'obtention du produit doit n'engendrer aucun problème de coûts de transport

La théorie de la concurrence pure et parfaite requiert donc une pluralité d'opérateurs de dimension sensiblement identique, opérant sur un marché parfaitement transparent, et dont l'action aboutit à une parfaite fluidité de ce marché. Dans cette conception, toute altération à l'autonomie des décisions commerciales est présumée anticoncurrentielle, et tout accord restrictif de concurrence doit être condamné.

Ce raisonnement semble autoriser l'établissement d'une liste de restrictions de concurrence interdites : le contrôle se fait *a priori*. Par sa rigueur et son caractère systématique, la théorie de la concurrence pure et parfaite s'intègre avec facilité dans l'édifice juridique. Elle porte en revanche des coups redoutables à la liberté contractuelle.

On lui reproche d'être irréaliste, caricaturale. Les conditions qu'elle pose n'étant en réalité jamais réunies, elle se révèle impraticable lorsqu'il s'agit d'appréhender la réalité concurrentielle. Elle ne peut donc servir que comme référence, comme outil pédagogique. On lui a substitué un modèle de concurrence imparfaite, qui est la *"situation dans laquelle les entreprises concurrentes ne peuvent lutter à armes égales du fait de la disparité de leurs poids respectifs ou des handicaps naturels ou artificiels (réglementaires par exemple) qui entravent l'action de certaines d'entre elles"*<sup>237</sup>.

**70.** Ce dernier modèle reste abstrait. Les autorités de la concurrence ont donc délaissé les concepts pour envisager désormais la concurrence comme un objectif pratique. La multiplicité d'entreprises, la transparence, la liberté d'accès au marché et l'autonomie décisionnelle ne constituent plus les seules finalités poursuivies<sup>238</sup>. Leur valeur n'est pas remise en cause, mais on prend en considération un objectif supérieur : l'efficacité économique, c'est-à-dire *"la plus grande satisfaction des consommateurs compte tenu de la*

---

<sup>237</sup> **R. KOVAR**, "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, Bruges, 1985/1986, p. 8.

<sup>238</sup> Une décision de la Commission de la concurrence du 17 juill. 1992 (aff. n° 92/157, J.O.C.E. n°L. 68, 13 mars 1992) est à cet égard particulièrement révélatrice, car vantant les bienfaits de la "concurrence cachée" : *"Préserver une part d'incertitude et de secret entre les fournisseurs est essentiel au maintien sur ce type de marché d'une concurrence active qui n'est possible que si chaque entreprise peut tenir son action secrète, voire entraîner ses concurrents sur une fausse piste"*.

*rareté des ressources globales de la collectivité* "239. A l'intérieur même du modèle de concurrence imparfaite, le plus réaliste, s'est opéré un affinement conceptuel partant de l'observation de la réalité. On parle de concurrence praticable <sup>240</sup> (ou concurrence suffisante) lorsque les conditions d'exercice de la concurrence sont réunies. En effet, *"sur chaque marché particulier, il existe, à un moment donné, un certain degré de concurrence possible, qui dépend, entre autres facteurs, du caractère du produit, du nombre et de la taille des entreprises et de leur degré d'indépendance. Les accords restrictifs de concurrence peuvent alors être définis comme des comportements concertés qui font effectivement obstacle à ce que joue cette concurrence possible "* <sup>241</sup>. On parle de concurrence effective (ou concurrence efficiente) lorsque la concurrence s'exerce réellement et produit les effets que l'on attend.

La notion de concurrence praticable est inséparable de la notion de marché. Pour pratiquer cette confrontation entre concurrence praticable et concurrence effective, il est nécessaire de replacer l'accord ou la pratique dans son cadre réel. La détermination d'une restriction de concurrence est alors évidemment contingente. La césure avec le raisonnement juridique devient patente. Toute approche *a priori* est exclue. Le casuel prend le pas sur la prévisibilité. Les entreprises elles-mêmes ne sont pas nécessairement capables de mesurer la portée de leurs engagements et comportements. On a d'ailleurs fait remarquer que cette référence était peu fiable. Selon Messieurs GLAIS et LAURENT, l'on *"se complaît dans le flou et n'hésite pas à faire l'apologie discutable des imperfections du marché. En fait la concurrence praticable, c'est un peu l'auberge espagnole."*<sup>242</sup> C'est pourtant ce modèle qui est adopté en jurisprudence.

---

<sup>239</sup> F. JENNY, "Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience", Cah. Dr. Entr. 1989/4, p.5, précité p.6.

<sup>240</sup> La notion de concurrence praticable est apparue pour la première fois sous la plume d'un auteur, **J.M. CLARK**, dans un article devenu célèbre : "Toward a workable competition". En rupture avec le modèle classique, M. CLARK soutint que les imperfections du marché pouvaient avoir une influence positive sur la concurrence et rendre davantage de services que les hypothèses du modèle classique qui aboutissent à la négation de la concurrence (phénomène d'autodestruction). M. CLARK invitait en conséquence à réfléchir sur les types et les degrés d'imperfection utilisables dans telle ou telle circonstance. Pour une étude historique et économique des théories qui se sont succédées, cf **M. GLAIS et P. LAURENT**, "De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence", Gaz. Pal. 1978, doct. p.209.

<sup>241</sup> **J. SCHAPIRA, G. Le TALLEC, J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires", p.262.

<sup>242</sup> **M. GLAIS et P. LAURENT**, "Traité d'économie et de droit de la concurrence", P.U.F. Paris 1983, p.10.

## **B - LA THEORIE DE LA CONCURRENCE PRATICABLE EN JURISPRUDENCE**

71. Dès 1962, la Cour de Justice des Communautés a interprété l'article 65 du Traité C.E.C.A. comme ne s'opposant pas à la formation de grandes unités de production ou de vente sur le marché de l'acier, à condition toutefois " *que le régime de concurrence imparfaite qui s'ensuit serve les fins du Traité et sauvegarde notamment sur ce marché la dose de concurrence indispensable pour que soit respectée l'exigence de l'article 2* " <sup>243</sup>. L'analyse a aussitôt été étendue à l'interprétation de l'article 85 du Traité CEE. Ainsi dans l'affaire "Société technique minière" du 30 juin 1966, a-t-il précisé que:

*"... le jeu de la concurrence dont s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux.*

*Que notamment l'altération de concurrence peut être mise en doute si ledit accord apparaît nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas;*

*que, dès lors, pour apprécier si un contrat assorti d'une clause "concedant un droit exclusif de vente" doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité, ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportation et d'importations parallèles " <sup>244</sup>.*

Le principe d'une appréciation concrète des incidences d'un accord sur un marché déterminé était clairement posé. On voit que les éléments pris en considération par la Cour étaient nombreux et n'étaient pas tous accessibles aux entreprises mises en cause. Mais la référence explicite à la notion de concurrence praticable n'a été faite qu'ultérieurement par la Cour. Il a fallu attendre 1977 et l'arrêt "Metro" pour que soit affirmé avec force que

*"la concurrence non faussée, visée aux articles 3 et 85 du Traité CEE implique l'existence sur le marché d'une **concurrence efficace (workable competition)**, c'est à dire la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les*

---

<sup>243</sup> C.J.C.E. 18 mai 1962 , Comptoirs de vente du charbon de la Rhur c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 13/60, Rec. 165.

<sup>244</sup> C.J.C.E. 30 juin 1966 , SOCIETE TECHNIQUE MINIERE, aff. 56/65, Rec. 341.

*objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur .*

*Cette exigence admet que la nature et l'intensité de la concurrence puisse varier en fonction des produits ou des services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés "*<sup>245</sup>*.*

**72.** Le droit français est également inspiré par la notion de concurrence praticable. La Commission de la concurrence l'avait définie dans son rapport pour 1980 comme celle qui paraît à la fois "*souhaitable et possible* " en considération du marché en cause. Toute la pratique décisionnelle du Conseil s'explique par cette référence <sup>246</sup>.

Le degré de concurrence nécessaire varie donc selon le marché de référence. Il varie également selon les époques. Le temps occupe une fonction d'importance dans l'analyse concurrentielle.

## **PARAGRAPHE 2 : UNE APPROCHE DYNAMIQUE DU PHENOMENE CONCURRENTIEL.**

**73.** L'affirmation d'une prise en considération du temps dans l'analyse du phénomène concurrentiel ne s'est pas imposée d'emblée. La tradition néoclassique adoptait une lecture statique de l'état de la concurrence. Le modèle proposé était atemporel. Il fut remis en cause par SCHUMPETER, qui développa l'idée d'un "*processus de destruction créatrice* "<sup>247</sup>. Selon lui, une pratique restrictive ne doit pas être appréciée dans l'instant mais dans une optique évolutive.

Cette analyse s'impose. Des situations transitoires d'atteinte à la concurrence sont parfois nécessaires pour permettre l'innovation technique. Il est indispensable de protéger l'entreprise qui innove contre les risques élevés qu'elle prend, par exemple lorsqu'elle lance un nouveau produit. La protection encourage le dynamisme industriel : "*Il est à la fois naturel et sain que les entreprises innovatrices disposent momentanément d'une position de force sur le marché*

---

<sup>245</sup> C.J.C.E. 25 oct. 1977 , METRO c/ Commission, aff. 26/76, attendu 20, Rec. 1875 et plus spéc. 1904. (*Le passage en gras est souligné par nous*).

<sup>246</sup> Le Conseil envisage la notion de libre concurrence sous l'angle plus opérationnel suggéré par l'analyse économique. Dans cette optique la libre concurrence est non une fin en soi, mais un processus de confrontation des offres et des demandes tel que les entreprises sont spontanément (c'est à dire librement) conduites à offrir le meilleur rapport qualité prix pour satisfaire la demande exprimée" (Rapport pour 1989, p. XXI).

<sup>247</sup> **J. SCHUMPETER**, "Théorie de l'évolution économique" et "Capitalisme, socialisme et démocratie".

*pour amortir leurs frais de recherche et réaliser les profits qui rémunèrent le risque encouru.*"<sup>248</sup>. La faveur consentie à l'entreprise ne saurait cependant être définitive, au risque d'établir des rentes de situation. Une fois le produit concerné arrivé à maturité, l'entreprise doit affronter la concurrence.

De la même façon, les autorités de la concurrence qui se prononcent sur l'octroi d'une exemption individuelle sont conduites à développer une analyse prospective : la contribution au progrès économique est soit actuelle, soit (ce qui sera le plus souvent le cas) prévisible.

A l'inverse, la dimension temporelle permet de prendre en compte des situations non actuellement anticoncurrentielles, mais qui risquent de le devenir. L'aspect préventif du contrôle prend alors tout son sens <sup>249</sup>. La référence à l'objet anticoncurrentiel d'une pratique, ou, en droit français, à sa potentialité d'effet perturbateur, est déjà une façon d'introduire, dans la définition même de l'illicite, la dimension temporelle. Les autorités de la concurrence doivent tenir compte de l'évolution probable du marché <sup>250</sup>.

**74.** Il ne saurait cependant être question d'une approche divinatoire. L'atteinte à la concurrence doit pouvoir se réaliser avec un degré de probabilité suffisant. Cette exigence fait peut-être actuellement défaut dans la pratique décisionnelle du Conseil. Nous y avons déjà fait allusion <sup>251</sup>. Le Conseil persiste à condamner des comportements "*pouvant avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence* ", quand bien même l'expérience révèle que cela ne se produit pas. L'extrême variabilité dans le temps de la structure de la concurrence sur un marché donné impose de prendre en considération la variable temporelle dans l'appréciation d'une pratique, mais constitue également la limite de cette prise en compte. Au delà d'une certaine durée, la notion de prévisibilité n'a plus de sens.

C'est bien parce que la variable temporelle doit être utilisée avec précaution que des mécanismes correctifs sont mis en place. Il est par exemple prévu que le bénéfice de

---

<sup>248</sup> C.J.C.E. 25 oct. 1977, METRO c/ Commission, aff. 26/76, attendu 20, Rec. 1875 et plus spéc. 1904.

<sup>249</sup> Le contrôle des opérations de concentration procède de la même démarche. Les droits français (titre V de l'ordonnance du 1er décembre 1986) et communautaire (règlement du 21 déc. 1989) prévoient une procédure de notification, facultative dans le premier cas, obligatoire dans le second. Le contrôle se fait donc *a priori*. Les autorités de la concurrence sont amenées à dresser un bilan de l'opération de concentration, qui les oblige à une analyse prospective de la situation.

<sup>250</sup> Commission C.E.E. 20 déc. 1989, TEKRO, J.O.C.E. n°L. 13 du 17 janv. 1990.

<sup>251</sup> Cf chapitre précédent, § 31. Selon les propres termes du Conseil, les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées "*dés lors qu'elles ont un objet ou même seulement une potentialité d'effet anticoncurrentiel et qu'il est indifférent, à cet égard, que ces pratiques aient eu peu ou n'aient eu même aucun effet sur le marché* ", Rapport d'activité pour 1993, p.XIV. L'on a souligné combien cette analyse nous semblait contestable.

l'exemption peut être retiré si l'entreprise cesse de répondre aux conditions de l'exemption <sup>252</sup>, ou que la dérogation ne sera pas renouvelée. De la même façon, les règlements d'exemption peuvent être modifiés ou abrogés si l'évolution de la structure de la concurrence rend inopportun leur maintien. Il n'existe donc pas réellement de mécanismes aptes à conférer un minimum de permanence aux règles applicables. C'est la précarité des situations et des normes qui domine.

**75.** En résumé, la notion de concurrence est relative, dans l'espace et dans le temps. Parce que la libre concurrence ne constitue plus un modèle abstrait mais est un état qui s'apprécie concrètement, parce que l'on se contente d'une concurrence praticable et que l'on défend une conception dynamique du phénomène concurrentiel, le droit de la concurrence est substantiellement différent du droit commun des obligations. Un même contrat, suivant le contexte économique dans lequel il s'insère, sera ou non valable. En cela le droit de la concurrence est "hérétique".

On peut tenter de modérer le propos. Sans doute existe-t-il d'autres branches du droit où le juge est amené à adopter une approche contextuelle : ancienne législation sur les loyers, droit des procédures collectives... Mais on prendrait alors pour exemple de ce qu'est le Droit *"les branches qui précisément ont été vigoureusement dénoncées comme étant le siège du déclin du droit "* <sup>253</sup>. En droit de la concurrence, l'approche contextuelle est systématique. C'est elle qui gouverne la matière et qui justifie deux pratiques paradoxales : certains comportements, intrinsèquement anticoncurrentiels, ne sont pas frappés par la sanction alors que d'autres, intrinsèquement valides, l'encourent.

## **SECTION I : ACCEPTATION ET LEGITIMATION DE PRATIQUES INTRINSEQUEMENT ANTICONCURRENTIELLES .**

**76.** Un comportement anticoncurrentiel n'est pas nécessairement prohibé. Son admission résulte parfois de sa faible dangerosité. L'atteinte à la concurrence, bien qu'avérée, peut ne pas

---

<sup>252</sup> Et ceci pour des motifs parfois indépendants de sa volonté. Ce peut être l'évolution de la structure de la concurrence sur le marché qui est à l'origine du retrait de la dérogation. Au comportement de l'entreprise, à l'origine isolé et comme tel jugé non perturbateur, vont au fil du temps s'additionner d'autres comportements similaires. L'effet cumulatif qu'ils produisent va rendre illicite le comportement de l'entreprise qui avait obtenu l'exemption. Sur la théorie de l'effet cumulatif, cf. §114 et suivants.

<sup>253</sup> **M. A SANSON-HERMITTE**, "Droit européen de la concurrence. Cohérence économique, sécurité juridique", Thèse Dijon, Institut des relations internationales, 1971, p.9.



être suffisamment sensible pour être sanctionnée (Paragraphe 1). La notion de seuil de sensibilité est fondamentale en droit communautaire. Elle connaît en droit français un destin un peu turbulent.

Ce sont parfois des comportements radicalement et sensiblement anticoncurrentiels qui sont admis, ou validés. La seconde proposition ne surprend pas. Il existe en droit de la concurrence comme en toute autre matière des principes et des exceptions au principe, ou comme en droit pénal, des incriminations et des faits justificatifs. Ils prennent en droit de la concurrence le nom d'exemption (Paragraphe 2).

A ce système de prohibition / validation consacré par les textes, est venu s'ajouter depuis quelques années un mécanisme qui prétend transcender cette double démarche. Certaines atteintes à la concurrence apparaissent compensées par des effets bénéfiques de façon si évidente qu'il paraît inutile de se livrer à la minutieuse balance des intérêts qu'impose la procédure de validation. L'intérêt de la pratique est tel que l'on estime raisonnable de ne pas la prohiber : on applique une règle de raison (Paragraphe 3). Ces différents mécanismes ont en commun d'éviter l'annulation.

#### **PARAGRAPHE 1 : PROHIBITION ET SEUIL DE SENSIBILITE.**

77. La condition de sensibilité signifie que seules les ententes limitant de manière significative, sensible, le jeu de la concurrence sont prohibées. La règle est d'origine prétorienne. Aucun texte de base, communautaire ou français, ne l'a posée. Elle fut cependant énoncée très tôt en droit communautaire, à l'instigation de la Commission des Communautés. Reprise en droit français par la Commission de la concurrence, elle était en revanche absente de la pratique décisionnelle du Conseil. La Cour de cassation vient de lui redonner une certaine actualité. On doit d'en réjouir. La notion de sensibilité nous semble essentielle à l'équilibre qui doit s'instaurer entre liberté contractuelle et police de la concurrence. On ne peut en fait présenter le droit positif, et développer un point de vue critique sur la pratique décisionnelle, sans avoir mesuré l'intérêt qui s'attache à la notion. Nous envisagerons donc les justifications à l'admission d'un seuil de sensibilité (A), avant d'aborder sa réception en droit communautaire et français (B), et ses incidences en droit contractuel (C).

## A - JUSTIFICATIONS A LA CONDITION DE SENSIBILITE .

78. Les justifications à la condition de sensibilité sont diverses. Si l'on se réfère à la philosophie du Traité de Rome, elles apparaissent avec une particulière netteté en droit communautaire. La Cour de justice invoquait en 1971 le fait qu'un accord ne portant qu'une atteinte limitée à la concurrence "n'est pas susceptible de nuire à la réalisation des objectifs d'un marché commun" <sup>254</sup>. Ce faisant, la Cour se référait à ce que certains ont appelé "la constitution économique de la C.E.E." <sup>255</sup>. Parmi les instruments permettant de réaliser les objectifs globaux du Traité (promouvoir un développement harmonieux des activités économiques, parvenir à une expansion économique continue et équilibrée, ainsi qu'à une stabilité accrue, à un relèvement accéléré du niveau de vie et au développement de relations plus étroites entre les Etats membres), figure la libre concurrence, mentionnée à l'article 3 f du Traité. La libre concurrence constitue à la fois un moyen et un principe fondamental. Elle s'intègre dans le système d'économie de marché que promeut le Traité. Ce système est cependant soumis à contrôle, afin d'éviter les excès et les abus qu'engendre l'exercice de toute liberté. Certains ont donc parlé d'une économie de marché relative, ou contrôlée. Il nous suffit de comprendre que le droit de la concurrence s'inscrit dans la poursuite d'une finalité objective : l'établissement du Marché commun. Les intentions des entreprises ainsi que leurs intérêts privés sont, dans une large mesure, indifférents à ce droit, qui, "en contrepartie ... ne se préoccupera pas davantage de comportements dénués d'effet sur le marché ou insusceptibles de produire de tels effets. Tel est le cas d'une entente si minime qu'elle n'aura pas ou ne peut avoir d'effet réel sur le marché" <sup>256</sup>. Les auteurs de ces lignes en concluent que le "seuil de sensibilité relève de la nature même du droit de la concurrence ." Plus prosaïquement, l'on peut considérer que l'incrimination d'entente étant définie très largement, il était nécessaire de trouver un moyen permettant de circonscrire le champ de l'illicite.

Madame BOUTARD-LABARDE voit dans la condition de sensibilité la transposition en droit économique de l'adage " *de minimis non curat praetor* " <sup>257</sup> qui permet aux autorités

---

<sup>254</sup> CJCE 6 mai 1971, CADILLON, aff. 1/71, Rec. 351.

<sup>255</sup> La notion de "Constitution économique" a été créée par la doctrine allemande entre les deux guerres. L'idée fut transposée puis développée en droit communautaire dans les années 60, mais la tentative de systématisation ne fut entreprise que dix ans plus tard, par M. L.J. CONSTANTINESCO, auteur de "La constitution économique de la C.E.E.", R.T.D.E. 1977, p. 245.

<sup>256</sup> M.C. BOUTARD-LABARDE et R. SAINT ESTEBEN, "Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence", J.C.P. 1989, éd. E., II, n° 15406.

<sup>257</sup> "Des affaires insignifiantes, le prêteur n'a cure" . La maxime trouve son origine probable au Digeste, sous la plume de Gallistrate. A Rome, le prêteur était investi de tels pouvoirs qu'il lui était impossible de traiter du menu des affaires. L'adage a encore quelque signification en droit administratif. En droit privé, les solutions

communautaires (mais l'analyse serait transposable aux autorités françaises) de concentrer leurs efforts sur les ententes les plus dangereuses, et de limiter les atteintes portées à la liberté d'entreprendre <sup>258</sup>. L'on découvre ici deux explications à l'admission d'un seuil de sensibilité. La première est l'indifférence des autorités de la concurrence à l'égard des ententes anticoncurrentielles bénignes. Le phénomène n'est pas spécifique au droit de la concurrence. L'Etat a toujours toléré que certaines pratiques se développent en marge du droit, *"compte tenu du caractère négligeable, socialement ou économiquement parlant, des comportements..."* <sup>259</sup>. La seconde est la volonté de respecter la liberté contractuelle. On constate qu'un mécanisme propre au droit de la concurrence, très marqué par la théorie économique, aboutit à préserver cette liberté.

Un auteur a d'ailleurs proposé une lecture intéressante du seuil de sensibilité. Celle - ci ne satisfera pas les tenants d'une conception purement économique du droit de la concurrence mais elle définit bien les rôles respectifs de ce droit et du droit des contrats. Monsieur HANNOUN énonce que la notion de seuil de sensibilité

*"est (...) généralement définie par référence à l'incidence du comportement ou de la pratique sur la concurrence. Mais ne faut - il pas y inclure, outre l'atteinte matérielle à la libre compétition économique, une notion de résistance du système juridique aux altérations causées par la nécessité de protéger le marché ? L'atteinte devrait être suffisamment sensible pour remettre en cause les règles de droit commun. En d'autres mots le seuil de sensibilité serait dépassé non par le simple fait qu'une affectation de la concurrence suffisamment grave serait constatée ; encore faudrait - il que l'intérêt lié à sa protection excède celui tiré du droit commun. La notion de seuil de sensibilité nécessiterait en ce sens que soit opérée une pesée d'intérêts mettant en présence celui attaché au libre jeu de la compétition économique et celui de la sécurité juridique dont la fonction économique n'est pas moindre "*<sup>260</sup>.

---

sont contradictoires. Le caractère minime du dommage causé justifie parfois une décision d'irrecevabilité. MM. **H. ROLAND** et **L. BOYER** font cependant valoir que l'adage a perdu l'essentiel de sa signification technique ("Adages du droit français", 3<sup>e</sup> éd., p.154.). Son utilisation en droit de la concurrence lui redonne une certaine vigueur.

<sup>258</sup> **M.C. BOUTARD-LABARDE**, "Droit français et droit communautaire de la concurrence, les points de divergence", aux Lundis du droit communautaire, Bull. inf. Cour de Cass., avril 1993, n° 364.

<sup>259</sup> **B. OPPETIT**, "L'engagement d'honneur", Dalloz 1979, p.107. On peut en effet rattacher la notion de seuil de sensibilité à l'analyse développée à propos des engagements d'honneur. Certaines parties essaient de soustraire leur accord au droit. On désigne couramment ces accords sous le vocable de "gentlemen's agreement". L'Etat peut décider de passer outre l'intention des parties et de réintégrer l'accord dans la sphère juridique. Il le fait *"routes les fois qu'il estime ses intérêts ou sa vocation même compromis "* (mêmes références). En revanche, lorsqu'il estime utile de ne pas intervenir (phénomène d'*abstention of the law*) ou inutile d'intervenir, il laisse les parties développer des activités en marge du droit. C'est cette dernière hypothèse qui nous intéresse ici.

<sup>260</sup> **C. HANNOUN**, extrait issu du commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 26 mai et 18 février 1992 (affaire des cuves), Dalloz 1993, J.P. p. 57.

Cette proposition est en rupture avec la politique actuelle des autorités de contrôle. On peut en outre se demander si elle n'est pas contraire au caractère d'ordre public du droit de la concurrence. Elle est pourtant difficilement condamnable si on la rattache à la philosophie des systèmes français et communautaires. Le principe dominant est celui de la liberté de la concurrence, et, partant, de la liberté contractuelle. C'est en fonction de cette orientation, nouvelle en droit interne <sup>261</sup>, qu'il convient d'apprécier le comportement des acteurs économiques. Toute entrave à leur action doit être interprétée de façon restrictive. Or "*la notion de seuil de sensibilité procède de cette interprétation restrictive en limitant le champ d'application du droit de la concurrence*"<sup>262</sup>.

La condition de sensibilité nous semble remplir une fonction essentielle. Elle est un des moyens d'asseoir la légitimité de l'intervention dans le contrat car elle concilie les impératifs du droit de la concurrence et ceux du droit contractuel. Pour ces différents motifs, on s'est justement inquiété de sa disparition en droit français. Le droit communautaire l'accueille avec moins de réserve. C'est même dans cet ordre juridique que la notion est née.

#### ***B - RECEPTION DE LA CONDITION DE SENSIBILITE DANS LES ORDRES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRE ET FRANCAIS***

**79.** Conformément à l'ordre d'apparition de la notion, l'on envisagera d'abord le droit communautaire (1) avant de traiter du sort de la condition de sensibilité en droit français (2).

##### **1/ La condition de sensibilité en droit communautaire.**

**80.** Il existe en droit communautaire une double condition de sensibilité. C'est tout d'abord l'affectation du commerce intra-communautaire qui doit être sensible, que cette affectation

---

<sup>261</sup> L'ordonnance du 1er décembre 1986 a abrogé les dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945, d'inspiration dirigiste. Cf. introduction, p.5.

<sup>262</sup> **G. de MONTEYNARD**, auditeur à la Cour de cassation : "Réflexions sur l'application par la Cour de Cassation de la notion de seuil de sensibilité", Rapport de la Cour de cassation pour 1993.

soit le fruit d'une entente ou d'un abus de position dominante <sup>263</sup>. C'est également l'atteinte à la concurrence qui doit l'être. C'est à cette seconde hypothèse que nous allons nous attacher.

**81.** La condition de sensibilité fut introduite par la Commission dès ses premières décisions d'application de l'article 85. Sous-jacente dès 1964, elle fut exprimée avec clarté dans une décision "Socemas" du 17 juillet 1968 <sup>264</sup>. La commission y énonçait que, pour tomber sous le coup de la prohibition et encourir une nullité de plein droit, un accord devait entraîner une restriction de concurrence "significative". Elle eut ensuite plusieurs occasions de confirmer cette interprétation. La Cour de Justice l'entérina assez rapidement, en admettant en 1969 qu'un accord d'exclusivité pouvait échapper à la prohibition, "*lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause*"<sup>265</sup>.

La notion se devait d'être précisée. Il existe en droit communautaire un mécanisme ignoré du droit français : celui de la notification des ententes candidates à l'exemption. Pour bénéficier de l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité, qui établit une sorte d'autorisation des ententes contribuant au progrès économique malgré leur caractère anticoncurrentiel, les entreprises doivent soumettre leur accord à la Commission. Les ententes d'importance mineure échappent à la prohibition ; elles n'ont donc pas besoin d'être notifiées. Mais encore faut-il que les entreprises soient en mesure d'apprécier si leur accord est, ou non, d'importance mineure. Pour les y aider, la Commission publia en 1970 <sup>266</sup> une communication importante à deux titres : la condition de sensibilité se voyait officiellement conférer la qualité de condition de mise en oeuvre de la prohibition, et, surtout, était quantifiée. Cette communication fut remplacée par une autre, datée du 19 décembre 1977 <sup>267</sup>, elle-même remplacée par une communication du 3 décembre 1986 <sup>268</sup>. L'on sait désormais que l'absence

---

<sup>263</sup> La démonstration est cependant plus nécessaire, et sans doute plus malaisée, dans l'hypothèse d'une entente. En effet, l'établissement d'une situation de domination suffit en général à établir le caractère sensible de l'affectation éventuelle.

<sup>264</sup> J.O.C.E. n° L. 201 du 12 août 1968.

<sup>265</sup> CJCE 9 juill. 1969, VOLK c/ VERAECKE, aff. 5/69, Rec. 295.

<sup>266</sup> Communication du 27 mai 1970, J.O.C.E. n° C. 64, du 2 juin 1970.

<sup>267</sup> Communication du 19 décembre 1977, J.O.C.E. n° C. 313, du 29 déc. 1977.

<sup>268</sup> Communication du 3 déc. 1986, J.O.C.E. n° C. 231 du 12 sept. 1986. Cette dernière communication tentait de corriger les imperfections des précédentes, imperfections révélées par la pratique et les commentateurs.

de sensibilité d'une pratique se mesure à l'aide de deux paramètres s'appliquant cumulativement :

- un seuil en chiffre d'affaires des entreprises parties à l'entente, lequel ne doit pas dépasser 200 millions d'écus.

- un seuil en part de marchés des produits ou des services en cause, fixé à 5 % de l'ensemble des produits ou services dans le territoire des Communautés à l'intérieur duquel l'accord produit ses effets.

Les seuils ainsi fixés ne sont qu'indicatifs <sup>269</sup>, les communications de la Commission n'ayant de force contraignante ni pour la Cour de justice, ni pour le Tribunal de première instance. Ils présentent pourtant différents avantages. Le premier est de dispenser de notification les accords se situant en deçà de ces seuils. Le second est en principe de mettre l'entreprise à l'abri des poursuites de la Commission. La communication est donc source de sécurité juridique pour les entreprises.

Cette dernière affirmation doit être nuancée. La Commission semble prendre ses distances vis à vis de la lettre de sa communication. Ici encore, elle tend à ne plus apprécier les parts de marché détenues de façon statique, à un moment x, mais de façon dynamique, en tenant compte de l'évolution prévisible du marché <sup>270</sup>. On retrouve l'argument de la perte de permanence de la norme. Soulignons qu'il est nécessaire, pour apprécier le caractère sensible d'une restriction de concurrence, d'envisager globalement le système économique. Il n'est pas tenu compte du comportement d'une seule entreprise, envisagée isolément, mais de l'effet éventuellement cumulatif d'un ensemble de comportements d'entreprises <sup>271</sup>. Enfin, un auteur a relevé que les autorités de contrôle tendaient à s'affranchir du lien unissant seuil de sensibilité et parts de marchés détenues <sup>272</sup>. Il arrive qu'elles se réfèrent aux seules caractéristiques intrinsèques des comportements anticoncurrentiels des entreprises. On peut lire ainsi que "(...) eu égard surtout au caractère flagrant de la restriction, celle-ci doit être considérée comme particulièrement sensible, et ce, qu'elles qu'aient été les parts de marché respectives d'autres produits éventuellement comparables "<sup>273</sup>. De façon plus significative encore, les clauses d'interdiction d'exporter ou de protection territoriale absolue font l'objet

---

<sup>269</sup> D'une façon générale, les communications de la Commission n'ont pas de force contraignante pour la Cour de Justice et le Tribunal de première instance.

<sup>270</sup> Décision du 20 déc. 1989, TEKO, précitée, J.O.C.E. n° L. 13 du 17 janv. 1990.

<sup>271</sup> Sur la notion d'effet cumulatif, cf paragraphe 3 de la présente section.

<sup>272</sup> L. VOGEL, "Droit de la concurrence et concentration économique, Etude comparative", Thèse Paris, Economica 1988, p.40.

<sup>273</sup> Décision du 23 nov. 1972, PITTSBURGH CORNING EUROPE, J.O.C.E. n° L. 272 du 5 déc. 1972.

d'une condamnation systématique, indépendamment de leur incidence réelle sur le jeu de la concurrence <sup>274</sup>. L'on se rapproche dès lors d'une condamnation *per se* de certaines pratiques.

## 2/ La condition de sensibilité en droit français

**82.** A la différence de certains Etats membres, la notion de seuil de sensibilité n'est pas, en France, inscrite dans les textes <sup>275</sup>. S'inspirant du droit communautaire, la Commission de la concurrence l'avait néanmoins adoptée. De nombreux avis, formulés dans les années quatre-vingt, faisaient de l'effet suffisamment sensible de la restriction de concurrence un critère d'application de l'article 50 de l'ordonnance de 1945 <sup>276</sup>. Il fut relevé que les derniers avis n'y faisaient plus référence. La notion n'est pas réapparue sous la plume du Conseil de la concurrence. Ce dernier semblait même l'avoir rejetée. Ainsi, dans une décision de 1991, "Secteur de l'enseignement de la conduite des véhicules dans le Sud de la France", fut-il opposé à l'argument tiré de l'inanité du grief d'entente, "*compte tenu du faible nombre d'auto-écoles incriminées et du faible nombre de clients intéressés par cette prestation*", que les dispositions de l'ordonnance s'appliquent aux "*ententes ayant un objet anticoncurrentiel ou une potentialité d'atteinte à la concurrence qu'elles qu'aient été leurs effets*". <sup>277</sup> On en avait conclu à l'abandon de l'exigence de sensibilité en droit français, au moins lorsqu'était en cause une entente n'ayant que pour objet, ou pour effet potentiel, de limiter la concurrence. La doctrine réagit diversement à cette évolution.

**83.** Certains l'estiment logique, relevant que la disparition du concept était concomitante à l'apparition d'une définition très précise du marché concerné. Selon Monsieur VOGEL, les

---

<sup>274</sup> Pour exemple, affaire LTM Maschinenbaum Ulm (TECHNIQUE MINIERE) du 30 juin 1966, aff. 56/67, Rec.337.

<sup>275</sup> On peut citer les exemples anglais et allemand. L'article 12 de la loi britannique (de 1960) prévoit que les accords ayant une portée restreinte sont écartés de la prohibition. L'article 1 de la loi allemande (de 1957) fait également référence à un seuil de sensibilité. Elle a donné naissance à la théorie du "minimum quantitatif".

<sup>276</sup> Pour exemples, Avis du 25 juin 1981, Secteur de la production et de la commercialisation des engrais, B.O.S.P. 12 déc. 1981 ; Avis du 20 octobre 1983, Pratiques anticoncurrentielles dans la distribution des jeans, B.O.S.P. 29 déc. 1983...

<sup>277</sup> Décision 91-D-18, du 10 avril 1991, B.O.C.C.R.F. du 30 mai 1991, p. 149.

deux techniques sont substituables <sup>278</sup>. L'auteur ajoute qu'une définition *a priori* d'un seuil de sensibilité serait extrêmement difficile à réaliser et de surcroît inutile, compte tenu du peu de sécurité juridique offerte par la pratique communautaire.

D'autres s'en inquiètent et s'emploient à réfuter à la fois l'analyse développée par l'autorité régulatrice et les arguments de ses défenseurs. Madame BOUTARD-LABARDE fait ainsi valoir que les droits français et communautaires sont au service d'une même finalité : *"préserver le bon fonctionnement de l'économie de marché, considérée comme le meilleur moyen d'assurer l'allocation optimale des ressources"*. Cela *"justifie qu'il soit fait exception à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle"*. Mais *"la prohibition est une exception et (...) elle doit donc être limitée aux comportements et pratiques qui sont effectivement de nature à fausser le processus concurrentiel, à perturber "sensiblement" le fonctionnement des mécanismes d'un marché"* <sup>279</sup>.

Le souci de ne pas contraindre la liberté contractuelle au-delà du strict nécessaire au maintien d'une dose de concurrence suffisante est partagé par les deux ordres juridiques. L'argument terminologique utilisé par le Conseil dans la décision précitée n'apparaît donc pas pertinent. Même lorsque l'on souhaite prendre en compte l'objet ou l'effet potentiel (à supposer ces deux incriminations distinctes), l'on ne doit intervenir que s'il est raisonnablement prévisible que la mise en oeuvre de l'entente aura un effet restrictif. Le seuil de sensibilité doit s'appliquer à l'objet comme à l'effet. Ne pas l'exiger a pour conséquence d'autoriser le principe d'une prohibition *per se* de certaines pratiques, ce qui est contraire à l'esprit du Titre III de l'ordonnance. Cela confère en outre un caractère dogmatique au droit français.

La difficulté liée à la quantification du seuil de sensibilité n'est pas non plus un obstacle, du fait de l'inutilité de cette quantification en droit interne. C'est le procédé de notification qui la rend nécessaire en droit communautaire. En droit français, *"le fait que des entreprises se trompent sur le caractère sensible de leurs accords ne peut pas avoir de conséquences préjudiciables pour elles. Elles ne seront pas privées pour autant du droit de demander le bénéfice de l'article 10. Concrètement, la seule conséquence de l'incertitude sur l'applicabilité des règles françaises de concurrence sera d'inciter les entreprises à respecter quand même les règles de concurrence... Ce n'est certes pas un inconvénient"* <sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> L. VOGEL, "Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence", J.C.P. 1991, éd. E., I n° 96.

<sup>279</sup> M.C. BOUTARD-LABARDE, note sous Cass. Comm. 4 mai 1993, J.C.P. 1993, éd. EG, II, n° 22111, p.337.

<sup>280</sup> M.C. BOUTARD-LABARDE, "Droit français et droit communautaire de la concurrence, les points de divergence", aux Lundis du droit communautaire, Bull. inf. Cour de Cass., avril 1993.



L'argument tiré de la substitution d'une délimitation précise du marché de référence à la condition de sensibilité n'est pas plus convaincant. La condition pourrait être appliquée au marché lui-même. Cela éviterait qu'une délimitation trop étroite aboutisse, ce qui est le cas parfois <sup>281</sup>, à ce que des comportements d'entreprises, mêmes marginaux sur le plan national, soient trop facilement incriminés. On pourrait ajouter que le droit communautaire délimite parfois de façon très étroite le marché de référence, sans que cela ait remis en question la condition de sensibilité.

**84.** La Cour de cassation a tranché entre ces différentes positions. Dans un arrêt remarqué du 4 mai 1993, l'arrêt "Rocamat", elle a consacré la condition de sensibilité :

*" C'est à bon droit que la Cour d'appel, faisant application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prohibe les ententes ayant un objet anticoncurrentiel et, en se référant à l'interprétation donnée en droit communautaire à l'article 85 -1 du Traité, a, par une appréciation concrète, décidé qu'en l'espèce, cette prohibition ne pouvait être relevée, l'accord dénoncé n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence "*<sup>282</sup>.

On notera que la Cour de Cassation ne donne aucune indication chiffrée quant à la détermination du seuil. Elle laisse une grande latitude aux juges et autorités de la concurrence. Cette détermination doit cependant s'opérer concrètement. En l'espèce, la Cour relève que *"les clauses litigieuses ne concernent que deux sources d'extraction qui à elles seules ne peuvent influencer le libre jeu de la concurrence ."* La Cour de cassation a fait savoir, par le truchement d'un de ses auditeurs, qu'elle n'entendait pas contrôler la notion de seuil mais plutôt l'existence et le contenu de la motivation retenue <sup>283</sup>.

La condition de sensibilité est en fait invoquée à deux reprises par la Cour de cassation : elle relève non seulement le caractère limité de l'accord dans le cadre du marché pertinent, mais également la faible sensibilité de l'atteinte à la concurrence. L'argument relatif à la

---

<sup>281</sup> Pour exemple, arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juin 1993, GITEM, sanctionnant des ententes entre opérateurs ne présentant pas plus de 1 % du marché de la distribution.

<sup>282</sup> Cour de Cassation 28 mai 1993, ROCAMAT, B.O.C.C.R.F. du 10 septembre 1993, p.260. Commentaires de cette décision à la RJDA 6/93, n° 524 , J.C.P. 1993, éd.G, II, n°22111 (M. C. BOUTARD-LABARDE), et article approuvé de MM. J.P. DE LA LAURENCIE et J.M. MATHIEU COT, "Le seuil de sensibilité en droit français de la concurrence," Gaz. Pal. 1993, doct. p.25. Cf également le commentaire réalisé par G. de MONTEYNARD, auditeur à la cour de Cassation, dans le rapport annuel de celle-ci (1993), "Réflexions sur l'application par la Cour de Cassation de la notion de seuil de sensibilité", précité note 27 .

<sup>283</sup> G. de MONTEYNARD, article cité supra.

substitution d'une délimitation précise du marché à la condition de sensibilité ne semble donc pas rencontrer les faveurs de la Cour.

**85.** Pour exemplaire qu'il soit, l'arrêt n'a pas suscité de revirement dans la pratique décisionnelle du Conseil. Les décisions rendues au cours du premier semestre 1994 étaient déjà explicites. A l'argument des requérantes relatif à l'absence de sensibilité de l'effet anticoncurrentiel invoqué, il était systématiquement répondu "*qu'entre (...) dans le champ d'application (des) dispositions (des articles 7 et 8) toute pratique commerciale, même si elle n'a aucun effet, dès lors qu'elle a un objet ou peut avoir un effet anticoncurrentiel sur un marché*"<sup>284</sup>. Une décision récente lève les dernières incertitudes. Le Conseil y énonce que "*en tout état de cause, la circonstance que ces pratiques n'auraient pas eu d'effet sensible sur le jeu de la concurrence entre distributeurs est sans influence sur leur qualification au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prohibent les ententes ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet*" de porter atteinte à la concurrence<sup>285</sup>. Le cas est d'autant plus révélateur qu'en l'espèce, l'atteinte à la concurrence *était sensible*. Le Conseil a donc voulu, de façon ostensible et catégorique, faire acte d'insoumission. Cette résistance est d'autant plus curieuse qu'il est difficile d'en saisir les raisons précises, sauf à voir en elle la consécration des incriminations *per se* en droit français. S'incliner obligerait le Conseil à définir systématiquement le marché pertinent afin de caractériser l'atteinte à la concurrence augurée. Il ne pourrait plus se contenter d'affirmer que les pratiques *peuvent avoir pour effet*" de porter atteinte à la concurrence, "*même si elles n'ont aucun effet*" de ce type, et, oserait-on ajouter, même si l'on sait qu'elles n'auront aucun effet<sup>286</sup>.

On peut se demander si l'admission d'un seuil de sensibilité n'aboutirait pas à réunir en une seule incrimination les ententes ayant un objet anticoncurrentiel et les ententes ayant un effet anticoncurrentiel potentiel. L'affirmation peut surprendre. Il faut garder à l'esprit le sens de la notion d'objet, laquelle ne s'identifie pas à "l'intention subjective" des parties. Il suffit que les entreprises aient conscience des effets normalement prévisibles de leurs pratiques, cette conscience se déduisant des termes de leur convention ou du simple fait que la "jurisprudence" est bien établie. L'entente a un objet anticoncurrentiel lorsque l'atteinte à la concurrence est prévisible. La notion de prévisibilité oblige à s'interroger sur la réalité du risque de perturbation du processus concurrentiel. On rejoint la condition de sensibilité.

---

<sup>284</sup> Décision du Conseil de la concurrence du 18 janvier 1994, n° 94-D-05, B.O.C.C.R.F. du 8 mars 1994, p.86 et décision du 5 avril 1994, n°94-D-22, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p. 246

<sup>285</sup> Décision n°94-D-33, en date du 31 mai 1994, HITACHI France, B.O.C.C.R.F. du 23 août 1994, p. 377.

<sup>286</sup> Sur ce point, cf. infra § 31 s.

86. Une opposition aussi ouverte entre le Conseil et la Cour de cassation ne saurait perdurer. Il est peu probable que la Cour se laisse convaincre d'abandonner la condition de sensibilité : son rapport pour 1992 montre qu'elle y est pleinement acquise. C'est donc le Conseil qui devra céder. Ses décisions encourent la censure, "via" l'arrêt d'appel. La Cour d'appel se chargera peut-être elle-même de le soumettre. Il est difficile d'en juger car la position actuelle de la Cour est mal arrêtée ; celle-ci semble ménager les deux thèses. Un arrêt "Deméco" du 25 janvier 1994 en témoigne <sup>287</sup>. On peut lire en effet ceci :

*"Considérant en conséquence que, telles qu'elles ont été justement qualifiées par le Conseil, qui relève leur potentialité d'effet anticoncurrentiel, de telles pratiques, de la part d'une entreprise disposant de 110 points de vente sur le territoire national ainsi que d'une part de marché de 10 p.100, tombent nonobstant l'argumentation de la requérante selon laquelle ces pratiques ne pourraient qu'un effet insuffisamment sensible sur la concurrence, sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prohibe les ententes dès lors qu'elles peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence..."*

L'ambiguïté apparaît nettement. Alors que dans le premier membre du considérant, la Cour paraît s'employer à démontrer la sensibilité de l'atteinte conformément à l'analyse *in concreto* prônée par la Cour de cassation (allusion au nombre de points de vente et à la part de marché détenue), le second membre est obscur. C'est l'interprétation du "nonobstant" qui se révèle délicate. Il peut signifier, soit que la Cour est indifférente à l'argument, et donc au principe même du seuil de sensibilité, soit qu'elle réfute ce moyen, parce qu'en l'espèce il y avait sensibilité.

Quoiqu'il en soit, si la Cour d'appel a relevé, dans certaines affaires, que la condition était remplie, elle n'a jamais véritablement admis l'argument comme un moyen de défense utile. Elle ne refuse pas de l'examiner, mais il n'est pas arrivé, à notre connaissance, qu'elle estime l'infraction non constituée au motif que l'atteinte à la concurrence était insuffisamment sensible. A l'heure actuelle, la sensibilité de l'atteinte apparaît davantage comme un élément d'aggravation de l'amende que comme une condition de l'incrimination. Il est indispensable que les autorités de la concurrence clarifient sans tarder leur position.

---

<sup>287</sup> Paris 1ère sect. conc. du 25 janv. 1994 (DEMECO), B.O.C.C.R.F. du 9 fév. 1994, p. 62. Un arrêt émanant de la même formation en date du 17 mai 1994 (OUTILLAGE A MAINS) reproduit la même ambiguïté, B.O.C.C.R.F. du 7 juin 1994, p. 200.

La Cour d'appel avait pourtant paru plus favorable que le Conseil à l'admission de la condition de sensibilité. En témoigne l'affaire des cuves sus analysée. La Cour avait pris soin dans sa décision du 5 mai 1988 de relever que l'effet anticoncurrentiel de la clause de restitution des cuves était sensible, car concernant un nombre élevé de contrats et mise en oeuvre par les sociétés Total et Shell, qui figurent parmi les plus importantes du marché. Le changement d'orientation de la Cour d'appel (déjà manifeste dans l'affaire GITEM du 3 juin 1993, précité note 46) est peut être de sa part le signe d'une démission face à la fermeté de la position du Conseil.

### ***C - SEUIL DE SENSIBILITE ET DROIT CONTRACTUEL***

**87.** La condition de sensibilité évite une immixtion intempestive dans le contrat. C'est là son principal avantage et sa principale justification ; nous les avons évoqués. En régime de liberté du commerce et de l'industrie, "*socle conceptuel de la société libérale* " <sup>288</sup>, la liberté contractuelle doit rester la règle <sup>289</sup>.

Ce faisant, la condition de sensibilité témoigne de ce que le droit de la concurrence est un droit spécial <sup>290</sup>. Il n'est autorisé à déroger au droit commun qu'à des conditions strictes. Le droit commun garde une fonction subsidiaire importante. C'est lui qui va s'appliquer lorsque l'altération du processus concurrentiel n'est pas significative.

La médaille a son revers. La partie victime d'une entente peu nocive pour le marché ne pourra obtenir réparation que sur le fondement de l'article 1382 du code civil (concurrence déloyale...). Les règles du droit de la concurrence ne lui seront d'aucun secours. La sensibilité de l'atteinte étant une condition de l'incrimination, l'entente n'est pas considérée comme anticoncurrentielle au regard de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et 85 du Traité de Rome. Une demande fondée sur l'article 9 de l'ordonnance ou sur l'article 85, § 2, du Traité, est logiquement irrecevable <sup>291</sup>. On peut même douter de l'intérêt de l'article 6 du code civil en pareille circonstance. En consacrant la condition de sensibilité, la Cour de cassation a montré qu'elle considérait la sanction comme indifférente à l'ordre public. Or, celui-ci ne contraint que si c'est nécessaire.

On peut donc considérer que la condition de sensibilité opère une ligne de démarcation entre l'application des textes relatifs au droit des ententes et l'application du droit commun des contrats. Elle délimite leur domaine respectif. En même temps, elle illustre "*le clivage entre droit contractuel et droit de la concurrence* " <sup>292</sup>. Certes, elle évite une immixtion dans le contrat. Mais elle le fait en introduisant un degré dans l'illicite, un seuil de tolérance dont le

---

<sup>288</sup> **G. de MONTEYNARD**, article précité.

<sup>289</sup> Nous rencontrerons d'autres exemples, trop rares, de ce principe. Cf. arrêt "Automec", C.J.C.E. 10 juillet 1990, Rec. II. 367, étudié dans le chapitre consacré à l'injonction.

<sup>290</sup> Cf. encore **G. de MONTEYNARD**, qui induit de la condition de sensibilité "*le principe de spécialité du droit de la concurrence*", précité.

<sup>291</sup> Au sens défini au chapitre 1. Cf. supra §33.

<sup>292</sup> **A. TARGA**, "La notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français", Rev. conc. et consommation, n° 74, juill. août 1993, p.15.

principe est ignoré de la pratique contractuelle. En droit civil, la faiblesse d'une atteinte au contrat influe sur l'importance de la sanction, mais ne permet pas de l'éviter. Elle autorise (en pratique) une minoration du montant des dommages et intérêts, ou une substitution d'une sanction par une autre : par exemple le juge, confronté à une inexécution mineure d'un contrat, peut opter pour l'allocation d'une indemnité plutôt que pour une résolution. Le seuil de sensibilité bouleverse cette organisation méthodique.

Certaines pratiques répondent aux conditions de l'incrimination, car elles portent une atteinte sensible au jeu de la concurrence. Pourtant les entreprises ne sont pas sanctionnées. Il existe en effet un procédé, l'exemption, qui permet de légitimer leur comportement.

## PARAGRAPHE 2 : PROHIBITION ET EXEMPTION .

**88.** Il a été fait allusion précédemment à la possibilité qu'ont les acteurs économiques de solliciter l'exemption d'une entente tombant sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, du Traité de Rome, ou 7 de l'ordonnance de 1986. Il existe dans les deux ordres juridiques deux types d'exemption : les exemptions individuelles et les exemptions collectives. Elles sont beaucoup plus développées dans l'ordre juridique communautaire. L'exemption est subordonnée à la démonstration que l'entente contribue au progrès économique. Des auteurs ont relevé combien le concept de progrès économique était flou <sup>293</sup>.

Cette contribution s'apprécie selon de multiples critères : amélioration du service rendu au consommateur, amélioration des techniques de production et de distribution... Les avantages attendus de l'entente doivent l'emporter sur ses inconvénients <sup>294</sup>. Lorsqu'une entreprise sollicite l'octroi d'une exemption individuelle, il lui appartient de prouver le caractère bénéfique de l'entente qu'elle soumet aux autorités. Elle est dispensée de cette preuve lorsqu'elle rentre dans le champ d'application d'un règlement d'exemption par catégorie. En effet, un règlement n'est adopté que lorsque l'expérience a révélé que la catégorie d'accords qu'il vise était bénéfique pour la collectivité. Mais que la contribution au progrès économique soit appréciée lors d'un examen individuel, ou qu'elle soit déduite de l'expérience, elle requiert toujours une analyse d'ordre économique et contextuel. Une même

---

<sup>293</sup> **G. FARJAT**, qui énonce à son propos : "*Disons le nettement : une notion aussi vague ne peut être présentée comme une norme*", in "Droit économique", 2ème édition, P.U.F., p.516.

<sup>294</sup> L'octroi d'une exemption est en réalité subordonné à différentes conditions : l'entente doit contribuer au progrès économique; cet avantage doit l'emporter sur les inconvénients de la pratique ; il ne doit pas être accessible par un autre moyen ; toute concurrence sur le marché ne doit pas disparaître. Pour une étude détaillée du mécanisme d'exemption, Cf. 2ème Partie, titre 1, chap. 1 § 282.

pratique peut être tantôt exemptée, tantôt condamnée, selon le marché sur lequel elle intervient.

**89.** La recevabilité par les autorités de la concurrence du moyen tiré de la contribution au progrès économique d'une entente dont l'illicéité est établie est significative de la fonction impartie à la concurrence dans les ordres juridiques français et communautaire. Le droit de la concurrence n'est pas une fin en soi. Elle n'est qu'un des moyens, celui présumé le plus efficace, pour aboutir à l'efficacité économique <sup>295</sup>. La démonstration que cette fin peut être poursuivie par un autre biais autorise un sacrifice, momentané, de l'objectif concurrentiel. Ceci témoigne encore de la souplesse du droit de la concurrence.

**90.** Le principe de l'exemption ne heurte pas la logique juridique. Il existe en toute discipline des mécanismes permettant de légitimer un comportement illicite, que l'on peut regrouper sous l'expression de "faits justificatifs" : ordre de la loi, autorisations administratives et autorisations de la loi, état de nécessité en droit pénal et civil, force majeure... En outre, le juge administratif a élaboré une théorie du bilan. Elle s'applique aux déclarations d'utilité publique. Il s'agit des décisions affirmant que l'expropriation d'un immeuble est d'utilité publique (constructions de routes, d'hôpitaux...). Lorsque ces décisions sont contestées, ce qui est souvent le cas, on confronte les avantages et les inconvénients de la décision pour juger de sa légalité <sup>296</sup>. La méthode est donc familière au juriste.

Certains mécanismes du droit de la concurrence apparaissent moins conformes à l'orthodoxie. Parmi ceux-ci figure la règle de raison, dont la complexité n'a d'égale que les incertitudes existant quant aux modalités de son insertion dans les ordres juridiques français et communautaire.

---

<sup>295</sup> **P. BONASSIES**, "Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence moyen", Mélanges Weill, 1983, p. 51.

<sup>296</sup> Conseil d'Etat 28 mai 1971, "Ville nouvelle de l'Est", Dalloz 1972, p. 194 : "*Une opération ne peut être légalement considérée comme d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente.*"

### PARAGRAPHE 3 : PROHIBITION ET REGLE DE RAISON .

91. La règle de raison est une notion héritée du droit américain, et, trop hâtivement peut-être, considérée comme partiellement adoptée sous sa forme originale par les autorités communautaires tout d'abord, puis françaises. Pour notre propos, cette règle présente l'intérêt de démontrer qu'ici encore l'approche contextuelle qu'elle implique, la relativité qu'elle imprime à la notion d'illicite, s'éloignent de la rigueur juridique traditionnelle. Tout le particularisme de la matière, et peut-être son inutile complexité, s'exprime à travers cette règle un peu fantomatique. Elle témoigne aussi de l'importance du raisonnement économique et de l'incidence des théories économiques dans l'élaboration de la règle juridique. Elle illustre enfin la perte de permanence qui en résulte. Nous examinerons la réception de la règle dans les ordres juridiques américain, communautaire et français (A), avant d'étudier ses incidences en droit contractuel (B).

#### A - LA REGLE DE RAISON DANS LES ORDRES JURIDIQUES AMERICAIN, COMMUNAUTAIRES ET FRANÇAIS.

92. La règle de raison ne peut être étudiée sans que l'on se soit préalablement référée au droit américain auquel elle est familière (1). Nous examinerons ensuite la façon dont elle est appliquée en droit communautaire (2) et interne (3).

##### 1/ Le droit américain antitrust et la règle de raison.

*(The rule of reason).*

93. L'étude de la règle de raison en droit américain (b) est pour nous l'occasion de tracer les grandes lignes d'un droit que l'on a qualifié de *'père fondateur de toutes les législations incitatrices et régulatrices de la concurrence'*<sup>297</sup> (a).

---

<sup>297</sup> C. CHAMPAUD, "Caractères du droit de la concurrence", *Juris-class. conc. et consom.* fasc. 30, p. 25.

## a/Présentation du droit américain antitrust

**94.** Il existe en droit antitrust américain trois textes de référence :

- Le *Sherman Act*, de 1890 <sup>298</sup>, texte fondateur, interdit tout comportement concerté (contracts, combinaisons et conspirations) restreignant abusivement le commerce (section 1) ainsi que la création illégale de monopoles, ou la tentative de constituer un tel monopole (section 2). Ce sont essentiellement les pratiques horizontales qui sont prises en compte par cette loi. C'est cette dernière qui nous intéresse, car les deux sections qui la composent constituent l'équivalent approximatif des articles 85 et 86 du Traité CEE.

- Le *Clayton Act*, de 1914, interdit certaines pratiques de prix différenciés, certaines restrictions verticales (contrats exclusifs de distribution et d'approvisionnement, prestations jumelées), et surtout instituant un contrôle des opérations de concentration. Cette deuxième loi a également organisé la procédure de répression des comportements anticoncurrentiels à l'initiative des particuliers, en retenant à leur bénéfice le principe de l'indemnisation du triple du montant des préjudices subis (*treble damages*). En 1936, fut adopté le *Robinson Patman Act*, destiné à compléter le Clayton Act.

- Le *Federal Trade Commission Act*, de 1914, donne pouvoir à la "*Federal Trade Commission*" pour interdire le recours à des méthodes de concurrence déloyales. Cette commission a été créée en réaction à l'introduction de la règle dite "de raison".

Ces trois lois, qui constituent en quelque sorte la charte du droit antitrust, se caractérisent par une grande rigidité. Pour y remédier, le droit américain s'est ouvert aux constructions jurisprudentielles et aux théories économiques. Celles-ci se sont épanouies à compter de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Elles sont essentiellement le produit de deux grandes écoles : l'Ecole de Harvard et l'Ecole de Chicago.

**95.** La première se développe de 1950 à 1970. Sous l'influence de Joe S. BAIN, elle met l'accent sur la structure du marché, les stratégies d'entreprises et les performances de l'industrie. Ces trois variables ont permis d'élaborer la théorie dite des "prix limites", en vertu de laquelle la concentration du marché, préservée par de fortes barrières à l'entrée, autorise les entreprises à fixer leur prix de vente à un niveau très supérieur à leur coût de production, et ce au détriment du consommateur. Selon cette analyse, la tendance naturelle du marché est d'aboutir à cette concentration. L'objectif du droit de la concurrence est de l'empêcher, afin de

---

<sup>298</sup> Pour une présentation du droit américain avant l'adoption du Sherman Act, cf **D. FASQUELLE**, "La Règle de raison et le droit communautaire des ententes", Thèse Paris II, 1991. Cf également **F. SOUTY**, "La politique de la concurrence de l'administration Clinton aux Etats-Unis", R.C.C. n°78, mars/avril 1994, p. 35. Cf également n° de janvier/fév. 1994 de cette revue.



rétablir les conditions d'une concurrence pure et parfaite. Théorie économique et considérations sociales convergent alors vers une méfiance vis à vis des grandes entreprises et des marchés concentrés, induisant un interventionnisme judiciaire très marqué. Toute entente est sévèrement réprimée.

Cette approche est vivement contestée dans les années 70 (années de crise économique) par l'école de Chicago. De nouveaux théoriciens, économistes et juristes, dont le plus connu en France est POSNER, proposent une "nouvelle lecture" de la théorie économique, ordonnée autour de l'idée d'efficacité, c'est-à-dire d'allocation efficace des ressources. Selon cette conception, toute position hégémonique sur un marché ne peut être que temporaire, "*le marché générant ses propres antidotes*"<sup>299</sup>. L'interventionnisme judiciaire doit être strictement limité : la prohibition ne doit appréhender que les cartels et fusions horizontales créant un risque de collusion ainsi que les cas d'exercice individuel de pouvoir sur le marché<sup>300</sup>. Cette théorie préconise l'abandon de toutes considérations sociales et politiques. L'efficacité devient l'unique finalité du droit de la concurrence. L'unicité d'objectif est prétendue garante de la sécurité juridique.

L'Ecole de Chicago est critiquée. On lui reproche le choix de ce critère unique, une conception trop statique du phénomène concurrentiel, ainsi que son ultra libéralisme. Certains considèrent que la "nouvelle vague" qui agite à l'heure actuelle les milieux économiques américains peut constituer un bon ferment de renouvellement pour le droit communautaire de la concurrence.

---

<sup>299</sup> **D. FASQUELLE**, Thèse précitée, p.13. On peut citer pour exemple les réseaux de distribution, qui permettent d'éviter les "*free riders*", passagers clandestins, qui profitent gratuitement des dépenses faites par un concurrent pour promouvoir un produit. La différence d'approche avec le droit communautaire est frappante. Dans l'ordre européen, les "*free riders*" sont considérés avec bienveillance car ils empêchent le cloisonnement du marché.

<sup>300</sup> Pour un exposé de ces différentes théories, et d'une façon plus générale, pour un plus ample exposé du droit américain, cf **B.E. HAWK**, "Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence", Cah. Dr. Entr. 1992 / 5, p.1 ; du même auteur, "La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?", R.T.D.E. 1989 /1, p.5 ; **L. VOGEL**, "Droit de la concurrence et concentration économique", Thèse Paris 1988.

## b/ La règle de raison en droit américain antitrust .

96. Ces différentes théories ont influencé l'application judiciaire de la règle "de raison"<sup>301</sup>. Historiquement, la règle de raison a été créée à la fin du moyen âge par les tribunaux anglais. La "*restraint of trade doctrine*" a été utilisée pour tempérer l'interdiction de toute limitation à la liberté d'action sur le marché lorsqu'était en cause une clause de non-concurrence accessoire à une vente de fonds de commerce ou imposée à un employé.

Selon certains, la règle de raison est apparue aux Etats Unis dès le XIX<sup>ème</sup> siècle. Elle s'est développée au début du XX<sup>ème</sup> dans un arrêt *Addyston Pipe and Steel C°*, sous la forme de la doctrine des restrictions accessoires (*ancillary restraints*). Selon cette doctrine, "*aucune restriction de la concurrence ne doit être acceptée, à moins que la clause qui la contient ne soit simplement accessoire par rapport à l'objectif principal d'un contrat qui est lui même légal et qu'elle ne soit nécessaire pour garantir au créancier de l'obligation la jouissance des fruits légitimes du contrat ou pour le protéger contre un usage injuste de ces fruits par l'autre partie*."

La théorie des restrictions accessoires était interprétée de façon trop restrictive. Cette rigueur, conjuguée à l'absence de mécanismes d'exemption, faisait du droit américain un droit extrêmement répressif. Toute restriction de concurrence était systématiquement prohibée. C'est pourquoi la Cour suprême américaine a consacré, dans un arrêt *Standart Oil* de 1911, le principe d'une interprétation raisonnable de la prohibition édictée à la section 1 du *Sherman Act*. La *Chief Justice* y énonce que "*le critère de la règle de raison a été voulu en tant que règle ... permettant de... déterminer si, dans un cas concret, une situation de fait déterminée avait ou non occasionné l'acte dommageable à l'encontre duquel la loi a entendu légiférer*"<sup>302</sup>. Cet arrêt est le premier à avoir appliqué différemment la règle de raison, sous la forme d'un bilan concurrentiel.

Dans cette conception, les tribunaux fédéraux doivent apprécier si une entente restrictive peut néanmoins avoir un bilan positif pour la concurrence. Ils sont invités pour ce faire à procéder à une enquête poussée, nécessitant une définition préalable du marché pertinent. L'école de Chicago, favorable à une prise en considération des effets concrets, actuels et potentiels, encourage cette recherche, particulièrement dans l'hypothèse des

---

<sup>301</sup> Pour une étude de la règle de raison en droit américain, cf, en sus des références citées supra, **Geert WILS**, "Rule of reason" : une règle raisonnable en droit communautaire " ? , Cahiers de droit Européen 1990 / 1, p.19.

<sup>302</sup> Chief Justice **WHITE** , in *Standart Oil of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, ou 31 S. Ct 502 (1911) : "*the standart of reason was intended to be the measure... for... determining wether in a given case, a particular act had or have not brought about the wrong against which a statute provided.*" ( extrait cité par G. WILS, p. 22 de l'article précité)

restrictions verticales. Elle préconise aussi une nouvelle méthode. Classiquement, les juges prenaient en considération un ensemble d'éléments, allant du bilan concurrentiel à la volonté des parties et à l'histoire de l'industrie concernée. Etaient cependant exclues les considérations économiques et sociales. La règle se réduit désormais au seul bilan concurrentiel. La contribution de l'entente à l'amélioration de la production ou de la distribution n'est par exemple pas considérée comme un critère pertinent.

**97.** La systématisation de cette recherche a permis d'établir des présomptions concernant certaines pratiques. L'exemple type de présomption est constitué par la règle de prohibition *per se* (*Per se rule*). Certains l'interprètent comme l'alternative ou le pendant à la règle de raison,. D'autres estiment qu'elle constitue une sous-classe à l'intérieur de la règle. Elle a été définie ainsi :

*"Règle en vertu de laquelle les tribunaux n'ont pas à prendre en considération des arguments complexes établissant qu'une pratique donnée est en fait proconcurrentielle, mais condamnent au contraire cette pratique sans tenir compte de ces arguments (sans débat).La règle est applicable à une pratique seulement après qu'une longue expérience judiciaire a convaincu la Cour Suprême qu'un certain comportement est en fait pratiquement toujours anticoncurrentiel. La finalité de cette règle est d'éviter les instructions coûteuses dans des domaines où elles risquent fort d'être infructueuses"* <sup>303</sup>.

Cette règle est évidemment favorable à la victime d'une pratique anticoncurrentielle visée par la présomption : il lui suffit d'établir la réalité de la pratique, sans avoir à démontrer l'atteinte à la concurrence.

L'influence que l'école de Harvard exerçait des années 50 à 70 avait abouti à une application quasi systématique de cette règle, raréfiant en conséquence l'établissement d'un bilan concurrentiel. L'école de Chicago s'est au contraire employée à réduire l'application de la *Per se Rule* à des hypothèses assez exceptionnelles : pratiques horizontales et verticales de fixation de prix, de partage de clientèle ou de territoire, pratiques de boycott et de ventes liées...

**98.** Doit-on ajouter à cette complexité en précisant que la délimitation claire existant à l'origine entre règle de raison et prohibition *per se* s'est estompée? Dans les années 60 fut en

---

<sup>303</sup> " *A rule under which the court will not consider elaborate arguments that a particular practice is actually procompetitive, but will condemn the practice without taking these arguments into account. The rule is applied to a practise only after long judicial experience has convinced the Supreme Court that a certain practice is virtually always anticompetitive. The purpose of the rule is to avoid expensive litigation in areas in which it is not likely to be fruitful*". , **H. HOVENTKAMP**, " Antitrust", Black letter series west publishing CO, 1986.

effet appliquée à certaines pratiques une quasi règle *per se* (*modified per se rule*). Des pratiques de vente liée ("*tying arrangements*"<sup>304</sup>), en principe frappées par l'interdiction *per se*, n'ont été condamnées que si l'entreprise incriminée détenait une certaine puissance économique et que cette puissance était mise au service de la vente liée.

La pratique du bilan a évolué d'une façon symétrique. Le coût et le temps nécessaires à l'analyse minutieuse de l'impact prévisible de la pratique sur la concurrence ont incité les juges à ne retenir dans certaines hypothèses qu'une règle de concurrence partielle, ou tronquée ("*Truncated rule of reason*"). Ils filtrent désormais le contentieux à travers l'analyse du pouvoir détenu par l'entreprise mise en cause. Avant que sa demande ne soit examinée, le plaignant doit démontrer que l'entreprise qu'il incrimine détient un pouvoir significatif sur le marché de référence. S'il échoue, la pratique est présumée raisonnable. S'il y parvient, les juges doivent alors procéder au bilan concurrentiel.

**99.** Le droit américain, auquel il est fait souvent référence, n'est donc pas un modèle stable. On l'a expliqué en faisant valoir que "*la matière elle même empêche toute cristallisation des règles applicables. En effet, il règne autour du concept central de concurrence une perpétuelle agitation, et les théories économiques - et les idées politiques - ne cessent de changer, entraînant une modification du comportement du juge qui considère qu'aucune solution n'est jamais acquise*"<sup>305</sup>.

Cette remarque est de nature à conforter ceux qui dénoncent la perte de permanence de la norme sous l'influence de doctrines économiques mouvantes<sup>306</sup>.

La règle de raison américaine a pourtant pénétré les droits communautaires et français de la concurrence.

---

<sup>304</sup> Contrat par lequel un acheteur ou un vendeur subordonne l'achat ou la vente d'un produit à celui ou à celle d'un autre.

<sup>305</sup> **D. FASQUELLE**, "La règle de raison et le droit communautaire des ententes", Thèse Paris II, 1961, p.149.

<sup>306</sup> L'administration américaine actuelle paraît vouloir y remédier. Mme BIGAMAN, *Assistant Attorney General* en charge de l'*Antitrust* au *Department of Justice*, a fait savoir que la volonté exprimée "*en langage juridique*" par le Congrès et la Cour suprême américaine devait avoir la préséance sur les modèles économiques, dont l'influence sous les administrations antérieures (et notamment l'administration Reagan) est désormais jugée disproportionnée. Cf. **F. SOUTY**, "La politique de la concurrence de l'administration Clinton aux Etats-Unis", R.C.C. n°78, mars/avril 994, p. 35.

## 2/ Le droit communautaire et la règle de raison

100. Les mécanismes mis en place par le Traité de Rome sont très différents de ceux institués par le *Sherman Act*. L'article 85 du Traité, le seul pouvant être appréhendé par la règle de raison, est articulé en trois paragraphes. Le premier pose un principe de prohibition des ententes anticoncurrentielles. Il n'existe pas de compétence exclusive en la matière. Le deuxième énonce la sanction applicable : il s'agit d'une nullité dite de plein droit, constatée par les juridictions nationales<sup>307</sup>. Le troisième organise un mécanisme d'exemption. Seule la Commission des Communautés est habilitée à procéder au bilan économique des avantages et des inconvénients que requiert l'exemption. Nous avons vu que de nombreux critères étaient pris en considération. Ce trait suffit à distinguer le bilan économique du bilan concurrentiel effectué par les tribunaux fédéraux américains dans l'application de la règle de raison.

Le traitement des ententes anticoncurrentielles se dédouble donc en un principe d'interdiction assorti d'une possibilité d'exemption, laquelle est assujettie à un formalisme assez lourd. C'est au sein du paragraphe 1 que la règle de raison est susceptible de jouer, précisément pour éviter ce fastidieux détour par le paragraphe 3. L'introduction de la règle de raison américaine dans l'application de l'article 85, § 1, est-elle opportune? Est-elle effective? C'est à ces différentes questions qu'il faut tenter de répondre.

### a/ L'introduction d'une règle de raison en droit communautaire : une solution opportune?

101. L'introduction d'une règle de raison en droit communautaire suscite des commentaires contrastés. Au scepticisme de la doctrine américaine, qui met en exergue les différences irréductibles opposant droit américain et droit communautaire, répond un relatif enthousiasme d'une partie de la doctrine française, qui y voit un moyen de s'évader de "*l'incroyable formalisme*"<sup>308</sup> de l'article 85, paragraphe 3, et de contourner l'incompétence des juges nationaux en matière d'exemption.

---

<sup>307</sup> Et éventuellement par les tribunaux arbitraux. CF 2ème partie, titre 2, §539.

<sup>308</sup> Expression du professeur JOLIET, "The Rule of reason in antitrust law", Liège 1966.

a1 : Arguments des partisans d'une règle de raison en droit communautaire.

**102.** Il existe des arguments économiques en faveur de la règle de raison. Ses partisans font valoir qu'elle autorise un traitement plus libéral des ententes verticales dans les contrats de distribution et des licences exclusives de brevet, toutes deux considérées comme concourant à l'efficacité économique. Il en est de même des accords de coopération entre entreprises en matière de recherche et de développement. Toutes ces ententes, à l'évidence bénéfiques, doivent bénéficier d'un traitement de faveur. Les principaux arguments invoqués sont cependant d'ordre procédural.

La règle de raison permet tout d'abord de contourner les inconvénients liés à la notification des ententes litigieuses. L'exemption individuelle d'une entente est en effet subordonnée à une condition de forme : les entreprises candidates à l'exemption doivent soumettre leur entente à la Commission des Communautés par le biais d'une procédure de notification. Le non respect de cette condition constitue un obstacle définitif au "rachat". En outre, l'exemption ne peut intervenir qu'à la date de la notification ; elle ne peut en aucun cas rétroagir à une date antérieure. Nous verrons que ces deux conséquences sont redoutables pour les entreprises et soulèvent des difficultés inextricables au regard de la théorie générale des nullités. La règle de raison permet de les éviter. Intégrée à l'article 85, paragraphe 1, elle autorise l'exemption d'ententes non notifiées. Ceci constitue un avantage considérable.

La règle de raison apparaît ensuite comme un "*facteur de décentralisation des compétences en matière de mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence*"<sup>309</sup>. Les juges nationaux, compétents pour constater l'illicéité d'une entente et sa nullité consécutive, ne sont pas autorisés à l'exempter lorsqu'elle présente un bilan économique favorable. Ceci relève du pouvoir exclusif de la Commission. Ce que Monsieur KOVAR présente comme une perversion du système a abouti à un engorgement de cet organisme. De nombreux dossiers restent en suspens. L'introduction de la règle de raison permettrait de remédier à cet état de fait. Elle autoriserait la Commission à se concentrer sur les ententes que leur complexité rend inaptes à bénéficier de la règle. Une amélioration des techniques décisionnelles en est attendue.

Ces arguments ne suffisent cependant pas à convaincre les détracteurs de la règle de raison.

---

<sup>309</sup> R. KOVAR, "Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" ", R.T.D.E. avr./ Juin 1987, p.238.

a2 : Arguments des détracteurs de l'introduction de la règle de raison en droit communautaire .

**103.** Les critiques ont fusé. Elles se fondent sur le particularisme du droit antitrust américain, sur l'inutilité de la règle en droit communautaire et enfin sur son inopportunité.

Les droits de la concurrence américain et européen s'opposent en de nombreux points. On a même parlé de différences "*quasi constitutionnelles*"<sup>310</sup>. La fonction impartie à la concurrence y est radicalement différente. Alors qu'elle constitue une finalité en soi en droit américain, elle n'est en droit communautaire qu'un des moyens pour réaliser l'objectif d'intégration<sup>311</sup>. Le droit communautaire se caractérise par une pluralité d'objectifs, parmi lesquels celui d'intégration prime sans conteste. Le droit américain, quant à lui, ne poursuit qu'un seul objectif : l'efficacité économique.

On fait également valoir que c'est le souci d'éviter une condamnation systématique des ententes anticoncurrentielles, due à l'absence de mécanisme d'exemption, qui a incité des juges américains à introduire la règle de raison dans l'ordonnement juridique. Le droit communautaire autorisant l'exemption, l'introduction d'une règle de raison ne présente pas d'utilité. Le dédoublement de l'article 85, qualifié de "*péché originel*"<sup>312</sup> du droit européen de la concurrence par la doctrine américaine, aboutit à ce que "*la plus grande partie de l'analyse structurelle pratiquée aux Etats Unis pour l'application de la règle de raison partielle est réservée en droit européen pour l'examen des possibilités d'exemption sur base de l'article 85 (3)*"<sup>313</sup>. La promulgation de nombreux règlements d'exemption rend encore moins nécessaire l'introduction de la règle. On sait qu'à cet argument d'inutilité fut opposé l'intérêt de contourner la procédure de notification et de décentraliser les compétences au profit des Etats membres.

C'est justement l'opportunité de cette décentralisation qui est contestée. Un auteur, Monsieur G. WILLS, estime que la pluralité d'objectifs poursuivis par le Traité "*plaide en faveur d'un organe non judiciaire*" chargé de les orchestrer et de les concilier. Il ajoute que les juges européens, à la différence des juges américains, "*hésitent beaucoup à s'aventurer dans le domaine de la politique économique, qu'ils considèrent comme une arène où se déroulent des batailles politiques et idéologiques ; pour qu'ils veuillent intervenir dans ce*

---

<sup>310</sup> L. GYSELEN, cité par G. WILS, in " "Rule of reason", une règle raisonnable en droit communautaire ?", Cahiers de Droit européen. 1990, n° 1/2, p.19.

<sup>311</sup> D. FASQUELLE, Thèse précitée, p. 15.

<sup>312</sup> B. E. HAWK, "Un tour d'horizon de la politique de la concurrence", Cah. Dr. Entr. 1992, n°5, p.1.

<sup>313</sup> B.E. HAWKS, article précité.

domaine, il leur faut des règles précises et clairement applicables. (...) Il est difficile de mesurer pourquoi une obligation d'ordre général d'évaluer le caractère restrictif de concurrence de toutes sortes de pratiques au titre de la règle de raison ne plairait pas à un juge européen (civiliste).” Ce sont donc en quelque sorte nos traditions juridiques qui feraient obstacle à une telle transposition.

Quant au principe même d'une décentralisation, il apparaît à l'auteur totalement prématuré. Monsieur WILLS nie que l'on puisse prétendre, ainsi qu'il l'a été fait, que “*la CEE ait atteint le stade de maturité et puisse dès lors relâcher son emprise centralisatrice* ”<sup>314</sup>. Cette position est partagée par des auteurs faisant autorité en France<sup>315</sup>. Les juges nationaux sont soupçonnés d'être trop tolérants à l'égard de restrictions verticales faisant obstacle à l'intégration communautaire. On fait en outre valoir qu'ils ne disposent pas de tous les éléments nécessaires à l'élaboration d'un bilan à l'échelle du Marché commun. Il leur est enfin difficile de faire intervenir l'intérêt public dans des litiges privés<sup>316</sup>.

On voit que les partisans de chaque thèse disposent d'arguments convaincants. C'est peut-être pourquoi la position des autorités communautaires demeure ambiguë.

#### **b/ Peut - on parler d'une consécration de la règle de raison par les autorités communautaires ?**

**104.** Les autorités communautaires n'ont jamais reconnu à la règle de raison la valeur d'un principe général. Bien plus, elles n'ont jamais utilisé la formule. Ce sont les commentateurs qui ont cru déceler, dans la pratique décisionnelle, les indices de sa présence. Assez souvent en effet, les autorités estiment qu'un accord, bien que restrictif, ne doit pas tomber sous le coup de l'article 85, §1. L'approche des autorités communautaires est empirique. De la règle de raison américaine, elles semblent avoir retenu le principe d'une interprétation raisonnable de la prohibition. On ne peut parler d'une transposition pure et simple. C'est une règle de raison originale qui tend à se développer dans l'ordre juridique communautaire, car moins influencées par les théories économiques qu'en droit américain. L'utilisation que font les

---

<sup>314</sup> I. VAN BEL, "Heretical Reflections on the Basic Dogma of E.E.C. Antitrust : Single Market Integration", Rev. Suisse du droit international de la concurrence, 1980, p.39-56 (cité par G. WILLS, article précité).

<sup>315</sup> Selon MM C. GAVALDA et G. PARLEANI, "*la Cour n'a jamais nié la profonde unité de l'article 85. Or l'article 85 § 3, on l'a dit, n'est pas en harmonie avec la règle de raison.*", in "Traité de droit communautaire des affaires" , 2ème éd., p. 492.

<sup>316</sup> D. FASQUELLE, Thèse précitée, p. 225..



autorités communautaires de la règle n'a rien de dogmatique. Elles ne distinguent pas véritablement la méthode du bilan anticoncurrentiel et la méthode des restrictions accessoires. L'on s'épuiserait à tenter un rattachement précis de chaque décision à l'une ou l'autre des théories. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient d'illustrer notre propos de quelques exemples jurisprudentiels.

105. C'est le secteur de la distribution sélective qui s'est le premier ouvert à la règle avec l'arrêt "Metro" du 25 octobre 1977<sup>317</sup>. Un tel système est par essence restrictif de concurrence, puisqu'il subordonne l'accès au réseau à un agrément. La Cour estime cependant qu'un choix de revendeurs, opéré en fonction de critères objectifs, de caractère qualitatif et appliqué sans discrimination, constitue un élément de concurrence conforme à l'article 85, §1. Cette jurisprudence n'a pas été démentie par la suite<sup>318</sup>. La jurisprudence communautaire était traditionnellement plus sévère à l'égard de la distribution exclusive. Un arrêt du 27 février 1992 marque une ouverture assez nette vers une application à ce secteur d'une règle de raison<sup>319</sup>.

C'est ensuite la franchise qui fait l'objet d'un traitement de faveur avec l'arrêt "Pronuptia" du 28 janvier 1986<sup>320</sup>. La Cour y énonce que la franchise "*qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite ne porte pas atteinte à la concurrence*". Les clauses indispensables à son bon fonctionnement échappent à la prohibition. On a vu dans cet arrêt la consécration de la méthode des restrictions accessoires<sup>321</sup>. La Cour intègre cependant à son analyse la méthode du bilan concurrentiel puisqu'elle énonce que l'accord doit être apprécié selon le contexte économique dans lequel il s'insère. Mais ce sont des éléments étrangers au simple bilan concurrentiel qui sont utilisés. La Cour fait notamment allusion à l'intérêt d'amortir l'exclusivité ou à l'absence d'expérience des commerçants. La Cour semble brasser, embrasser, les différentes méthodes applicables, sans grand souci méthodologique. La

---

<sup>317</sup> C.J.C.E. 25 oct. 1977, aff. 26/76, Metro S.A.B.A., Rec. 1875. Cet arrêt était en fait la consécration d'une jurisprudence ébauchée avec l'arrêt KODACK du 30 juin 1970, J.O.C.E. L.147, du 7/07/1970.

<sup>318</sup> Pour un exemple récent, cf. décision Yves St Laurent du 16 déc. 1991, J.O.C.E. L. 12 du 18 janv. 1992 et Europe mars 1992, n°103.

<sup>319</sup> T.P.I. C.E. , 27 fév. 1992, Sté d'hygiène pharmatologique Vichy, aff. T.19/91, Rec. II.417.

<sup>320</sup> C.J.C.E. 28 janvier 1986, aff. 161/84, Rec. 353 et les innombrables commentaires auxquels cet arrêt a donné lieu, parmi lesquels ceux de Mme **BOUTARD-LABARDE**, à la R.T.D.E. 1986, p. 306, de MM. **BURST** et **KOVAR**, Gaz. Pal 1986, 1, doc. p. 392, de M. **LAURENT**, Gaz. Pal. 1986, doct. p. 372...

Les accords de franchise bénéficient désormais de la protection que leur confère le règlement 4087/88 de la Commission. L'application d'une règle de raison à certains accords apparaît souvent comme un préalable à l'élaboration d'un règlement d'exemption.

<sup>321</sup> **R. KOVAR**, "Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison", R.T.D.E. 1987/2, p.237.

remarque serait transposable à bien des décisions. Cela ne prête pas véritablement à conséquence.

L'on peut enfin citer l'arrêt "Nungesser"<sup>322</sup>, relatif au secteur des licences de brevet. La Cour y valide des clauses restrictives de concurrence contenues dans un contrat de licence relatif à un droit d'obtention végétal, au motif que ces restrictions ont permis à un nouveau concurrent de s'installer sur le marché. L'accord envisagé globalement favorise la concurrence. La majorité de la doctrine voit dans cet arrêt la consécration de la méthode du bilan concurrentiel<sup>323</sup>. Certains auteurs font cependant valoir que la Cour ne procédait à aucune analyse de l'impact de l'accord sur le marché, ce qui n'est pas conforme à la méthode américaine du bilan concurrentiel<sup>324</sup>. Enfin, la jurisprudence ultérieure relative aux licences de brevets n'a pas repris l'argument du renforcement de la concurrence<sup>325</sup>.

Dans chaque cas, la Cour a estimé que l'accord n'était pas en soi incompatible avec l'article 85, §1, mais devait être soumis à un examen selon le contexte économique.

**106.** Une attention particulière doit être réservée aux clauses de non- concurrence<sup>326</sup>. Dans une affaire "Remia" du 11 juillet 1985<sup>327</sup>, est soumise à la Cour une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de vente de deux filiales d'une société hollandaise. La Cour adopte un raisonnement en deux temps : après avoir établi que la clause de non-concurrence permet la réalisation d'une opération principale (la cession) qui renforce la concurrence (accroissement du nombre des entreprises présentes sur le marché), elle relève que cette même clause, d'une durée raisonnable, *"n'imposait pas aux entreprises des restrictions de concurrence allant au delà de ce qui est indispensable pour atteindre les objectifs de la cession"*. La clause de non-concurrence constitue l'accessoire nécessaire de la cession. En son absence, la clientèle attachée à l'entreprise ne serait pas cédée, ce qui prive l'opération d'une grande partie de son intérêt. Cette fois, la Cour semble clairement recourir à

---

<sup>322</sup> Arrêt NUNGESSER (Semences de maïs), du 8 juin 1982, aff. 258/78, Rec. 2015. Commentaires de **G. BONNET**, chr. R.T.D..E. 1983, p. 186, **J.J. BURST** et **R. KOVAR**, Gaz. Pal. 1983, doct. p. 407, **I. VAN BAEL**, C.D.Europ. 1983, p. 176.

<sup>323</sup> **R. KOVAR**, article précit., **J.S. VENIT**, European Competition Law Review, vol. 11, n°13, p.213 s.

<sup>324</sup> En ce sens, **D. FASQUELLE**, Thèse précitée, p. 265.

<sup>325</sup> Arrêt WINDSURFING INTERNATIONAL INC c/ Commission, du 25 fév. 1986, aff. 193/83, Rec. 611 ; arrêt KAI OTTUNG du 12 mai 1989, aff. 320/87, Rec. 1177.

<sup>326</sup> Sur les clauses de non-rétablissement, cf. décision du 26 juillet 1976, REUTER-BASF, J.O.C.E. n°L.254 du 17 sept. 1976.

<sup>327</sup> Arrêt REMIA du 11 juillet 1985, aff. 42/84, Rec. 2545.

la méthode des restrictions accessoires. Il faut maintenant étudier la façon dont la règle de raison a été reçue en droit français.

### **3/ La règle de raison et le droit français de la concurrence .**

**107.**La règle de raison est accueillie en France, sous une forme comparable à celle précédemment énoncée en droit communautaire (a). Sa nécessité ne s'impose pas avec évidence (b).

#### **a/ Constat de la pénétration de la règle de raison dans l'ordre juridique interne**

**108.**Comme en droit communautaire, c'est d'abord la distribution sélective qui s'est ouverte à la règle <sup>328</sup>. La jurisprudence interne ne semble hostile à son application ni dans l'hypothèse de restrictions verticales quantitatives <sup>329</sup> ni dans le cadre de la distribution exclusive <sup>330</sup>. Les accords de distribution exclusive bénéficient de la règle de raison aux mêmes conditions que les accords de distribution sélective.

Les clauses d'enseigne communes ont également été examinées à la lumière d'une règle de raison. Il s'agit des clauses par lesquelles un producteur offre aux distributeurs ayant la même enseigne la possibilité de regrouper leurs commandes pour obtenir de meilleures conditions de rabais et ristournes. Les distributeurs dont les points de vente ont des enseignes différentes sont exclus de cet avantage. Il est désormais acquis que ces clauses ne tombent pas sous le coup de l'article 7 dès lors que l'avantage accordé à des points de vente collectivement identifiés dans l'esprit des consommateurs et dont la politique de distribution est effective, est la contrepartie de réelles prestations que peuvent fournir les distributeurs en se groupant sous

---

<sup>328</sup> Cf affaire des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, Conseil de la concurrence 9 juin 1987, décision 87-D-15, B.O.C.C.R.F. du 7 juin 1987. Les autorités de la concurrence sont cependant attentives à ce que les conditions de licéité du réseau soient bien remplies. Cf pour un exemple de condamnation d'un tel système, Paris 1ère section conc. 15 sept. 1993, Brasseler Dental, B.O.C.C.R.F. du 8 avril 1994, p.142.

<sup>329</sup> Avis de la Commission de la concurrence du 1er décembre 1983 sur la distribution de parfums de luxe (Lamy n°223), arrêt de la Cour d'appel De Paris du 8 juillet 1983 (Gaz. Pal. 1983, 1983. 2. 566). Conseil de la concurrence, décision n° 91-D-22 du 14 mai 1991, Kinésithérapeutes, Contrats-conc. consomm. août sept. 1991, n°185.

Cf **L. VOGEL**, "La distribution sélective des produits de marque dans le jurisprudence judiciaire" , Dalloz 1991, chr. p. 283.

<sup>330</sup> Décision du Conseil n° 91-D-22 du 14 mai 1991 relative au Secteur des produits et matériels pour kinésithérapeutes, BOCC du 20 juill. 1991, p. 222. Cf également **L. VOGEL**, "Concurrence et distribution : la distribution exclusive à l'épreuve de la jurisprudence", J.C.P. éd. E, 1992. I. 184.

une enseigne commune <sup>331</sup>. Les clauses d'interdiction de vente discount sont également jugées licites car justifiées eu égard au souci de préserver le caractère haut de gamme du produit vendu <sup>332</sup>.

Tous ces exemples pourraient laisser supposer que le champ d'application de la règle est limité aux restrictions verticales. Il n'en est pas ainsi. Le Conseil de la concurrence considère que les dispositions de l'article 7 peuvent n'être pas applicables aux accords de spécialisation, "*accords horizontaux par lesquels deux sociétés abandonnent certaines productions au profit d'autres entreprises*" <sup>333</sup>, dans la mesure où ces accords permettent aux entreprises de rationaliser leurs productions tout en satisfaisant les consommateurs et à condition qu'ils ne restreignent pas la liberté industrielle ou commerciale des entreprises <sup>334</sup>

La règle de raison s'applique encore aux clauses de non-concurrence insérées dans les actes de cession de clientèle. Pour être licites, celles-ci doivent cependant être limitées à ce qui est strictement nécessaire à la préservation des droits des acquéreurs. Elles ne doivent s'appliquer qu'aux choses comprises dans la vente et leur durée ne doit pas excéder le temps nécessaire à la garantie de l'acquéreur <sup>335</sup>.

La règle a donc en droit français une portée assez large, sans que l'on comprenne bien l'intérêt qui préside à son adoption.

---

<sup>331</sup> Cass. com. 12 oct. 1993, SA concurrence J.V.C. et Jean Chapelle, B.O.C.C.R.F. du 15 janv. 1994, p.5. Pour un exposé détaillé du problème, cf 4ème Rapport d'activité du Conseil de la concurrence (1990), p. XXXII à XXXIV. La dernière "jurisprudence" du Conseil semble cependant plus sévère, et partant, en contradiction avec la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 12 oct. 1993. Dans une décision en date du 12 octobre 1993, le Conseil a en effet condamné, sans même l'exempter, une clause excluant du bénéfice des ristournes quantitatives toute revente non effectuée sous une enseigne commune (décision 93-D-41 du 12 oct. 1993, Sté J.V.C. Audio France, B.O.C.C.R.F. du 4 déc. 1993, p.326).

<sup>332</sup> Paris, 1ère ch. section conc., 9 déc. 1992, Montaigne diffusion, Contrats-conc. consomm. janv. 1993, n°8.

<sup>333</sup> L. VOGEL, "Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence", J.C.P. Ed. E, 1991 - I - n°96.

<sup>334</sup> Conseil de la concurrence, décision n°89-D-21 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la robinetterie pour gaz domestique, Rapport pour 1989, annexe 28, p.74. Décision confirmée par la Cour d'appel de Paris le 14 décembre 1989, B.O.C.C.R.F. du 22/12/89, p.325.

<sup>335</sup> Cf. Paris, section conc., du 10 déc. 1992, B.O.C.C.R.F. du 15/01/93, p.9. Cf également rapport du Conseil de la concurrence pour 1992, p. 47.

## **b/Appréciation du recours à une règle de raison en droit interne.**

**109.**L'application d'une règle de raison en droit français peut surprendre. En effet, aucun des arguments précédemment développés en sa faveur en droit communautaire ne sont transposables dans l'ordre interne. L'idée d'une décentralisation des compétences n'a pas de sens, les juges nationaux ayant compétence pour procéder au bilan économique d'une pratique au même titre que le Conseil de la concurrence. L'adoption éventuelle d'un décret d'exemption n'est pas de nature à les déposséder <sup>336</sup>. En outre, le droit français ne connaît pas la procédure de notification, l'octroi d'une exemption n'étant subordonnée à aucune condition de forme. La règle de raison semble donc présenter une utilité moindre qu'en droit communautaire.

L'on pourrait bien sûr soutenir que le recours à cette règle permet aux autorités de ne procéder qu'à un bilan concurrentiel *stricto sensu*. Il éviterait la fastidieuse démonstration d'une contribution au progrès économique. On voit cependant que le Conseil et la Cour d'appel empruntent, dans l'application de la règle, des éléments issus du bilan économique : satisfaction des consommateurs, impératifs de sécurité <sup>337</sup>, amélioration de la distribution <sup>338</sup>...

Deux remarques formulées à propos du droit communautaire sont transposables au droit français. D'une part, les autorités de contrôle ont adopté la méthode de la règle de raison américaine, mais pas son contenu. D'autre part, dans les deux ordres juridiques, c'est lorsque l'on exempte un accord que l'on fait une application raisonnable de la règle prohibitive.

L'application de la règle semble indifférente aux entreprises. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 février 1992 en témoigne. Le Conseil avait exempté des pratiques mises en oeuvre par des sociétés distributrices de propane au motif qu'elles constituaient la traduction économique d'impératifs de sécurité <sup>339</sup>. Saisie du recours contre cette décision, la Cour a estimé que ces pratiques ne pouvaient être regardées comme illicites au regard des articles 50 de l'ordonnance de 1945 et 7 de l'ordonnance de 1986. Abstraction faite du *satisfecit* donné aux entreprises, le résultat obtenu est strictement identique : celles-ci ne sont pas condamnées. La règle de raison est sans enjeu véritable.

---

<sup>336</sup> Certes, les décrets d'exemption sont adoptés par le ministre de l'économie. La procédure n'échappe cependant pas totalement au Conseil de la concurrence. Celui-ci doit donner un avis conforme (article 10.2.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986). On peut en outre penser que le ministre s'inspirera de la pratique décisionnelle des autorités de contrôle.

<sup>337</sup> Paris, 1ère ch. section conc., 28 fév. 1992, B.O.C.C.R.F. du 14 mars 1992, p. 88

<sup>338</sup> Cf toutes les décisions sur la distribution sélective.

<sup>339</sup> Décision 91-D-29 du 4 juin 1991, B.O.C.C.R.F. du 5 juillet 1991.

**110.** Tout au plus peut-on penser à terme que la règle de raison conduira à systématiser l'application des solutions. Monsieur VOGEL a émis une hypothèse en ce sens: *"Il y a peut être (...) une relation directe entre cette potentialité de développement de la règle de raison en droit français de la concurrence et l'absence d'utilisation de la possibilité d'exonération collective prévue à l'article 10.2 , de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : (...) l'un ne constitue peut -être qu'un substitut destiné à pallier l'absence de l'autre "*<sup>340</sup>. L'analyse est intéressante, même si elle ne se vérifie pas en droit communautaire : on assiste à un recours conjugué et croissant aux deux mécanismes. La règle de raison aurait toutefois l'avantage d'offrir aux juges une sorte de modèle aisément transposable. C'est peut-être là qu'il faut rechercher son intérêt. L'assimilation faite avec les décrets d'exemption peut aboutir à proposer des règles plus explicites. L'introduction d'une règle de raison permettrait de constituer un *"noyau de légalité présumée "*<sup>341</sup>. Il demeure cependant qu'il sera toujours nécessaire de vérifier que les conditions posées à l'application de la règle sont réunies. La simplification qu'elle autorise est donc assez minime.

#### ***B - REGLE DE RAISON ET DROIT DES CONTRATS .***

**111.** La règle de raison illustre bien la primauté de l'analyse économique sur l'analyse juridique. Certaines règles en sont modifiées.

La démarche requise pour l'application de la règle est tout d'abord singulière. Elle est étrangère au droit civil, qui ne connaît au mieux que la dualité principe d'interdiction - fait justificatif. Par le biais de la règle de raison, on évite une déclaration d'illicéité à l'encontre des pratiques qui répondent manifestement aux conditions de l'incrimination (des clauses d'exclusivité ou de non concurrence ont un effet anticoncurrentiel indéniable).

L'incidence du caractère essentiel d'une clause est ensuite modifiée. En principe, une clause illicite est nulle, et cette nullité emporte nullité de l'entier contrat dès lors que la clause est déterminante. Par une sorte de jeu de miroir, le résultat obtenu ici est inverse. La licéité du contrat emporte validité de la clause anticoncurrentielle, précisément parce que celle-ci est

---

<sup>340</sup> L. VOGEL, "Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France", J.C.P. éd. G., 1990. I. n° 3470. Il faut cependant signaler qu'un projet de décret, relatif au secteur des coopératives, est actuellement à l'étude.

<sup>341</sup> Formule utilisée par MM. C. GAVALDA et G. PARLEANI dans le contexte communautaire, op. cit. p. 492.

essentielle à la convention car elle lui permet d'atteindre ses objectifs <sup>342</sup>. La théorie des nullités est donc légèrement écornée. Elle l'est au bénéfice des entreprises puisque la règle de raison, comme l'exemption, pare de l'annulation. Elle est donc protectrice du contrat. C'est vrai dans une certaine mesure seulement.

**112.**En effet, la volonté contractuelle n'est pas libre. Elle est brimée par le souci de se conformer aux conditions posées par les autorités de la concurrence à l'application de la règle. Apparaît la proximité de ce mécanisme avec l'exemption. Non pas l'exemption individuelle : dans le cadre de la règle de raison, les instances régulatrices n'ont pas la possibilité de "suggérer" une réfection du contrat ; aucune condition n'est posée à son bénéfice. L'entente soumise à examen en sort intacte. C'est avec l'exemption collective que l'analogie est possible. Dans les deux mécanismes, la mise en conformité s'effectue en amont. La règle de raison comme l'exemption catégorielle sont issues d'une systématisation de cas individuels. Chacune instaure un "*bloc de légalité présumée*". Les entreprises vont naturellement chercher à intégrer leurs accords dans ce bloc.

Prenons l'exemple de la distribution sélective. La formule adoptée par la C.J.C.E. dans l'arrêt "Metro" a été systématiquement reprise depuis :

*"Les systèmes de distribution sélective constituent un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1er, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées de manière uniforme à l'égard de tous les vendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire "*<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> Cette différence doit cependant être relativisée. La clause de non-concurrence, par exemple, est considérée (à certaines conditions) conforme au droit des ententes. Elle l'est également en droit civil. L'article 1625 du code civil impose en effet au vendeur de garantir à l'acquéreur une possession paisible de la chose vendue. Les deux disciplines sont ici complémentaires.

Les autorités de la concurrence françaises ne sont cependant pas liées par les dispositions du code civil. L'extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, section concurrence, en date du 10 décembre 1992, mérite d'être reproduit :

*"Considérant qu'il résulte tant des principes généraux qui gouvernent l'exécution des contrats que des dispositions spécifiques des articles 1625 et suivants du code civil "qu'une garantie de non éviction est due de plein droit par le vendeur à l'acquéreur d'un fonds de commerce, obligeant le premier à s'abstenir de nuire à l'exercice des droits cédés au second, mais que cette garantie, limitée aux choses comprises dans la vente, ne saurait être mise en oeuvre en portant atteinte au libre jeu de la concurrence."* (arrêt du 10 déc. 1992, S.P.A.D. Sogébra, B.O.C.C.R.F. du 15 janvier 1993, p.9.) Le caractère d'ordre public du droit de la concurrence est ici encore affirmé.

<sup>343</sup> C.J.C.E. 25 oct. 1977, aff. 26/76, att. 20. Rec. 1875. Pour un exemple récent, cf la décision de la Commission du 21 déc. 1993, Syst. GRUNDIG de distribution sélective dans la Communauté, J.O.C.E. n°L 20 du 25 janv. 1994, p. 5

Les entreprises vont veiller à ce que leurs contrats répondent à ces conditions. Elles vont les soumettre à la condition de proportionnalité. Il en est de même dans l'hypothèse de contrats de franchise, de licence... Il y a donc modelage indirect du contrat. Ce modelage est d'autant plus précis que l'application de la règle conduit rarement à déclarer un contrat intégralement conforme aux prescriptions des articles 85 du Traité de Rome et 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. La démarche utilisée est "pointilliste" <sup>344</sup>. Le contrat est examiné clause par clause. Certaines sont jugées licites, par application de la règle de raison, d'autres sont jugées exemptables après examen au titre de l'article 85, § 3, du Traité, ou 10.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, d'autres enfin sont définitivement condamnées. Ceci est de nature à priver la règle de raison d'une partie de son intérêt. Nous avons vu qu'elle permet de contourner la procédure de notification. Dans la mesure où l'accord n'en bénéficie pas dans son intégralité, les entreprises sont fortement incitées à le notifier.

Cette méthode "pointilliste" rencontre les faveurs de la Cour de justice des Communautés. La Commission européenne, qui semblait adopter une lecture plus globale de l'accord, semble s'y être ralliée. La récente décision "Yves Saint Laurent Parfums" en constitue une illustration remarquable <sup>345</sup>. La règle de raison aboutit véritablement à '*mettre en évidence un modèle type abstrait de contrat* (...)' <sup>346</sup>.

Certains mécanismes sont cependant beaucoup plus pernicious car ils ont pour effet de condamner des pratiques non intrinsèquement anticoncurrentielles. Tel est le cas de la théorie de l'effet cumulatif.

## **SECTION II : CONDAMNATION DE COMPORTEMENTS NON INTRINSEQUEMENT ANTICONCURRENTIELS : LA THEORIE DE 'L'EFFET CUMULATIF'.**

**113.** Plus surprenante en effet, et plus dangereuse pour les entreprises, est la condamnation par les autorités de la concurrence de comportements dont l'illicéité résulte exclusivement de la prise en considération du contexte juridique et économique dans lesquels ils s'insèrent. L'analyse *in concreto* trouve ici sa meilleure expression. Une pratique donnée est traitée

---

<sup>344</sup> Expression empruntée à MM. C. GAVALDA et G. PARLEANI, op. cit. § 834, p.647.

<sup>345</sup> Commission C.E.E. du 16 déc. 1991, YVES SAINT LAURENT PARFUMS, J.O.C.E. L. 12 du 18 janvier 1992, p.24. Dans cette affaire, la Commission ne se contente pas de tronçonner le contrats en clauses licites, en clauses susceptibles d'être validées et en clauses nulles. Elle suggère quelques modifications qui auraient pu rendre les critères de sélection condamnés licites.

<sup>346</sup> C. GAVALDA et G. PARLEANI, op. cit. § 834, p.647.



différemment selon qu'elle se trouve sur le marché x ou sur le marché y. La théorie de "l'effet cumulatif" autorise, pour mesurer la dangerosité d'une pratique, à prendre en considération l'ensemble des pratiques identiques ou similaires développées sur le même marché. C'est la conjonction de tous les accords et comportements parallèles qui va permettre de condamner une entente, qui, à elle seule, ne relevait pas de la prohibition. Madame TARGA relève que "*c'est donc une certaine affectation de la concurrence sur le marché qui permet de considérer comme anticoncurrentielle une restriction qui est par ailleurs licite au regard du droit contractuel.*"<sup>347</sup> L'analyse est contestable. Si la théorie de l'effet cumulatif n'avait que cette seule incidence, elle ne serait que la répétition de l'énoncé selon lequel la conformité au droit des contrats ne préjuge pas de la conformité au droit de la concurrence. Elle est plus que cela. La remarque de Madame TARGA devrait être formulée ainsi : l'affectation du marché dû à l'effet cumulatif de certaines pratiques permet de considérer comme anticoncurrentielle une restriction qui, envisagée du point de vue de chaque entente prise isolément, est licite au regard même du droit de la concurrence. Nous présenterons cette théorie (Paragraphe 1), avant d'en faire une analyse critique (Paragraphe 2).

#### **PARAGRAPHE 1 : LA THEORIE DE L'EFFET CUMULATIF .**

**114.**La théorie de l'effet cumulatif n'est pas inscrite dans les textes. Son origine se trouve dans un arrêt dont il a déjà été fait état : il s'agit de l'arrêt "Brasserie de Haecht" du 12 décembre 1967, relatif à l'introduction d'un contrat de bière dans l'ensemble des réseaux de distribution de ce produit sur le marché belge. A la question préjudicielle posée par le juge national de savoir s'il y avait lieu,

*"pour apprécier si les contrats litigieux sont interdits par l'article 85 § 1 du Traité CEE, de tenir compte du contexte économique de l'ensemble du marché, c'est-à-dire en l'espèce de l'existence simultanée d'un grand nombre de contrats du même genre imposé par un nombre réduit de brasseries belges à une fraction importante de débiteurs de boissons, ou faut-il s'en tenir à l'examen des effets exercés sur le marché par les conventions litigieuses envisagées isolément",*

la Cour de Justice répondit :

*"l'existence de contrats similaires est une circonstance qui, avec d'autres, peut former un ensemble constitutif du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être*

---

<sup>347</sup> **A. TARGA**, "La notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français", R.C.C. n° 74, Juill/août 1993, p.15.

*apprécié ; que si cette situation doit donc être prise en considération, elle ne saurait cependant être à elle seule considérée comme déterminante; qu'il ne s'agit là en effet que d'un élément parmi d'autres pour savoir si, par le moyen d'une éventuelle altération du jeu de la concurrence, le commerce entre Etats membres est susceptible d'être affecté.*<sup>348</sup>

Ce que certains ont appelé une *"directive d'interprétation"*<sup>349</sup> a été explicitée dans l'arrêt "Delimitis" du 28 février 1991<sup>350</sup>. Un litige opposait l'exploitant d'un café, Monsieur Delimitis, à la Brasserie Henniger Bräu, à Francfort. La juridiction allemande saisie demanda à la Cour de préciser les conditions d'illicéité des contrats de bière en tenant compte de leur effet cumulatif. La Cour précisa qu'il convenait de prendre en considération, entre autres critères, la proportion des débits intégrés dans un réseau de tels contrats, la durée des contrats conclus, et l'importance des produits écoulés à travers ces réseaux. Ces différents éléments permettent de déterminer les *"possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le réseau."*<sup>351</sup> Cette multiplicité des facteurs rend plus complexe encore la théorie de l'effet cumulatif, tant la prise en considération de la seule accumulation des contrats s'avère insuffisante.

Les contrats de bière ne sont pas seuls concernés. La théorie de l'effet cumulatif a récemment été appliquée au secteur de la construction<sup>352</sup> et de l'électricité<sup>353</sup>. La généralité des termes utilisés par la Cour laisse augurer une généralisation prochaine à de nombreux secteurs.

**115.** Les autorités françaises ont également été séduites par la théorie de l'effet cumulatif. Dans son rapport pour 1987, le Conseil rappelle que les réseaux de distribution sélective échappent en principe à la prohibition. Mais il précise aussitôt *"(qu')une élimination de la concurrence peut cependant se produire lorsque l'existence d'un certain nombre de tels systèmes ne laisse aucune place à d'autres formes de distribution axées sur une politique concurrentielle de nature différente ou aboutit à une rigidité dans la structure des prix qui*

---

<sup>348</sup> C.J.C.E. 12 déc. 1967, aff. 23/67, Rec. p. 525. Cette position a été réaffirmée à de nombreuses reprises : cf arrêt BEGUELIN du 25 novembre 1971 (aff. 22 - 71, Rec. 950), arrêt DE NORRE du 1er février 1977 ( aff. 47/76, Rec. 65).

<sup>349</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit communautaire des affaires", 5<sup>e</sup> éd., p.373.

<sup>350</sup> C.J.C.E. 28 fév. 1991, aff. C-234/89, DELIMITIS c/ HENNIGER BRAU, Rec. I. 935.

<sup>351</sup> **R. KOVAR**, commentaire de l'arrêt à la R.T.D.E. 1991 / 3, p.493.

<sup>352</sup> Commission C.E.E. 5 fév. 1992, Industrie de la construction aux Pays-Bas, J.O.C.E. n°L. 92, 7/4/92 et Europe nov. 1992, n°430.

<sup>353</sup> C.J.C.E. 27 avril 1994, Commune D'Almeco, aff. C-93/92, Europe juin 1994, n°243.

*n'est pas contrebalancée par d'autres facteurs de concurrence entre les produits d'une même marque et par l'existence d'une concurrence effective entre marques différentes* “.

La chambre commerciale de la Cour de cassation l'a également adoptée dans plusieurs arrêts en date du 13 décembre 1988 <sup>354</sup>.

## **PARAGRAPHE 2 : CRITIQUES DE LA THEORIE DE L'EFFET CUMULATIF .**

**116.**L'adoption de la théorie de l'effet cumulatif est l'exemple type d'une analyse économique des faits ayant influencé une qualification juridique. Si elle répond parfaitement au souci légitime de préserver une dose de concurrence suffisante, elle encourt de graves critiques. Elle nous semble dépourvue de fondement juridique (A), et elle engendre une double incertitude : incertitude quant à la réaction des autorités régulatrices (B), incertitude quant à la sanction qui lui est applicable (C).

### **A - ABSENCE DE FONDEMENT JURIDIQUE.**

**117.**La théorie de l'effet cumulatif n'a aucune assise juridique <sup>355</sup>. Aucune des ententes prises “individuellement” n'ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence, le lien de causalité entre la concertation et la perturbation du marché est distendu <sup>356</sup>. Ce n'est pas dans la lettre des textes qu'on peut lui trouver un quelconque fondement.

En droit communautaire, il est possible de justifier cette “directive d'interprétation” en recourant à la théorie de l'effet utile et des pouvoirs implicites <sup>357</sup>. Grâce à elle, les autorités

---

<sup>354</sup> Bull. civ. n° 343 et 344. La Cour d'appel de Paris semble également avoir fait sienne cette théorie, sans pour autant admettre facilement que les conditions en sont réunies. Dans l'affaire du SP 98, elle énonce en effet que *“l'existence de six groupes d'ententes verticales dont l'effet cumulatif aurait permis aux raffineurs de réserver le S.P. 98 à leur réseau en accaparant l'avantage fiscal attaché au produit n'est pas davantage établie que l'existence d'une entente horizontale nouée entre les six raffineurs aux mêmes fins.”* (arrêt C.A de Paris du 20 octobre 1993, B.O.C.C.R.F. du 6 nov. 1993, p.299 ; arrêt étudié § 176)

<sup>355</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL,** “Droit commercial européen”, 5ème éd., p.374.

<sup>356</sup>En ce sens, cf **L.** et **J. VOGEL**, “Le droit européen des affaires,” 1992, p.73, et **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN** et **L. VOGEL**, op. cit. p.375. Pour une étude du lien de causalité, cf chapitre 1 du présent titre, §30.

<sup>357</sup> En 1960, la Cour a reconnu l'existence de compétences implicites résultant du texte et de l'économie générale du Traité (arrêt du 17/07/1960, aff. 20/59, ITALIE, Rec. 663). Elle a consacré en 1963 la méthode téléologique (arrêt du 5/02/63, aff. 26/62, VAN GEND EN LOOS, Rec. p.1).

de la concurrence se voient reconnaître tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de l'objectif de préservation d'une concurrence efficace résultant de l'article 85.

Le droit français ne connaît pas la théorie des pouvoirs implicites. A la différence de la notion de position dominante collective, inscrite en filigrane dans les textes <sup>358</sup>, la théorie de l'effet cumulatif n'a aucune légitimité légale. Le droit de la concurrence étant un droit largement répressif, il est douteux que l'autorité chargée de l'appliquer soit autorisée à faire de l'ordonnance une lecture, même téléologique, aussi extensive.

La notion de contrôle de l'opportunité d'une pratique prend tout son sens. Nous avons dit qu'en soi l'entente prise isolément ne contrevenait pas aux dispositions des articles 85, paragraphe 1, du Traité, et 7 de l'ordonnance. Elle est donc légale. Légale mais inopportune. On peut se demander si le souci de promouvoir une politique de la concurrence efficace justifie que l'on aggrave ainsi, hors habilitation législative, la situation des entreprises.

#### ***B - IMPREVISIBILITE DE L'INTERVENTION DES INSTANCES REGULATRICES.***

**118.** La prévisibilité de la réaction étatique est jugée fondamentale par les justiciables : "*pour les entreprises comme pour les particuliers, il n'y a plus de droit lorsqu'on ne sait plus à quoi s'en tenir*"<sup>359</sup>. La prévisibilité est indissociable de la notion de sécurité juridique, laquelle a pris une ampleur telle que l'on tend à l'identifier à l'idée de Justice. La théorie de l'effet cumulatif est sans doute le mécanisme le plus attentatoire à cette sécurité. Les éléments extérieurs pris en compte sont en grande partie ignorés des acteurs concernés. La condamnation n'est plus prévisible et, par conséquent, n'est plus évitable : elle dépend d'éléments dont les entreprises n'ont pas la maîtrise <sup>360</sup>. KAFKA a stigmatisé dans "Le Procès" la soumission d'un homme à une loi ignorée de lui. Dans notre hypothèse, ce n'est pas la connaissance de la règle qui est en cause mais la connaissance des éléments extérieurs conditionnant son application. Rien ne permet à l'entreprise de se mettre à l'abri. A supposer que les justiciables aient une parfaite maîtrise de la pratique décisionnelle des autorités communautaires, associée à un souci constant de s'y conformer, cela ne serait pas suffisant ;

---

<sup>358</sup> Art. 8 de l'ordonnance : "*Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou par un groupe d'entreprises...*" C'est nous qui soulignons.

<sup>359</sup> G. FARJAT, "Droit économique", 2ème éd., p. 739.

<sup>360</sup> Cf. M. C. BOUTARD LABARDE et G. CANIVET : "*La licéité d'une entente peut ainsi être remise en cause à raison de circonstances qui échappent largement aux entreprises qui y sont parties*", in "Le droit français de la concurrence", à paraître.

ces éléments ne permettent pas d'avoir une vision globale du marché. Et même la conscience que pourraient avoir des entreprises particulièrement bien avisées de l'effet cumulatif que leur entente produit sur ce marché est vaine. Elles ne pourraient en effet demander le bénéfice d'une exemption individuelle, leur entente, prise individuellement, n'étant pas illicite. Seule l'exemption catégorielle semble encore de quelque utilité.

**119.** On peut craindre en outre que la théorie de l'effet cumulatif ruine l'intérêt d'autres mécanismes. Ainsi en est-il de la condition de sensibilité. Pour apprécier le caractère sensible de l'atteinte, les autorités vont être tentées de prendre en considération l'effet cumulatif des pratiques incriminées. L'avantage des règlements d'exemption est également compromis. Ceux-ci sont traditionnellement présentés comme conférant un minimum de prévisibilité à la réaction des autorités de la concurrence. Nous verrons que le bénéfice du règlement peut être retiré pour des raisons diverses, dont la constatation que l'accord ou la pratique a des effets incompatibles avec les prescriptions de l'article 85, §3<sup>361</sup>. La prise en considération de l'effet cumulatif d'accords similaires peut aboutir à ce résultat. L'on pourrait bien sûr soutenir que ce n'est pas l'accord en lui-même qui développe des effets anticoncurrentiels, mais si cet argument était recevable, *a fortiori* le serait-il pour condamner la théorie. Certains règlements ont d'ailleurs formellement prévu ce cas de retrait. Ainsi en est-il du règlement 4087/88 relatif aux contrats de franchise. L'article 8 dispose que la Commission peut retirer le bénéfice de l'immunité lorsque "*l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou distributeurs concurrents.*"

Se révèle, non pas une caractéristique du droit de la concurrence, mais un défaut quant à la façon dont il est appliqué. Les autorités de la concurrence tendent à asservir les moyens dont elles disposent (ou qu'elles s'arrogent) pour réprimer des ententes à la fin qu'elles poursuivent - le rétablissement d'une concurrence efficace - au détriment de la rigueur juridique, au détriment même des conditions préalables à la prohibition<sup>362</sup>. Les entreprises en viennent à être condamnées uniquement parce qu'elles se trouvent situées sur certains marchés. Au contrôle des comportements organisé par les articles 85 du Traité et 7 de l'ordonnance de 1986, on en vient à substituer un contrôle des structures du marché. Si l'on tire toutes les conséquences de la théorie de l'effet cumulatif, l'on découvre qu'elle a des conséquences redoutables. L'incertitude de la sanction qui s'y attache en constitue la dernière illustration.

---

<sup>361</sup> Cf. infra, 2ème partie, titre 1, chap.1, §363.

<sup>362</sup> Ce trait sera développé dans l'étude des éléments constitutifs de l'entente. Cf titre suivant, §127 s.

### C - INCERTITUDE DE LA SANCTION.

**120.** Outre l'insécurité juridique qu'elle engendre, la théorie de l'effet cumulatif est incertaine quant à sa sanction. Le sort des contrats qui, parce que cumulés, sont déclarés illicites, reste largement indéterminé. Nous verrons dans la suite de nos développements que les accords anticoncurrentiels encourent la nullité. Sont-ce tous les contrats qui sont alors menacés par cette sanction ? A l'origine sans réponse, cette question faisait encourir à la théorie de l'effet cumulatif le grief de pénaliser sans distinction les réseaux de faible ampleur et les réseaux représentant des parts de marché considérables <sup>363</sup>.

**121.** La Cour de Justice a proposé une solution qui peut présenter de sérieuses difficultés de mise en oeuvre. Dans l'arrêt "Delimitis" <sup>364</sup>, a été opérée une distinction fondée sur l'importance des contrats. La restriction de concurrence doit pouvoir être imputée aux différents contrats. Seuls les accords contribuant "*de manière significative à l'effet de blocage*" tombent sous le coup de la prohibition. Un tri est donc opéré. Pour apprécier le degré d'imputation de la restriction de concurrence aux différentes entreprises, la Cour propose différents indices, dont la position des parties sur le marché, le nombre de points de vente liés au producteur et ou à son groupe, le rôle, la puissance et l'indépendance des intermédiaires ou grossistes, et enfin la durée des contrats. Ce faisceau d'indices revient en quelque sorte "*à introduire un seuil de sensibilité dans l'économie du principe de l'effet cumulatif*" <sup>365</sup>. Une sorte d'hybridation est opérée entre la théorie de l'effet cumulatif et la théorie de l'effet sensible. Elles délimitent respectivement le champ des entreprises incriminées et le champ des entreprises sanctionnées. Cela est de nature à restaurer un minimum de sécurité juridique au sein d'un mécanisme qui en est singulièrement privé.

Cet espoir est cependant bien faible compte tenu, d'une part, de l'imprécision de la notion de "*contribution significative à l'effet de blocage*" et, d'autre part, de la complexité de l'analyse requise. Elle est sans doute fermée aux entreprises ; à moins d'être très puissantes ou très petites, celles-ci resteront dans l'expectative jusqu'à la décision des autorités. Elle est

---

<sup>363</sup> **R. KOVAR**, commentaire de l'arrêt DELIMITIS, R.T.D.E. 1991 / 3, p.499.

<sup>364</sup> C.J.C.E. 28 fév. 1991, aff. C-234/89, Rec.I.935, précité.

<sup>365</sup> **R. KOVAR**, commentaire cité supra. La situation est paradoxale. La théorie de l'effet cumulatif permet de rendre sensible une atteinte qui, lorsqu'elle est le fait d'une seule entreprise, est tout à fait mineure. Cela permet de justifier (?) l'application des textes prohibitifs à des pratiques, qui, pour certaines d'entre elles, échapperont à la sanction car elles ne contribuent que de façon mineure à l'effet de blocage. La théorie de l'effet sensible est en fait totalement dévoyée.

également fermée aux juges nationaux qui ne disposent pas des éléments nécessaires pour la pratiquer. L'élision inéluctable du juge renforce encore l'empreinte économique du contentieux.

Enfin, l'on peut craindre que tous les marchés ne permettent pas une telle ventilation. Ainsi que le souligne Monsieur KOVAR, *“dans des marchés caractérisés par une distribution plus équilibrée des parts des divers opérateurs économiques, la dichotomie établie par la Commission se révélerait inadaptée. Faudra-t-il alors appliquer l'article 85, paragraphe 1, aux accords qui constituent chacun des réseaux, étant donné que la dimension de chacun d'eux conduirait à considérer (...), dans un marché structuré à l'image du marché allemand, leur participation à la fermeture du marché comme insignifiante ?”*

**122.** On serait encore tenté de faire grief à la théorie de l'effet cumulatif d'être inégalitaire puisqu'une même pratique ne se verra pas appliquer le même traitement selon qu'elle est isolée ou selon qu'elle se conjugue avec d'autres. Mais outre qu'il condamnerait toute approche contextuelle, ce reproche paraît non fondé. Toute entreprise est potentiellement assujettie à la règle. Il n'y a pas véritablement discrimination. Cela ne suffit pas à légitimer une théorie dangereuse.

**123.** On voit sans peine que, lorsque le souci de conférer un maximum d'efficacité au contrôle des ententes tend à trop s'affranchir de la logique civiliste, le résultat obtenu présente de graves inconvénients. Il n'est pas certain qu'ils soient compensés par des avantages conséquents. Les différents mécanismes que nous avons étudiés révèlent le particularisme de la matière, parfois en ses mauvais aspects. Si la notion d'effet sensible apparaît irréprochable, et la règle de raison somme toute assez bénigne, la théorie de l'effet cumulatif est très contestable. L'intervention des autorités de la concurrence devient imprévisible et, partant, illégitime. L'ordre public économique s'égare.

**124.** Pour éviter ce danger, pour restaurer la légitimité de l'intervention étatique, il faut revenir à la juridicité, aux conditions d'application de la norme. L'entente anticoncurrentielle ne se définit pas seulement par la perturbation du marché qu'elle provoque. Elle se définit avant tout par un concours de volontés. C'est là le second fondement de l'intervention étatique. C'est à lui qu'il faut revenir. L'analyse économique doit être intégrée à la norme pour la dynamiser et lui fournir de nouveaux objectifs. Elle ne doit pas se substituer à elle.

*"L'homme n'est pas réductible à sa seule efficacité "*<sup>366</sup>. La politique de la concurrence non plus.

---

<sup>366</sup> **B. OPPEIT**, "Droit et économie", Archives de philosophie du droit, 1992.



## TITRE 2

### ENTENTE ET CONTRAT

#### La réductible autonomie du droit de la concurrence

**125.** Le contrat est habituellement défini comme un concours de volontés en vue de créer des effets de droit <sup>367</sup>. Le concours de volontés apparaît comme la procédure spécifique de création du contrat. <sup>368</sup> Il permet de le distinguer des actes unilatéraux.

L'entente est également le fruit d'un concours de volontés. La doctrine <sup>369</sup> et la jurisprudence rappellent régulièrement que le concours de volontés "*caractérise la concertation répréhensible*" <sup>370</sup>. Il est requis quelle que soit la forme juridique empruntée par l'entente : accord <sup>371</sup>, décision d'association d'entreprises <sup>372</sup> ou pratique concertée <sup>373</sup>.

---

<sup>367</sup> La doctrine quasi-unanime adopte une analyse volontariste du contrat. M. ROUHETTE a cependant soutenu que le cœur du contrat était dans son exécution, et non dans le concours des volontés ("Contribution à l'étude critique de la notion de contrat", Thèse Paris, 1965, 2 vol.).

<sup>368</sup> En ce sens, V. **J. GHESTIN**, "Les obligations, Le contrat : formation", 1993, n°238, p.212. Monsieur GHESTIN s'inspire de KELSEN, qui différenciait la procédure de création de la norme de la norme elle-même ("La théorie juridique de la convention", Archives de philosophie du droit, 1940, p.33.)

<sup>369</sup> Sur la position de la doctrine la plus récente, cf notamment **B. GOLDMAN**, **A. LYON-CAEN** et **L. VOGEL**, "Droit communautaire des affaires", 5ème éd., § 471, p. 349 ; **I. VAN BAEL** et **J.F. BELLIS**, "Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne", 1990, p.38 ; **C. GAVALDA** et **G. PARLEANI**, "Traité de droit communautaire des affaires", 1992, § 527, p. 456 ; **L. IDOT**, "Une nouvelle évolution de la notion d'entente en droit communautaire, l'affaire du Polypropylène", rev. Europe, déc. 1991, p.3 ; **L. VOGEL**, "Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence", J.C.P. éd. E 1991, I, n°96.

<sup>370</sup> Décision n° 90-D-38 du Conseil de la concurrence, en date du 16 oct. 1990, Rapport d'activité 1990, p. 114, approuvée par la Cour d'appel de Paris le 3 mai 1990, B.O.C.C.R.F. du 1er juin 1990, p. 195.

<sup>371</sup> Le Tribunal des Communautés Européennes a rappelé dans l'affaire du Polypropylène que "*Ainsi la Commission était en droit de qualifier d'accords (...) les concours de volontés intervenus entre la requérante et les autres producteurs de polypropylène*", T.P.I. C.E. 24 octobre 1991, Rec. 8/II, 867.

<sup>372</sup> Dans l'hypothèse d'une décision d'association d'entreprises, l'expression de volonté émise par l'association traduit implicitement le consensus existant entre ses membres. M. **BLAISE** fait remarquer que "*si la décision de l'organe qui représente l'association est ici prise en considération, c'est parce qu'elle suppose nécessairement un accord des membres de l'association* .", in "Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes", 1964.

<sup>373</sup> Affaire des matières colorantes (I.C.I.), n° 48/69, du 14 juillet 1972, Rec. 319, dans laquelle la Cour de Justice définit la pratique concertée comme "*une forme de coordination entre entreprises* ." La simple

GUYENOT en concluait en 1971 que *“la procédure spécifique de création de l’entente qui la rattache au contrat pour l’opposer au fait juridique procède de mécanismes montés par deux ou plusieurs volontés accouplées pour une fin pratique : produire des effets de droit dans leur intérêt commun ”*<sup>374</sup>.

**126.**Compte tenu de leur définition respective, il était légitime de tenter une assimilation de l'entente et du contrat. Il existe entre les deux notions une proximité définitionnelle *de fait*. La volonté d'appréhender les formes les plus informelles de concertation a pourtant conduit la jurisprudence, et la doctrine à sa suite, à les désolidariser. Le polymorphisme de l'entente paraît faire obstacle à sa catégorisation. RIPERT observait en 1932 que *"l'entente pouvant être réalisée par des procédés les plus différents, il ne paraît pas possible de la faire rentrer dans une catégorie juridique précise "*<sup>375</sup>". Sa remarque est toujours d'actualité.

L'opération de qualification ne doit pas dénaturer, *"violenter inutilement la réalité "*<sup>376</sup>. C'est pourquoi l'on met souvent en garde contre toute tentative de soumettre le droit de la concurrence à des cadres préconçus inadéquats, qui en méconnaîtraient l'originalité profonde. On peut aussi considérer que l'hospitalité du contrat a ses limites. L'on ne peut fondre en lui tous les phénomènes relationnels et organisationnels sans en dénaturer le sens. Faire bénéficier les parties du régime contractuel serait en outre d'un intérêt limité, les ententes dont il est question étant anticoncurrentielles <sup>377</sup>. Les pratiques concertées en particulier, dont la fréquente illicéité se double d'un caractère informel, ne peuvent guère prétendre à la reconnaissance étatique. Ce n'est donc pas une qualification contractuelle qui est proposée.

**127.**La proximité décisionnelle qui a été relevée doit cependant être exploitée. Le droit de la concurrence n'est pas ici autonome : nous raisonnerons par analogie entre l'entente

---

conscience d'un parallélisme avec la conduite d'autres, sans concertation, est insuffisante. On parle d'ailleurs fréquemment de "collusion", ou, de façon plus satisfaisante, car dépourvue de connotation délictueuse, de "coordination" entre entreprises .

<sup>374</sup> **J. GUYENOT**, " Le régime juridique des ententes et des concentrations d'entreprises dans le marché commun", Thèse Paris, 1971, p.72.

<sup>375</sup> Rapport présenté au nom de la société d'études législatives, Bulletin de la Soc. d'ét. législ., 1932, question n°88, p. 258.

<sup>376</sup> **P. ROUBIER**, "Théorie générale du droit", 2e éd., 1951, n°3.

<sup>377</sup> Les ententes ne sont pas anticoncurrentielles par nature. Il existe des concertations entre entreprises qui n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la concurrence.

et le contrat. En droit contractuel, le terme "consentement" revêt un double sens : il désigne à la fois la manifestation de volonté de chacune des parties, leur acquiescement respectif, et l'accord, le concours de leur volontés : "*dans la conception française, le contrat naît non de la juxtaposition de deux déclarations dont chacune serait isolément obligatoire, mais de la rencontre de volontés qui fait naître une volonté nouvelle, celle de réaliser une opération commune qui est l'objet du contrat*"<sup>378</sup>. Il faut s'inspirer de cette analyse.

**128.**L'action des autorités régulatrices doit être subordonnée à une démonstration rigoureuse d'un concours de volontés à l'origine du comportement dénoncé. C'est à cette condition que les autorités de la concurrence pourront soumettre les volontés contractantes aux exigences de l'ordre public. La notion de concours de volontés se dédouble : elle est d'abord volonté individuelle : c'est la volonté de s'entendre (Chapitre 1) ; elle est ensuite volonté commune, "*noeud des volontés*" (Chapitre 2).

#### CHAPITRE 1 : LA VOLONTE DE CHAQUE PARTIE A L'ENTENTE

#### CHAPITRE 2 : LA VOLONTE COMMUNE DES PARTIES A L'ENTENTE

---

<sup>378</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, "Les obligations", 5ème éd. , § 85, p.75.

## **CHAPITRE I**

### **LA VOLONTE DE CHAQUE PARTIE A L'ENTENTE**

**129.**Les éléments constitutifs de l'entente sont autant de contraintes pour les instances régulatrices. Celles-ci tentent de s'en dégager en donnant artificiellement un fondement juridique à une action répressive qui n'a qu'une justification économique. Le bilan que nous allons dresser de la pratique décisionnelle est sévère. Il l'est à dessein. Il est nécessaire de dénoncer une dérive assez perceptible en la matière, d'expression peut-être sporadique mais dangereuse pour les acteurs concernés. Les sanctions des ententes anticoncurrentielles sont diverses et redoutables pour les entreprises. Elles peuvent obérer considérablement leur patrimoine et limiter dans les mêmes proportions leur liberté contractuelle. Ces sanctions ne se justifient que dans la mesure où le dysfonctionnement du marché est issu d'un processus volontaire.

**130.**La dérive évoquée peut être constatée à un double point de vue, notionnel et probatoire. C'est le principe même du consentement à l'entente qui est galvaudé lorsque les autorités de la concurrence se contentent d'une adhésion forcée à la concertation (section I). En outre, la difficulté liée à la preuve de la volonté collusive les incite trop souvent à se satisfaire d'indices insuffisants (section II).

#### **SECTION I : LA VOLONTE DE S'ENTENDRE:**

##### **DE L'EXIGENCE DE PRINCIPE A LA REALITE CONTENTIEUSE.**

**131.**Le rôle central assumé par la volonté témoigne de la parenté entre l'entente et le contrat. De même qu'il ne peut y avoir contrat sans volonté de contracter, il ne peut être question d'entente sans volonté de s'entendre (paragraphe 1). On constate cependant un amenuisement du rôle de la volonté en droit des ententes (paragraphe 2).

**PARAGRAPHE 1 : LE ROLE DE LA VOLONTE EN DROIT DES ENTENTES.  
COMPARAISON AVEC LE DROIT DES CONTRATS.**

**132.**La volonté a la même fonction en droit des contrats et en droit des ententes : elle constitue leur fondement, leur fait générateur (A). Il existe pourtant une différence apparente entre les deux actes : il ne peut y avoir entente que si la volonté qui s'exprime est autonome (B).

**A - L'EXIGENCE DE LA VOLONTE**

**133.** Que le contrat soit issu d'un processus volontaire est une idée communément admise. L'étude de la philosophie du droit nous enseigne pourtant que la puissance de la volonté, pour certains issue de la loi, pour d'autres autonome, a fait l'objet de vives controverses (1). Le principe est en apparence moins débattu en droit des ententes. Les auteurs unanimes décrivent l'entente comme un phénomène volontaire. Nous verrons combien cette exigence est justifiée (2).

**1/ Bref rappel historique sur le rôle de la volonté en droit des contrats.**

**134.** Le volontarisme est à la source de notre théorie générale du contrat. Il n'existait pas en tant que tel à Rome qui déniait "*à la volonté nue le pouvoir d'engendrer des obligations*"<sup>379</sup>. C'est le christianisme qui enseigna la crainte du parjure, avant que GROTIUS et l'école du droit naturel ne laïcisent au 17<sup>ème</sup> siècle le principe du respect de la parole donnée. Ils affirmèrent pour cela l'autonomie de l'homme, qui ne peut se soumettre qu'à sa volonté propre. Les hommes, réputés libres et égaux, doivent se lier volontairement, mais ce qui est exprimé par leur volonté acquiert une valeur souveraine. Aucune théorie du contrat n'avait cependant encore été véritablement formulée.

C'est à DOMAT et POTHIER, son légataire, que l'on doit sans doute d'avoir appliqué les théories volontaristes au contrat. Ils inspirèrent notre code civil en posant le

---

<sup>379</sup> J. ARNAUD, "Les origines doctrinales du code civil français", 1969, Bibliothèque de philosophie du droit, p.200.

principe du consensualisme, de la théorie des vices du consentement, de l'effet relatif des conventions et de ses principes d'interprétation .

Pendant ce temps se développait sur le plan des institutions politiques la théorie du contrat social de HOBBS et de ROUSSEAU. La doctrine économique libérale du 18ème siècle vantait quant à elle les vertus de la liberté contractuelle, garante de l'intérêt général par le jeu de la concurrence. La force créatrice de la volonté était alors considérée comme toute puissante. L'article 1134 du code civil ne prévoyait-il pas que "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*"?

C'est pourtant l'interprétation doctrinale du code civil plus que sa rédaction qui permit un épanouissement de la théorie de l'autonomie de la volonté. L'expression semble avoir été empruntée à KANT <sup>380</sup>. Cette théorie ne reçut paradoxalement sa formulation la plus parfaite que sous la plume de GOUNOT en 1912. Celui-ci s'est attaché, tout en systématisant la théorie et son corollaire, la liberté contractuelle, à en démontrer les incohérences et les effets pervers <sup>381</sup>. Le dogme de la volonté, tirant sa force créatrice d'obligations d'elle-même et non d'une autorité extérieure qui la lui aurait conférée <sup>382</sup>, s'épanouit dans tous les ouvrages du début du siècle en même temps que s'amplifiaient les critiques portées à celui-ci.

En effet, sous l'influence des doctrines socialistes et positivistes, certains dénièrent à la volonté le pouvoir d'être la cause efficiente de l'obligation ; elle ne pourrait que permettre à une personne de se placer dans une certaine situation prévue par le droit objectif <sup>383</sup>. KELSEN exposa ainsi une nouvelle théorie juridique de la convention <sup>384</sup>,

---

<sup>380</sup> J. GHESTIN, "La formation du contrat", 3è éd., § 39, p.28. (L'auteur précise cependant que la thèse de Mme Ranouil a démontré le caractère indirect de l'influence keynésienne.)

Contra V. RANOUIL, "L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept" , Thèse Paris 1980, et R. ROUHETTE, Rapport in "Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises" , 1987, p.27.

<sup>381</sup> E. GOUNOD, "Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme" , Thèse Dijon 1912.

<sup>382</sup> MARTY et RAYNAUD, "Droit civil, Les obligations", SIREY p.30.

<sup>383</sup> Pour une parfaite expression de cette analyse, cf l'exposé de GOUNOT, dans lequel il énonce: "*La volonté n'est pas elle-même la source du droit, elle n'est que l'instrument de sa création et de sa mise en oeuvre (...). Le contrat ne puise pas sa force obligatoire dans la volonté individuelle elle-même, mais dans le bien commun dont elle est l'instrument(...). Une loi supérieure de justice objective s'impose donc aux volontés qui contractent.*" , in "La liberté du contrat et ses justes limites" , Semaines sociales de France 1938, p.321 et s.

selon laquelle la force obligatoire de celle-ci est déléguée par la loi. Un auteur est allé jusqu'à remettre en cause le principe consensuel lui-même<sup>385</sup>. Mais finalement, même si la théorie de l'autonomie de la volonté, entendue comme pouvoir concurrent et même supérieur à la loi, est largement abandonnée aujourd'hui, la volonté reste le fait générateur du contrat<sup>386</sup>.

## 2/La Volonté Collusive

**135.** La volonté constitue le fondement de toutes les formes de concertation (a). C'est l'importance des mesures répressives qui justifie que l'on veille scrupuleusement à son existence (b).

### a/ La volonté de s'entendre, condition fondamentale.

**136.** L'entente anticoncurrentielle est une notion objective : la poursuite par les parties d'un but anticoncurrentiel n'est pas une condition de l'incrimination. Mais l'entente elle-même, définie comme un concours de volontés autonomes, reste une notion subjective.

Toutes les formes de concertation requièrent un élément intentionnel. L'hésitation était possible pour les pratiques concertées que l'on a pu décrire comme de "*simples comportements de fait*"<sup>387</sup>. Mais la Cour de justice a rappelé, dans la célèbre affaire des "Matières colorantes", que l'intention restait un élément constitutif de la pratique concertée. Elle a posé que cette catégorie d'entente constitue une "*forme de coordination entre entreprises, qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention*"

---

<sup>384</sup> **H. KELSEN**, "La théorie juridique de la convention", Archives de philosophie du droit, 1940, p.33. Cf également la thèse de **G. ROUHETTE**, "Contribution à l'étude critique de la notion de contrat", Paris 1965.

<sup>385</sup> **G. GORLA**, "Il contratio, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico", Milan 1954, analysé par **L. CASTRO**, "Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat", Archives de philosophie du droit, 1968, p.51

<sup>386</sup> **A. RIEG** : "*La volonté garde une "compétence créatrice" certaine! L'ordre juridique reconnaît aux individus un pouvoir d'agencement de leurs rapports de droit qu'il serait absurde de nier*", in "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand", Paris, Bibliothèque de droit privé 1961, p.6.

Cf également **P. HEBRAUD**, qui mentionne "*le pouvoir d'initiative de la volonté*", in "Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques", Mélanges Maury 1960, p. 419.

<sup>387</sup> Note **R. KOVAR** sous C.J.C.E. 16 déc. 1975, INDUSTRIE EUROPEENNE DU SUCRE, Aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114 /73, Clunet 1977, p. 217.

*proprement dite, substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence* ”<sup>388</sup>. Des auteurs mettent en exergue le caractère déterminant de la volonté d’action que souligne le mot "sciemment". D'autres la décrivent comme une discipline volontairement consentie <sup>389</sup>. La volonté constitue incontestablement le fondement de l'entente et la mesure de ses effets. Ses protagonistes ont généralement déterminé ses modalités d’application, son ampleur et ses limites éventuelles <sup>390</sup>.

**137.**Parce que la volonté est un élément constitutif de l'entente, *“les entreprises ne sont sanctionnées que pour des comportements qu’elles ont volontairement adoptés et non du seul fait qu’elles se trouvent situées sur certains marchés* ”<sup>391</sup>. Pour être condamné, un comportement ne doit pas être fortuit, ou imposé par la structure du marché. L’hypothèse la plus fréquemment visée est celle d’un marché oligopolistique.

Il s'agit d'un marché caractérisé par la présence d'un nombre très limité d'offreurs, évoluant dans des conditions identiques. L'analyse économique révèle que leur dépendance économique mutuelle est un frein à leur rivalité concurrentielle. Du fait de leur petit nombre en effet, chacun anticipe les réactions des concurrents, se détermine par rapport à elles, et y réagit fortement. Tout comportement agressif est sanctionné par des représailles qui le condamne à court terme : la quasi-immédiateté des réactions prive l'entreprise qui tenterait de diminuer ses prix du profit transitoire que sa politique agressive aurait dû lui assurer. On peut schématiser ce processus.

Si l'entreprise A décide de "casser ses prix", l'entreprise B en aura immédiatement connaissance et va être contrainte de procéder de même très rapidement pour éviter une fuite de sa clientèle. Il est même possible que B accentue le phénomène à la baisse. Chaque opérateur va s'enliser dans une guerre des prix dévastatrice. Plutôt que de s'y

---

<sup>388</sup> C.J.C.E. 14 juill. 1972, Aff. 48 à 51/69, 57/69, affaire dite des MATIERES COLORANTES, Rec. 1972, p. 619 s.

<sup>389</sup> **J. SHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires" , p. 249.

<sup>390</sup> Ce particularisme fait obstacle à ce que l'entente puisse être analysée en un fait juridique. Le volontarisme n'est certes pas étranger au fait juridique, mais seul le fait accompli est éventuellement recherché, les conséquences attachées à l'action, les effets qu'elle produit, ne le sont pas

Contra, **E. COLMANT**, pour qui la pratique concertée ne peut être un acte juridique car elle requiert un élément matériel "14 juillet 1972, une date pour le droit de la concurrence : neuf arrêts règlent trois grandes questions. Affaire des matières colorantes : suite et fin.", R.M.C., 1973, p. 15.).

Il nous semble en réalité que ce n'est pas entre fait juridique et acte juridique qu'il convient de choisir mais entre droit et non droit. Le vrai problème est celui de la juridicité de l'entente.

<sup>391</sup> **L. VOGEL**, " L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence", J.C.P. éd. G., 1992, n°3550, p.33.



livrer, les entreprises vont chercher à *'maximiser leur profit joint'* <sup>392</sup>, en se comportant comme si chacune était en position de monopole. La simple rationalité des opérateurs les poussent donc à des politiques d'alignement des prix à la hausse plutôt qu'à la baisse. C'est la structure du marché, et non une concertation, qui explique ce phénomène. On ne peut donc condamner les entreprises du simple fait qu'elles adoptent des comportements parallèles. Une attitude contraire instituerait *'un contrôle direct de la concentration des marchés. Or, ni le Traité de Rome, ni l'ordonnance du 1er décembre 1986, ne créent un tel contrôle'* <sup>393</sup>.

## **b/Justifications de l'élément intentionnel**

**138.** La force obligatoire du contrat est conditionnée par sa licéité : le droit refuse sa sanction aux accords contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Mais la justification de cette force obligatoire réside dans l'accord de volontés. C'est parce que l'individu a consenti à se lier à autrui qu'il est tenu par ce lien et que l'on pourra le contraindre à honorer sa promesse.

**139.**La volonté a le même pouvoir légitimant en droit des pratiques anticoncurrentielles. C'est parce que les entreprises ont délibérément choisi de s'entendre, d'abdiquer leur autonomie décisionnelle et/ou comportementale, que l'on peut prétendre les sanctionner. Sans même se fonder sur la définition de l'entente, ce sont des arguments de logique et d'équité qui conduisent à vérifier que la perturbation du marché est issue d'un processus volontaire.

Argument de logique tout d'abord car admettre la répression du seul fait qu'il y a perturbation du marché ruinerait le mécanisme d'injonction. Nous verrons que les autorités ont le pouvoir d'enjoindre aux entreprises contrevenantes de cesser une pratique ou d'adopter un comportement positif. L'injonction de cesser n'a pas de sens si le

---

<sup>392</sup> Le père de cette analyse fut **E. H. CHAMBERLIN**. Il la développa dans l'ouvrage intitulé "La théorie de la concurrence monopolistique" (1950). Elle fut amplement reprise depuis.

Pour un explication de ce processus, cf notamment **MM. GLAIS et LAURENT**, "Traité d'économie et de droit de la concurrence", 1983, p.152 et s.. De **M. GLAIS**, voir également "Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle", Rev. éco. 1987/1, p.75; **A. PERROT et L. VOGEL**, "Entente tacite et parallélisme de comportement" , J.C.P. éd.E 1993, I. n° 299 ; **L. VOGEL**, "Droit de la concurrence et concentration économique", Thèse Paris Economica 1988.

La théorie de la maximisation du profit joint fut contestée par certains auteurs, tel **POSNER**, qui firent notamment valoir que, même sur un marché oligopolistique, le temps de réponse des concurrents peut être relativement long ("Antitrust Law. An Economic perspective", The University of Chicago Press, 1976.)

<sup>393</sup> **A. PERROT et L. VOGEL**, article précité.

dysfonctionnement n'est pas imputable aux entreprises, si elles n'en ont pas la maîtrise. Reprenons l'hypothèse du parallélisme comportemental dans le cadre d'un marché oligopolistique. Exiger des acteurs économiques qu'ils adoptent des comportements dissemblables serait nier la réalité de l'oligopole et condamner leur rationalité économique. Ce serait un facteur "*d'inertie économique*"<sup>394</sup>.

A l'inanité de la sanction s'ajoute son iniquité lorsque c'est d'une amende que l'on menace les entreprises. La sanction pécuniaire est subordonnée en droit communautaire au caractère délibéré ou simplement négligent de la commission de l'infraction (article 15, §2, du règlement n°17)<sup>395</sup>. En droit français, l'amende est encourue dès lors qu'il y a entente ou abus de position dominante<sup>396</sup>. Ces conditions sont facilement remplies. Les amendes prononcées peuvent atteindre des montants très importants. Leur maximum est d'un million d'unités de compte en droit communautaire<sup>397</sup>. Il peut être porté à 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction. Il est en France de 5% du chiffre d'affaires si le contrevenant est une entreprise<sup>398</sup>. La politique actuelle des autorités françaises et communautaires est d'augmenter le montant des amendes. Elles veulent éviter que les entreprises persistent dans un comportement anticoncurrentiel parce que le profit attendu de l'opération est supérieur au montant de l'amende encourue.

On comprend la nécessité de démontrer le consentement à l'entente. Plus le rôle imparti à la volonté est réduit et sa preuve traitée avec légèreté, plus les entreprises subissent le poids de condamnations injustifiées et mal perçues.

---

<sup>394</sup> **D. F. TURNER**, "The Definition of Agreement Under the Sherman Act : Conscious Parallelism and Refusals to Deal" , 75 Harv. L. Rev., 655 (1962), cité par A. PERROT et L. VOGEL , article précité, note 11.

<sup>395</sup> Le caractère délibéré de l'infraction résulte de la conscience d'agir de manière illégale et des conséquences illicites de son comportement. Il y a négligence dès lors qu'une personne raisonnablement avisée aurait prévu les conséquences illégales. Cf. C.J.C.E. 8 fév. 1990, aff. c-279-87 TIPP-EX, Rec. I 261.

<sup>396</sup> Art. 13, al. 2, de l'ordonnance du premier décembre 1986.

<sup>397</sup> Pour un exemple d'application de cette sanction, cf. décision de la Commission des Communautés du 25 nov. 1992, J.O.C.E. du 15 déc. 1992, n°L.366, p.47 et Europe fév. 1993, note **L. IDOT**. Précisons que les taux de conversion de l'ECU dans les principaux pays industriels sont publiés quotidiennement au J.O.C.E. éd. C.

<sup>398</sup> Pour une explication détaillée des éléments pris en considération dans la détermination du montant de l'amende, cf. Rapport du Conseil de la concurrence pour 1993, p. 80-83, et article de **G. CANIVET** et **L. VOGEL**, "Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence", R.J.D.A. 8-9/93, Et. et doct. p.599.

## **B - L'EXIGENCE D'UNE VOLONTE AUTONOME**

**140.** Il semble exister une différence essentielle entre l'entente et le contrat. L'entente requiert un concours de volontés autonomes. La notion d'autonomie n'est pas étrangère au droit des obligations, mais on lui attribue une signification différente. Il importe, si l'on veut apprécier les relations unissant les deux concepts, de s'arrêter un instant sur cette notion d'autonomie (1), avant d'envisager son application en droit de la concurrence (2).

### **1/ Le concept de volonté autonome.**

**141.** La théorie de l'autonomie de la volonté, même contestée <sup>399</sup>, est fondamentale en droit des obligations. Elle signifie que l'homme, face à la volonté du législateur, est "*apte à se donner sa propre loi*" <sup>400</sup>. Elle justifie, dans l'opinion commune, la force obligatoire de l'engagement souscrit par l'individu. Presque plus qu'une doctrine, elle constitue un postulat qui domine tout le régime des contrats.

La notion d'autonomie a en droit de la concurrence une signification plus pragmatique. Toute connotation philosophique ou morale en est absente. Elle n'est pas une théorie, elle n'est pas une justification ; elle est une condition d'application d'une règle prohibitive. Seuls les agents autonomes sont susceptibles d'être visés par l'article 85, paragraphe 1. L'autonomie ainsi exigée est essentiellement économique, mais nous verrons, à travers différents exemples, que des critères juridiques sont également utilisés.

La dissemblance n'est cependant pas aussi profonde qu'il peut paraître. L'autonomie est certes le "*droit de se régir par ses propres lois*" <sup>401</sup>. Mais au-delà de l'existence du droit réside la capacité pour en jouir. L'incapable ne peut se donner sa propre loi. Parce que la volonté enchaîne, elle doit être éclairée. Parce que la volonté dirigée contre l'ordre public encourt la sanction, elle doit être libre de toute dépendance. L'indépendance décisionnelle peut être difficile à apprécier. Certains cas ont retenu l'attention des autorités de contrôle.

---

<sup>399</sup> Cf début de chapitre.

<sup>400</sup> **D. F. TURNER**, " The Definition of Agreement Under the Sherman Act : Conscious Parallelism and Refusals to Deal" , 75 Harv. L. Rev., 655 (1962), cité par A. PERROT et L. VOGEL , article précité, note 11.

<sup>401</sup> Vocabulaire juridique publié sous la direction de G. CORNU.

## **2/ Application en droit des ententes. Les cas litigieux.**

**142.** Certains opérateurs, parfaitement capables de contracter, sont considérés comme non autonomes par le droit de la concurrence. Ils ne sont pas considérés comme parties à une concertation. Tout contrat n'est pas une entente. C'est le cas des accords auxquels sont parties des intermédiaires de commerce (a) ou des filiales (b).

### **a/ Les auxiliaires de commerce.**

**143.** Le problème des auxiliaires de commerce a été amplement débattu en doctrine et en jurisprudence. C'est surtout vrai en droit communautaire. La Commission s'est prononcée sur eux dès 1962, dans une communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec les représentants de commerce <sup>402</sup>. La Commission énonce que les contrats conclus avec les représentants par lesquels ils s'engagent, pour une partie déterminée du territoire de la Communauté, "*à négocier des affaires pour le compte d'une entreprise, ou à conclure au nom et pour le compte de celle-ci*", ne sont pas visés par la prohibition. Ces contrats sont considérés comme non restrictifs de concurrence : l'agent agissant pour le compte du commettant, celui-ci ne peut pas se faire concurrence à lui-même. Tous les droits et actions attachés à la négociation tombent dans le patrimoine du commettant. Par le jeu de l'accessoire et d'une règle de raison, les clauses de non-concurrence ou d'exclusivité mentionnées dans ces contrats se trouvent immunisées.

L'approche de la Commission est, à cette date, essentiellement juridique. C'est la fonction "*d'auxiliaire dans la négociation des affaires*" qui caractérise le représentant de commerce. Il est opposé à l'agent indépendant, agissant pour son propre compte, et visé par l'interdiction édictée par l'article 85, §1. On a relevé que cette situation visait en France les courtiers, les mandataires, les agents commerciaux, les commissionnaires, et les représentants <sup>403</sup>.

Toutefois la nature juridique du contrat d'agence, bien que déterminante, n'est pas le seul critère pris en considération par la Commission. Certains agents disposent dans la

---

<sup>402</sup> J.O.C.E. n°L. 2921 du 24 décembre 1962.

<sup>403</sup> **B. GOLDMAN. A. LYON CAEN et L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5ème éd., p. 358.

négociation d'une latitude considérable, au point de faire douter de la réalité de leur dépendance <sup>404</sup>. Il convenait donc de forger des critères complémentaires. La Commission invoque, dès 1962, l'importance de la charge des risques assumés lors de l'opération commerciale <sup>405</sup>. S'ils pèsent sur le représentant, notamment parce qu'il détient un stock important ou assure à ses frais un service à la clientèle, la qualité d'agent lui est déniée. La seule exception alors consentie concerne les engagements de "ducroire". La Cour de justice a appliqué fidèlement cette communication dans les années qui ont suivi <sup>406</sup>.

**144.**La jurisprudence, tant de la Cour que de la Commission, évolue ensuite vers une combinaison plus équilibrée des approches juridiques et économiques. Les fonctions économiques assumées par l'intermédiaire sont examinées avec soin. Le concept d'intégration de l'agent dans l'entreprise du commettant, introduit dans l'affaire "Sucre"<sup>407</sup>, prend de l'importance.

L'arrêt "Agences de Voyage" du 1er octobre 1987 est révélateur de cette démarche <sup>408</sup>. La Cour dénie la qualité d'auxiliaire de commerce aux représentants des tour-opérateurs, arguant d'une '*double multiplicité*' <sup>409</sup> : les agents exercent généralement leur activité au profit d'un grand nombre d'agences de voyages, lesquelles vendent leurs voyages par l'intermédiaire d'un nombre élevé d'agents. Ce critère d'ordre quantitatif est jugé peu satisfaisant par les commentateurs <sup>410</sup>. Il est pourtant repris à l'identique par la commission dans une décision de la Commission du 25 novembre 1992, relative aux

---

<sup>404</sup> **B. VAN HOUTTE**, "Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE : agir pour le compte d'autrui et intégration dans son entreprise", C.D.E. 1989, p. 245.

<sup>405</sup> On a relevé que cette notion de risque n'était pas exempte d'ambiguïté car elle vise en fait quatre risques différents : le risque de ne pouvoir écouler le produit, le risque de perte du stock, le risque lié à la garantie des vices cachés, le risque entrepreneurial enfin, le seul dont l'absence est jugée étroitement liée à l'agence : cf **B. VAN HOUTTE**, article cité supra.

<sup>406</sup> Cf notamment arrêts du 13 juillet 1966, aff. 56 et 58-64 GRUNDIG, Rec. p. 429, et République italienne c/ Commission, Rec. 565 et J.D.I. 1966. 914.

<sup>407</sup> Commission 2 janv. 1973, J.O.C.E. n°L 140 du 6 mai 1973 et C.J.C.E. 16 déc. 1975, SUCRE Rec. 1663.

<sup>408</sup> C.J.C.E. 1er octobre 1987, aff. 311/85, Rec. 3801.

<sup>409</sup> **B. VAN HOUTTE**, article précité.

<sup>410</sup> **R. KOVAR**, article précité, **B. GOLDMAN**, **A. LYON-CAEN**, **L. VOGEL**, op. cit., 5ème éd., p.360, **B. VAN HOUTTE**, précité, **N. KOCH** et **G. MARENCO**, "L'article 85 et les contrats d'agence", C.D.E. 1987, p. 603.

agents de voyages dans le domaine du transport ferroviaire <sup>411</sup>. C'est la "fiche 130", élaborée par l'Union internationale des chemins de fer, qui est soumise à examen. Cette fiche organise les conditions de commercialisation des billets internationaux de transports de passagers par les agences de voyages. En dehors des entreprises ferroviaires elles-mêmes, seules les agences agréées par l'entreprise ferroviaire de chaque pays sont habilitées à commercialiser ces titres. Le système est jugé restrictif de concurrence par la Commission <sup>412</sup>, qui écarte l'argument tiré de l'intégration des agents de voyages dans les entreprises ferroviaires. De ces deux jurisprudences, la doctrine conclut à une définition restrictive des mandataires <sup>413</sup>.

**145.**Cela se confirme dans une décision relative à la distribution de forfaits touristiques lors de la coupe du monde de football 1990, mais sur le fondement d'une autre argumentation. La Commission considère que la société "90 Tour italia", créée par deux agences de voyages, la CIT et Italia Tour SpA, pour confectionner et commercialiser ces forfaits touristiques, excède la qualité de simple mandataire.

"90 Tour italia" a reçu l'exclusivité mondiale de la fourniture de billets. A la suite d'une plainte déposée par un agent de voyages, la Commission estime l'accord contraire à l'article 85, §1 <sup>414</sup>. Elle fait valoir que la société "90 Tour italia" ne se contente pas de vendre les billets d'entrée au stade pour les agences, mais vend également des forfaits touristiques, *commercialisés à ses propres prix et conditions*, et assume en outre un *risque commercial important* car elle s'engage à acquérir un nombre important de billets.

**146.**Une décision importante est cependant intervenue qui redonne un contenu à la notion d'auxiliaire. L'affaire oppose le Groupe Peugeot et la société Eco-System. L'activité d'Eco-system est d'offrir aux utilisateurs finals un service consistant à acheter les véhicules dans les pays européens présentant les prix les plus avantageux. La société Peugeot s'inquiète de cette activité. Elle envoie à ses concessionnaires et revendeurs agréés en Belgique, en France et au Luxembourg une circulaire leur enjoignant de

---

<sup>411</sup> Décision Commission CE n° 92/568, du 25 nov. 1992, Distribution de BILLETS DE TRANSPORT FERROVIAIRE par les agences de voyages, J.O.C.E. n°L 366, du 15 déc. 1992, p.47 ; rev. Contrats-conc.-cons. janv. 1993, n°10.

<sup>412</sup> Il est en outre jugé non susceptible d'exemption.

<sup>413</sup> Cf **L. IDOT**, commentaire à la revue Europe, fév. 1993, n°86.

<sup>414</sup> Décision du 27 oct. 1992, n° IV/33.384 et 33.378, relative à la distribution des FORFAITS TOURISTIQUES LORS DE LA COUPE DU MONDE DE FOOTBALL 1990, J.O.C.E. n°L 326, du 12/11/92, p. 31, et commentaire de Mme **M.C. BOUTARD-LABARDE**, J.C.P. éd. G, chronique 1993, II, n°3702.

suspendre leurs livraisons à Eco-system. Le projet de cette circulaire n'est pas formellement notifié à la Commission mais il lui est communiqué. La Commission engage une procédure à l'encontre de Peugeot. Elle estime que la circulaire empêche l'importation en France de véhicules neufs de la marque Peugeot par l'intermédiaire d'Eco-system. Le bénéfice du règlement n°123/85, relatif à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, est refusé<sup>415</sup>.

L'article 3 de ce règlement autorise la protection du réseau de distribution par le biais d'une interdiction, imposée au concessionnaire, de revendre les véhicules à des revendeurs hors réseau. Une distinction est opérée entre les revendeurs non membres du réseau, auxquels il est possible de refuser la vente, et les mandataires agissant pour le compte d'utilisateurs finals, auxquels on ne peut opposer un refus de vente. La seule exigence posée par le règlement est celle d'un mandat écrit. La difficulté consiste bien sûr à déterminer si la société qui s'entremet entre les concessionnaires et les utilisateurs est réellement mandataire de ces derniers.

C'est cette qualité que Peugeot dénie à Eco-system. Peugeot invoque notamment le fait qu'Eco-system expose dans ses locaux des voitures déjà vendues et effectue des campagnes publicitaires. La Commission réfute tous ces arguments et enjoint à Peugeot, sous peine d'astreinte, d'adresser à tous ses concessionnaires une lettre suspendant l'exécution de la circulaire litigieuse<sup>416</sup>. La tribunal saisi d'un recours contre cette décision la confirme en tous ses points<sup>417</sup>.

Le critère quantitatif utilisé dans les précédentes affaires (importance du nombre de mandats détenus par l'agent) est jugé non transposable à l'espèce et quoiqu'il en soit non susceptible "*de modifier à lui seul la nature de (l'intervention de l'intermédiaire professionnel) au regard de l'article 3, point 11, du règlement n°123/85*"<sup>418</sup> C'est donc un autre critère qui est appliqué par le tribunal : celui du risque juridique et économique assumé par le mandataire. Le tribunal examine si "*Eco system a excédé le cadre des*

---

<sup>415</sup> J.O.C.E 1985, L.15, p. 16.

<sup>416</sup> Décision du 4 déc. 1991, n° IV /33.157, ECO-SYSTEM c/ Peugeot, J.O.C.E. L 66 du 11 mars 1992, p.1 ; R.T.D.comm. 1992/4, p.935, chr. C. BOLZE.

Cette décision fut suivie d'une communication relative à la clarification de l'activité des intermédiaires en automobiles, J.O.C.E. C 329, du 18 déc. 1991. Cette communication énonce une série de critères faisant présumer du dépassement des limites de l'activité de mandataire au sens du règlement n° 123/85, et ordonnés autour du "principe de transparence".

<sup>417</sup> T.P.I. C.E. 22 avril 1993, AUTOMOBILES PEUGEOT SA et Peugeot SA, aff. T-9/92, Rec. II. 493, R.J.D.A. 6/93, n°525, Contrats-conc.-cons. mai 1993, n° 92.

<sup>418</sup> Point 61 de la décision.

*risques caractéristiques de l'activité de revendeur, plutôt que de celle d'intermédiaire, d'une façon telle que son activité professionnelle pourrait être considérée comme une activité de prestation de services* "419.

147. Différentes conditions sont dégagées: l'intermédiaire doit se limiter à mettre en contact un client et un revendeur membre du réseau, sans jamais acquérir la propriété du véhicule (point 48 de la décision), ni assumer la garantie technique de celui-ci (point 49) ; il ne doit supporter aucun risque de disposition ou d'inventu (point 50), pas plus que le risque de change (point 53) ; il ne dispose, en cas d'insolvabilité de l'utilisateur ou d'inexécution du mandat, que du droit de rétention et "*des procédures judiciaires de saisie et de vente d'un bien appartenant à un tiers*" (point 52) ; il n'a enfin pas compétence pour exercer une activité de démarchage commercial (point 58). La société Eco-System est estimée s'être conformée à ces différentes conditions. Le refus de vente que lui oppose Peugeot est donc jugé illicite.

La précision des critères dégagés est de nature à conforter la sécurité juridique des acteurs concernés, d'autant que la plupart des conditions posées sont transposables à d'autres types de mandat. La définition du mandataire dégagée par le Tribunal est au demeurant assez proche de celle des articles 1984 et suivants du code civil français. Voilà qui devrait apaiser le contentieux.

#### **b/ Les relations entre entreprises appartenant à un même groupe**

148. L'exigence d'autonomie conduit également à écarter l'application des articles 7 de l'ordonnance française et 85 du Traité de Rome aux accords conclus au sein d'un groupe.

La justification d'abord proposée à cette solution était assez confuse. La Commission estimait que l'autorité exercée par la mère sur sa filiale interdisait de voir en elle "*une entité économique pouvant entrer en concurrence avec la société mère*"<sup>420</sup>. C'est donc l'absence d'entrave à la concurrence qui était invoquée à l'appui de la solution. La Commission s'est ensuite fondée sur la dépendance de la filiale par rapport à la société mère. La première ne faisant qu'exécuter les instructions de la seconde<sup>421</sup>, il ne peut y

---

<sup>419</sup> Point 47 de la décision.

<sup>420</sup> Décision CHRISTIANI-NIELSEN, du 18 juin 1969, J.O.C.E. n°L 165 du 5 juillet 1969, p.12. Dans le même sens, arrêt BEGUELIN de la C.J.C.E. en date du 25 nov. 1971, Rec. 949.

<sup>421</sup> Décision KODAK du 30 juin 1970, J.O.C.E. n°L 147 du 7 juillet 1970, p.24.



avoir entre elles concours de volontés. La dépendance dont il s'agit est d'ordre économique. Juridiquement les sociétés sont bien distinctes : elles ont chacune la personnalité morale.

La Cour a consacré l'inapplicabilité de l'article 85 aux accords et pratiques intra-groupes, aux conditions que *"les entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit d'aucune autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et (que) ces accords ou pratiques (aient) pour but d'établir une répartition des tâches entre les entreprises"*<sup>422</sup>.

Certains estiment que cette référence à la répartition des tâches introduit une insécurité juridique considérable. Elle semble autoriser l'application de l'article 85, paragraphe 1, à des accords ou pratiques ayant une portée plus large<sup>423</sup>. En outre, elle n'est pas une condition suffisante : si les entreprises n'appartiennent pas à un même groupe, elles ne peuvent constituer une unité économique, même si elles font toutes partie d'un système unique et indivisible pour la répartition des tâches entre elles<sup>424</sup>.

**149.**Le problème semble se poser avec moins d'acuité en droit français. Il est cependant résolu de façon semblable. Dans un avis du 14 juin 1979<sup>425</sup>, la Commission de la concurrence a considéré que n'étaient pas répréhensibles des accords de prix intervenus entre filiales du fait de leur assujettissement à un contrôle commun<sup>426</sup>. Son successeur souligne également que les comportements d'une filiale ne disposant *"d'aucune autonomie commerciale et financière vis à vis de la société mère"* échappent à la prohibition légale<sup>427</sup>. Une décision plus récente, relative au marché de la distribution des

---

<sup>422</sup> Décision CHRISTIANI-NIELSEN, précitée. Dans le même sens, arrêt BEGUELIN de la C.J.C.E. en date du 25 nov. 1971, aff.22-71 Rec. 949.

<sup>423</sup> **P. VAN OMMESLAGHE** et **B. VAN DE WALLE DE GUELKE**, chronique concurrence, chronique C.D.E. 1984, p. 65, approuvés, semble-t-il par M. **KOVAR**, "Droit européen de la concurrence", Cours au Collège d'Europe, Bruges, 1985/86, p. 13.

<sup>424</sup> Commission CEE 16 janv. 1991, aff. IV-32/732, I.J.C. et autres, J.O.C.E. n°L 28, du 2 fév. 1991. Cf également **A. DECOCQ**, "Droit communautaire des affaires", II, p. 33.

<sup>425</sup> Décision CHRISTIANI-NIELSEN, du 18 juin 1969, J.O.C.E. n°L 165 du 5 juillet 1969, p.12. Dans le même sens, arrêt BEGUELIN de la C.J.C.E. en date du 25 nov. 1971, Rec. 949.

<sup>426</sup>Rapport pour 1979, p.24 et 169. La Commission a réaffirmé cette solution à plusieurs reprises.

<sup>427</sup> Décision 91-D-12 du 26 mars 1991, Sté Ets Tournier SA, B.O.C.C.R.F. du 12/04/91, et Rapport d'activité 1991, annexe 19, p. 44.

instruments dentaires rotatifs diamantés, a réaffirmé cette solution <sup>428</sup>. Elle mérite quelques développements.

La société C.M.S. Dental est agent exclusif des produits de la marque Komet fabriqués en Allemagne par la société Brasseler. Une clause additionnelle au contrat d'exclusivité qui les lie a été rédigée, tendant notamment à exclure la vente de ce matériel par correspondance. Mise en cause, la société C.M.S. Dental prétend que l'article 7 de l'ordonnance est sans application en l'espèce du fait qu'étant une filiale de la société Brasseler, elle ne peut tomber sous le coup du grief d'entente avec celle-ci. le Conseil lui oppose *"qu'elle n'était devenue filiale de cette dernière qu'en 1990 "* ; *"qu'il résulte de cette situation qu'en tout cas jusqu'à l'année 1990, le contrat de distribution exclusive assorti de sa clause additionnelle avait bien le caractère d'une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance."*

Une lecture *a contrario* de ce motif permet d'établir qu'à compter de 1990, les liens de mère à filiale font obstacle à l'application du texte.

La décision est confirmée par la Cour d'appel de Paris <sup>429</sup>, qui apporte une précision intéressante. La société C.M.S. Dental fait valoir devant la Cour qu'avant de devenir une filiale de la société Brasseler, elle était déjà *"économiquement liée à elle "*, et qu'elle ne pouvait, de ce fait, avoir mis en oeuvre des pratiques d'entente. Il lui est répondu que *"(...) le fait qu'elle ait depuis de nombreuses années pour seule activité la diffusion en France des produits fabriqués par la société Brasseler avec laquelle elle est liée par un contrat l'obligeant à respecter ses consignes de distribution (...) ne (suffit) pas à établir qu'avant la prise de contrôle réalisée en 1990, elle avait déjà perdu son autonomie commerciale et financière à l'égard de son fournisseur exclusif et n'était pas une entreprise distincte de celui-ci."*

L'élément intentionnel est, on le voit, rigoureusement contrôlé. Seules les volontés autonomes sont prises en compte par le droit des ententes, mais les entreprises ne peuvent trop facilement se réfugier derrière des liens économiques pour se soustraire à la sanction. Eriger ainsi la volonté en élément constitutif semble impliquer que l'on veille à son intégrité. C'est le cas en droit des contrats. Le droit des ententes n'est pas aussi scrupuleux. Les pressions éventuellement exercées sur une entreprise pour qu'elle adhère à l'entente ne sont que rarement prises en compte.

---

<sup>428</sup> Décision 92-D-68, du 15 déc. 1992, Rapport d'activité 1992, annexe 75, p. 464.

<sup>429</sup> Cour d'appel de Paris, 15 septembre 1993, B.O.C.C.R.F. du 8 avril 1994 (pourquoi une publication si tardive?), p. 142.

## **PARAGRAPHE 2 : LA SUFFISANCE D'UNE VOLONTE FORCEE : LA RESERVE DES AUTORITES DE CONTROLE SUR LA CONTRAINTE ECONOMIQUE**

**150.**Les autorités françaises et communautaires se montrent très réticentes à admettre la contrainte comme cause d'exonération. La notion de violence économique, qui connaît un timide épanouissement en droit commun, ne rencontre guère d'écho en droit de la concurrence (A). On pourrait analyser la prise en considération de la structure oligopolistique d'un marché comme un tempérament à cette sévérité. Nous verrons qu'il n'en est rien (B). On peut alors se demander si cette indifférence à la contrainte économique ne permet pas de rattacher le droit des ententes à la théorie de la déclaration de volonté (C).

### ***A - LA RETICENCE A ADMETTRE LA CONTRAINTE ECONOMIQUE***

**151.**La théorie générale des contrats accorde une place d'honneur aux vices du consentement. En effet, *'la volonté manifestée par une partie de s'engager n'a de signification et ne peut donc l'obliger que si elle est réelle, libre et consciente'*<sup>430</sup>. Parmi les vices énumérés à l'article 1109 du code civil figure la violence. Celle-ci est une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour la pousser à donner son consentement.

Il est remarquable que certaines entreprises essaient d'établir qu'elles n'ont adhéré à l'entente que sous l'empire de la contrainte, constituée la plupart du temps par des menaces exercées à leur encontre. Elles allèguent en quelque sorte un vice du consentement, dans le but, non pas d'obtenir la nullité de l'entente, mais leur mise hors de cause. De telles prétentions sont vaines : les autorités de la concurrence se montrent extrêmement réservées dans l'admission de la contrainte comme cause d'exonération.

Seront successivement étudiées la position des autorités communautaires et la position des autorités françaises de la concurrence. Il conviendra ensuite d'en faire un examen critique.

---

<sup>430</sup> **A. BENABENT**, "Droit civil. Les obligations", n° 66 p.39.

## **1/Etude de la pratique décisionnelle communautaire et française.**

**152.** La contrainte économique n'est un obstacle à l'incrimination ni en droit français ni en droit communautaire (a). Elle peut en revanche mettre l'entreprise dont le consentement à l'entente a été contraint à l'abri de la sanction (b).

### **a/La contrainte économique n'est pas un obstacle à l'incrimination**

**153.**Dans un arrêt "BMW Belgium" du 12 juillet 1979, la Cour de justice des Communautés ne s'est pas montrée totalement réfractaire à l'idée d'une dépendance économique source d'un vice du consentement <sup>431</sup>.

BMW Belgium est filiale de BMW Munich. Elle a organisé un système de distribution sélective caractérisé par une interdiction faite aux concessionnaires de vendre des produits BMW à des revendeurs non agréés. Cette interdiction n'étant pas toujours respectée, BMW Munich demande à sa filiale de réagir. Celle-ci envoie à ses distributeurs une circulaire, suivie de différents courriers, les exhortant au respect de leurs obligations contractuelles. De nombreux concessionnaires signent cette circulaire. Poursuivis conjointement à BMW Belgium, ils prétendent ne l'avoir fait que sous l'empire de la contrainte résultant de leur état de dépendance économique.

Cet argument n'est pas accueilli en première instance. La Commission relève que *"l'existence de liens étroits de dépendance économique ne saurait être considérée comme la source d'un vice du consentement, à tel point, du moins, qu'il n'y aurait pas eu, malgré la signature (...), de véritable accord, c'est à dire l'expression d'une volonté indépendante avec une possibilité réelle de choisir."* La Commission considère que l'existence d'une dépendance économique étroite du concessionnaire vis à vis du concédant est un phénomène commun à l'ensemble des accords de distribution sélective.

Saisie de cette décision, la Cour adopte un point de vue plus nuancé car plus circonstancié. Elle estime que *"s'il est vrai que les liens de dépendance économique entre eux et BMW Belgique pouvaient conditionner leur liberté d'initiative et de décision, il n'en reste pas moins que l'existence de ces liens n'excluait pas la possibilité de refuser de consentir à l'accord qui leur était proposé, ainsi qu'il en est démontré par le nombre important des concessionnaires qui se sont abstenus de le faire."*

---

<sup>431</sup> Arrêt C.J.C.E. du 12 juill. 1979, BMW Gelgium SA et autres c/ Commission, aff. jointes 32, 36 et 82/78, Rec. 1979, p. 2435, et plus spéc. §36, p. 2478.

La Cour semble justifier son refus d'admettre la contrainte par le fait qu'il était possible de résister aux pressions du concédant. Elle ne semble donc pas totalement réfractaire à l'admission de la contrainte. Il est cependant notable qu'à ce jour, elle n'a jamais admis qu'elle était constituée <sup>432</sup>.

L'idée d'une violence économique constitutive d'un vice du consentement n'est donc pas accueillie en droit communautaire. C'est à une conclusion similaire que l'on parvient en droit français.

**154.** Dans une affaire dite "des carburants Corses", une des sociétés incriminées, la société Esso, s'est retranchée derrière la contrainte dont elle se prétendait victime pour nier sa participation à une entente tarifaire. Le Conseil de la concurrence lui a opposé que *"la situation relevée en mars 1986 montre que les pressions alléguées par la société, dont celle-ci n'établit d'ailleurs pas l'existence, n'étaient en tout cas pas telles qu'elle ne puisse déterminer librement ses prix"* <sup>433</sup>.

Il a précisé sa jurisprudence le 9 octobre 1990 en estimant que *"contrairement à ce que soutient la société Comareg, la menace de boycottage, qui n'était pas irrésistible compte tenu de la part relativement modeste des annonces des concessionnaires dans le chiffre d'affaires de la société éditrice, ne saurait exonérer la société Comareg du grief de participation de cette dernière à une entente."* <sup>434</sup>. Une interprétation a contrario de cette dernière décision permet de supposer qu'il n'exclut pas, par principe, la violence économique. Ainsi, la menace de boycottage, si elle avait été irrésistible, aurait pu être exonératoire <sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> La Commission a pour sa part réaffirmé que le fait qu'une entreprise ait accepté *"sous de fortes contraintes et même contre son propre intérêt économique d'adhérer à une entente ne constitue pas un obstacle à la constatation d'un accord au sens de l'article 85, §1"*.

Cf décision FISCHER PRICE c/ QUATER OATE TOYCO du 18 déc. 1987, J.O.C.E. L.49 du 23/02/88, p.19.

<sup>433</sup> Décision n° 89-D-14, du 15 avr. 1989, relative à la distribution de CARBURANTS DANS LA RÉGION CORSE, Rapport d'activité 1989, p. 104. Décision confirmée par la Cour d'appel de Paris le 9 nov. 1989, B.O.C.C.R.F. du 18/11/89, p. 275. La Cour d'appel mit cependant hors de cause une des sociétés du fait des menaces physiques dont la gérante avait été victime. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation le 8 janv. 1991, B.O.C.C.R.F. du 31/10/91, p.11. Pour une étude plus détaillée de cette affaire, cf p. (48, 75)\*\*.

<sup>434</sup> Décision n° 90-D-35 du 9 oct. 1990, relative à des pratiques dans le secteur de la vente de véhicules particuliers et utilitaires neufs dans le département de la Loire, Rapport pour 1990, p. 104.

<sup>435</sup> Dans une affaire concernant les horticulteurs et pépiniéristes, le Conseil s'est, de la même façon, contenté d'affirmer *"qu'en raison de leur poids économique, les entreprises ne sont pas fondées à soutenir qu'elles n'avaient pas d'autre choix que de se concerter"*, décision n°90-D-17 du 22 mai 1990, Rapport pour 1990, annexe 24 p. 58.

Il faut cependant, en l'absence de décisions exprimant clairement qu'une contrainte d'ordre économique a vicié le consentement d'une partie à l'entente, rester prudent face aux enseignements à tirer d'une interprétation a contrario. La position actuellement défendue par le Conseil est sévère. Un arrêt récent en témoigne. Il y est affirmé que "(...) *le fait que la société Laboratoires Odoncia ait exercé des pressions vis à vis de la société C.A.P. pour qu'elle accepte d'appliquer les prix minima est sans portée sur la qualification de la pratique relevée; qu'en effet la société C.A.P., qui pouvait, en cas de refus de vente injustifié, user des voies de droit appropriées pour faire cesser des agissements de la société Laboratoires Odoncia, a adhéré à la politique commerciale de cette dernière entreprise basée sur une sélection des revendeurs faite à partir de critères autres que des critères objectifs de nature qualitative; qu'il s'ensuit que la société C.A.P. n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas participé à la mise en oeuvre d'une entente anticoncurrentielle...*"<sup>436</sup>.

La motivation de l'arrêt est surprenante. En obligeant une entreprise victime des pressions de son partenaire commercial à les dénoncer en justice, on lui fait encourir le risque d'une rupture de toutes relations commerciales. On l'oblige à assumer le rôle de gendarme. L'incitation ainsi faite aux opérateurs économiques à assurer eux-mêmes la police de la concurrence n'a rien d'exceptionnelle. On la retrouvera dans l'étude de l'adhésion à une entente préexistante.

**155.**La Cour d'appel de Paris fait sienne la sévérité du Conseil. Elle impose une "obligation de résistance" à la partie victime des pressions, exigence qui n'est pas sans rappeler la position de la Cour de Justice dans l'affaire "BMW". Dans un arrêt du 17 janvier 1990 <sup>437</sup>, la Cour d'appel reproche à un des membres de l'entente de n'avoir pas "*su résister aux refus réitérés de son partenaire* " qui détenait pourtant un monopole d'exploitation. Par la suite, dans une affaire relative au marché des chaussures de sport <sup>438</sup>, elle énonce qu'une pratique de surveillance des prix à laquelle conviennent de se plier les distributeurs "*qui ne peuvent invoquer une contrainte physique les empêchant de donner un libre consentement , constitue une entente expresse et parfois tacite*". C'est

---

Le caractère contraint de la concertation aurait peut-être été admis en présence d'entreprises moins puissantes.

Le recours intenté contre cette décision a été rejeté par la Cour d'appel dans un arrêt du 6 déc. 1990, B.O.C.C.R.F. du 19/12/90, p.445, étudié infra.

<sup>436</sup> Conseil de la concurrence n° 93-D-49 du 16 nov. 1993, B.O.C.C.R.F. du 28 janv. 1994, p.21.

<sup>437</sup> Cour d'appel de Paris 17 janvier 1990, Sociétés S.N.E.P., S.D.R.M. et FRANCE LOISIRS, B.O.C.C.R.F. du 25/01/ 1990, p. 25.

<sup>438</sup> Cour d'appel de Paris 7 juin 1990, NIKE FRANCE , ADIDAS, REEBOOK, B.O.C.C.R.F. du 7/06/90, p. 213.

précisément parce qu'une telle contrainte physique (menace d'un pistolet) a été employée à l'encontre de la gérante de la société Esso que la Cour va amender la décision du Conseil de la concurrence dans l'affaire "des carburants corses" et supprimer les sanctions pécuniaires prononcées à l'encontre de cette société <sup>439</sup>.

C'est à ce jour le seul cas où une sorte d'immunité fut accordée par la Cour d'appel de Paris, et cette immunité est cantonnée à la contrainte physique. Quelques mois plus tard, la Cour rejettera le recours formulé contre une décision du Conseil de la concurrence touchant le secteur horticole et ce "*quelque soient les circonstances difficiles ayant conduit les entreprises à se concerter*"<sup>440</sup>.

### **b/La contrainte économique peut immuniser contre l'amende.**

**156.**La seule incidence de la contrainte sur l'entreprise qui la subit est de diminuer le montant de sa condamnation pécuniaire. La Commission des Communautés a procédé ainsi dans l'affaire BMW <sup>441</sup>. Le Conseil de la concurrence adopte la même politique. Dans l'affaire Odoncia précitée, le Conseil a estimé l'infraction constituée malgré les pressions dont a été victime la société C.A.P., mais il a décidé qu'il y avait lieu de "*tenir compte*" de ces pressions pour décider des suites à donner à l'entente. L'entreprise C.A.P. échappa à l'amende <sup>442</sup>.

En résumé, le fait d'exercer des pressions pour contraindre le consentement à l'entente ne fait pas obstacle à l'incrimination mais cela met l'entreprise "contrainte" à l'abri de la sanction. La solution peut sembler peu cohérente <sup>443</sup>. Soit les volontés collusives sont démontrées et il est normal de condamner toutes les parties. Soit les pressions exercées font disparaître le consentement et il ne saurait alors y avoir entente.

---

<sup>439</sup> Cour d'appel de Paris, arrêt du 9 nov. 1989, affaire des CARBURANTS CORSES, B.O.C.C.R.F. du 18/11/1989, p. 275 .

<sup>440</sup> Cour d'appel de Paris, arrêt du 6 déc. 1990, affaire des horticulteurs et pépiniéristes, B.O.C.C.R.F. du 29/12/90, p. 445.

<sup>441</sup> Précitée p. (note 66)\*\* . Cf. également affaire A.E.G. TELEFUNKEN, aff. 107/82 du 25 oct. 1983, Rec. 3151.

<sup>442</sup> Cette immunité accordée à l'entreprise victime de pressions semble proche de l'excuse absolutoire du droit pénal. Cf **G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC** : "*En cas d'absolution, le prévenu est reconnu coupable des faits qui lui étaient reprochés, mais il échappe à toute mesure véritablement répressive pour certaines raisons de politique criminelle*", "Procédure pénale", 14ème éd., p. 907.

<sup>443</sup> L'on proposera un remède partiel dans le second chapitre du présent titre. Cf. §\*\*.

Aucune entreprise ne doit alors être sanctionnée. La solution actuellement retenue révèle le caractère artificiel du fondement de l'intervention. Lorsque les autorités de contrôle veulent mettre fin à un dysfonctionnement du marché, elles déclarent qu'il y a volonté collusive là où il n'y a parfois que subordination d'une partie à une autre.

## **2/Appréciation de cette "jurisprudence". Confrontation à la jurisprudence des tribunaux civils.**

**157.**Un constat s'impose : l'idée d'une violence économique source d'un vice du consentement est globalement mal admise (a). Après avoir examiné les conditions qui pourraient être posées à son admission en droit de la concurrence (b), nous tenterons d'expliquer cette sévérité (c).

### **a/ Sur la réticence à admettre le principe de la violence économique.**

**158.**La réception de la violence économique connaît en droit civil un destin un peu turbulent. Après une timide ouverture en ce sens dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation semble avoir opéré un mouvement de retrait : elle censure les décisions des juges du fond ayant admis que la prééminence socio-économique d'un partenaire sur l'autre pût constituer la violence économique <sup>444</sup>. Les cours d'appel manifestent cependant une certaine résistance : la Cour d'Aix a par exemple estimé dans un arrêt du 19 février 1988, que l'acceptation par un contractant des conditions que lui imposait l'autre partie *"procède de toute évidence d'un état de nécessité et de dépendance économique équipollent à une violence morale constitutive d'un vice du consentement"* <sup>445</sup>.

Un auteur a relevé que *"le concept de dépendance économique joue désormais en jurisprudence, au moins parmi les juges du fond, un rôle plus important à l'égard du lien*

---

<sup>444</sup> Cour de cassation commerciale 20 mai 1980, Bull. civ. IV n°212.

<sup>445</sup> Bull. cour d'Aix 1988, n°24.



*contractuel lui même, tant dans sa formation et son évolution que dans sa rupture* <sup>446</sup>." Ce phénomène suscite des commentaires assez divergents.

Certains se réjouissent d'une possible osmose entre droit civil et droit de la concurrence <sup>447</sup>. Ce dernier est alors considéré comme un ferment de renouvellement du droit des obligations. D'autres s'en inquiètent, arguant du fait que "*si la notion de dépendance économique devait devenir un instrument privilégié de la justice contractuelle, on risquerait d'assister à une subversion des concepts juridiques par les standards économiques, peu propice au maintien d'une véritable sécurité juridique*" <sup>448</sup>.

On peut en outre craindre que l'utilisation actuellement faite de la notion de dépendance économique par les tribunaux ne déflore le concept : elle fait abstraction de sa condition d'application qui est l'atteinte au fonctionnement normal de la concurrence. Une réforme de l'ordonnance consistant à déplacer la notion du titre III (pratiques anticoncurrentielles) vers le titre IV (pratiques restrictives) remédierait à ce grief.

**159.** Il est en réalité douteux que l'existence d'un seul état de dépendance économique de l'entreprise puisse constituer la violence <sup>449</sup>. Tolérer de soustraire des entreprises à la sanction au motif qu'il existe entre elles une dépendance économique étroite ruinerait l'efficacité du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le souci de redonner un contenu véritable à l'élément intentionnel ne peut suffire à légitimer ce résultat contestable. On peut ajouter qu'en droit commun, la simple prééminence d'un partenaire sur un autre ne suffit pas à justifier l'annulation de la convention.

Il ne faut cependant pas se tromper de débat. Ce qui est en cause ici n'est pas tant la dépendance économique elle-même que les pressions qui l'accompagnent : menaces de boycott, de déréférencement... Ces faits apparaissent bien de nature à altérer le consentement, à faire douter de la réalité de l'adhésion à l'entente <sup>450</sup>. Les prendre en

---

<sup>446</sup> **J. MESTRE**, Chronique à la R.T.D.Civ. 1989/3, p. 535. Voir plus généralement les chroniques que l'auteur consacre au droit des obligations depuis 1985, qui sont autant de témoignages de la pénétration des concepts économiques dans la jurisprudence des juges du fond.

<sup>447</sup> **F. DREIFFUSS-NETTER**, "Droit de la concurrence et droit commun des obligations", R.T.D.C. 1990, p. 369.

<sup>448</sup> **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, "Les obligations", 5<sup>ème</sup> éd. 1993, p. 1990.

<sup>449</sup> Le débat est davantage appelé à se développer autour de la notion de domination qu'autour de celle d'entente. Cf **A. PIROVANO**, "L'abus de dépendance économique, une notion subversive ?", Petites affiches du 21 sept. 1990, p.4.

<sup>450</sup> Il faudrait tout à la fois pouvoir admettre l'existence du concours de volontés constitutif de l'entente et l'absence de volonté de l'entreprise assujettie victime de fortes pressions pour autoriser sa mise hors de cause. La contradiction est évidente. Nous tenterons de la lever.

considération présenterait l'avantage de rendre l'intervention des autorités de la concurrence plus rigoureuse et plus légitime.

**b/ Sur les conditions implicitement posées à l'admission éventuelle (mais peu probable) de la contrainte économique.**

**160.** Nous avons vu qu'une interprétation *a contrario* de certaines décisions autorisait à penser que des pressions exercées sur une entreprise pour forcer son consentement à l'entente pourraient être prises en compte. Les décisions "BMW" et "COMAREG", adoptées respectivement en droit communautaire et en droit français, méritent qu'on s'y attarde et qu'on les confronte à la jurisprudence civiliste.

Pour déterminer si la violence est suffisamment importante pour "*impressionner une personne raisonnable*", la jurisprudence civile se fonde, ainsi que l'y invite la lettre de l'article 1112 du code civil, sur l'âge, le sexe et les conditions de la personne. Les tribunaux se livrent donc à une appréciation *in concreto*. La première condition posée par le texte (sexe) n'a aucun sens appliquée aux entreprises. On peut en revanche tenter une assimilation entre l'âge d'une personne physique et l'âge d'une société. La qualité de nouvel entrant sur le marché est parfois prise en considération par les autorités de contrôle. C'est pourtant l'assimilation de l'état de dépendance économique d'une entreprise aux conditions de la personne qui paraît la plus intéressante. Une analyse *in concreto* serait concevable en droit de la concurrence.

Ce n'est pas celle qui est retenue par la Cour de Justice. En se référant, dans l'affaire "BMW" <sup>451</sup>, à l'attitude "résistante" d'un grand nombre de concessionnaires, la Cour semble déterminer ce qu'aurait dû être la réaction d'un "contractant normal". Elle paraît bien de ce fait adopter une appréciation *in abstracto* de la contrainte. S'il lui était apparu, ou s'il s'était avéré, que tout concessionnaire placé dans le même état de sujétion économique avait signé la lettre litigieuse, elle aurait peut-être admis le vice du consentement.

La position du Conseil de la concurrence dans l'affaire "Comareg" mérite elle aussi d'être confrontée à celle des juridictions en matière contractuelle. On sait que la violence n'est susceptible de vicier le consentement que si elle grave et illégitime. Une menace de boycott pour forcer l'adhésion à une entente anticoncurrentielle est incontestablement

---

<sup>451</sup> Précitée § \*\*, p. (10).

illégitime <sup>452</sup>. En fait, c'est la condition de gravité qui retient l'attention, non parce qu'elle n'est pas remplie dans le cas d'espèce, mais au contraire parce que le Conseil nous semble aller au-delà des exigences traditionnelles en matière de violence. On conçoit parfaitement qu'il se montre exigeant vis-à-vis de professionnels. Toutefois l'allusion au caractère irrésistible de la menace surprend. Le Conseil semble avoir de la contrainte, constituée encore une fois par les pressions commerciales, une conception à mi-chemin entre le vice du consentement et la force majeure à laquelle il emprunte ce caractère d'irrésistibilité. Cette sévérité est peut-être due à la finalité du droit des pratiques anticoncurrentielles.

### **c/ Sur la justification de cette rigueur.**

**161.** Nous avons vu que le droit des ententes n'avait pas vocation à protéger le consentement. Il répond à une logique fonctionnelle : supprimer ou prévenir l'atteinte au marché <sup>453</sup>. C'est pourquoi le Conseil de la concurrence est un organisme de régulation de la concurrence et non un juge des contrats ; il ne s'attache que grossièrement à vérifier l'intégrité des consentements.

Les autorités de contrôle font preuve de la même sévérité dans l'hypothèse d'un abus de dépendance économique : les conditions posées à l'admission de la dépendance sont rigoureuses et rarement réunies. Les deux attitudes procèdent de la même indifférence à l'égard de l'entreprise isolée d'un contexte concurrentiel. Cette indifférence est à l'origine d'une campagne pour la révision de l'ordonnance du 1er décembre 1986 <sup>454</sup>. Le débat s'est cristallisé autour de l'article 8 de l'ordonnance, auquel de nombreux auteurs désirent voir reconnaître une fonction plus protectrice des

---

<sup>452</sup> A comparer avec la décision n° 91-D-44 du 29 oct. 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la coiffure, Rapport pour 1991, p. 105. Dans cette affaire, la Fédération nationale de la coiffure avait proféré des menaces à l'encontre des personnes pratiquant la coiffure sans brevet ni carte professionnels. La Fédération mettait en garde les personnes exerçant ainsi illégalement la profession contre une action judiciaire s'ils ne régularisaient pas leur situation. Le Conseil de la concurrence a considéré que cette mise en garde avait pour seul objet de veiller au respect de la réglementation et n'était donc pas répréhensible. Cette décision est en tous points conformes à l'analyse civiliste qui considère qu'il n'y a pas de violence illégitime dans la menace d'exercer une voie de droit, à la condition cependant qu'on ne profite pas de cette occasion pour obtenir des avantages excessifs.

<sup>453</sup> Cf chapitre 1 de ce travail;

<sup>454</sup> Cette campagne a été alimentée par la décision CORA dont il a déjà été fait état (titre1, p.7/8). Décision du 8 juin 1993, B.O.C.C.R.F. du 25 juillet 1993, p. 197. Décision approuvée par la Cour d'appel de Paris le 25 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p. 236.

entreprises. L'article 7 suscite moins d'interrogations, comme si chacun s'était résolu à l'abandonner à sa fonction répressive. L'indifférence portée à la volonté de l'agent est pourtant tout aussi contestable sur ce fondement. Elle est même plus inquiétante compte tenu de l'importance du contentieux <sup>455</sup>. Ayant affirmé que la volonté constituait le fondement de l'entente, on devrait logiquement considérer que la contrainte "illégitime"<sup>456</sup> qui s'exerce sur elle prive la concertation de sa base <sup>457</sup>. Le consentement devrait être protégé contre toute altération grave. Tel ne semble pas être le cas aujourd'hui.

On doit en conclure que l'exigence de la volonté en droit des ententes est parfois assez formelle. L'étude de la notion de contrainte oligopolistique ne permettra pas de tempérer ce propos.

#### ***B - LA FAUSSE EXCEPTION DE LA CONTRAINTE OLIGOPOLISTIQUE.***

**162.** On serait tenté de prime abord d'affirmer qu'il existe une hypothèse où la contrainte économique est immunitaire : celle d'un marché oligopolistique <sup>458</sup>. Nous avons vu que la doctrine économique enseigne qu'une situation d'oligopole est exclusive de l'existence d'une action concertée car "*certaines comportements restrictifs qui apparaissent dans le cadre d'un oligopole sont entièrement déterminés par la structure du marché. Par définition, ces actions ne sont le fruit d'aucune concertation. D'un point*

---

<sup>455</sup> Les articles 8 de l'ordonnance française et 86 du Traité de Rome restent d'application relativement marginale comparée au volume du contentieux relatif aux articles 7 et 85.

<sup>456</sup> On peut la définir comme celle qui va au-delà de la contrainte qui s'attache normalement aux "contrats de dépendance" (sur cette notion, cf. Thèse de M. **VIRASSAMY**, "Les contrats de dépendance", bibliothèque de droit privé, 1986). La difficulté consiste bien sûr à faire la part entre la contrainte admissible, en quelque sorte inhérente à la dépendance économique, et la contrainte que l'on ne doit pas tolérer. Cette réflexion excède le modeste cadre de cette étude.

<sup>457</sup> Analyse développée à propos du contrat par **G. ROUHETTE**, responsable du Rapport français, in "Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaises", Bibliothèque de droit privé, 1987, p.27. Rappelant les grandes lignes de la théorie de l'autonomie de la volonté (avant de la combattre), M. ROUHETTE énonce que "*les volontés (...) suffisent à former le contrat. Encore faut-il qu'elles existent pleinement, soient libres et éclairées : qu'elles soient viciées, la base de l'institution fait défaut et il n'y a pas de contrat valable*".

<sup>458</sup> Cf p. 9\*\* du présent chapitre et les références citées. Cf également **R. JOLIET** qui parle de "*la contrainte caractérisant les marchés oligopolistiques*", in "La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative", C.D.E. 1974, p. 279.

*de vue juridique, ils doivent être exclus du champ d'application de la règle. Tel est le sens de l'immunité oligopolistique* <sup>459</sup>.

La tentation est grande de faire une analogie entre cette contrainte structurelle et la violence économique. Une telle démarche est vouée à l'échec : la violence altère et contraint le consentement ; la situation d'oligopole ne contraint que le comportement tarifaire des entreprises. Il n'est plus question ici d'un vice du consentement à l'entente puisque par définition les entreprises ne se sont pas concertées : il n'y a pas eu échange de consentements <sup>460</sup>.

“*L'immunité oligopolistique*” ne constitue donc pas un tempérament à la réticence très nette des autorités de la concurrence à appliquer la théorie des vices du consentement aux ententes. Ce constat incite à s'interroger sur l'adoption éventuelle de la théorie de la déclaration de volonté <sup>461</sup>.

#### ***C - DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET THEORIE DE LA DECLARATION DE VOLONTE.***

**163.**A défaut de volonté saine, écrit Monsieur BENABENT, il n'y a *"qu'une simple déclaration de volonté, sans contenu véritable, à laquelle notre droit refuse de reconnaître un effet créateur d'engagements"*. Est-ce à dire que le droit des pratiques anticoncurrentielles fait implicitement sienne la théorie de la déclaration de volonté qui s'est épanouie en droit allemand <sup>462</sup>? Rappelons les théories en présence.

Le droit civil français, adepte du principe de l'autonomie de la volonté et du consensualisme, considère que la volonté interne est le support de l'acte juridique, la base de l'engagement. La déclaration de volonté n'est qu'un procédé d'extériorisation qui rend la volonté apparente aux tiers. En cas de contradiction entre la déclaration et la volonté

---

<sup>459</sup> **L. VOGEL**, "Droit de la concurrence et concentration économique", Thèse Paris 1988, p. 169. La théorie de l'immunité oligopolistique n'est cependant pas unanimement reconnue. Cf supra note 27.

<sup>460</sup> Nous reviendrons sur ce point dans l'étude de la preuve de la concertation.

<sup>461</sup> Cf § 32, p.20\*\*.

<sup>462</sup> **E. MEYNIAL**, "La déclaration de volonté", R.T.D.Civ. 1962, p. 515.

interne, c'est cette dernière qui doit l'emporter. Cette volonté est protégée contre toute altération par la théorie des vices du consentement.

Mais cette volonté est instable. Il est apparu nécessaire à une partie de la doctrine allemande de préférer au respect de cette volonté la recherche de la sécurité des transactions. Pour cela, certains auteurs ont proposé la substitution de la déclaration (Erklärungstheorie) à la volonté interne (Willenstheorie). L'agent est alors lié par l'expression de sa volonté, sans pouvoir revendiquer une divergence entre sa volonté interne et cette expression. Monsieur RIEG résume la situation en exposant qu' *"il suffit que la déclaration ait été voulue, peu importe qu'elle reflète le contenu exact de la volonté interne. En d'autres termes, l'agent doit avoir la volonté de la déclaration (Erklärungswille), mais non la volonté de l'effet (Wirkungswille)"* <sup>463</sup>.

**164.** Le droit des pratiques anticoncurrentielles, qui accorde peu de poids à la volonté de l'agent (du moins à son intégrité), peut-il être analysé comme se référant implicitement à cette théorie? Les méthodes d'interprétation adoptées par les autorités de la concurrence, le recours assez systématique à la volonté présumée des parties, enfin la référence à l'effet anticoncurrentiel autant qu'à son objet, semblent militer en ce sens. En réalité, cela est douteux.

Tout d'abord, le seul vice envisagé est la violence. Or, le refus d'admettre la violence comme vice du consentement n'est pas inhérent à l'Erklärungstheorie : la violence ne vicie pas seulement la volonté interne ; elle vicie également la déclaration <sup>464</sup>. L'Erklärungstheorie prend donc en compte le vice de violence, ce que ne fait pas le droit de la concurrence.

De plus, la substitution de la déclaration à la volonté interne avait pour objectif d'assurer la sécurité des transactions. Telle n'est pas la finalité du droit des pratiques anticoncurrentielles. Celui-ci se situe à un niveau macro-économique et sacrifierait volontiers la sécurité d'une transaction donnée sur l'autel du bon fonctionnement du marché.

Enfin, la théorie de la déclaration de volonté a montré ses limites, tout comme la théorie de l'autonomie de la volonté. Le droit allemand n'a que partiellement adopté l'Erklärungstheorie puisque le "Bürgerliches Gesetzbuch" (BGB <sup>465</sup>) a admis l'erreur

---

<sup>463</sup> A. RIEG, "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand", Paris 1961, p. 8.

Du même auteur, cf "Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXème siècle", Archives de philosophie du droit 1957, p. 125.

<sup>464</sup> Cf A. RIEG, opus p. 91, cité supra.

<sup>465</sup> Code civil allemand

(Irrtum) comme cause d'annulation possible d'un acte juridique. Cette admission constitue une entorse importante à la théorie. Le droit français a, quant à lui, atténué son caractère psychologique afin de prendre en considération les impératifs de sécurité <sup>466</sup>. Il serait donc rétrograde et contraire au pragmatisme du droit de la concurrence de le rattacher rigoureusement à l'une ou à l'autre.

Sans pouvoir la justifier juridiquement, on ne peut que constater le fait que les autorités de la concurrence se satisfont parfois d'une volonté forcée. C'est un argument d'efficacité qui justifie ce choix. Un recours assez systématique aux présomptions contribue encore à minorer le rôle de la volonté en matière d'entente. Ce problème fait actuellement l'objet d'une attention assez soutenue de la doctrine <sup>467</sup>.

---

<sup>466</sup> Cf. **P. MALLAURIE** et **L. AYNES**, pour lesquels la théorie des vices du consentement doit résoudre l'antinomie fondamentale entre l'impératif de sécurité des transactions et celui de justice ("Droit civil. Les obligations", *CUJAS*, 1994/1995 p. 217). Le refus de considérer la violence économique comme une cause de nullité participe certainement de ce souci de sécurité.

<sup>467</sup> Ces derniers mois ont en effet vu paraître plusieurs articles consacrés au problème de la preuve de l'entente. Pour exemple, l'on peut citer **L. DUPONT**, "La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français", *R.C.C.* juill./ août 1993, n°74 ; **V. LEONNET**, "Réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique. (A propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 26 octobre 1993)", *J.C.P. éd. G.* 1993, I n° 3722 ; **A. DECOCQ**, "Alignement de comportement et pratiques concertées en droit de la concurrence", *Gaz. Pal.* du 21 au 23 mars 1993, *doctr.* p. 4 ; **A. PERROT** et **L. VOGEL**, "Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement", *J.C.P. éd. E.* 1993, I, n° 299.

## SECTION II : LA PREUVE DE LA VOLONTE COLLUSIVE.

### Le recours assez systématique aux présomptions.

165. La preuve directe des volontés collusives, par production d'écrits ou de témoignages, est certainement la plus satisfaisante. Elle fut en un temps efficace. Les entreprises, peu sensibilisées au droit de la concurrence et rarement poursuivies, n'hésitaient pas à rendre compte par écrit du détail de leurs arrangements. Une saisie des documents suffisait à établir l'illicite.

Ceci constitue désormais l'exception <sup>468</sup>. Les opérateurs se savent surveillés. Ils évitent les accords formels : conscients d'enfreindre la loi et menacés d'amendes importantes, ils se gardent de conférer à leur concertation un caractère ostentatoire. Les concertations occultes peuvent parfois être démontrées grâce au rapprochement de documents insuffisamment probants en eux-mêmes, ou au rapprochement de documents et d'un résultat objectivement constaté <sup>469</sup>, ou encore de déclarations et de documents <sup>470</sup>. C'est le cas dans le cas d'adjudication de marchés publics <sup>471</sup>. Dans l'hypothèse où les documents éventuellement saisis sont insuffisants, ou en l'absence de tout document, il faut recourir à d'autres procédés.

166. L'efficacité du contrôle est aujourd'hui conditionnée à l'admission de moyens de

---

<sup>468</sup> Cette raréfaction des accords formels n'est pas propre aux entreprises françaises. Elle est commune à tous les pays s'étant dotés d'une législation et d'autorités performantes en matière concurrentielle. Ainsi en est-il de l'Allemagne (nous aurons l'occasion de relever les différences existant entre ce pays et le nôtre en matière probatoire). Un membre de l'office des cartels énonçait récemment qu'il " *est rare que les termes d'un accord conclu entre des entreprises soient énoncés expressément et que l'accord prenne la forme d'un contrat écrit. Il existe toutefois des exceptions suprenantes dans ce domaine .*" Il cite pour exemple une entente conclue dans le secteur de la construction hydrolique, dont les dispositions étaient stipulées dans un écrit détaillé et signé. Cf "La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit allemand ", par **A. KNOCHENHAUER**, R.C.C. n°78, mars - avr. 1994, p.15.

<sup>469</sup> Pour exemple, décision n 89-D-42 du conseil de la concurrence, en date du 12 déc. 1989, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement électrique, B.O.C.C.R.F. du 3 janv. 1990, Rapport d'activité 1989, annexe n° 49, p. 145.

<sup>470</sup> Cf l'importante décision du conseil de la concurrence n° 93-D-59 du 15 déc. 1993, relative à des pratiques relevées dans le SECTEUR DE LA PUBLICITE, et spéc. la preuve de l'entente entre les sociétés Eurocom et Carat, B.O.C.C.R.F. du 29 mars 1994, p. 107 à 131. Cette décision constitue d'ailleurs un bon résumé des méthodes probatoires utilisées en droit des pratiques anticoncurrentielles.

<sup>471</sup> Pour exemple, cf. décision 93-D-39 du Conseil, en date du 5 oct. 1993, Appels d'offres lancés par la ville de Toulouse, Rapport pour 1993, annexe 93, p.274. Pour un exposé des différentes méthodes retenues en la matière, cf **L. DUPONT**, "La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français", R.C.C. n°74, juill. août 1993.



preuve indirecte <sup>472</sup>. On admet que l'observation d'un comportement de fait sur le marché constitue un indice sérieux de concertation. On peut citer pour exemple la vente d'un bien à un prix inférieur à son coût variable de production ou de commercialisation. Le Conseil de la concurrence considère qu'il s'agit d'une *"pratique de prix anormalement bas "* qui *"peut constituer une forte présomption de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle"* <sup>473</sup>. Toutefois, c'est surtout l'existence d'un parallélisme comportemental qui retient l'attention des autorités régulatrices. En l'absence même de tout comportement effectif, la seule existence d'une transparence artificielle du marché peut suffire à établir l'entente. Ces deux procédés de preuve <sup>474</sup> constituent en quelque sorte les pendants des conditions du processus concurrentiel. Le Conseil rappelle régulièrement ces conditions. Elles sont au nombre de trois :

*"(...)lorsqu'il y a multiplicité d'offreurs, il faut tout d'abord, que chacun des offreurs prenne ses décisions stratégiques et commerciales de façon **autonome** ; il convient également que chacun des offreurs soit dans l'**incertitude** quant aux décisions susceptibles d'être prises par ses concurrents ; il importe, enfin, que l'entrée sur le marché de concurrents ne soit **pas entravée par des barrières artificielles**"* <sup>475</sup>.

La réunion de ces conditions garantit que les entreprises sont confrontées au risque de perdre des parts de marchés. Pour y parer, elles sont conduites à faire un emploi optimum des ressources dont elles disposent et à proposer aux acheteurs des prix attractifs <sup>476</sup>. On comprend dès lors que les autorités de contrôle veillent à l'existence de ces conditions et guettent les signes de leur altération. Seront donc étudiés successivement la perte d'autonomie décisionnelle (Paragraphe 1) et la perte d'incertitude (Paragraphe 2).

---

<sup>472</sup> Aux Etats-Unis, c'est l'affaire American Tobacco (1946) qui a ouvert la voie à l'admission des preuves circonstanciées.

<sup>473</sup> 5ème rapport d'activité, 1991, p. XXXVI.

<sup>474</sup> La nature de ces éléments est en réalité discutée. Ils sont tantôt considérés comme des éléments de preuve, tantôt comme des éléments constitutifs de la pratique concertée. Cette discussion a pris une particulière ampleur au sujet du parallélisme comportemental. Elle n'est d'ailleurs pas close. Nous y reviendrons dans le chapitre 2 (§ 257). Elle tend également à se développer à propos de l'échange d'informations (cf. les incertitudes de la Commission dans l'affaire Pâte de Bois, étudié § 204 et 267).

<sup>475</sup> Rapport d'activité pour 1988 p. XXI, 1989, p. XXVII 1990 p. XXVIII. Le rappel exprès de ces trois conditions a en revanche disparu des rapports pour 1991, 1992 et 1993 . (*Le passage en gras est souligné par nous*).

<sup>476</sup> Rapport 1988, p.XXI.

**PARAGRAPHE 1 : LE PARALLELISME DE COMPORTEMENT COMME INDICE DE  
CONCERTATION. (LA RÉPRESSION DE LA PERTE D'AUTONOMIE DÉCISIONNELLE).**

167. La preuve de la volonté collusive se confond souvent avec la preuve de la concertation. L'on emploiera donc l'une ou l'autre expression <sup>477</sup>. Il est aujourd'hui bien admis que le parallélisme comportemental constitue un indice de la volonté collusive (A). Cet indice doit cependant être corroboré par d'autres éléments (B). Même alors, la recevabilité de ce mode de preuve peut apparaître contestable (C).

***A - LE PRINCIPE DE LA PRESOMPTION DEDUITE DU PARALLELISME COMPORTEMENTAL***

168. Les autorités de la concurrence sont parfois alertées par une similitude troublante dans les attitudes d'entreprises situées sur un même marché. Cette similitude leur fait suspecter une collusion. C'est donc un constat purement matériel - l'état du marché à un moment x - et non un indice révélant directement une concertation, qui déclenche l'action répressive. Les autorités régulatrices adoptent un raisonnement à rebours qui, *“partant de l'observation de la réalité économique, induit de la constatation d'un effet anticoncurrentiel la réalisation des conditions du contrôle”*<sup>478</sup>.

Nous avons déjà évoqué le bouleversement que constitue la substitution d'une logique inductive à une logique déductive <sup>479</sup>. Il est patent dans la preuve de l'existence d'une entente.

169. On s'est demandé si ce type de preuve par présomptions, dont la légitimité est admise par l'ensemble des systèmes juridiques, était recevable en droit de la concurrence. La question s'est posée avec une acuité particulière dans la célèbre affaire des "Matières colorantes" du 14 juillet 1972. Selon GOLDMAN, il s'agissait de savoir si la Commission, sous le contrôle de la Cour, était ou non autorisée *“à imputer aux entreprises des pratiques concertées, au seul motif qu'eu égard à la structure du marché, le parallélisme de leurs*

---

<sup>477</sup> La volonté collusive est en effet un élément constitutif de la pratique concertée. Démontrer la concertation suppose donc que l'on a démontré la volonté collusive de chaque participant. La réciproque n'est pas vraie. Il ne suffit pas de démontrer des volontés collusives pour que soit établie la concertation.

<sup>478</sup> L. VOGEL, "Droit de la concurrence et concentration économique", Thèse Paris 1988, p. 194.

<sup>479</sup> Cf. 1ère partie, titre 1, chapitre 1, § 47 s..

*comportements ne peut s'expliquer que par une concertation préalable, dont la preuve directe n'a pas pu être apportée* ”<sup>480</sup>.

La Cour répondit par l'affirmative et tenta de caractériser la notion de pratique concertée <sup>481</sup>. Cette forme d'entente “*ne réunit pas tous les éléments d'un accord mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des particuliers.*” Elle ajouta que “*si un parallélisme de comportements ne peut être à lui seul identifié à la pratique concertée, il est cependant susceptible d'en constituer un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature du produit, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du dit marché.*”

Le recours à cette méthode d'analyse, qualifiée de structurelle parce que fondée sur l'appréciation de la structure du marché, a été saluée par de nombreux auteurs <sup>482</sup>. Les autorités de la concurrence françaises et communautaires y auront souvent recours.

On s'accorde généralement à considérer qu'il s'agit d'une forme de présomption du fait de l'homme évoquée à l'article 1349 du code civil français <sup>483</sup>. Cet article définit les présomptions comme des conséquences inconnues que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. Les présomptions d'origine législative sont dites présomptions légales. Les présomptions d'origine jurisprudentielle sont dites présomptions du fait de l'homme ou présomptions humaines. Ce sont elles qui nous intéressent ici : les autorités de la concurrence déduisent du parallélisme des comportements et de la structure du marché (faits connus) l'existence de pratiques concertées (faits inconnus). Dans l'affaire des "Matières colorantes", la Cour de justice a interprété un indice qui lui avait été soumis par un des plaideurs (la Commission), afin d'en déduire l'existence du fait contesté par les autres plaideurs (les entreprises). Au sens strict, la présomption constitue ce

---

<sup>480</sup> Note sous C.J.C.E. 14 juillet 1972, J.D.I. 1973, p. 924 s., et, plus spéc. p. 939.

<sup>481</sup> Aff. 48, 49, 51 à 57/69, IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES LTD, Rec. 1972, p. 619.

<sup>482</sup> Cf notamment **M. GLAIS** et **P. LAURENT**, qui soulignent "*la supériorité de l'analyse des structures dans l'appréciation du parallélisme conscient*", "Traité d'économie et de droit de la concurrence" p. 234 ; **B. GOLDMAN**, note précitée ; **M. GLAIS**, "Six ans de répression des ententes illicites et des abus de position dominante. Un bilan de l'activité de la Commission de la concurrence", R.T.D.Comm. 1984, p.17 ; **M. WATHELET**, "Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole : le cas des matières colorantes" , R.T.D.E. 1975, p. 663.

<sup>483</sup> **B. GOLDMAN**, cité supra et **R. JOLIET**, in "La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative" , C.D.Europ. 1974, p. 251.

raisonnement<sup>484</sup> .

### ***B - LA CONDITION DE CORROBORATION.***

**170.** L'admissibilité des présomptions humaines est soumise en droit civil français à des conditions précises. Elles sont posées par l'article 1353 du code civil : "*Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes...*" On dénonce cependant la "*vanité des limites prévues par l'article 1353*"<sup>485</sup> car le droit positif a davantage retenu le principe du pouvoir souverain des juges du fond que les limites posées à celui-ci. Ainsi, la chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle considéré dans un arrêt du 28 novembre 1972 que "*l'article 1353 ne s'oppose pas à ce que les juges forment leur conviction sur un fait unique si celui-ci leur paraît de nature à établir la preuve nécessaire*"<sup>486</sup>. Cette analyse heurte manifestement la lettre du texte. Il est en effet difficile d'induire des concordances d'un fait unique.

Les autorités régulatrices ne sont pas soumises aux prescriptions de l'article 1353 dans l'application du droit communautaire de la concurrence. Une solution contraire rendrait celui-ci tributaire des règles de preuve de chaque Etat membre. On peut en revanche estimer qu'elles y sont assujetties dans l'application du droit français <sup>487</sup>. Elles sont *a priori* davantage respectueuses de la condition de pluralité d'indices que ne le sont les magistrats en droit commun : le parallélisme comportemental, s'il est un indice sérieux de concertation, ne suffit pas à lui seul à caractériser l'entente, et partant, les volontés collusives. On dit qu'il en constitue une preuve imparfaite. Il doit être corroboré par

---

<sup>484</sup> Cf **J. DUPICHOT**, "Présomptions. Notions générales", Répertoire civil, art. 1349 à 1353, Fasc. 155, p. 5. Voir également **R. DECOTTIGNES**, qui considère que : "*dans la preuve indirecte, ...les faits soumis au magistrat n'établissent pas eux-mêmes l'existence du fait en litige ; ils s'y rattachent par un lien plus ou moins étroit que les plaideurs demandent au magistrat de reconstituer. La preuve indirecte comporte ainsi deux éléments. D'une part, les faits que les plaideurs demandent au juge d'examiner : on les désignent généralement sous le nom d'indices. D'autre part, le raisonnement par lequel le juge interprète ces derniers, en passant du factum probans au factum probandum, autrement dit la présomption*", in "Les présomptions en droit privé", Thèse Paris 1950, p. 261.

<sup>485</sup> **GENY**, "Science et technique", T.III, p. 265.

<sup>486</sup> Civ. 3e, 28 nov. 1972, Bull. civ. III, n°636.

<sup>487</sup> Même si l'article 1353 ne fait référence qu'au magistrat.

d'autres éléments (méthode du faisceau d'indices). Les indices complémentaires à rapporter sont, soit "négatifs" (1), soit "positifs" (2).

### **1 / La preuve négative de la concertation. (L'absence d'autres explications possibles).**

**171.** En l'absence de preuves directes de la concertation, les autorités françaises et communautaires induisent l'existence d'une entente d'une situation anormale du marché. L'anormalité provient de l'absence de justification au parallélisme comportemental. En pratique, il est fréquent de trouver une explication rationnelle à ce parallélisme. Il est donc fondamental de la rechercher : on ne peut condamner des entreprises pour avoir réagi de façon similaire mais spontanée à un même contexte <sup>488</sup>. Il existe essentiellement deux sortes de justifications <sup>489</sup> : il s'agit des conditions de fonctionnement du marché (a) et de l'intérêt propre de l'entreprise (b).

#### **a/ Etude des conditions de fonctionnement du marché**

**172.** Monsieur WATHELET résume bien la situation :

*“si le comportement parallèle est imposé par la structure du marché, il ne pourra en aucun cas servir d'indice d'une concertation. Si, par contre, le parallélisme ne peut en aucune manière s'expliquer en fonction de la structure du marché, la concertation pourra être présumée. Entre ces deux extrêmes, on trouve une infinité de situations pour lesquelles la probabilité d'un comportement parallèle non concerté en fonction de la structure du marché est extrêmement variable. L'indice probatoire qu'il constitue sera alors d'autant plus “sérieux” qu'il sera improbable au regard de la structure du*

---

<sup>488</sup> Cf Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 1992, p.35: "En effet, dans un certain nombre de cas, un tel parallélisme peut résulter de prises de décisions identiques mais indépendantes d'entreprises réagissant spontanément au même contexte". Le Conseil utilise également l'expression "décisions autonomes" dans ce cas de figure. Pour exemple, décision 94-D-44 du 12 juill. 1994, B.O.C.C.R.F. du 27 sept. 1994, p. 430.

<sup>489</sup> L'impact des réglementations étatiques est parfois pris en considération. Dans une décision n° 94-D-44, en date du 12 juillet 1994, le Conseil de la concurrence a pris en considération un indice de prix. Le parallélisme de prix constaté pouvait "provenir de la répercussion "mécanique" de l'indice granulat qui traduit l'évolution moyenne des prix sur le marché". B.O.C.C.R.F. du 27 sept. 1994, p. 430.

*marché*"<sup>490</sup> .

Les juges et autorités de la concurrence vont donc, au vu d'une structure particulière du marché, déterminer la probabilité d'un comportement spontané <sup>491</sup>. D'une façon générale, plus le marché est concurrentiel, plus la probabilité d'une concertation est forte.

L'idée de probabilité, même si elle n'en constitue pas le seul fondement, est en droit privé un élément essentiel de la présomption. Sa force variable lui confère une capacité d'adaptation précieuse en matière de preuve. On dit qu'elle "*se situe à mi-chemin entre la possibilité et la certitude*"<sup>492</sup>. Mais la probabilité se conjugue avec "*un acte volontaire de l'esprit qui tient pour assuré ce qui est simplement probable*"<sup>493</sup>.

Ces deux éléments se retrouvent dans la prise en considération du parallélisme comportemental. Il s'agira souvent de prouver "par l'absurde" que certaines identités comportementales ne peuvent qu'être le fruit d'une collusion. Le vocabulaire utilisé est évocateur. Dans l'affaire des matières colorantes, la Cour relève qu'il "*n'est pas plausible que les augmentations de janvier 1964, introduites sur le marché italien et reprises sur les marchés néerlandais et belgo-luxembourgeois qui ont peu de rapports entre eux en ce qui concerne tant le niveau des prix que la structure de la concurrence aient pu être réalisées dans un délai allant de quarante-huit heures à trois jours, sans concertation préalable*"<sup>494</sup>.

---

<sup>490</sup> **M. WATHELET**, "Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes", R.T.D.E. 1975, p. 663.

Voir également **R. JOLIET**, article précité, qui énonce : "*il s'agit de déterminer si, à supposer telles caractéristiques du marché, les intérêts des entreprises sont suffisamment proches pour que l'alignement sur la conduite de l'un d'eux corresponde à une attitude rationnelle des firmes, déterminées par leur intérêt individuellement considéré. Dans la négative, l'alignement ne pourra être tenu pour spontané. Il ne s'expliquera que par une concertation préalable.*"

<sup>491</sup> On opposera cette satisfaction d'une concertation simplement probable aux exigences du droit allemand : dans la même affaire des matières colorantes, la juridiction allemande exigea que l'existence d'un accord au sens du paragraphe 1 GWB soit établie avec certitude, tout doute étant interprété en faveur des entreprises accusées d'avoir enfreint les règles concurrentielles : cf arrêt BUNDESGERICHTSHOF du 17 fév. 1970, WuW, 3/1971, p. 187. **M. PIRIOU** explique cette rigueur par la circonstance qu'à la différence de l'article 85 du Traité de Rome, le paragraphe 1 GWB ne mentionne pas expressément les pratiques concertées : cf commentaire sous C.J.C.E. 14 juill. 1972, aux C.D.Europ. 1973, p. 57.

<sup>492</sup> **R. DECOTTIGNES**, "Les présomptions en droit privé", Paris 1950, p. 22.

<sup>493</sup> **GENY**, "Science et technique", T.III, p. 265. Le rôle de la volonté dans la présomption est cependant contesté par les empiristes et rationalistes, qui considèrent qu'un impératif logique lie le jugement de valeur de l'auteur de la présomption. Dire qu'un fait est improbable est exprimer un jugement. Or, celui-ci n'impliquerait aucun acte de volonté. Le caractère probable d'un fait s'imposerait à l'esprit.

<sup>494</sup> Rec. 1972, 643. (*Le passage en gras est souligné par nous*).

Le même vocabulaire est employé par les avocats généraux<sup>495</sup>. Ainsi Monsieur MAYRAS estime-t-il dans cette même affaire que: "*dans ces conditions, il ne serait pas concevable qu'une entreprise décide unilatéralement, sans s'être préalablement concertée avec ses concurrents, de procéder à une augmentation des prix générale et importante*"<sup>496</sup>.

**173.** Il existe deux explications "structurelles" au parallélisme comportemental : l'existence d'un "price leader" et l'existence d'un oligopole.

La première justification est souvent invoquée par les entreprises mais rarement retenue <sup>497</sup>. La doctrine semble également lui refuser ses faveurs. La situation de "price leader" "*se caractérise par l'existence sur le marché d'une entreprise dominante qui en raison de sa puissance peut contraindre ses concurrents à aligner leurs prix sur les siens*"<sup>498</sup>.

Le marché objet de toutes les sollicitudes et de tous les commentaires est en réalité le marché oligopolistique. Nous l'avons déjà défini <sup>499</sup>. Il est traditionnel de dire que dans un tel marché, le comportement parallèle trouve sa cause, non dans une concertation entre entreprises, mais dans les mécanismes de ce marché <sup>500</sup>. On dit que l'oligopole est un "*facteur d'immunité des comportements anticoncurrentiels*"<sup>501</sup>. C'est l'interdépendance

---

<sup>495</sup> Parfois de façon poétique. Ainsi M. VESTERDORF énonce-t-il dans les conclusions qu'il produit dans l'affaire POLYPROPYLENE : "... il n'est tout simplement pas vraisemblable qu'à plusieurs reprises un groupe de chefs d'entreprises de plusieurs pays de la Communauté se soient réunis autour d'une table et se contentent de tendre l'oreille, tel un groupe d'ornitologues, dans l'attente d'un chant qui ne vient pas." , Rec. 1991, 8/II, p. 991.

<sup>496</sup> Rec. 1972, p. 643.

<sup>497</sup> Cf notamment l'affaire de la "LEVURE DE PANIFICATION" en droit français, décision du Conseil de la concurrence 89-D-08 du 22 mars 1989, B.O.C.C.R.F. du 22 avril 1989. Cf également affaire PATE DE BOIS, C.J.C.E. 31 mars 1993, Rec. I, 1307 à 1630.

<sup>498</sup> R. KOVAR, "Prix parallèles et pratiques concertées", Publications de l'A.F.E.C., journée d'étude du 13 décembre 1989. Il existe une seconde forme de "price leader" : elle est désignée sous l'expression de "price leader barométrique", qui "se caractérise par la présence sur le marché d'une entreprise particulièrement apte à déceler les évolutions du marché et déterminer ainsi un prix de référence pour les autres entreprises concurrentes", même références. Cette seconde forme est beaucoup plus contestée car elle peut dissimuler des comportements collusoires.

<sup>499</sup> Cf §. 137 du présent chapitre;

<sup>500</sup> M.C. BOUTARD-LABARDE, "Le droit de la distribution dans la C.E.E" , Thèse Paris, 1981, p. 276.

<sup>501</sup> Décision n° 92-D-56 en date du 13 oct. 1992 relative aux conditions de commercialisation du supercarburant sans plomb à l'indice d'octane recherche 98 (SP 98), B.O.C.C.R.F. du 5/11/92, p.344. La

existant entre les entreprises qui l'explique. Dans le contexte d'un marché aussi peu concurrentiel, la concertation n'est pas la seule explication possible au parallélisme de comportement. Elle ne peut donc plus être présumée.

Toutefois, pour que l'immunité joue, il faut encore qu'il s'agisse d'un oligopole "étroit"<sup>502</sup>. La Cour de Justice estime que ce n'est pas le cas du marché des matières colorantes, du fait du nombre trop élevé des opérateurs en présence<sup>503</sup>. La structure du marché ne suffisant plus à expliquer l'identité comportementale des entreprises, la présomption retrouve son empire. On mesure la force de celle-ci. Le seul recours ouvert aux entreprises pour la combattre est d'invoquer un intérêt propre à l'adoption du comportement incriminé.

## **b/ Recherche de l'intérêt propre de l'entreprise**

**174.** Les entreprises qui adoptent des comportements similaires affirment systématiquement poursuivre leur intérêt propre. L'argument est accueilli avec plus ou moins de succès par les autorités compétentes.

### b1/ L'intérêt propre de l'entreprise en droit français.

**175.** Le Conseil de la concurrence a rejeté l'argument dans une affaire célèbre : l'affaire

---

décision du Conseil a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 oct.1993, (B.O.C.C.R.F. du 6/11/93, p. 299).

<sup>502</sup> **M. WATHELET** relève sept variables à prendre en considération pour conclure à l'existence d'un tel oligopole:

- le nombre de firmes et leurs parts de marché respectives;
- la structure et le montant de leurs coûts;
- l'homogénéité de la production;
- la transparence du marché;
- l'adaptabilité des capacités de production et les stocks;
- le stade du marché;
- l'élasticité de la demande,

in "Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes", R.T.D.E. 1975, p. 663.

<sup>503</sup> Attendu 105 : "*le nombre des producteurs en présence ne permet pas de considérer le marché européen comme réalisant un oligopole au sens strict* ." Il est intéressant de relever que la Cour, tout en reconnaissant les caractéristiques oligopolistiques de chaque marché national, considère que le marché européen des matières colorantes ne constitue pas, lui, un oligopole au sens strict.



de "la levure fraîche de panification" <sup>504</sup>. Le marché concerné est dominé par deux grands producteurs : le groupe français Lesaffre, comprenant trois filiales et détenant 70 % du marché, et la société Gist Brocades, en détenant 30 %. Les autorités de la concurrence avaient été alertées par un parallélisme à la hausse dans la variation du prix de la levure : de 1983 à 1986, quatre hausses avaient été pratiquées par les différentes entreprises, à des dates quasiment identiques et dans les mêmes proportions. Qui plus est, la société Gist Brocades avait annoncé ses hausses de prix juste après que deux des trois sociétés du groupe avaient annoncé les leurs, mais avant que la dernière ne le fasse.

Pour justifier cette similitude, la société Gist Brocades invoque la structure oligopolistique du marché. Etant dominée, elle se déclare en outre contrainte à adopter une position de suiveur <sup>505</sup>. Le groupe Lesaffre se réfugie quant à lui derrière la politique commerciale du groupe, laquelle impose aux filiales qui le composent des augmentations de prix identiques.

Le Conseil de la concurrence repousse ces deux arguments. Après avoir rappelé les conditions dans lesquelles un parallélisme de comportements peut être considéré comme l'indice d'une entente, il relève que la concurrence par les prix est possible dans ce secteur et que la stratégie de l'entreprise ne peut pas résulter de la poursuite d'un intérêt individuel : il n'est pas concevable que la société Lesaffre ait pris le risque de suivre une hausse pratiquée par deux entreprises membres du groupe concurrent, sans avoir reçu préalablement l'assurance que la dernière société de ce groupe suivrait également. Or, selon le Conseil, une telle assurance ne peut résulter que d'une entente.

**176.**Dans une affaire plus récente, la prise en considération de cette seconde excuse a effectivement abouti à mettre hors de cause les sociétés. Une réglementation européenne imposant la production de carburant sans plomb à octane recherche 95 se révèle mal adaptée aux véhicules français. Des raffineurs mettent au point un autre type de carburant sans plomb : le SP 98. Les sociétés pétrolières exigent que ce carburant soit commercialisé uniquement sous leur marque. La grande distribution, à laquelle les compagnies opposent un refus systématique de fourniture, dénonce une entente entre elles. Le Conseil n'admet pas cette thèse. Il estime que "*chaque compagnie pouvait souhaiter différencier le nouveau carburant sans plomb qu'elle mettait sur le marché ; pour chaque entreprise ayant adopté cette stratégie de différenciation, le succès était lié à la possibilité pour les*

---

<sup>504</sup> Décision du Conseil n° 89-D-08, du 22 mars 1989, B.O.C.C.R.F. du 22 avr. 1989. La Cour d'appel de Paris a rejeté les recours dirigés contre cette décision dans un arrêt du 15 nov. 1989, B.O.C.C.R.F. du 18 nov. 1989, p. 278. la Cour a cependant privilégié le recours à la preuve directe. Cf infra § 180, note 147.

<sup>505</sup> Allusion à la théorie du price leadership. Cf. § 173.

*consommateurs d'identifier les points de vente de son SP 98 ; dès lors elle pouvait trouver avantage à commercialiser son produit sous sa marque même si ses concurrents décidaient de ne pas adopter une stratégie identique."*

Le conseil en déduit qu'il n'est *'pas établi que le parallélisme de comportement observé résulte d'autres considérations que la poursuite de l'intérêt individuel de chacune des compagnies au moment où les circonstances du marché rendaient possible le lancement d'un nouveau produit* <sup>506</sup> .

## b2/ L'intérêt propre de l'entreprise en droit communautaire..

**177.** Les décisions ayant admis l'existence d'un intérêt légitime de l'entreprise sont assez rares. Il faut citer parmi celles-ci l'arrêt "Compagnie royale Asturienne des mines". Les deux sociétés requérantes figurent parmi les six plus grands importateurs de zinc dans la Communauté européenne. La Commission retient à leur encontre une concertation destinée à protéger le marché allemand. C'est dans ce but, aux dires de la Commission, qu'elles ont toutes deux suspendu leurs livraisons à un importateur belge. Saisie d'un recours contre cette décision, la Cour relève que le *"raisonnement de la Commission est fondé sur la supposition que les faits établis ne peuvent pas être expliqués autrement qu'en fonction d'une concertation entre les deux entreprises. En présence d'une telle argumentation, il suffit aux requérantes d'établir les circonstances qui donnent un éclairage nouveau aux faits établis par la Commission et qui permettent ainsi de substituer une autre explication des faits à celle retenue par la décision attaquée* <sup>507</sup> .

Les requérantes parviennent à établir ces circonstances : l'arrêt des livraisons à l'entreprise belge se justifierait par des considérations tirées des relations financières entre les diverses sociétés. La Compagnie asturienne en particulier a rompu ces relations avec son client parce qu'il *"retardait le règlement des factures impayées en raison de difficultés permettant de douter de sa solvabilité* <sup>508</sup> . La décision de la Commission est donc annulée.

---

<sup>506</sup> Décision n° 92-D-56 en date du 13 oct. 1992 relative aux conditions de commercialisation du supercarburant sans plomb à l'indice d'octane recherche 98 (SP 98), B.O.C.C.R.F. du 5/11/92, p.344. La décision du Conseil a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 oct.1993, (B.O.C.C.R.F. du 6/11/93, p. 299) .

<sup>507</sup> Motifs 16 de l'arrêt de la C.J.C.E. du 28 mars 1984, aff. jointes 29 et 30/83, CRAM et RHEINZINK c/ Commission (COMPAGNIE ROYALE ASTURIENNE DES MINES), Rec. p. 1679.

<sup>508</sup> Conclusions de l'Avocat général Simone ROZES, Rec. p. 1712.

On voit que le simple constat d'un parallélisme de comportement ne suffit pas à établir la concertation. Il est alors nécessaire de compléter celle-ci par l'apport de moyens de preuve positifs. Certaines autorités les recherchent systématiquement.

## **2/ La preuve positive de la volonté concertante**

**178.** Des indices complémentaires positifs, directs ou indirects, peuvent être requis une fois le parallélisme constaté. En droit américain, de tels indices sont appelés "*plus factors*". Selon Monsieur VOGEL, les "*plus factors*" s'ajoutent aux comportements parallèles. Ils ont tous pour objet de révéler un accord de volontés entre les entreprises participantes<sup>509</sup>. Le droit américain ne connaît pas de système de preuves négatives. Il ne faut cependant pas surestimer son caractère protecteur : le juge se contente souvent de preuves complémentaires bien dérisoires. A l'inverse, on ne peut pas cacher la réticence très nette de certaines autorités françaises et communautaires à se contenter de preuves négatives. Le degré d'exigence dont elles font preuve n'est pas le même selon qu'il s'agit de démontrer l'existence d'une entente (a) ou l'adhésion à une entente préexistante (b).

### **a/ La preuve positive de l'existence d'une entente**

**179.** Deux sortes d'éléments peuvent être utilisés pour compléter l'indice que constitue le parallélisme comportemental. La Cour de Justice, qui fait une large part à la preuve structurelle, étaye souvent sa démonstration d'éléments complémentaires issus de l'étude du comportement des acteurs<sup>510</sup> et des procédés utilisés pour parvenir à une action uniforme. Ainsi, dans l'affaire des matières colorantes, a-t-elle pris soin de relever la connexité des hausses de prix, leur caractère général, ainsi que le caractère public et préalable des annonces de hausse. Ce faisceau d'indices convergents allait dans le sens de la présomption. De même, dans l'affaire "Industrie européenne du sucre", la Cour a examiné avec beaucoup d'attention les indices matériels que lui fournissait la Commission : télex, procès verbaux de réunions...

---

<sup>509</sup> Op. cit. p. 198.

<sup>510</sup> Cf l'argument de **R. JOLIET**, qui considère que c'est l'argumentation économique qui est là pour étayer l'analyse comportementale, " La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative ", C.D.Europ. 1974, p.251.

D'une façon générale, la Commission des Communautés semble attacher plus de poids à la recherche d'indices positifs. Cela apparaissait déjà dans l'affaire des matières colorantes ; cela s'est vérifié par la suite. Dans sa décision du 7 décembre 1988 relative à l'affaire "Verre plat"<sup>511</sup>, la Commission a accordé peu d'importance aux indices de structure. Elle s'est employée au contraire à démontrer les volontés collusives, soit directement, en faisant état de réunions et en produisant des notes émanant des participants, soit indirectement, en se fondant notamment sur l'identité persistante des tarifs et des rabais. Il fut cependant reproché à la Commission un choix orienté des documents, justifiant une annulation de sa décision en de nombreux points <sup>512</sup>.

**180.**La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation semblent également privilégier la preuve positive de la concertation. Dans l'affaire de "la levure fraîche de panification" que nous avons déjà mentionnée, la Cour d'appel <sup>513</sup>, après avoir exposé la méthode de preuve négative utilisée par le Conseil (le parallélisme de comportement ne pouvait s'expliquer ni par les conditions de fonctionnement du marché, ni par la poursuite de l'intérêt individuel des entreprises), conclut d'une certaine manière à son inutilité. Selon elle, il n'est "*pas indispensable d'examiner ces points dès lors que l'examen des documents saisis démontre que, loin de déterminer leur politique de prix de manière autonome, (les deux offreurs) ont été conduit à définir ensemble une stratégie commune à l'égard des négociants.*"

La Cour recherche des éléments de preuve matériels : elle fait état de réunions au cours desquelles les entreprises ont été amenées à définir ensemble cette stratégie, de notes émanant des intéressées, et d'un procès verbal mentionnant le "*large échange de vues* " ayant eu lieu entre les participants. Elle relève également le caractère notoire de l'entente. C'est alors seulement qu'elle conclut à l'existence de la concertation.

Cette recherche directe et positive des volontés collusives est approuvée par la Cour de Cassation <sup>514</sup>. Après avoir repris la motivation de la Cour d'appel, elle énonce, dans un attendu révélateur, que "*par ces seuls motifs* , la Cour d'appel, répondant aux conclusions

---

<sup>511</sup> Décision du 7 déc. 1988, JOCE n° L 33 du 4/02/89, p. 44.

<sup>512</sup> Arrêt du T.P.I. C.E. du 10 mars 1992, aff. jointes T-68, 77 et 78/89, SOCIETA ITALIA VETRO et autres, dit "VERRE PLAT", Rec. II 1403, et J.D.I. 2, 1993, p. 458. Nous reviendrons sur cet arrêt dans l'étude critique des solutions retenues. Le manque de rigueur probatoire de la Commission a également été stigmatisé dans l'affaire "Pâte de Bois", précitée, § 42.

<sup>513</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 nov.1989 relatif au pourvoi formé par les sociétés Gist Brocades et Cie contre une décision du Conseil de la concurrence n° 89-D-14, du 22/03/89, B.O.C.C.R.F. du 18/11/89, p. 278. Affaire précitée § 175.

<sup>514</sup> Cass. Comm. 14 janv. 1992, Société industrielle Lesaffre et autres, B.O.C.C.R.F. du 1/02/92, p. 56.

*invoquées, a retenu qu'il y avait concertation entre les fabricants ayant pour objet de faire échec à toute baisse de prix émanant des négociants ."*<sup>515</sup>

La différence d'approche entre l'autorité administrative et les autorités judiciaires semble patente. Alors que le Conseil n'utilise les indices matériels qu'à titre accessoire, afin de corroborer l'existence de l'entente, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation en font un usage central.

**181.** Il est cependant possible de déceler une évolution dans la pratique décisionnelle du Conseil. Dans une décision du 5 octobre 1993, celui-ci semble affirmer l'insuffisance des preuves négatives de concertation <sup>516</sup>. Il relève que différentes entreprises se sont retrouvées systématiquement moins disantes lors d'appels d'offres lancés par la ville de Toulouse et ont régulièrement obtenu les marchés passés par la ville pour la construction, la transformation et l'aménagement des trottoirs au cours des années 1988 à 1991. Ce *"choix répété des entreprises (...) de faire porter leurs efforts sur les seuls et mêmes cantons, qui ne reflète pas les conditions d'un marché concurrentiel et qui ne peut s'expliquer ni par l'implantation des entreprises, ni par les caractéristiques des travaux, s'il ne peut constituer, à lui seul, une preuve d'entente anticoncurrentielle, constitue néanmoins une présomption d'existence d'une répartition tacite des différents lots entre les entreprises au cours de la période examinée."*

La démonstration d'un parallélisme comportemental inexplicable (preuve négative) est jugée ici insuffisante. Elle est complétée par l'apport de documents manuscrits (preuve positive). A notre connaissance, aucune décision du conseil n'est venue à ce jour ni

---

<sup>515</sup> (*Le passage en gras est souligné par nous*)

<sup>516</sup> Conseil de la concurrence, décision n°93-D-39, du 5 oct. 1993, Appels d'offre lancés par la ville de Toulouse, B.O.C.C.R.F. du 4/12/93, p. 321 et Rapport d'activité pour 1993, annexe n° 46, p. 274. L'appel formé contre cette décision a été rejeté par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p. 234.

conforter ni contredire cette analyse <sup>517</sup>.

**182.**Le contentieux dont il a été fait état laissait souvent aux juges un choix “argumentaire” : face à une double possibilité de preuve négative et positive de la concertation, les juges donnent simplement préférence à la dernière. Ils ne lui confèrent cependant aucun caractère exclusif. Tout au plus peut-on conclure à une inversion dans la hiérarchie qui existe entre preuves positives et preuves négatives. Le Conseil de la concurrence étaye sa démonstration, principalement fondée sur l'analyse des structures du marché, en recourant à des indices positifs (P.V. de réunions...). La Cour d'appel étaye la sienne, essentiellement fondée sur des indices positifs, par un examen accessoire de l'intérêt de l'entreprise et des mécanismes du marché. Elle ne confère ainsi à la preuve positive aucun caractère exclusif.

Lorsqu'il s'agit de démontrer l'adhésion à une entente préexistante et non plus l'existence même d'une entente, les juges et autorités se montrent peu exigeants.

---

<sup>517</sup> La récente décision relative au SECTEUR DE LA PUBLICITE peut éventuellement être interprétée dans le même sens. Sont examinées différentes pratiques bilatérales d'entente entre intervenants sur ce secteur (essentiellement les acheteurs et vendeurs d'espaces publicitaires). Ce n'est pas la preuve de ces accords bilatéraux qui nous intéresse ici. La singularité de l'affaire réside dans la preuve de l'existence d'une entente généralisée entre les différents opérateurs, induite de la présence de ces multiples ententes bilatérales. Le Conseil estime que cette preuve n'est pas rapportée : *"Considérant que si, d'une part, les supports, et, d'autre part, les acheteurs d'espace en cause ont adopté des comportements parallèles en mettant en oeuvre des ententes bilatérales prohibées, le parallélisme de comportement ainsi constaté entre les supports et les acheteurs d'espace est, à lui seul, insuffisant pour établir l'existence d'une entente prohibée entre l'ensemble des supports et entre l'ensemble des acheteurs d'espace ou, a fortiori, entre l'ensemble des acteurs économiques sur les marchés en cause ; qu'aucun autre élément du dossier ne permet d'établir que chacune des multiples ententes élevées auraient été mises en oeuvre à la suite d'une concertation explicite entre ses auteurs et les participants aux autres ententes ; que le fait que chacun des participants à une entente bilatérale prohibée ne pouvaient ignorer, notamment à la suite de la publication de l'avis du Conseil de la concurrence n° 87-A-12 en date du 18 décembre 1987, que la mise en oeuvre de telles ententes était non seulement anticoncurrentielle mais aussi généralisée dans le secteur de la communication publicitaire, cette circonstance est insuffisante à établir l'existence d'une entente tacite entre l'ensemble des entreprises en cause..."* ; (Conseil conc. 93-D-59, B.O.C.C.R.F. 29 mars 1994, p. 107).

## **b/ La preuve moins rigoureuse de l'adhésion à une entente**

**183.** On qualifie d'adhésion "(l')acte unilatéral par lequel une personne se rallie à une situation juridique déjà établie (statut, concordat, convention) en devenant, le plus souvent, membre d'un groupement préexistant (association, syndicat, etc.) dont elle n'était pas, à l'origine, signataire"<sup>518</sup>. Dans notre hypothèse, une entreprise se joint volontairement à une entente dont les modalités sont déjà arrêtées. Elle aligne délibérément son comportement sur celui des instigateurs de l'entente, avec l'assentiment de ces derniers.

**184.** La célèbre affaire "des carburants Corses" illustre une méthode probatoire assez lâche lorsqu'est dénoncé un alignement sur une entente préexistante.

La Corse est approvisionnée en carburant par les six principales compagnies pétrolières (Total, Elf-Antar, Shell, Esso, BP, et Mobil), à partir de dépôts exploités par une filiale commune. La distribution de carburant est effectuée par des pompistes indépendants, des gérants libres de stations-service et par les mandataires ou commissionnaires des compagnies pétrolières. Une enquête de la D.G.C.C.R.F. révèle un parallélisme absolu des prix de vente à la consommation au cours des années 1985 et 1986 (après la libération des prix). L'enquête fait apparaître une entente à l'initiative des syndicats des distributeurs et revendeurs de carburants. Le Conseil parvient à la même conclusion dans une décision du 3 mai 1989<sup>519</sup>. L'indice que constitue le parallélisme de prix est en effet corroboré par d'autres éléments : ordre du jour et P.V. d'assemblées générales, diffusion de prix à pratiquer, échanges d'informations...

L'attitude des six compagnies pétrolières est plus délicate à apprécier. Elles ne semblent pas avoir participé à la concertation, mais elles ont aligné leurs prix sur ceux des membres des syndicats. Les compagnies soutiennent qu'il s'agit là d'alignements unilatéraux, justifiés par un souci de préserver leurs marges dans un marché peu concurrentiel (absence de grandes surfaces). Le Conseil leur oppose que "*...s'il est vrai que le fait de s'aligner sur un concurrent déterminé peut, dans certaines circonstances, ne pas être illicite, en revanche, le fait (...) de s'être alignée(s) systématiquement sur des prix dont elle(s) n'ignorai(en)t pas qu'ils ne résultaient pas du jeu de la concurrence est assimilable à une adhésion à une entente anticoncurrentielle et est constitutif d'une pratique prohibée par les dispositions de l'ordonnance : que (les sociétés) ne saurai(en)t*

---

<sup>518</sup> Vocabulaire juridique de l'association H. Capitant, publié sous la direction de G. CORNU.

<sup>519</sup> Décision n° 89-D-14 du 25 avril 1989, relative à la distribution des CARBURANTS DANS LA REGION CORSE, B.O.C.C.R.F. du 3 mai 1989, et Rapport d'activité 1989, annexe n°21, p. 55.

*invoquer (leur) faible part du marché pour justifier cette pratique d'alignement, dès lors que celle-ci relevait d'une politique délibérée de ne pas développer sa part de marché en faisant jouer la concurrence par les prix..."*

Les syndicats, exploitants et compagnies sont condamnés à des amendes d'un montant total de plus de 2 millions.

Ainsi, malgré une pétition de principe contraire et d'ailleurs non étayée, le Conseil condamne le principe d'une politique suiviste : les entreprises n'avaient eu pourtant aucun contact. Cette décision réalise une rupture incontestable avec le droit antérieur. Aucune décision, ni française, ni communautaire n'avait été à ce point radicale. Bien plus, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 29 juin 1988, avait suivi l'analyse de son avocat général qui considérait que le parallélisme de comportement constaté dans cette affaire *"ne peut être regardé comme une manifestation de volonté de se joindre à une action concertée mais (...) comme le signe habituel d'une volonté d'alignement sur les marques pilotes du marché"* <sup>520</sup>. On pouvait donc raisonnablement penser que la motivation du Conseil allait être censurée en appel.

Il n'en a rien été. En l'absence de tout élément de preuve matériel, la Cour estime *"qu'en s'alignant sur des tarifications qu'elles savaient concertées, lesdites compagnies avaient renoncé à suivre une politique commerciale autonome..."*<sup>521</sup>. Elle se contente de mettre hors de cause la société Esso, dont il est démontré qu'elle n'a adhéré à l'entente que sous la pression de graves menaces <sup>522</sup>. Le pourvoi formé contre cette décision est rejeté <sup>523</sup>. Le simple alignement conscient sur une entente semble désormais suffire à établir l'existence des volontés collusives <sup>524</sup>. Cette politique encourt la critique.

---

<sup>520</sup> Conseil d'Etat 4e et 1ère ss section, 29 juin 1988, société Orlande, Conclusions de Mme LAROQUE, J.C.P. éd. G. 1989, II n° 21198.

<sup>521</sup> Arrêt Cour d'appel de Paris du 9 nov. 1989, relatif au recours formé par les sociétés B.P. France, Esso, pétroles Shell, Elf Corse et autres, B.O.C.C.R.F. du 18/11/89, p. 275.

<sup>522</sup> Cf. paragraphe 1 du présent chapitre, §155, p.137 (note 73).

<sup>523</sup> Cass. Comm. 8 oct. 1991, Sté B.P. France et autres, J.C.P. éd. G; 1993, II n° 22095 (note **H. SYNVE**T).

<sup>524</sup> La récente affaire relative au secteur de la publicité n'est pas de nature à atténuer les inquiétudes que cette jurisprudence suscite (Décision n° 93-D-59 du 15 déc. 1993, B.O.C.C.R.F. du 29 mars 1994, p. 107 à 134 ). L'objet des poursuites est double. Le Conseil relève tout à la fois une exploitation abusive d'un état de dépendance économique et différentes pratiques d'ententes bilatérales entre offreurs et acheteurs d'espace publicitaire et entre centrales d'achat, relatives à la fixation des conditions tarifaires et de facturation. L'ensemble de ces pratiques a été sanctionné par le Conseil. Celui-ci a en revanche estimé que la preuve



*c - CRITIQUES A L'USAGE DU PARALLELISME DE COMPORTEMENT COMME INDICE  
DE CONCERTATION*

**185.** Plusieurs griefs peuvent être formulés à l'encontre de la pratique décisionnelle qui vient d'être exposée. L'analyse de la structure du marché est de nature économique, et par conséquent empirique et aléatoire (a). La référence à la rationalité de l'entreprise repose sur des présupposés contestables (b). Elle oblige indirectement les entreprises à se faire concurrence (c). Enfin, le recours au parallélisme comportemental comme indice de concertation aboutit à renverser la charge de la preuve (d).

**1/ Les aléas de la preuve économique**

**186.** La preuve par présomption est d'utilisation délicate en droit de la concurrence car elle requiert un raisonnement d'ordre essentiellement économique. A été évoquée la nécessaire collaboration entre juristes et économistes. Cette collaboration reste conflictuelle lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve d'une concertation.

L'économiste conteste souvent la qualité de l'analyse économique retenue par le juriste. Ce fut le cas dans l'affaire "des Matières colorantes". Certains économistes ont reproché à la Cour de Justice de s'être contentée "*d'une description très sommaire de*

---

d'une entente, non plus bilatérale, mais généralisée, n'était pas rapportée. Il a en effet considéré que "*le fait que chacun des participants à une entente bilatérale prohibée ne pouvait ignorer, (...), que la mise en oeuvre de telles ententes était non seulement anticoncurrentielle mais aussi généralisée est insuffisant (...)* à établir l'existence d'une entente tacite entre l'ensemble des entreprises en cause..."

Une lecture rapide pourrait laisser croire à une évolution dans le sens d'une plus grande rigueur probatoire : la simple conscience du parallélisme comportemental est jugée insuffisante. Mais c'est de la preuve de l'existence d'une entente qu'il s'agit ici, et non de la preuve d'un alignement sur une entente préexistante.

Deux détails méritent en outre d'être notés : la longueur de la décision (25 pages !) et le temps séparant l'adoption de la décision de sa publication (plus de trois mois).

*certain aspects structurels du marché”* <sup>525</sup>.

Le juriste quant à lui souligne l'aléa de la preuve économique <sup>526</sup>. Le problème des ententes oligopolistiques est révélateur de cet aléa. Messieurs TURNER et POSNER développent des théories contradictoires à leur propos. Le premier analyse le parallélisme comportemental comme le fruit de l'interdépendance entre les entreprises. C'est là la doctrine dominante ; elle a déjà été exposée. Le second analyse le parallélisme comme la conséquence d'une collusion tacite entre oligopoleurs. Il faut donc se garder de toute application mécanique d'une théorie. C'est pourquoi l'on reproche parfois à la Cour le principe même du recours à une analyse structurelle. Celle-ci est fondée sur la prise en considération d'un marché parfaitement théorique et dont le caractère contraignant à l'égard des entreprises participantes fait l'objet de divergences doctrinales. Bien plus, dans l'affaire “des matières colorantes”, *“les experts et contre experts avaient déposé des conclusions “diamétralement opposées” au point que l'avocat général n'avait pu qu'en “retirer le sentiment” que les seules caractéristiques du marché des colorants ne permettaient pas d'expliquer les hausses de prix uniformes* <sup>527</sup>.

La Commission des Communautés européennes a en outre affirmé, dans la décision “Verre Plat” du 7 décembre 1988 <sup>528</sup>, que l'existence d'un oligopole étroit n'était pas exclusive de la concertation. Un marché est plus ou moins oligopolistique. La contrainte comportementale qu'implique l'oligopole peut se doubler d'une concertation destinée à la parfaire. Ceci est de nature à jeter le trouble sur la notion d'immunité oligopolistique.

**187.** Il résulte de ces imperfections qu'en l'état actuel de la jurisprudence des entreprises se trouvent sanctionnées pour avoir adopté des comportements collusifs largement conditionnés par la structure du marché. En effet, *“ il apparaît que dès lors que la probabilité d'une concertation, même restreinte, est démontrée, son émergence constituera le plus souvent par elle-même une preuve suffisante du caractère imparfaitement oligopolistique du marché. Des formes atténuées ou virtuelles de*

---

<sup>525</sup> **R. JOLIET**, “La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative” , C.D.E. 1974, p. 251. Selon M. JOLIET, à cour n'aurait utilisé les arguments économiques qu'à titre superfétatoire.

Voir également les critiques de **M. WATHELET**, “Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole, Le cas des matières colorantes” , R.T.D.E. 1975, p.63.

<sup>526</sup> Cf notamment **Mme BOUTARD-LABARDE**, Thèse précitée, p. 277 s. ; **L. VOGEL**, Thèse précitée, p. 187, ainsi que les différentes références citées à ce propos dans le chapitre 1.

<sup>527</sup> **A. PERROT** et **L. VOGEL**, “Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement” , J.C.P. éd. E, 1994, I n° 299

<sup>528</sup> Décision IV /906, VERRE PLAT, J.O.C.E. n°L. 33 du 4 fév. 1989, p. 44.

*concertation sont saisies qui en principe n'atteignent pas le degré de collusion requis pour constituer une entente* "529.

L'on est proche de l'analyse développée par R.A. POSNER. Pour celui-ci, "*l'absence de preuve (de l'existence de communications) est un détail si les preuves économiques (du mauvais fonctionnement du marché) sont suffisamment convaincantes*"<sup>530</sup>. Il y a une dangereuse déviation dans l'exercice du contrôle. Les analyses économiques sont rarement pleinement convaincantes car les théories économiques sont mouvantes. C'est même là leur particularité. L'économie n'est pas une science exacte. Ce qui était incontestable hier est aujourd'hui remis en cause, et les certitudes d'aujourd'hui seront ébranlées demain. L'étude de la règle de raison a témoigné de cette réversibilité. On ne peut donc que s'associer aux auteurs qui estiment que "*de telles incertitudes, peut-être admissibles sur le plan théorique, ne le sont plus dès lors qu'il s'agit de rendre une décision fondée sur une règle assortie de sanction*"<sup>531</sup>.

**188.** Il n'est pas question de nier l'utilité de l'analyse économique. La plupart des juristes reconnaissent sa nécessité et son efficacité. Ils déplorent simplement l'utilisation qui en est faite, attentatoire à la sécurité des entreprises. Les autorités judiciaires et administratives doivent profiter des enseignements de la théorie économique, mais ils doivent rester circonspects dans leur utilisation. Madame BOUTARD-LABARDE préconise par exemple, "*à partir du moment où les conditions de réalisation de la contrainte oligopolistique ne peuvent être déterminées, in abstracto, de manière précise et sûre*", que le doute bénéficie aux entreprises<sup>532</sup>. L'auteur se rapproche en cela de la jurisprudence allemande. Dans ce pays, "*les exigences en matière de preuve sont aussi strictes que dans le cas d'une procédure pénale, ce qui signifie que les autorités chargées de la surveillance des ententes et le tribunal doivent acquérir un degré de certitude jugé suffisant au regard de l'expérience et excluant tout motif de doute raisonnable. Le principe du droit pénal selon lequel tous les motifs de doute subsistant en fait sont retenus en faveur de la partie mise en cause s'applique également dans ce type de procédure. La nécessaire certitude ne peut en général être acquise au moyen de données économiques*"

---

<sup>529</sup> M. C. BOUTARD-LABARDE, "Le droit de la distribution dans la C.E.E." Thèse précitée, p. 204.

<sup>530</sup> R.A. POSNER, "Antitrust Law. An economic perspective", The University of Chicago Press, cité par M. GLAIS et P. LAURENT, op. cit. p. 231.

<sup>531</sup> A. PERROT et L. VOGEL, article précité.

<sup>532</sup> M.C BOUTARD-LABARDE, Thèse précitée, p. 278.

Voir cependant R. HOUIN et M. PEDAMON, pour lesquels "*dans le doute, les autorités chargées du contrôle s'abstiennent de conclure à l'existence d'une entente*", Droit commercial, 9<sup>ème</sup> éd., n° 453, p.572. Le point de vue paraît optimiste.

*empiriques* <sup>533</sup>.

Ce n'est pas un "alignement" sur le droit allemand qui est préconisé <sup>534</sup>. L'analyse structurelle, empirique, et donc ignorée du droit allemand, s'avère parfois nécessaire. L'affaire du "Verre Plat" en témoigne <sup>535</sup> : en refusant de procéder à cette analyse, la Commission a pris le risque que la force probante des éléments matériels de concertation qu'elle avait réunis soit contestée. Une enquête sur la structure du marché peut être un bon complément des indices matériels, car *"les caractéristiques structurelles ne peuvent faire l'objet de manipulations de la part d'éventuels coalisés"* <sup>536</sup>. Une telle enquête autorise à ce qu'il soit conclu à l'existence d'une entente, alors que les éléments de preuve positifs (documents écrits, témoignages, aveux...) sont en eux-mêmes insuffisants pour l'établir. L'important est en fait que l'analyse structurelle ne soit jamais seule développée. Seule la conjugaison des indices positifs et des indices négatifs paraît garante d'une méthode probatoire rigoureuse. En l'absence de tout élément de preuve positif, l'existence de la concertation doit être considérée comme non démontrée <sup>537</sup>.

## 2/ La référence contestable à la rationalité de l'entreprise

**189.** Cette référence soulève deux difficultés, l'une relative au bien fondé de l'analyse retenue, l'autre au fait que l'autorité de contrôle est conduite à substituer son appréciation de la politique commerciale qu'il convient d'adopter à celle de l'entreprise.

---

<sup>533</sup> **A. KNOCHENHAUER**, "La preuve de l'existence de pratiques anticoncurrentielles en droit allemand", R.C.C. n°78, mars-avril 1994, p. 45.

<sup>534</sup> Soulignons que le droit pénal français admet les preuves circonstancielles.

<sup>535</sup> Arrêt du T.P.I. du 10 mars 1992, aff. T-68, 77 et 79/89, SIV c/ Commission, Rec. II, p. 1403 et J.D.I. 2, 1993, p. 459.

<sup>536</sup> **M. GLAIS et P. LAURENT** ("Traité d'économie et de droit de la concurrence", 1983, p. 240). Les auteurs estiment que l'analyse structurelle doit constituer le "noyau dur" de toute démonstration en matière d'entente. Ce qui importe à notre sens n'est pas de déterminer laquelle des deux analyses, comportementale ou structurelle, doit être considérée comme essentielle ou complémentaire. L'important est que l'analyse structurelle soit "corroborée" par des indices positifs, recherchés avec soin. La Commission, qui avait fait preuve d'un certain laxisme dans une affaire récente, s'est fait rappeler à l'ordre (cf affaire Pâte de bois du 31 mars 1993, précitée)

<sup>537</sup> En ce sens, cf **A. PERROT et L. VOGEL**, pour lesquels *"le recours à la présomption est sans doute une condition d'efficacité du droit de la concurrence. La sécurité des entreprises et la logique interne des règles relatives aux ententes, qui visent avant tout à policer le comportement des opérateurs, devraient cependant conduire à n'admettre au titre des preuves complémentaires que celles fondées sur les comportements volontaires des entreprises."*, article précité.

La détermination de ce qu'est l'intérêt rationnel de l'entreprise paraît une tâche bien délicate *"car les conséquences de comportements rationnels possibles sont multiples, les objectifs poursuivis variant en fonction de l'horizon temporel et de la stratégie adoptée "*<sup>538</sup>. Les autorités de la concurrence ne semblent pas prendre en considération cette pluralité d'objectifs. Pour juger de ce qu'elles supposent être l'intérêt individuel des entreprises, elles partent du postulat que celles-ci ont nécessairement pour but d'accroître leurs parts de marché. Tel n'est pas forcément le cas. Les entreprises peuvent privilégier d'autres finalités : recherche de la survie de l'entreprise ou simple volonté de rentabiliser les investissements, recherche de la satisfaction des dirigeants et du personnel...

Les autorités régulatrices ont sans doute également une idée préconçue de ce que doit être la réaction d'une entreprise aux comportements effectifs et surtout prévisibles (selon elles) de leurs concurrents. Dans l'affaire de la levure fraîche de panification, le fait pour l'entreprise Lesaffre d'avoir aligné ses prix sur les membres d'un groupe concurrent pouvait résulter d'un calcul purement rationnel. Il est plausible qu'elle ait présumé que toutes les filiales du groupe adopteraient le même comportement tarifaire. Elle peut donc avoir jugé que s'aligner sur ce comportement ne comportait qu'un risque mineur. Il est impossible d'affirmer avec certitude qu'elle avait reçu préalablement l'assurance d'une uniformité effective dans le comportement des différentes filiales<sup>539</sup>. Le Conseil ne semble pas avoir tiré toutes les conséquences du *"loisir "* qu'il reconnaît *"à chaque opérateur de tenir compte du comportement actuel ou prévisible de ses concurrents "*<sup>540</sup>. Les autorités de contrôle ne reconnaissent véritablement aux opérateurs ni le droit à l'irrationnel (ou à l'incompétence), ni le droit à l'extrême finesse d'analyse.

**190.**Le second inconvénient qui s'attache à cette méthode est d'obliger les autorités à substituer leur appréciation à celle de l'entreprise. Au vu des caractéristiques du marché, de la situation de l'entreprise, de ses coûts d'exploitation..., il est décidé péremptoirement de la politique commerciale à suivre. Toute déviance par rapport au modèle défini est suspecte. Monsieur DECOCQ dénonce cette entorse au libéralisme, qu'il soupçonne d'être le signe d'une *"nostalgie du temps où la loi habilitait l'administration à se flatter de*

---

<sup>538</sup> **A. PERROT et L. VOGEL**, article précité, n°19.

<sup>539</sup> En ce sens, cf **L. VOGEL**, "Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France", J.C.P. éd. G, I n° 3470.

<sup>540</sup> Citation extraite de la décision 89-D-08, LEVURE FRAÎCHE DE PANIFICATION, Rapport pour 1989, p. 40. Cette formule semble l'écho en France du droit à "l'adaptation intelligente" reconnue aux entreprises par les autorités communautaires (affaire SUCRE, C.J.C.E. 16 déc. 1975, Rec. 1663.)

déterminer objectivement les marges bénéficiaires des entreprises "<sup>541</sup>.

Notre propos n'est pas d'inciter les autorités de la concurrence à laisser toute latitude aux acteurs économiques. Il est de relever le risque d'arbitraire et de parti pris qui s'attache à certaines méthodes. C'est d'autant plus contestable qu'il ne s'agit pas ici de prendre une mesure dans l'intérêt de l'entreprise <sup>542</sup>, mais de la sanctionner <sup>543</sup>. Cela impose beaucoup de circonspection et de rigueur dans l'établissement de la preuve d'une pratique anticoncurrentielle.

### **3/ L'obligation faite aux entreprises de se faire concurrence**

**191.** Deux affaires serviront de cadre de réflexion : l'affaire des "carburants corses" et l'affaire "Solvay", respectivement développées en droit français et en droit communautaire.

**192.** Dans la première, il était reproché aux compagnies pétrolières d'avoir adhéré unilatéralement à une entente tarifaire élaborée par les syndicats de revendeurs de carburants. Parce qu'elles ne pouvaient ignorer que le parallélisme tarifaire était issu d'une concertation, les compagnies auraient dû refuser de s'aligner sur lui et combattre l'entente en adoptant une politique commerciale autonome.

Se révèle ici le poids de la condition d'autonomie, condition à laquelle le droit français semble très attaché. On exige des acteurs qu'ils se fassent concurrence en adoptant des comportements dissemblables ; on fait peser sur eux "*une obligation positive : mener une politique de nature à favoriser le rétablissement de la concurrence* " <sup>544</sup>. Ce sont donc les entreprises qui, d'une certaine façon, doivent faire la police de la concurrence, en exerçant une action régulatrice, en faisant "*éclater une entente constituée*

---

<sup>541</sup> **A. DECOQ**, "Alignement du comportement, actions et pratiques concertées en droit de la concurrence", Gaz. Pal. 21-23 mars, doct. p. 4.

<sup>542</sup> Comme cela peut être le cas en droit des sociétés. L'on pense notamment à la nomination d'un administrateur provisoire en cas d'incident grave dans le fonctionnement de la société.

<sup>543</sup> Des sanctions pécuniaires de 3 500 000 F. et de 1.500 000 furent infligées respectivement aux sociétés du groupe Lesaffre et à la société Gist Brocades.

<sup>544</sup> **H. SYNVET**, note sous Cass. Com. 8 oct. 1991, Sté BP France, J.C.P. 1993, éd. G., II n° 22095.

*en dehors d'elles* <sup>545</sup>. Une autorégulation est préconisée, laquelle doit s'exercer conformément aux prescriptions de l'ordre public concurrentiel. "L'entente" est ici sanctionnée par une amende. Il aurait été intéressant que le Conseil procède par voie d'injonction. Quel aurait pu être le contenu de celle-ci sinon de cesser la pratique d'alignement, et donc d'adopter un comportement différencié ? Pourtant, *"dans un cadre oligopolistique, l'hypothèse d'indépendance (dans la prise de décisions) ne peut être interprétée comme exigeant que les vendeurs se fassent concurrence comme si leurs sorts étaient indépendants, car ce serait nier le problème de l'oligopole lui-même"* <sup>546</sup>.

Le Conseil ne semble pas réellement prendre cette analyse en considération. En sanctionnant la simple perte d'autonomie comportementale et non la perte d'autonomie décisionnelle, il modifie le sens de l'élément intentionnel. Ce faisant, il en altère singulièrement le contenu et la fonction <sup>547</sup>.

**193.**L'affaire "ICI - SOLVAY" pose des problèmes analogues en droit communautaire. Les deux producteurs de soude ont toujours entretenu des relations commerciales. Ils furent longtemps associés par des accords formels. Le dernier fut résilié en 1972. Les deux groupes restèrent cependant unis par une stratégie mutuelle de non-concurrence. A cette abstention réciproque de commercialiser la soude sur le territoire de l'autre s'ajoutait la poursuite d'une certaine coopération commerciale, par le biais de réunions et de contrats d'approvisionnement.

C'est cette politique délibérée de non-concurrence que stigmatise la Commission dans une décision du 19 décembre 1990 <sup>548</sup>. Elle estime *"(qu'il) peut y avoir infraction à l'article 85 lorsque les parties, sans avoir établi d'accord exprès, déduisent un engagement de l'autre sur la base de son comportement"* <sup>549</sup>. Il est enjoint aux deux entreprises de mettre fin immédiatement à l'infraction.

Que signifie concrètement cette injonction? L'infraction est constituée par le choix

---

<sup>545</sup> H. SYNVET, note citée supra.

<sup>546</sup> E. H. CHAMBERLIN, "La théorie de la concurrence monopolistique", Paris, P.U.F. 1950, cité par M. GLAIS ("Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle", Revue de l'économie, 1987/1, p.75.)

<sup>547</sup> En ce sens, H. SYNVET, note précitée .

<sup>548</sup> Décision Commission C.E.E. du 19 déc. 1990, , aff. IV / 33. 133-A: CARBONATE DE SOUDE - SOLVAY, ICI, J.O.C.E. n° L 152 du 15 juin 1991, p. 1.

<sup>549</sup> Point 59 de la décision. Il est tentant de rattacher cette analyse au problème de l'acceptation tacite sur lequel nous reviendrons. La difficulté provient ici du fait qu'il ne s'agit pas d'une acceptation tacite. Il n'y a pas véritablement de pollicitant et d'acceptant. Et si l'offre existe, elle est elle-même tacite...

d'une politique de non-concurrence. En toute logique, y mettre fin signifie se faire concurrence : l'entreprise SOLVAY doit chercher à pénétrer le marché britannique tandis qu'ICI est appelée à concurrencer SOLVAY sur le marché continental. Cette obligation participe certainement d'une politique de concurrence efficace. Sa légitimité n'en est pas moins douteuse. Si l'on peut concevoir que soient réprimés les engagements, formels ou implicites, de répartition des marchés, on accepte plus difficilement que des pratiques d'abstention conscientes, mais non nécessairement concertées, soient ainsi contredites.

#### **4/ Le renversement de la charge de la preuve**

**194.**En principe, il appartient aux autorités de la concurrence d'apporter la preuve des volontés collusives. La Cour de cassation française l'a rappelé récemment <sup>550</sup>. De la même façon en droit communautaire, c'est la Commission qui a la charge de l'instruction <sup>551</sup>.

Le système de présomption dont il vient d'être fait état a pour conséquence d'inverser la charge de la preuve. Dans l'hypothèse d'un parallélisme de comportement jugé inexplicable par la Commission des Communautés ou par le Conseil de la concurrence, les entreprises doivent justifier leur comportement. Elles peuvent soit combattre l'analyse relative à la structure du marché, soit, ce qui est plus souvent le cas, invoquer un intérêt personnel réel. Rappelons les propos développés par la Cour de Justice dans l'arrêt "Compagnie royale asturienne des mines" : "*Le raisonnement de la Commission est fondé sur la supposition que les faits établis ne peuvent pas être expliqués autrement qu'en fonction d'une concertation entre les deux entreprises. En présence d'une telle argumentation, il suffit aux requérantes d'établir les circonstances qui donnent un éclairage nouveau aux faits établis par la Commission et qui permettent ainsi de substituer une autre explication des faits à celle retenue par la décision attaquée*" <sup>552</sup>.

Les termes rassurants de ce motif ("il suffit de") ne doivent pas tromper : ils tendent

---

<sup>550</sup> Cass. Comm. 12 octobre 1993, S.A. Concurrence et S.A. Vidéo France, B.O.C.C.R.F. du 15 janv. 1994, p. 3 : "(...) attendu que la preuve de pratiques anticoncurrentielles entrant dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence incombe à celui qui s'en prétend victime, ou aux autorités de la concurrence dans le cadre des enquêtes qui sont diligentées en application de l'article 47 de l'ordonnance..."

<sup>551</sup> Cf articles 9 à 14 du règlement 17/62. Cf également **M.C. BOUTARD-LABARDE**, "Enquêtes en vue de l'application des règles des articles 85 et 86, "Droits et devoirs des entreprises", Bruxelles, 1993.

<sup>552</sup> Motifs 16 de l'arrêt de la C.J.C.E. du 28 mars 1984, aff. jointes 29 et 30/83, CRAM et RHEINZINK c/ Commission (COMPAGNIE ROYALE ASTURIENNE DES MINES), Rec. p. 1679.



bien à faire peser sur les entreprises le risque de la preuve. Si celles-ci se montrent incapables d'apporter une explication rationnelle, elles seront condamnées. De nombreux auteurs relèvent ce phénomène, parfois pour le dénoncer. Ainsi Messieurs VON BAEL et BELLIS se demandent s'il est *"équitable de fonder une décision sur la seule supposition que les faits ne peuvent s'expliquer d'une autre manière. Il est en effet contestable que la Commission puisse, par la simple formulation d'une hypothèse logique, se débarrasser de la charge de la preuve au préjudice du défendeur à qui il reviendra de produire les éléments démontrant son innocence"* <sup>553</sup>.

Si la question mérite d'être posée, il faut néanmoins noter que ce renversement de la charge de la preuve est la conséquence logique d'un système de présomption <sup>554</sup>. Il est difficile de le condamner, sans condamner aussi le principe du faisceau d'indices et compromettre de ce fait l'action des autorités de contrôle, confrontées, rappelons-le, à une multitude de concertations informelles. Son admission inéluctable rend d'autant plus nécessaire un très haut niveau d'exigence dans la réunion du faisceau d'indices. Cette remarque, appliquée notamment au système de preuves dite "négatives", vaut également pour le recours à la "transparence artificielle" du marché comme preuve de la concertation.

## **PARAGRAPHE 2 : LA PERTE DE L'INCERTITUDE COMME PREUVE DE LA CONCERTATION.**

**195.** Nous avons déjà relevé les conditions posées par le Conseil de la concurrence pour que le processus concurrentiel puisse jouer <sup>555</sup>. Deux d'entre elles, les conditions d'incertitude et d'autonomie, apparaissent étroitement liées : c'est parce que les entreprises sont dans l'ignorance réciproque de leur stratégie commerciale qu'elles adoptent un comportement autonome. Confrontées au risque, elles sont condamnées à l'efficacité, celle-ci incluant la satisfaction du consommateur. Les entreprises sous-efficaces, c'est-à-

---

<sup>553</sup> I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, "Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne", Bruxelles 1991, p. 49. Voir également L. et J. VOGEL, "Le droit européen des affaires", Dalloz 1992, p. 71.

<sup>554</sup> Et ce malgré les dénégations de certains (cf avocat général DARMON dans l'affaire Pâte de bois, pour lequel *"la charge de la preuve ne saurait être renversée par la seule constatation d'un parallélisme de comportement"*, point 195 de ses conclusions). Ainsi que l'affirme M. J. DUPICHOT, *"le déplacement de la charge de la preuve constitue le trait essentiel de la preuve judiciaire."*, Juris-classeur civil, Contrats et obligations, "Présomptions", Fasc. 155, n° 81.

<sup>555</sup> Cf §166, p.148.

dire celles qui ne savent pas faire les bons pronostics face à une situation opaque, ne peuvent survivre <sup>556</sup>. A l'inverse, c'est la perte d'incertitude qui peut générer les rentes de situation, les inerties en matière de prix et, plus généralement, les parallélismes comportementaux.

**196.**La première hypothèse que nous avons envisagée (le parallélisme de comportements comme indice de concertation) se situe chronologiquement en aval de celle que nous allons maintenant étudier. Il ne s'agit plus de partir d'un comportement anormal constaté sur le marché mais d'intervenir "préventivement". C'est l'objet de la concertation qui est pris en compte. Cette dichotomie est fidèle à la structure des articles 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et 85, paragraphe 1, du Traité de Rome, lesquels distinguent précisément les ententes ayant pour effet d'altérer la concurrence et les ententes ayant simplement pour objet de le faire.

On pourrait supposer que se placer sur le terrain de l'objet procède d'une démarche plus civiliste. L'étude de la notion d'objet a cependant tenté de montrer qu'il n'était guère question d'intentionnalité <sup>557</sup>. Il s'agit encore d'analyse économique, plus que juridique. En effet, le traitement des échanges d'informations est tout autant empreint de théories économiques que l'est celui du parallélisme comportemental. Lui aussi requiert une analyse du marché et fait appel à des concepts économiques. Ainsi en est-il de la notion de transparence, essentielle au propos, dont le sens et la fonction ont été discutés. La transparence *"représente une situation de marché dans laquelle les acheteurs et les vendeurs possèdent chacun une connaissance parfaite de toutes les conditions de la production et des échanges "* <sup>558</sup>.

**197.**La réaction des autorités face aux échanges d'informations est symptomatique de la conception qu'elles défendent du fonctionnement de la concurrence. Les tenants d'une concurrence pure et parfaite recherchaient une transparence absolue du marché, c'est-à-dire un état où chaque opérateur est avisé immédiatement et totalement des conditions qui règnent sur celui-ci. L'adoption d'une conception pragmatique de la concurrence a révélé

---

<sup>556</sup> Cette conception, très malthusienne, est défendue par l'avocat VESTERDORF dans l'affaire du polypropylène. Cf **L. IDOT**, commentaire de cette décision au J.D.I. 1992/2, p. 485.

<sup>557</sup> L'expression "intentionnalité" est employée au sens psychologique du terme : *"Caractère d'une attitude psychologique intentionnelle adaptée à l'avenir proche, à un projet"* (Dictionnaire Petit Robert). La notion d'objet a été étudiée dans la 1ère partie, titre 1, chapitre 1, § 31.

<sup>558</sup> **M. GLAIS** et **P. LAURENT**, "Traité d'économie et de droit de la concurrence", 1983, p. 142.

les vertus de l'opacité <sup>559</sup>, "à la fois parce qu'elle est porteuse d'incertitude et parce qu'elle permet seule de valoriser l'ingéniosité commerciale, alors seulement protégée par un secret suffisamment durable (...)"<sup>560</sup>.

Tout échange d'informations n'est pas pour autant proscrit. Une distinction est opérée entre les échanges portant sur des informations d'ordre purement statistique, qui sont a priori licites <sup>561</sup>, les échanges d'informations techniques, qui peuvent s'intégrer dans un règlement d'exemption <sup>562</sup>, et les échanges portant sur des renseignements commerciaux normalement confidentiels (quantités produites ou vendues, prix, conditions générales de vente...<sup>563</sup>), les derniers sont regardés avec suspicion. Ils sont en effet susceptibles de fausser le jeu de la concurrence car le secret des affaires est supposé être "le vecteur même d'une partie de la rivalité concurrentielle" <sup>564</sup>, alors que "la connaissance précise du comportement concurrentiel des entreprises opérant sur le marché incite puissamment à l'alignement" <sup>565</sup>.

---

<sup>559</sup> Cf cependant **MM. GLAIS** et **LAURENT**, pour qui affirmer que la réduction de l'information peut être bénéfique est un contresens inacceptable : ce n'est pas l'atteinte à la transparence elle-même qui fait l'objet d'une tolérance de la part des autorités de contrôle, c'est la "transparence unilatérale", c'est-à-dire "la situation dans laquelle l'un des groupes de participants à un marché bénéficie des informations nécessaires.", op. cit. p. 143.

<sup>560</sup> **N. RENAUDIN**, "Transparence et concurrence", R.J.C. nov. 1993, n° spécial "Transparence", p. 89.

<sup>561</sup> Les organisations professionnelles participent souvent à leur élaboration.

L'ancienne Commission technique des ententes estimait que "la diffusion de statistiques est, en principe, libre et même bénéfique. Elle peut notamment contribuer au développement de la concurrence sur les marchés où celle-ci n'existe pas.", Rapport pour l'année 1976.

Cf également Rapport concurrence de la Commission des Communautés pour 1977, p.21 : "La communication de données statistiques n'est en principe pas critiquable du point de vue de la concurrence..."

<sup>562</sup> Les échanges sont fréquents dans le cadre d'accords de recherche et de développement. Ils sont licites à certaines conditions prévues par le règlement n° 418/85 du 19 déc. 1984.

Cf également communication de la Commission du 29 juill. 1968, relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, J.O.C.E. C 75 du 29 juill. 1968.

<sup>563</sup> Pour un exposé détaillé de ce problème, cf **I. VAN BAEL** et **J.F. VON BELLIS**, "Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne," Bruxelles 1991, p.486 s. et **M.C. BOUTARD-LABARDE**, "Le droit de la distribution dans la Communauté économique européenne", Thèse Paris, 1981, p. 244 à 254. Selon Mme BOUTARD-LABARDE, "le critère de l'illicéité du système d'échange d'informations est (...) l'identification possible des entreprises concernées", Thèse précitée, p. 248.

<sup>564</sup> **M. GLAIS**, "Quelques propos anticonformistes sur deux concepts "tabous" : discrimination et concurrence", Publications de l'A.F.E.C. du 1er avril 1992, p. 51.

<sup>565</sup> **M.C. BOUTARD-LABARDE**, Thèse précitée, p. 249.

**198.** Une décision récente de la Commission résume bien la politique suivie en la matière <sup>566</sup>. Des fabricants et importateurs de machines agricoles sur le marché britannique avaient conclu un accord d'échange d'informations sur le volume des ventes au détail et les parts de marché de chaque partie. Saisie d'une plainte pour entraves aux importations parallèles, la Commission estima que l'accord restreignait la concurrence interne et supprimait la concurrence cachée <sup>567</sup> :

*"(...) Sur ce marché très concentré, la "concurrence cachée" tient essentiellement à la part d'incertitude et de secret qui entoure l'état du marché et sans laquelle il n'est plus possible de livrer une concurrence efficace.*

*Préserver une part d'incertitude et de secret entre les fournisseurs est essentiel au maintien sur ce type de marché d'une concurrence active qui n'est possible que si chaque entreprise peut tenir son action secrète, voire entraîner ses concurrents sur une fausse piste.*

*Ce raisonnement, pour autant, n'ôte rien aux avantages de la transparence dans une situation de concurrence caractérisée par un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs (...)"*.

Ces développements liminaires ont pour objet de montrer les risques liés aux échanges d'informations. Ce risque justifie-t-il que l'on se contente de démontrer cet échange pour estimer établie l'entente, et partant, la volonté collusive? La question relative à la nécessité de condamner en tant que tels certains échanges d'informations, indépendamment de tout effet concret sur le marché, ne semble pas recevoir la même réponse en droit communautaire (A) et en droit français (B).

#### ***A - POSITION DES AUTORITES COMMUNAUTAIRES FACE A L'ECHANGE D'INFORMATIONS.***

**199.** Le droit communautaire fait preuve d'une grande fermeté à l'encontre des prises de contacts entre concurrents. Cette sévérité est ancienne et s'est bien exprimée dans les affaires "Sucre" du 16 décembre 1975. La Cour de Justice des Communautés avait alors considéré que " *s'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des*

---

<sup>566</sup> Décision Commission , aff. 92/157/CEE du 17 fév. 1992, UK AGRICULTURAL TRACTOR REGISTRATION EXCHANGE, JOCE n°L.68, du 13 mars 1992, p. 19.

<sup>567</sup> Points 36 à 43 de la décision .

*opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter ceux des concurrents, elle s'oppose en revanche rigoureusement à toute prise de contacts directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soit même sur le sur le marché”* <sup>568</sup>.

Cette formule, devenue une sorte de standard, fut par la suite systématiquement reprise par la Cour dans des hypothèses similaires d'échange d'informations. Ce n'est pourtant pas elle qui va nous intéresser ici. Cette décision se situait en effet dans le contexte d'atteintes avérées au fonctionnement normal du marché (existence de comportements suspects) et le problème de l'objet anticoncurrentiel de l'entente, s'il était posé, n'était pas résolu. La formule lapidaire de la Cour en 1975 laissait cependant augurer ce que serait la politique des autorités communautaires en la matière.

**200.** Il a fallu attendre "l'affaire du polypropylène" pour savoir si le simple échange d'informations pourrait suffire à laisser présumer la volonté collusive. L'affaire connut une ampleur retentissante.

Le polypropylène est un produit essentiel à l'industrie de transformation des matières plastiques. Le marché bénéficia d'une ascension continue jusqu'à la fin des années 1970, attirant de nombreux offreurs. Il stagna ensuite, contraignant les producteurs à réagir. Plutôt que de se combattre au risque d'éliminer les plus faibles, ils recoururent à une stratégie de survie en multipliant les réunions secrètes et les échanges d'informations. Les entreprises convinrent entre elles de la politique commerciale à adopter et fixèrent des prix cibles. Le système se caractérisait par une grande souplesse. Il a pourtant été condamné par la Commission, qui infligea aux producteurs des amendes pour un montant total de 57,85 millions d'écus <sup>569</sup>. Le Tribunal de première instance fut saisi d'un recours contre cette décision.

**201.** Les conclusions déposées par Monsieur VESTERDORF dans cette affaire offrent un résumé des positions doctrinales exprimées sur ce point et constituent l'annonce de la solution retenue. Derrière une apparente modération, l'avocat général défend un point de vue très défavorable aux entreprises. En premier lieu, Monsieur VESTERDORF prend soin de déterminer l'intérêt du litige. Il relève qu'il appartient pour la première fois au

---

<sup>568</sup> C.J.C.E. 16 déc. 1975, aff. jointes n° 40 à 48, 50, 54 à 56, 11, 113 et 114 /73, INDUSTRIE EUROPENNE DU SUCRE, Rec. p. 1663.

<sup>569</sup> Décision du 23 avril 1986, JOCE n°L. 230, du 18 août 1986, p. 1.

Tribunal “ *de se prononcer sur le point de savoir si la notion de pratique concertée au sens de l'article 85 recouvre également les hypothèses dans lesquelles la preuve qui a été rapportée vise, non pas des agissements précis et concrets sur le marché, mais seulement des réunions entre les opérateurs sur le marché, au cours desquelles ont été échangés des renseignements sur les prix, les quantités de production, ect..., qui sont normalement considérés comme confidentiels.* ”

La Commission avait répondu positivement à cette question, estimant que l'existence d'une pratique concertée se situait déjà au stade du contact entre concurrents, avant qu'ils interviennent sur le marché. La Commission posait cependant deux conditions à l'admission de l'infraction : les informations échangées devaient porter sur le comportement futur sur ce marché et une simple observation du marché ne devait pas suffire aux concurrents pour les discerner.

L'avocat général, tout en approuvant la solution finalement retenue, contredit cette analyse. Selon lui, trop peu d'éléments corroborent l'interprétation selon laquelle la concertation constituerait en soi une pratique concertée. Cette position semble jusque là de nature à rassurer les entreprises. Mais l'avocat général poursuit en relevant que la concertation constitue néanmoins l'élément central parce que les entreprises “*agiront ensuite sur le marché, nécessairement, et en général inévitablement , en tenant compte de ce qu'elles ont appris et de la discussion qui a eu lieu dans le cadre de la concertation .*”

On comprend difficilement la conciliation entre les deux axes de cette argumentation. Monsieur VESTERDORF estime d'une part, que “*dans le cas de la pratique concertée, il faut qu'il y ait un comportement de fait subséquent* ”, et, d'autre part, que “*s'il est établi qu'une concertation a eu un objet illicite et si (...) on peut partir de l'idée que les entreprises ont agi ensuite sur la base de cette concertation, même si la Commission n'a pas rapporté la preuve d'agissements concrets (une pratique), il est permis d'affirmer qu'il y a une pratique concertée.*” Comment ne pas relever la contradiction et ne pas considérer l'opposition de principe formulée à l'encontre de la position de la Commission comme de pure forme? Les hypothèses, mises en exergue par l'avocat général, où les entreprises ne seront pas poursuivies sont si peu probables qu'elles sont en réalité inexistantes. Citons celle d'une entreprise “*contrainte de se retirer du marché immédiatement après la concertation pour des raisons extérieures sans aucun rapport avec celle -ci, par exemple la destruction des installations de production.*”! L'accumulation des conditions posées fait de cet exemple une pure hypothèse d'école.

La conception défendue par Monsieur VESTERDORF aboutit à faire de l'échange

d'informations un indice suffisant de concertation <sup>570</sup>. Elle contrevient ainsi à l'exigence du faisceau d'indices. Le rôle de la volonté dans le processus de création de l'entente se délite. On objectera que la présomption posée n'est qu'une présomption simple. La possibilité reconnue aux entreprises d'établir que les informations tirées de la concertation n'ont pas été utilisées lors de la détermination de leur politique commerciale apparaît cependant théorique. Non seulement la charge de la preuve pèse sur elles, mais cette preuve peut être extrêmement difficile à rapporter <sup>571</sup>.

**202.** On voit que l'analyse développée par l'Avocat général n'est pas exempte de critiques. Le Tribunal de première instance l'a pourtant largement consacrée. Tout en se référant régulièrement à l'aspect suivi (ou non) d'effets des échanges d'informations, le Tribunal énonce que “ *dès lors qu'il est établi à suffisance de droit que la requérante a participé, régulièrement, (...), à ces réunions, celle-ci ne peut affirmer ne pas avoir souscrit aux initiatives de prix qui y ont été décidées, organisées et contrôlées, sans fournir d'indices de nature à corroborer cette affirmation. En effet, en l'absence de tels indices, il n'y a aucune raison de penser que la requérante n'aurait pas souscrit à ces initiatives, à la différence des autres participants aux réunions.* ”

A l'évidence, la seule perte de l'incertitude sur les stratégies des concurrents suffit aux juges. L'existence d'une réunion "démontre" à la fois la coordination et la coopération, absorbe l'élément matériel et l'élément intentionnel.

**203.** L'on a déploré, dans l'hypothèse d'un parallélisme comportemental avéré, le danger consistant à sanctionner des entreprises du seul fait qu'elles sont situées sur certains marchés. Le caractère décréé anormal de la structure de la concurrence justifiait la répression. Ici c'est l'atteinte simplement augurée au marché qui la justifie. En d'autres termes, les entreprises sont sanctionnées pour le simple risque de dysfonctionnement du processus concurrentiel que leurs rencontres provoquent. La notion de potentialité d'effet prend ici tout son sens.

L'aspect préventif d'un tel mécanisme est louable mais ne doit pas dissimuler le

---

<sup>570</sup> Cf déjà en 1981 les développements de **Mme BOUTARD-LABARDE** : "Ainsi, plutôt que l'alignement de comportements commerciaux, c'est la suppression du risque lors de la détermination de ces comportements qui constituent l'effet spécifique du système d'identification, effet qui suffit à lui seul à en justifier l'interdiction", in "Droit de la distribution dans la Communauté économique européenne", Thèse Paris, 1981, p. 251 .

<sup>571</sup> En ce sens, **L. IDOT**, commentaire de cette affaire au J.D.I. 1992/2, p. 481 : "La preuve contraire, prévue, paraît en réalité impossible à rapporter, induisant l'idée que la simple connaissance de l'information litigieuse entraîne nécessairement de manière déterministe un comportement spécifique, même si l'entreprise semble se désolidariser des objectifs convenus."

danger qu'il fait courir aux acteurs concernés. Ils sont condamnés à de fortes amendes, alors même qu'il n'est pas établi (mais simplement affirmé) qu'ils souscriront nécessairement aux mesures que l'on suppose avoir été adoptées lors de ces réunions.

Les autorités de la concurrence ne devraient pouvoir intervenir que si elles ont la certitude que l'échange d'informations aura une portée effective. En présence d'un accord formel, l'étude des termes de la convention peut suffire à établir l'effet anticoncurrentiel à venir. On peut alors poursuivre les parties avant toute mise en oeuvre de l'entente. En revanche, dans l'hypothèse d'une simple concertation informelle, il faut, soit exiger un comportement sur le marché, soit la réunion d'éléments permettant de connaître précisément le contenu des informations échangées et des engagements souscrits. On ne doit pas se contenter de démontrer une participation passive à une réunion. En outre, il faut véritablement autoriser les entreprises à se désolidariser de l'entente <sup>572</sup>. Le simple projet collusif ne doit pas être sanctionné. Le Conseil de la concurrence est sur ce point irréprochable. On peut lire dans son rapport pour 1988 " *qu'avant de notifier un grief, le Conseil vérifie que les faits dont il est saisi sont constitutifs d'une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre la concurrence et ne relèvent pas d'un simple projet resté sans suite. Il convient de bien distinguer à cet égard la simple intention ne se concrétisant pas par un accord de volontés, qui n'est pas visée par les dispositions de l'ordonnance, de l'accord de volontés ayant un objet anticoncurrentiel même s'il n'est pas suivi d'effet, qui est visé par ces dispositions* " <sup>573</sup>. Les autorités communautaires doivent faire preuve des mêmes exigences. Dans l'hypothèse d'un accord, il est possible de distinguer le projet, qui s'intègre dans la phase précontractuelle, de l'accord lui-même, qui en est l'aboutissement. Cela est beaucoup plus malaisé dans l'hypothèse d'une pratique concertée, du fait de son caractère informel. Cela ne doit pas empêcher l'admission d'une "faculté de retrait". La preuve des volontés collusives est déjà facilitée lorsqu'il y a pratique concertée. Il ne faut pas trop aggraver la situation des entreprises.

S'il est impossible d'établir avec certitude le contenu des informations échangées, l'on peut tout au plus concevoir que les autorités mettent en garde les entreprises au moyen d'injonctions de cesser toute concertation. Une telle intervention, dénuée de véritable caractère répressif mais très incitatrice pour les opérateurs, se sachant surveillés, au respect des mécanismes concurrentiels, apparaîtrait plus adéquate.

**204.** Les imperfections constatées dans l'administration de la preuve ont suscité une réaction de la part de la Cour de Justice dans la dernière affaire qu'elle a eu à juger au fond

---

<sup>572</sup> De la même façon que l'on admet, en droit contractuel, la rupture des pourparlers.

<sup>573</sup> Rapport d'activité pour 1988, p. XIX-XX.



en matière de concurrence. Il s'agit de l'affaire "Pâte de Bois", qui a déjà été évoquée. Les pratiques de prix annoncés sont courantes sur le marché européen de la pâte de bois. Voici déjà plus de huit ans que la Commission les avait condamnées <sup>574</sup>. La décision avait été contestée et d'aucun se demandait si la Cour n'allait pas "*saisir cette opportunité pour définir un certain nombre de critères minima au delà desquels l'existence d'une pratique concertée devient incertaine, et par conséquent, insuffisamment démontrée*"<sup>575</sup>. Guidée par son Avocat général, Monsieur DARMON, la Cour a effectivement remis en cause l'essentiel de la décision de la Commission dans un arrêt du 31 mars 1993 <sup>576</sup>.

La pratique d'annonces trimestrielles de prix a été examinée par la Cour à un double point de vue, notionnel et probatoire. En l'absence d'assurance quant au comportement suivi par les autres, l'annonce de prix émanant d'une entreprise ne saurait en elle-même constituer la pratique concertée. L'on reviendra sur ce point. Elle ne saurait davantage constituer l'indice d'une pratique concertée ayant eu lieu en amont, l'annonce de prix apportant "*une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte constitue un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux*" <sup>577</sup>.

L'affaire "Pâte de Bois" pose sans doute des problèmes différents de ceux de l'affaire "du Polypropylène". Dans la première, il y a parallélisme de comportement. La solution que dégage la Cour est néanmoins instructive : elle semble attester de l'insuffisance de la perte d'incertitude. Celle-ci ne suffit plus à démontrer la collusion. Un regard vigilant sur la pratique décisionnelle communautaire à venir nous livrera les enseignements réels de cette décision.

---

<sup>574</sup> Commission CEE 19 déc. 1984, JOCE n°L. 85, du 26 mars 1985.

<sup>575</sup> **I. VAN BAEL** et **J.F. VON BELLIS**, "Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne", p. 51.

<sup>576</sup> C.J.C.E. 31 mars 1993, aff. C.89, 104, 114, 116, 117, 125 à 129 /85, PATE DE BOIS, Rec. I, p. 1307 à 1630. Cf commentaires de **L. IDOT**: "Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence", Europe, juin 1993, p.1.

<sup>577</sup> § 126 de la décision, Rec. 1993, I. p. 1613. Dans cette décision, la Cour déduit des conclusions de son avocat général et de ses propres motifs que

*"il y a lieu de constater qu'en l'espèce l'explication au parallélisme de comportement par la concertation n'est pas la seule possible. Tout d'abord, le système d'annonce de prix peut être considéré comme apportant une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte de bois constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux. Ensuite, l'analogie des dates d'annonces de prix peut être regardée comme une conséquence directe de la forte transparence du marché, laquelle ne doit pas être qualifiée d'artificielle. Enfin, le parallélisme des prix et leur évolution trouvent une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché ainsi que dans les circonstances particulières à certaines périodes. Dans ces conditions, le parallélisme de comportement constaté par la Commission ne saurait apporter la preuve de la concertation."*

## **B - POSITION DES AUTORITES FRANÇAISES FACE À L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS.**

**205.**L'échange d'informations est regardé en France avec une égale suspicion. Le motif invoqué est le même : un tel échange est de nature à supprimer l'incertitude sur les stratégies concurrentielles adoptées par les concurrents. Il viole donc une des conditions fondamentales d'une libre concurrence <sup>578</sup> .

**206.**Les autorités françaises sont cependant soucieuses de ne pas menacer exagérément la sécurité des entreprises en condamnant *per se* l'échange d'informations. Les acteurs ne sont poursuivis que s'ils ont manifesté la volonté de se concerter à des fins anticoncurrentielles. En l'absence de cet élément intentionnel, le caractère illicite de l'entente n'est pas retenu. On a déjà évoqué ce fait. De plus, il semble que la violation de la condition d'incertitude, à la différence de celle d'autonomie, ne suffise pas à la prohibition.

La participation à des réunions offre un exemple de cette politique. Dans une décision en date du 11 février 1992, le Conseil de la concurrence énonce que "*la succession de réunions syndicales dont l'objet est souvent demeuré imprécis ne constitue pas, en l'espèce, un indice d'entente anticoncurrentielle; (...) il ne ressort pas des pièces du dossier que les participants à ces réunions, dont la liste n'a d'ailleurs pas pu être établie avec certitude, aient entendu s'accorder pour pratiquer un tarif commun*"<sup>579</sup>. Le conseil fait ici preuve d'une rigueur appréciable. En l'absence d'effet sur le marché, il exige que le contenu de l'information échangée soit précise et déterminée. A défaut, l'infraction n'est pas constituée. En revanche, lorsqu'il est établi que "*les réunions ne constituent pas un simple échange d'informations, mais traduisent la volonté de prendre part à une concertation tarifaire*"<sup>580</sup>, lorsque les entreprises "*ne se bornent pas à prendre contact*

---

<sup>578</sup> Nous avons vu que le caractère contestable d'un tel procédé était régulièrement rappelé par le Conseil de la concurrence. Cf ses rapports d'activité pour 1988, 1989 et 1990, où l'on peut lire qu'il dénonce "*l'échange d'informations sur les stratégies que chacun des opérateurs est susceptible de mettre en oeuvre, qui viole la condition d'incertitude* ." Cf. cependant décision 92-D-29, Rapport pour 1992, annexe 36, p. 260 (Produits phytosanitaires)..

<sup>579</sup> Décision du conseil n° 92-D-10, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'enseignement de la conduite des véhicules dans le département du Cher, B.O.C.C.R.F. du 21/03/1992, p. 107.

<sup>580</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 21 déc. 1988, S.A MORY T.N.T.E., B.O.C.C.R.F. du 29/12/88, p. 354. (*Le passage en gras est souligné par nous*).

*avec d'autres* <sup>581</sup>, ces dernières sont condamnées. Mais comment démontrer cette volonté collusive ?

Selon une formule désormais consacrée, *“si le concours de volontés constitutif d'un comportement contraire aux dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 et de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne peut se déduire de la seule participation à l'une des réunions incriminées, sont au contraire des indices suffisants et convergents de concertation, de la part d'une même entreprise, le fait d'avoir participé à l'une de ces réunions et manifesté son adhésion à l'action collective en adoptant le prix convenu...”*<sup>582</sup>.

Il semble ainsi résulter de la “jurisprudence” du Conseil que deux conditions sont cumulativement posées <sup>583</sup> : une pluralité de réunions et un alignement de tarifs. Sans elles, à défaut de “comportements significatifs”, la concertation ne peut être présumée <sup>584</sup>.

**207.** De cet aperçu de la pratique jurisprudentielle naît une évidence : la volonté, élevée par les textes au rang d'élément constitutif de l'entente, subit un traitement bien sévère. Parfois contrainte et souvent présumée, elle semble un prétexte pour justifier l'action régulatrice. Son exigence devient purement formelle.

Or, l'amenuisement du rôle de la volonté n'a pas été accompagné d'une adaptation du mode d'intervention des autorités régulatrices. Si l'on estime nécessaire de remédier à des parallélismes comportementaux plus ou moins involontaires ou d'appréhender des concertations avant toute altération du marché, il importe de redéfinir leur traitement.

---

<sup>581</sup> Arrêt de la Cour de cassation en date du 6 oct. 1992, SA JEAN LEFEBVRE, B.O.C.C.R.F. du 29/10/92, p. 325.

<sup>582</sup> Décisions du Conseil n° 90-D-38, Rapport d'activité pour 1990, p. 112 ; n°92-D-09, B.O.C.C.R.F. du 21/03/1992, p. 105 ; n°92-D-11, B.O.C.C.R.F. du 14/03/1992, p.93, n°93-D-09 du 27 avril 1993, Rapport d'activité pour 1993, annexe 13, p. 153... (*Le passage en gras est souligné par nous*).

<sup>583</sup> Et non pas à notre avis alternativement ainsi que le suggère **M. VOGEL**. Cf note sous la décision du Conseil n° 90-D-38, Contrats concurrence, consommation fév. 1991, n° 35.

<sup>584</sup> Cette “jurisprudence” n'est pas très éloignée d'une conception objective du lien d'obligation. Un auteur affirme à propos du contrat que *“les parties, par leur conjugaison, forment l'espace contractuel, ceci au niveau formel, car cette conjugaison résulte non pas tant de l'accord des volontés que de comportements significatifs et de l'échange d'informations.”* En même temps, elle ne contredit pas l'analyse subjective de l'entente, la notion d'adhésion étant synonyme de consentement au principe d'une concertation. Cf **P. DAUCHY**, "Une conception objective du lien d'obligation, les apports du structuralisme à la philosophie du droit", Archives de philosophie du droit 1981, consacrés au thème "Structuralisme et contrat".

Une autre précaution s'impose : celle d'une recherche rigoureuse d'un concours de volontés. Il ne suffit pas de démontrer que le comportement répréhensible est issu d'une volonté individuelle ; il faut encore démontrer l'existence d'une volonté commune.

## **- CHAPITRE 2 -**

### **LA VOLONTE COMMUNE DES PARTIES A L'ENTENTE**

**208.** Affirmer que l'entreprise a volontairement poursuivi la pratique incriminée n'est pas suffisant. Les volontés collusives doivent se nouer, former une volonté commune. Le noeud des volontés suppose que la volonté de chacune des parties rencontre la volonté des autres. L'entente n'est pas juxtaposition de volontés individuelles parallèles mais concours de volontés. Les autorités de la concurrence rappellent souvent ce principe. Il est en réalité galvaudé. On remarque que les instances régulatrices tendent à conférer à leur intervention un fondement juridique artificiel. Il importe de redonner un contenu à la notion de concours de volontés (Section I).

Les autorités de la concurrence ne cherchent pas à démontrer que les parties sont liées par leur concertation. Il est admis que l'entente n'est pas contraignante en toutes ces formes. En l'état du droit positif, il est possible de sanctionner des concertations entre entreprises qui ne recèlent aucun engagement de la part des concertants. C'est la nécessité de saisir les formes les plus lâches de concertation qui est invoquée au soutien de cette politique. Cela semble contestable. Pour que les volontés individuelles forment une volonté commune, il ne suffit pas qu'elles se rencontrent ; il faut encore qu'elles s'obligent (Section II).

SECTION I : DES VOLONTES CONCORDANTES : un principe galvaudé

SECTION II : DES VOLONTES QUI S'OBLIGENT : un principe à construire

## SECTION I : DES VOLONTES CONCORDANTES : un principe galvaudé

209. L'entente est nécessairement issue d'un concours de volontés (Paragraphe 1). Cette exigence a pour conséquence d'exclure les manifestations de volontés unilatérales du champ d'application des articles 85, § 1, du Traité et 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986<sup>585</sup>. Il en résulte "*un espace d'impunité que les entreprises ont cherché à exploiter*"<sup>586</sup>. Les autorités de contrôle s'attachent à réduire cet espace. L'altération du processus concurrentiel les incite à sanctionner certains comportements au prix d'une démonstration parfois artificielle de l'existence d'un concours de volontés. Cela ne peut être admis. Il convient de dresser un bilan critique de la pratique décisionnelle et de proposer des remèdes (Paragraphe 2).

### PARAGRAPHE 1 : L'ENTENTE, CONCOURS DE VOLONTES

210. Il a été dit liminairement que toutes les formes de concertation sont issues d'un concours de volontés. La formule est parfois expressément utilisée : "*le concours de volontés constitutif d'un comportement contraire aux dispositions de l'article 50 de l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et de l'article 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986*"<sup>587</sup>. On voit que la formule ne distingue pas entre les accords, conventions, et pratiques concertées. Elle les englobe toutes. D'autres dénominations sont parfois utilisées : "manifestation d'un accord de volontés", "entreprises agissant de concert", "consensus sur un projet"...

211. La décision d'association d'entreprises s'intègre plus difficilement dans ce cadre d'analyse. Seul le droit communautaire connaît cette forme d'entente. L'association est constituée d'un groupement de personnes physiques, morales, ou organismes divers, prenant des décisions collectives au sein de ce groupement. Le groupement peut adopter la forme d'un G.I.E., d'une association, d'un

---

<sup>585</sup> Cf arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 1994, dans lequel il est rappelé que "*sur le recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, la Cour est appelée à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles des entreprises et non les comportements individuels.*", B.O.C.C.R.F. du 7 mai 1994, p. 166.

<sup>586</sup> **R. KOVAR**, "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, 1985/86, p. 23.

<sup>587</sup> Cf décision 90-D-38 du conseil de la concurrence en date du 16 octobre 1990, Rapport d'activité 1990, annexe 45, p. 112. Dans une décision en date du 12 juillet 1994, le Conseil a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure engagée, au motif que la similitude constatée dans les offres d'entreprises soumissionnaires à des marchés publics ne pouvait pas constituer "la manifestation d'un accord de volontés", B.O.C.C.R.F. du 27 sept. 1994, p. 430.

syndicat... On pourrait penser que cette catégorie d'entente fait échec au principe pluraliste dans la mesure où la décision (recommandation, directive, instruction) est l'expression de la seule volonté de l'association, et non plus de la volonté des entreprises participantes. En réalité, la condition de pluralité de volontés est en quelque sorte satisfaite par organe représentatif interposé. On peut citer, à l'appui de cette réflexion, l'argument adopté par la Commission européenne dans l'affaire "Verband" du 27 janvier 1987. La Commission indique en effet que *"le Verband der Sachversicherer était autorisé par ses statuts à réglementer le comportement commercial de ses membres et (...) le comité technique dont émane la recommandation était compétent, selon les règles de ces statuts, pour arrêter des décisions et des recommandations qui engagent l'association. En outre, les recommandations d'un groupement d'entreprises, élaborées par des commissions au sein de ce groupement et puis communiquées aux membres de celui-ci, seraient l'expression d'une concertation opérée entre les entreprises affiliées à ce groupement et ayant une finalité restrictive de concurrence entre entreprises "*<sup>588</sup>.

Dans cette forme d'entente, il y a davantage volonté collective que concours de volontés individuelles. Certains auteurs <sup>589</sup> ont d'ailleurs proposé un rattachement de cette notion à celle d'"acte juridique collectif", dégagée en doctrine <sup>590</sup>, et synonyme d' *"accord de volontés tendant au même but "* <sup>591</sup>, ou de *"manifestation de volonté de la collectivité "* <sup>592</sup>.

**212.** Le droit français a contourné le problème en rattachant les recommandations, directives et autres décisions émanant d'organisations professionnelles à des catégories d'ententes satisfaisant par nature à l'exigence de pluralité, telles que les conventions entre entreprises <sup>593</sup> ou les pratiques

---

<sup>588</sup> C.J.C.E. 27 janv. 1987, aff. 45/85, VERBAND DES VERSACHSICHERER c/ Commission, Rec. 405, et plus spéc. § 28, p. 454.

<sup>589</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5ème éd., § 488, p. 363.

<sup>590</sup> **G. ROUJOU DE BOUBEE**, "Essai sur l'acte juridique collectif", Bibl. droit privé, T. 27, 1961. Cf également **R. CABRILLAC**, "L'acte juridique conjonctif en droit privé français", Bibl. droit privé T. 213, 1990. Cf également en droit public **G. KOUBI**, "L'acte juridique unilatéral conjoint", R.R.J. 1985, p. 103.

<sup>591</sup> **G. ROUJOU DE BOUBEE**, op. cit. p. 31.

<sup>592</sup> **G. ROUJOU DE BOUBEE**, op. cit. p. 23.

<sup>593</sup> Décision n° 91-D-04 du 29 janv. 1991, relative à certaines pratiques des groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, Rapport d'activité 1991, annexe 11, p. 24.

Soulignons cependant que les instances communautaires ne procèdent pas de la même façon. La Commission qualifie souvent les actes émanant de décisions d'associations d'entreprises d'accords. Cf Commission 25 mars 1992, EUROCHIQUE- Accords d'Helsinki, J.O.C.E. L95 et J.C.P. éd. G. 1993, n° 208 (note **M.C. BOUTARD-LABARDE**).

concertées <sup>594</sup>. On peut cependant noter le silence qui entoure la nature de certaines ententes, le Conseil se contentant de relever que "*les organisations mentionnées ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'Ordonnance de 1986*" <sup>595</sup>, sans préciser la forme de concertation visée. L'entente sera souvent constituée par des pressions, recommandations, incitations au boycott ou diffusions de barèmes émanant de syndicats professionnels. De l'aveu même du Conseil, ces derniers font l'objet d'une attention particulière.

Cependant, quelle que soit la qualification retenue, il ne peut y avoir entente que si les volontés qui s'expriment sont concordantes. C'est cette exigence qui permet, théoriquement, de différencier les ententes entre entreprises des actions unilatérales qui ont lieu sur le marché. Ces dernières ne peuvent être sanctionnées. De ce fait, certains comportements anticoncurrentiels risquent de perdurer. Pour l'éviter, les autorités de la concurrence adoptent une conception très extensive du concours de volontés.

## **PARAGRAPHE 2 : BILAN CRITIQUE DE LA PRATIQUE DECISIONNELLE ET PROPOSITIONS.**

**213.** Les instances régulatrices tentent d'attirer certains actes apparemment unilatéraux dans le champ d'application de leur contrôle, au prix parfois d'une dénaturation du concept de concours de volontés (A). Il est possible de trouver, dans la recherche des parties véritablement intéressées à une pratique, une réponse au moins partielle au problème posé (B).

### ***A - ASSIMILATION D'ACTES UNILATERAUX A DES ENTENTES***

**214.** Deux techniques sont utilisées. La première nous est déjà familière. Elle consiste en une extension de la notion de pratique concertée (1). La seconde appelle une confrontation immédiate au droit contractuel : elle consiste en une extension du concept d'accord (2).

---

<sup>594</sup> Pour une recommandation émanant d'un syndicat professionnel, cf décision n° 91-D-39 en date du 17 septembre 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des transports routiers de voyageurs, Rapport d'activité 1991, annexe 46, p. 95.

<sup>595</sup> Cf notamment décision n° 91-D-55 en date du 3 déc. 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des géomètres experts, Rapport 1991, annexe 62, p. 142.



## 1/ L'assimilation d'actes apparemment unilatéraux à des ententes par extension du concept de pratique concertée .

**215.** Dans l'arrêt "Solvay", déjà cité, il était fait grief à deux producteurs de soude d'avoir pratiqué une politique délibérée de non-concurrence <sup>596</sup>. Chacun s'abstenait de pénétrer sur le marché de l'autre. Il leur fut enjoint de cesser cette pratique d'abstention <sup>597</sup>. On a émis des doutes quant à la légitimité de cette injonction.

Il faut en effet que cette volonté d'abstention croise une autre volonté pour que l'infraction soit constituée. Un accord avait existé entre les deux entreprises. Il a ensuite été résilié. Pour démontrer que le cloisonnement des marchés est le résultat d'une collusion, peut-on se contenter d'affirmer, comme le fait la Commission, que " *la résiliation formelle de l'accord n'a pas produit ou traduit de changement de la pratique de la stricte répartition des marchés entre Solvay et I.C.I.* ."? La Commission relève que les deux sociétés ont eu de fréquents contacts, mais elle n'établit pas le contenu des informations échangées ou des engagements souscrits. Cette décision ne nous semble pas remplir la condition posée par la Cour dans l'affaire "EMI Records", selon laquelle *'une entente n'est réputée poursuivre ses effets que si le comportement des intéressés laisse implicitement ressortir l'existence des éléments de concertation et de coordination propres à l'entente et aboutit au même résultat que celui visé par l'entente'* <sup>598</sup>.

**216.** Plus choquante est l'affaire "des carburants de la région Corse". Les autorités de la concurrence ont sanctionné les compagnies pétrolières pour s'être alignées sur le comportement tarifaire des revendeurs, comportement qu'elles savaient issu d'une concertation <sup>599</sup>. Cette conscience dans l'alignement a suffi à démontrer la pratique concertée.

Il faut bien admettre ici que l'on est très proche de la prohibition du parallélisme conscient. Aucune coopération, aucun contact <sup>600</sup> entre les compagnies pétrolières et les distributeurs indépendants n'ont été établis. En résumé, aucune concertation n'est démontrée. Il n'y a pas eu

---

<sup>596</sup> Décision du 19 déc. 1990, J.O.C.E. L 152, du 15 juin 1991, p. 1. Pour une étude de cette décision, se reporter au § 193 de ce travail.

<sup>597</sup> Cf Cass. comm. 14 janv. 1992, qui considère implicitement qu'une abstention peut être volontaire, aff. VERITAS, B.O.C.C.R.F. du 24/01/1992, p. 39.

<sup>598</sup> C.J.C.E. 15 juin 1976, aff. 51/75, EMI Records / C.B.S., Rec. 811.

<sup>599</sup> Cf supra, titre 2, chap. 2, § 184 .

<sup>600</sup> Dans une décision PVC du 21 déc.1988, la Commission européenne a sanctionné la collaboration consciente à une entente dont l'entreprise incriminée n'était pas membre. Il faut néanmoins souligner que des contacts avaient eu lieu entre l'entreprise qui avait aligné son comportement sur celui de l'entente et les membres de l'entente, aff. IV/31865, J.O.C.E. n°L. 74 du 17 mars 1989, p.1

rencontre de volontés ("*effective meeting of minds* " <sup>601</sup>) ; il n'y a qu'une rencontre entre le comportement des différents agents. Monsieur SYNVET relève justement que la Cour de cassation fait état de la coopération des compagnies "*aux ententes formées par les autres distributeurs* " et non de la coopération entre les compagnies et les distributeurs <sup>602</sup>. C'est peut-être unilatéralement et spontanément que les compagnies ont choisi de s'aligner sur les autres.

Un auteur, attentif à ce que l'élément volontaire ne soit pas sacrifié, approuve les autorités d'avoir relevé le caractère volontaire de l'alignement : "*dès lors que la volonté est présente, les réticences n'ont plus lieu d'être* " <sup>603</sup>. Cela semble contestable. Il ne suffit pas que la volonté soit présente. Le caractère volontaire du comportement adopté sur le marché est une condition nécessaire à la prohibition. Ce n'est pas une condition suffisante. Cette volonté doit rencontrer une autre volonté, s'accorder avec elle dans une intention commune.

GOLDMAN a indirectement mis en garde contre la dérive qui vient d'être décrite : "*Que la "philosophie" de l'article 85, et par conséquent la notion de pratique concertée ne suppose pas une aliénation de la liberté de décider des participants, fût-elle simplement "morale" ou unilatéralement réversible, soit ; mais à tout le moins implique-t-elle une absence de spontanéité, et il ne suffit évidemment pas, pour nier cette spontanéité, de constater que chaque entreprise prend ses décisions en tenant compte du comportement connu ou prévisible des autres, car c'est là, on le sait, le mécanisme constant de la stratégie du marché, et nul n'aurait le vain projet d'en empêcher le fonctionnement* " <sup>604</sup>.

## **2/ L'assimilation d'actes unilatéraux à des ententes par extension du concept d'accord.**

**217.**L'offre est un acte unilatéral <sup>605</sup>. Elle le demeure tant qu'elle n'a pas été acceptée. L'acceptation forme le contrat. Il est donc fondamental de savoir si l'offre a été acceptée. Le principe en droit français est que l'acceptation doit être manifestée. Le silence n'ayant aucune extériorité, il ne

---

<sup>601</sup> Cf **F. FLINT**, "Comportements parallèles conscients et pratiques concertées. Comparaison entre le droit antitrust aux Etats Unis, dans la Communauté économique européenne et en Australie", R.I.D.C. 1981, p. 33.

<sup>602</sup> **H. SYNVET**, note sous Cass. Com. 8 octobre 1991, Sté. B.P. France, J.C.P.1993, éd. G.II n° 22095 .

<sup>603</sup> **J. MESTRE**, chr. de droit des obligations, R.T.D.Civ. 1991/4, p. 753.

<sup>604</sup> **B. GOLDMAN**, chronique de jurisprudence de la C.J.C.E., observations sur l'arrêt IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES LDT (affaires des matières colorantes) du 14 juill. 1972, J.D.I. 1973, p. 924. (*Le passage en caractères gras est souligné par nous*).

<sup>605</sup> Certains la considèrent comme un engagement unilatéral. Cf **H. ROLAND** et **L. BOYER**, "Obligations, Le contrat", 4ème édition. Sur la notion d'engagement unilatéral, cf. **M.L. IZORCHE**, "L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain", thèse dactylographiée, Aix, 1989.

vaut pas acceptation. Il est inefficace. Il existe quelques exceptions à ce principe. On admet la tacite reconduction des contrats successifs. Dans l'hypothèse de relations d'affaires durables entre des parties, le silence gardé par l'une à la proposition de son partenaire est parfois interprété comme une acceptation. Ce sont quelquefois les usages commerciaux qui exigent un refus exprès. Enfin, il est arrivé que le destinataire d'une offre faite dans son intérêt exclusif soit réputé l'avoir acceptée en gardant le silence.

Cette jurisprudence permet de comprendre et d'apprécier les analyses effectuées par les autorités de la concurrence. Certaines constructions tendant à conférer un fondement juridique à l'action répressive ne heurtent pas à l'excès la sensibilité juridique. D'autres paraissent plus audacieuses. Nous envisagerons le problème des conditions générales de vente (a), des prix imposés (b), de l'agrément des distributeurs (c) et des interdictions d'exporter (d).

#### **a/ Les conditions générales de vente**

**218.** Les autorités de la concurrence, tant française que communautaires, assimilent les conditions générales de vente à des conventions.

La Commission des Communautés considère que les conditions de vente appliquées par un fabricant à ses revendeurs constituent des accords entre entreprises <sup>606</sup>. Le fait que *"ce soit des accords types et que certains d'entre eux soient signés alors que d'autres figurent simplement au verso des factures de la société"* ne modifie pas leur nature <sup>607</sup>. Le droit français adopte la même politique. La décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques de la société Philips E.D. est sur ce point très explicite. Le Conseil considère que *"les conditions générales de vente présentées à ses clients par Philips sont acceptées implicitement ou explicitement par les revendeurs lors de la passation des commandes et constituent, en tant que telles, des conventions susceptibles d'affecter la concurrence"* <sup>608</sup>. Cette analyse a été réaffirmée par la suite, tant par le Conseil que par la Cour d'Appel de Paris <sup>609</sup>.

---

<sup>606</sup> Pour exemple, décision KRUPS du 17 avril 1980, J.O.C.E. n°L 120 du 13 mai 1980, p.26.

<sup>607</sup> Décision GEROFABRIEK de la Commission, en date du 22 déc. 1976, J.O.C.E. 1977 n° L. 16, p.8.

<sup>608</sup> Décision n° 88-D-47 du 6 déc. 1988, Rapport d'activité 1988, annexe 51, p. 103. Cf également décision 94-D-33 du 31 mai 1994, Hitachi France, B.O.C.C.R.F. du 23 août 1994, p.377.

<sup>609</sup> Cf Cour d'appel de Paris 13 juin 1991, SA Concurrence, B.O.C.C.R.F. du 5/07/91, p. 177 et Conseil de la concurrence, décision n° 93-D19 du 7 juillet 1993, relative à des pratiques de la société Sony France : *"... considérant que les conditions générales de vente et le avantages tarifaires proposés par un fournisseur à des distributeurs, explicitement ou tacitement acceptés par eux, constituent des conventions au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986"*, Rapport d'activité pour 1993, annexe n° 26, p. 196. Cf encore n° 94-D-08 relative au secteur de la pierre calcaire et du marbre: *"... l'argument tiré de ce que les conditions générales de*

219. Cette dernière "jurisprudence" ne heurte pas la théorie générale des contrats. La Cour d'appel de Paris considère que les commerçants sont réputés accepter les conditions générales de toutes les opérations contractuelles entrant dans le cadre de leur profession dès lors qu'ils n'ont émis aucune réserve à la réception desdites conditions <sup>610</sup>. Il n'est pas nécessaire d'en avoir débattu. Les conditions générales de vente sont analysées par la doctrine comme "*un contrat type à petit pied, un contrat type édulcoré*"<sup>611</sup>, et constituent une variété de contrats d'adhésion <sup>612</sup>. Leur nature contractuelle est aujourd'hui incontestée. Les controverses se sont éteintes à mesure que s'assouplissait la doctrine de l'autonomie de la volonté. La libre négociation du contenu du contrat n'est plus considérée comme une condition de la qualification contractuelle, dès lors que se manifeste à un moment donné le consentement au contrat. Or l'adhésion "*demeure un acte de volonté*"<sup>613</sup>. C'est pourquoi l'assimilation opérée par les autorités de la concurrence, loin d'être novatrice, s'inscrit au contraire dans un mouvement de "*standardisation du contrat*"<sup>614</sup>.

L'analyse de la Commission des Communautés est plus contestable. En principe, l'acceptation ne peut porter que sur des éléments portés à la connaissance de l'acceptant. Les clauses figurant au verso des documents de remplissent certainement pas cette condition <sup>615</sup>.

---

*vente n'engage le cocontractant que s'il est prouvé qu'il en a eu connaissance est sans portée dès lors qu'il se fonde sur une jurisprudence qui, ne concernant que les relations contractuelles entre un fournisseur et son client, ne peut être invoquée pour justifier une pratique d'entente entre fournisseurs.*", B.O.C.C.R.F. du 8 avril 1994, p. 144. L'analyse est singulière. En quoi les conditions d'acceptation sont-elles différentes dans ces deux hypothèses?

<sup>610</sup> Paris 16 octobre 1990, Dalloz 1990, I.R. 259.

<sup>611</sup> P. LE TOURNEAU, 'Quelques aspects de l'évolution du droit des contrats', Mélanges offerts à P. RAYNAUD, p. 349.

<sup>612</sup> Le terme est expressément utilisé par le Conseil de la concurrence. Décision 93-D-33, B.O.C.C.R.F. du 22 août 1994.

<sup>613</sup> P. LE TOURNEAU, article précité.

<sup>614</sup> J. GHESTIN, "Le contrat, Formation", p. 60 s.

<sup>615</sup> Cf. J. GHESTIN, "Traité de droit civil, La formation du contrat", 3<sup>e</sup> éd. § 413 et s. Cf. également A. BENABENT, "Les obligations", 3<sup>e</sup> éd., § 63, p. 36.

## b/ La pratique de prix imposés

220. Le Traité de Rome et l'Ordonnance du 1er décembre 1986 donnent comme exemple d'ententes illicites les accords ayant pour objet ou pour effet la "*fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente...*" (article 85, § 1.a, du Traité) ou de "*faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence*" (article 7.2 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986).

Le fait d'avoir inséré les accords de prix dans le corps des deux textes témoigne de l'importance accordée à la libre fixation du prix, même si le problème *'h'est pas le centre de gravité d'un système concurrentiel*"<sup>616</sup>.

221. Des clauses de prix sont fréquemment insérées dans des accords de distribution sélective : le fabricant souhaite obtenir des distributeurs le respect d'un certain niveau de prix, supposé lui assurer une marge bénéficiaire suffisante ou préserver l'image de luxe éventuellement attachée au produit. Ces clauses sont rarement jugées inhérentes au contrat de distribution sélective. Tout au plus peuvent-elles faire d'objet d'une exemption<sup>617</sup>. Certaines entreprises, soucieuses d'échapper à la sanction, font valoir que "*la pratique de prix imposés se caractérise par un comportement unilatéral de son auteur*". La Cour de cassation française estime au contraire "*qu'entrent dans le champ des pratiques anticoncurrentielles définies par l'article 7 de l'Ordonnance du premier décembre 1986 les accords liant un ensemble de distributeurs à un fournisseur au moyen d'un contrat type, prévoyant notamment que l'agrément des distributeurs est subordonné à l'acceptation par eux d'une politique de prix de revente conseillés, l'arrêt constate que, dans les clauses du contrat type proposées par la société Salomon et acceptées par ses revendeurs agréés, les prix de vente ne doivent pas être inférieurs aux prix préconisés par le fabricant...*"<sup>618</sup>

L'analyse n'est pas contestable. On peut estimer que le consentement au contrat vaut acceptation de toutes ses stipulations<sup>619</sup>. La même solution est appliquée aux soldes, rabais, ristournes, et tout

---

<sup>616</sup> C. GAVALDA et G. PARLEANI, "Traité de droit communautaire des affaires", 2ème éd. 1992, § 557, p. 474.

<sup>617</sup> En ce sens, cf notamment arrêt de la C.J.C.E. du 3 juillet 1985, aff. 243/85, BINON, Rec. p. 2034. La Cour y énonce que "*le fait d'exiger, dans le cadre d'un système de distribution sélective des produits de la presse qui affecte le commerce entre Etats membres, le respect de prix imposés rend ce système incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, mais la Commission peut examiner, lors de l'examen d'une demande d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, si, dans un cas d'espèce, un tel élément d'un système de distribution peut être justifié.*"

<sup>618</sup> Arrêt Cour de cassation, chambre commerciale, en date du 18 mai 1993, SALOMON, B.O.C.C.R.F. du 5 juin 993, p. 151.

<sup>619</sup> Cf Cass. Comm. 25 juin 1991, qui admet que la seule exécution du contrat, pourtant non signé, vaut acceptation de la clause pénale qui y est insérée, Bull. civ. IV, n° III, n°13.

autre élément de la politique tarifaire du fabricant. Elle s'applique également aux conditions d'agrément.

### **c/ Les conditions d'agrément**

**222.**Le problème des conditions d'agrément a été envisagé dans de nombreuses décisions. Nous en retiendrons deux, rendues par les instances nationales et communautaires.

**223.**L'affaire de la "dermopharmacie" a connu en France un grand retentissement. Elle opposait les laboratoires, grossistes et syndicats professionnels de pharmaciens à la grande distribution. Les premiers s'étaient concertés pour réserver la distribution de produits de marque (Hégor, Roc, Biotherm...) aux pharmaciens d'officine, de façon à préserver l'image de luxe attachée au produit. Cela a eu pour conséquence de maintenir un prix artificiellement élevé pour ces produits. Certaines sociétés (Vichy, Goupil...) avaient conclu des contrats écrits de distribution sélective avec les pharmaciens. Celles qui ne l'avaient pas fait soutenaient que leur politique de distribution exclusive résultait d'un choix unilatéral et non d'une concertation. La Cour d'appel de Paris, à la suite du Conseil, estime au contraire "... *que l'agrément par les fabricants des distributeurs pharmaciens d'officine se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par les fabricants d'exclusion de tous les distributeurs n'ayant pas la qualité de pharmaciens d'officine ; que cet agrément est donc de nature contractuelle ...*"<sup>620</sup>.

L'allusion au caractère tacite de l'acceptation n'est pas choquante. On ne peut permettre aux distributeurs de se réfugier derrière l'absence de contrats formels pour échapper à la prohibition. Un point de l'arrêt surprend davantage : pour fonder sa décision, la Cour de cassation se réfère à l'arrêt "AEG Telefunken" de la C.J.C.E, dont la solution nous semble contestable.

**224.**Dans cette dernière affaire, ce n'est pas la politique d'agrément telle que définie par les parties, qui était en cause mais un refus d'agrément. La Cour juge que le refus pour un fabricant d'agréer un distributeur, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, ne constitue pas un acte unilatéral mais "*s'insère dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs*"<sup>621</sup>.

---

<sup>620</sup> Cour d'appel de Paris, 28 nov. 1988, Conseil de l'ordre des pharmaciens et autres, B.O.C.C.R.F. du 4/02/1988, p.33 ; Dalloz 1989, JP. p. 489 (note **C. BOLZE**).

<sup>621</sup> C.J.C.E. 25 oct. 1983, aff. 107/82, Rec. 3151.

Le caractère équivoque de cette analyse n'a pas manqué pas d'être relevé. Les commentateurs soulignent que *"ce qui est reproché à AEG Telefunken, c'était justement d'avoir pratiqué une sélection différente de celle qui était prévue dans le contrat type "*<sup>622</sup> et qu'il *"est difficile d'admettre que l'acceptation d'un droit vaut, a priori, acceptation de son exercice abusif "*<sup>623</sup>.

Dans certaines circonstances, le recours à la volonté présumée des parties paraît bien artificiel.

#### **d / Les documents visant à assurer le cloisonnement du marché.**

**225.** Certains fabricants adoptent des stratégies de cloisonnement du marché. Pour garantir ce cloisonnement, il leur arrive d'inclure dans leur contrat des clauses d'interdiction d'exporter. Ces clauses sont systématiquement condamnées.

Pour éviter la sanction, certains fabricants se contentent d'enjoindre à leurs distributeurs de cesser de vendre à des importateurs parallèles. L'envoi d'une circulaire constitue souvent le vecteur d'une telle injonction <sup>624</sup>.

**226.** Il en est ainsi dans une affaire "Ford". Ford A.G., filiale du groupe allemand, envoie une circulaire à ses distributeurs allemands. Le document vise à les informer qu'à l'avenir elle n'acceptera plus leurs commandes de voitures dotées d'une conduite à droite. Elle entend ainsi mettre un terme à la pratique consistant à lui acheter ces véhicules pour les exporter ensuite au Royaume Uni à un prix supérieur. Saisie d'un recours contre une décision de la Commission ayant condamné cette pratique, la Cour affirme que *"le refus de vente du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutiennent les requérantes, échapperait à l'interdiction de l'article 85, §1, du Traité. Elle s'insère par contre dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec ses revendeurs "*<sup>625</sup>.

---

<sup>622</sup> **J.B. BLAISE**, "Droit de la concurrence", chronique à la R.T.D.E. 1987/4, p. 671, et spéc. p.680.

<sup>623</sup> **M. ST ESTEBEN**, chronique de droit communautaire à la revue Droit et pratique du commerce international, 1986, p. 435

<sup>624</sup> Pour exemp le, arrêt BMW du 12 juillet 1979, aff. jointes 32, 36 à 82 /78, Rec. p. 2435

<sup>625</sup> Attendu 21 de l'arrêt du 17 sept. 1985, aff. 25 et 26 /84, FORD, Rec. 2725. **M. BLAISE** estime à son propos qu'*"en somme, des relations d'affaires durables créent un champ contractuel qui constitue globalement un accord entre entreprises."*, chronique précitée.

227. La Cour développe une analyse analogue dans une décision "Sandoz" du 11 janvier 1990<sup>626</sup>. C'est une clause "exportation interdite", mentionnée cette fois sur les factures adressées par Sandoz à ses distributeurs, qui est critiquée. La Cour considère que ces factures, qui contiennent de nombreuses stipulations indispensables pour les commerçants, ne peuvent être considérées comme l'expression d'une volonté unilatérale :

*"Compte tenu de la façon dont procédait Sandoz avant d'autoriser un nouveau client à commercialiser ses produits, et compte tenu des pratiques répétées et appliquées de façon uniforme et systématique à chaque opération de vente, il y a lieu de considérer que pareilles pratiques ne constituent pas, comme le soutient Sandoz P.F., un comportement unilatéral, mais s'insèrent, au contraire, dans le cadre général de relations commerciales que l'entreprise entretient avec ses clients (...). En outre (...) les commandes répétées de produits et les acquittements successifs, sans protestation, par le client, des prix indiqués sur les factures comportant la mention "exportation interdite", constituaient, de la part de celui-ci, un acquiescement tacite aux clauses stipulées dans la facture..."*<sup>627</sup>.

228. Le fait d'admettre une acceptation tacite des clauses stipulées n'est pas en soi critiquable. L'extériorisation de l'acceptation peut résulter d'un simple comportement *"d'où l'on peut raisonnablement induire la volonté de contracter"*<sup>628</sup>. L'exécution spontanée du contrat en constitue un exemple.

Il est en revanche contestable de présumer une adhésion à une pratique parfois désavantageuse pour celui qui est censé y adhérer. Un auteur relève que la protection territoriale absolue est souvent contraire aux intérêts des distributeurs, qui voient dans les importations parallèles des possibilités de débouchés considérables<sup>629</sup>. L'argument n'est pas jugé dirimant par la Commission. Celle-ci considère dans l'affaire Ford, et elle n'a pas été contredite par la Cour, qu'*"il est indifférent que cette politique commerciale soit conforme aux intérêts propres des distributeurs"*<sup>630</sup>. La Cour d'appel de Paris est en revanche sensible à ce problème.

---

<sup>626</sup> C.J.C.E. 11 janv. 1990, aff. C. 277/87, SANDOZ, Rec. 90 /I p. 45.

<sup>627</sup> (Le passage en caractères gras est souligné par nous).

<sup>628</sup> Cf notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, "Droit civil, Les obligations", 5ème éd., 1993, n° 117, p. 96.

<sup>629</sup> J. B. BLAISE, chronique précitée.

<sup>630</sup> Commission 16 nov. 1983, J.O.C.E. n°L 327 du 24/11/83.



**B - ELEMENT DE SOLUTION : RECHERCHE DES PARTIES INTERESSEES A LA CONCERTATION**

229. C'est dans une décision récente de la Cour d'appel de Paris, relative à l'affaire "Cora", que se trouve en effet la solution au problème posé. Le litige ne porte pas sur une clause d'interdiction d'exporter mais sur l'acte par lequel une société, à l'occasion d'une opération de concentration, fait savoir à une partie de ses fournisseurs qu'elle entend renégocier les conditions d'achat de leur matériel. Le Conseil considère que cet acte doit *"être regardé comme susceptible d'être visé par les dispositions de l'article 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 "*<sup>631</sup>. La Cour censure cette analyse :

*"Considérant qu'il est soutenu que, par leur importance et leur brutalité, les revendications de la société G.M.B. à l'égard de ses fournisseurs pour obtenir le versement d'une "participation publipromotionnelle forfaitaire" étaient assimilables à des "conditions générales d'achat" pouvant avoir pour effet de mettre hors marché des producteurs compétitifs ne pouvant supporter un "choc de trésorerie important", et par conséquent, de fausser la concurrence ;*

*Mais considérant que l'acceptation par les fournisseurs de renégocier à la hausse les avantages précédemment consentis par le contrat le liant au distributeur ne saurait caractériser une entente;*

*Qu'il ne peut, en effet, être sérieusement soutenu que ces fournisseurs auraient participé à une entente dont l'objet ou l'effet potentiel aurait été de les mettre eux-mêmes hors marché ..."*<sup>632</sup>

Cet arrêt réalise une rupture évidente avec l'analyse jusqu'alors développée par les autorités françaises et communautaires. La Cour refuse l'artifice de la volonté présumée lorsqu'une des parties n'a aucun intérêt à l'entente. Dans un arrêt du 4 juillet 1994, elle réitère sa position en annulant une décision du Conseil pour avoir retenu une pratique d'entente à l'encontre des entreprises Bronzo et S.E.R.P., alors *"qu'il convient de relever l'absence d'intérêt pour Bronzo à se concerter avec la S.E.R.P."*<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands magasins B du Groupe CORA, B.O.C.C.R.F. du 25 juillet 1993, p. 197.

<sup>632</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 25 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p. 236

<sup>633</sup> B.O.C.C.R.F. du 29 juillet 1994, p. 299.

## 1/Exposé de la solution proposée

**230.** Ces décisions nous semblent fondamentales. Elles incitent à rechercher, en l'absence d'adhésion expresse à une pratique, les parties intéressées à son adoption. C'est une extension de la solution retenue en droit civil qui est préconisée. A été évoqué le fait que l'offre faite *in favorem* doit parfois être refusée expressément<sup>634</sup>. En droit de la concurrence, il pourrait y avoir acceptation tacite, non seulement lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire (hypothèse peu probable), mais également lorsqu'elle est faite dans l'intérêt commun des deux parties. Cela ne devrait pas être systématiquement le cas. Les juges et les autorités régulatrices seraient invités à vérifier, au cas par cas, la probabilité de l'acceptation. La solution n'est sans doute pas pleinement satisfaisante. Elle ne tend qu'à remédier partiellement aux abus constatés.

Dans l'hypothèse d'un contentieux communautaire, cette recherche des parties intéressées peut être effectuée en dehors des frontières de l'Europe<sup>635</sup>. Il est possible qu'elle soit laborieuse et quelque peu divinatoire : elle oblige à juger de l'intérêt (même considéré objectivement) des entreprises. C'est en fait un calcul de probabilité qui serait effectué. Dans certains cas, cependant, les circonstances de fait sont suffisamment explicites.

Ainsi dans l'affaire "BMW"<sup>636</sup>, c'est la société mère, BMW Munich, qui a demandé à sa filiale de prendre des mesures pour que cessent les importations parallèles. Pourquoi les autorités ont-elles estimé l'entente établie entre la filiale et les concessionnaires destinataires de la circulaire litigieuse plutôt qu'entre la mère et la filiale? La condition de volontés concordantes aurait été davantage satisfaite entre ces deux sociétés.

---

<sup>634</sup> La jurisprudence qui l'admet est cependant assez peu fournie : cf. Req. 28 mars 1938, D.P. 39. I. 5, note critique **VOIRIN**. Certains auteurs s'y montrent hostiles, jugeant la solution artificielle : cf. **P. MALAURIE** et **L. AYNES**, "Les obligations", 5<sup>e</sup> éd., §390, p.220.

<sup>635</sup> En droit communautaire, l'élément de rattachement est déduit de la localisation dans le marché commun des effets perturbateurs de la pratique, même imputable à une société étrangère à l'Union européenne. On parle parfois maladroitement "d'application extra-territoriale" du droit de la concurrence, ou, de façon plus satisfaisante, de "territorialité objective".

Cf pour un exemple d'application célèbre, "affaire des matières colorantes", C.J.C.E. 14 juill. 1972, Rec. 619, ou, plus récemment, affaire "Pâte de bois", Commission 19 déc. 1984, J.O.C.E. n° L 85 du 26 mars 1985, p.1.

Voir également **B. GOLDMAN**, "Le champ d'application territorial des lois sur la concurrence", Rec. Acad. La Haye 1969, III. 637, et plus récemment **J. GROUX**, "Territorialité et droit de la concurrence", R.T.D.E. 1987, p. 5, et les développements consacrés à ce problème dans les manuels de droit communautaire de la concurrence.

<sup>636</sup> Arrêt précité note 40.

**231.** Si la recherche s'avère infructueuse, il faut se résoudre à déclarer l'infraction d'entente anticoncurrentielle non constituée. Cela ne signifie pas que les autorités régulatrices seront démunies. La notion d'abus de domination peut, dans certains cas, constituer une alternative satisfaisante à la qualification d'entente. Un auteur avait d'ailleurs relevé dans l'affaire "Sandoz", que *"sous couvert d'un accord entre entreprises, c'est plutôt un abus de dépendance économique que la Commission a voulu sanctionner"* <sup>637</sup>.

**232.** La position actuelle des autorités françaises n'autorise pas ce recours à l'article 8. Leur réticence à admettre la contrainte économique a été étudiée <sup>638</sup>. Une décision de la Cour d'appel de Paris contribue à "verrouiller" le mécanisme étudié: dans l'arrêt du 17 janvier 1990, la Cour déduit de l'absence de résistance du membre de l'entente que le traitement discriminatoire dont il se plaint est *"issu seulement de l'entente et non de l'abus par la SDRM de sa position dominante"* <sup>639</sup>. L'entreprise, bien que victime de pressions commerciales est considérée comme ayant volontairement adhéré à l'entente. Cette adhésion volontaire lui interdit de se réfugier derrière un abus de domination.

Cette jurisprudence refusant à une entreprise "soumise" toute échappatoire ne semble pas correspondre à la lettre des textes. Ceux-ci ne subordonnent pas la reconnaissance d'un abus de position dominante à la résistance de l'entreprise "abusée". L'état de dépendance rend précisément impossible toute résistance.

La solution retenue dans cette affaire doit être abandonnée, non pour autoriser l'entreprise soumise à se réfugier derrière la contrainte (cela ne serait plus nécessaire), mais pour permettre aux autorités de contrôle d'agir sur le fondement des articles 8 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 et 86 du Traité de Rome. Cela suppose bien sûr que les conditions d'application de ces textes soient réunies. L'on veut croire que la nouvelle jurisprudence de la Cour d'appel, qui s'exprime dans l'affaire "Cora", annonce cet abandon.

## **2/ Avantages de la solution proposée**

**233.** La recherche des véritables parties à la concertation paraît bénéfique au droit des contrats comme au droit de la concurrence.

---

<sup>637</sup> **J.B. BLAISE**, chronique de droit communautaire de la concurrence à la R.T.D.E. 1987/4, p. 671.

<sup>638</sup> Cf § 155 s.

<sup>639</sup> B.O.C.C.R.F. du 25/01/1990, p.25. Décision citée supra note 71.

234. Elle paraît tout d'abord bénéfique au droit contractuel, car elle redonnerait un contenu à la notion de contrat. On ne peut s'empêcher de relever que le droit de la concurrence, dont on vante l'indifférence à la forme juridique empruntée par l'entente, se livre à un élargissement considérable du domaine contractuel en qualifiant expressément les éléments de la politique commerciale d'une entreprise de conventions ou d'accords. Deux hypothèses peuvent être proposées : l'excroissance ainsi relevée peut participer soit de l'essor du contrat <sup>640</sup>, soit de son déclin <sup>641</sup>. On préférera l'une ou l'autre selon que l'on adoptera un point de vue statistique (multiplication des hypothèses contractuelles) ou conceptuel (sens du contenu de la notion de contrat). Présumer de façon assez systématique l'adhésion à une pratique à laquelle l'on n'a, au mieux, rien à gagner, ou au pire, tout à perdre, semble assez éloigné de la logique du droit des obligations. La solution proposée raréfierait quelque peu les qualifications contractuelles mais il redonnerait un certain contenu à la notion.

235. Cette recherche permettrait en outre de résoudre certaines des difficultés relevées en droit des ententes.

Tout d'abord, la contradiction consistant à déclarer l'infraction constituée tout en ne condamnant pas toutes les parties serait levée <sup>642</sup>. La tendance à ne sanctionner que les fournisseurs dans le cadre d'ententes verticales est non seulement illogique, mais aussi révélatrice de l'artifice. Sanctionner toutes les parties à la concertation serait plus cohérent et constituerait un gage d'efficacité de l'action régulatrice.

Le problème de la violence économique serait ensuite résolu : il ne saurait plus être question de violence si la partie, même dominée, a intérêt à l'entente. On peut légitimement penser que si cet intérêt existe, il ne devrait pas être besoin d'une contrainte bien puissante pour la convaincre d'adhérer à la concertation. Les pressions, menaces de boycott ou de déréférencement, et d'une façon générale toutes les mesures de représailles, n'ont de sens que pour forcer le consentement d'une entreprise qui a tout à perdre à l'entente.

La décision de la Cour d'appel démontre, s'il en est besoin, qu'il est possible de concilier l'impératif de sécurité juridique et celui d'efficacité. La recherche de la volonté concordante des

---

<sup>640</sup> L'on s'inspire ici de l'article de M. **VASSEUR**, "Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle", R.T.D.Civ. 1964, p.5. L'auteur prenait acte de la multiplication des contrats en droit administratif, fiscal, commercial... Il répondait ainsi aux arguments de ceux qui prédisaient la mort du contrat.

<sup>641</sup> C'est ici à M. **BATTIFOL** qu'il est fait allusion. Cf. "La crise du contrat et sa portée", Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p.13. M. BATTIFOL constate l'érosion de la théorie d'autonomie de la volonté par la multiplication des contrats d'adhésion et le recours systématique aux volontés présumées.

<sup>642</sup> Cf. titre 2, chap. 1, § 156.

parties n'est pas un frein. Elle peut constituer au contraire la garantie d'une politique de concurrence à la fois rigoureuse et efficace.

La remarque est transposable à l'affirmation selon laquelle l'entente est un acte de contrainte. Toutes les formes d'entente nous paraissent contraignantes. Les autorités ne peuvent condamner des entreprises qu'en ayant démontré qu'elles se sont engagées à quelque chose. C'est là la dernière condition posée à la légitimité de l'intervention étatique. Les volontés concertantes sont des volontés qui s'obligent.

## **SECTION 2 : DES VOLONTES QUI S'OBLIGENT : un principe à construire.**

**236.** A chaque forme d'entente semble correspondre une dégradation progressive de la contrainte qui s'y attache. Ce phénomène a été accepté par la doctrine, après quelques hésitations. A la tentation de la catégorisation s'est substitué un réalisme résigné, qui l'a conduite à accepter que l'entente soit "*avant tout une question de fait indépendante de tout acte juridique* " <sup>643</sup>. Il en résulte que l'entente n'est pas jugée contraignante pour ses membres.

Cette analyse semble participer d'une conception trop étroite de la contrainte. L'entente apparaît comme un instrument de gestion du risque concurrentiel ; en tant que tel, elle requiert une cohésion minima entre les parties. L'étude critique des solutions doctrinales et jurisprudentielles (Paragraphe 1) nous conduira à proposer une nouvelle lecture de la pratique concertée (Paragraphe 2).

### **PARAGRAPHE 1 : ENTENTE ET CONTRAINTE : ETUDE CRITIQUE DES SOLUTIONS DOCTRINALES ET JURISPRUDENTIELLES**

**237.** La doctrine majoritaire s'accorde à reconnaître un caractère contraignant aux accords ou conventions entre entreprises. La question est plus débattue en droit communautaire pour les décisions d'association d'entreprises, mais l'on peut sans trop de difficulté parvenir à la même conclusion (A). L'étude de la pratique concertée s'avère beaucoup plus délicate (B).

---

<sup>643</sup> **J.B. BLAISE**, "Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés économiques", Librairies techniques, 1964.

**A - LES FORMES D'ENTENTE GÉNÉRALEMENT CONSIDÉRÉES COMME CONFÉRANT UN  
POUVOIR D'EXIGENCE**

**1/ Les accords et conventions entre entreprises**

238. A mesure que s'épanouit le droit de la concurrence, l'accord entre entreprises semble rompre le cordon qui le liait au contrat. A défaut d'autres références peut-être, l'on débattait au début des années 1970 de la parenté entre les deux notions. Quelques-uns affirmaient avec force leur synonymie<sup>644</sup>. La plupart se montraient plus réservés<sup>645</sup>. La controverse semble éteinte : la dernière attitude a prévalu. On considère désormais qu' *"une entente peut être découverte dans un accord qui ne crée pas de véritables engagements juridiques mais qui se trouverait à prévoir de simples engagements moraux"* <sup>646</sup>.

La jurisprudence a conforté cette analyse. Dans une décision "Entente internationale de la Quinine", étaient examinés deux accords dénommés "convention d'exportation" et deux *"gentlemen's agreements"* destinés à les compléter, conclus entre des entreprises allemandes, hollandaises et françaises. La Commission a assimilé les *"gentlemen's agreement"* à des accords<sup>647</sup> : de simples engagements dénués d'effet juridiquement obligatoire sont susceptibles d'être appréhendés par la sanction<sup>648</sup>.

---

<sup>644</sup> **A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH** : *"L'entente est synonyme de contrat dans le sens du droit civil allemand aussi bien que français et belge. A cet égard, il n'est pas aussi restrictif que le terme "contract" dans la loi Sherman antitrust, qui n'est pas limitée aux accords ayant un effet juridique obligatoire."*, "Droit des ententes de la Communauté économique européenne.", 1977, p.66.

Dans le même sens, cf. **A. DERINGER**, "Les règles de la concurrence au sein de la C.E.E . Analyse et commentaires des articles 85 à 94 du Traité". Pour un commentaire de l'article 85, cf. R.M.C, 1963, p.39. Cf. également **R. PLAISANT**, note sous l'affaire des Matières colorantes, J.C.P. 1974,II, n°17650.

<sup>645</sup> Pour exemple, **J.B. BLAISE**, op. cit.

<sup>646</sup> **C. GAVALDA et G. PARLEANI**, "Traité de droit communautaire des affaires", 2e éd., 1992, p.463. Dans le même sens, **R. KOVAR**, "Cours au collège d'Europe", précité ; **J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires", **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5e éd., n°485.

<sup>647</sup> Décision n° 69/240, du 16 juillet 1969, ENTENTE INTERNATIONALE DE LA QUININE, J.O.C.E. n° L.192, du 5 août 1969 et J.D.I. 1970, p.196.

<sup>648</sup> Certains auteurs estimèrent cependant que les *"gentlemen's agreements"* comportaient en l'espèce une obligation juridique car ils étaient indissociables de la convention d'exportation." Cf **J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE**, op. cit. p.297, **A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH**, "Droit des ententes de la Communauté économique européenne, n°14.

**239.** Les accords se dédoublent donc en deux catégories : ceux créant des obligations juridiques et ceux créant de simples obligations morales <sup>649</sup>. On peut regrouper dans la première les ententes empruntant une forme contractuelle classique (contrat de distribution, contrat de vente, contrat de licence...) et les ententes s'appuyant sur des structures organiques telles que les sociétés, les associations, les syndicats <sup>650</sup>. On peut intégrer à la seconde les engagements d'honneur, déjà évoqués, mais aussi les memorandum, protocoles...

Tous sont unis par le lien d'obligation au sens large qu'ils instaurent entre les entreprises. Qu'il y ait obligation morale ou obligation juridique, il y a toujours engagement des parties. De simples déclarations d'intentions ne devraient pas pouvoir être appréhendées sous la qualification d'accords. De tels actes ne violent ni la condition d'incertitude, ni la condition d'autonomie. Ils ne font pas davantage obstacle à la fluidité du marché.

C'est à cet avis que se range la doctrine majoritaire. Messieurs GOLDMAN, LYON-CAEN ET VOGEL font valoir que, lorsqu'il n'y a qu'une simple déclaration d'intentions, un élément constitutif de l'infraction fait défaut <sup>651</sup>. La jurisprudence est plus incertaine.

Un effet obligatoire est parfois requis. La Commission a pris soin de relever dans l'affaire "Entente internationale de la Quinine", qu'en dépit de leur dénomination, les accords *prévoient expressément, par écrit, des dispositions obligatoires, dispositions au respect desquelles ces parties peuvent être contraintes par la voie du recours à la procédure d'arbitrage* ". De la même façon, pour stigmatiser une entente de prix entre un franchiseur et un franchisé, le Conseil de la concurrence relève que *"l'indication, sur des documents destinés à la clientèle, du montant des taux de commission et des frais forfaitaires, ne peut être regardée comme une simple recommandation de marges ou de prix conseillés à titre indicatif"*.<sup>652</sup>

Toutefois, il arrive que certains documents soient jugés anticoncurrentiels alors même qu'ils sont dépourvus d'effet obligatoire. Dans une affaire récente, le Conseil a jugé que des conditions générales de vente, bien que non impératives pour les entreprises adhérentes à une fédération, pouvaient avoir

---

<sup>649</sup> Cette manière tranchée d'opposer obligations juridiques et obligations morales ne saurait masquer d'importantes questions, lesquelles dépassent le cadre modeste de notre étude. Le droit s'oppose-t-il à la morale? A défaut de s'y opposer, s'en distingue-t-il? Quel est alors le critère de distinction?

Sur les rapports du droit et de la morale, cf. notamment **G. RIPERT**, "La règle morale dans les obligations civiles", 4<sup>e</sup> éd. 1949, L.G.D.J. Paris.

<sup>650</sup> Les filiales communes sont cependant parfois considérées comme des opérations de concentration. Les actes des G.I.E et des coopératives sont souvent assimilés à des décisions d'association d'entreprises.

<sup>651</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, 5<sup>e</sup> éd., n°486 ; **R. KOVAR**, "Cours au collège d'Europe", p. 21/22...

<sup>652</sup> Décision n°93-D-43 en date du 19 oct. 1993, relative aux pratiques des entreprises du réseau de franchise "Troc de l'île", Rapport d'activité 1993, annexe 50, p.303.

pour objet ou pour effet d'inciter ces entreprises à harmoniser leurs conditions financières <sup>653</sup>. Cette circonstance a eu pour seule conséquence de minorer la sanction pécuniaire. Le principe de l'incrimination est pourtant contestable. En l'absence de tout engagement, il est difficile de soutenir, comme le fait le Conseil, que la pratique a un objet anticoncurrentiel. En l'espèce, elle n'a pas eu davantage un tel effet. Il est enfin peu probable que l'on puisse prévoir, avec un degré raisonnable de certitude, qu'elle pourrait développer à l'avenir un effet restrictif : un délai de près de cinq ans s'est écoulé entre la date d'approbation du document par l'assemblée générale de la Fédération et la date de la décision du Conseil.

L'on se rapproche d'une condamnation *per se* de certaines pratiques, ce qui est contraire à l'esprit du droit de la concurrence. En l'absence d'intention objective des parties de s'obliger, on doit considérer que l'accord n'a ni comme objet, ni comme effet potentiel, de porter atteinte à la concurrence.

Cet effet obligatoire doit être démontré, même si les parties étaient précédemment liées par un contrat qui n'est plus officiellement en vigueur <sup>654</sup>. La simple persistance des effets du contrat résilié ou non renouvelé ne devrait pas suffire à démontrer la collusion. Des indices établissant que la continuation des effets de l'accord n'est pas le fruit de volontés unilatérales parallèles doivent être recherchés. En un sens, la preuve du concours de volontés rejoint celle de l'effet obligatoire de la pratique.

---

<sup>653</sup> Décision n° 94-D-08 du 1er février 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la pierre calcaire et du marbre, B.O.C.C.R.F. du 8 avril 1994, p.144. Le Conseil n'a pas expressément qualifié cette pratique d'accord. Nous avons vu que telle était cependant la qualification habituellement donnée aux conditions générales de vente (cf ce chapitre, § 218).

Nous avons déjà relevé la tendance des autorités de contrôle à ne pas choisir une qualification précise. On peut considérer que le fait est sans gravité : les infractions sont sanctionnées de façon comparable quelque soit la forme revêtue par l'entente. Il demeure qu'on ne peut tout à la fois affirmer que chacune est substantiellement autonome et les fondre dans l'opération de qualification.

<sup>654</sup> Cf Commission 19 déc. 1990, aff. IV /33, CARBONATE DE SOUDE- SOLVAY/ ICI, J.O.C.E. n° L. 152, du 15 juin 1991, p. 16. Cf. également C.J.C.E. 3 juillet 1985, BINON, aff. 243/83, Rec. 2015.



## 2/ Les décisions d'association d'entreprises .

240. Le terme de décision est plus familier au vocabulaire juridique que les notions d'entente, de coalition, ou de pratique concertée. Il paraît impliquer une résolution d'agir. Un exemple fréquent de décision d'association d'entreprises est pourtant la recommandation émanant de l'organe représentatif : syndicat, association, fédération, organisme responsable de foires et d'exposition... D'éminents auteurs considèrent que la recommandation doit être contraignante dans son principe pour être considérée comme une décision <sup>655</sup>. Les autorités communautaires semblent du même avis. La Cour de Justice se livre à une analyse *in concreto* des prétendues recommandations afin de déceler la contrainte éventuelle. Ainsi, dans une affaire "Verband der Sachversicherer" a-t-elle relevé que la recommandation formulée par le Verband et tendant à la majoration des primes d'assurance incendie, "*bien que qualifiée de "recommandation non obligatoire", prescrit en des termes impératifs un relèvement collectif, forfaitaire et non obligatoire des primes* " <sup>656</sup>. Dans une affaire "FETEBAB" du 29 octobre 1980, la Cour avait déjà déclaré qu'une recommandation d'une association sans but lucratif constituait bien une décision car ses statuts prévoyaient leur caractère obligatoire.

241. Dans le cadre d'accords ou de décision d'association d'entreprises, un courant majoritaire exige ainsi que l'acte litigieux s'impose à ses destinataires. Cela semble être une condition de la qualification d'entente. La troisième forme de concertation, la pratique concertée, est pourtant habituellement présentée comme une exception à ce principe.

---

<sup>655</sup> C. GAVALDA et R. PARLEANI, § 543, précité note 6 .

Dans le même sens, J.A. VAN DAMME, "La politique de la concurrence dans la C.E.E.", U.G.A., Kortryk, Bruxelles, Namur, 1970, J. SHAPIRA, G. Le TALLEC et J. B. BLAISE, (mais de façon un peu confuse), "Droit européen des affaires", p.252 ; A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH, "Droit des ententes de la Communauté économique européenne", §13, p. 66...

Contra, I. VAN BAEL et J.F. VAN BELLIS, pour lesquels "*le terme "décision" comprend les recommandations simplement "indicatives" lorsque le respect de ces recommandations a un effet sensible sur la concurrence* .", op. cit., § 211. Cette analyse est marginale, la plupart des auteurs estimant que le respect de la recommandation par ses destinataires transforme celle-ci en un accord ou en une pratique concertée.

Voir également B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, op. cit. § 488; M. WAELBROECK, "Le droit de la Communauté économique européenne".

<sup>656</sup> C.J.C.E. 27 janv. 1987, VERBAND, aff. 45/85, Rec. 405. Cf également Rapport de la Commission des Communautés sur la politique de la concurrence pour 1987, p. 104 s. Le début de la décision semblait plus ambigu. La Cour a en effet préféré à la notion d'"expression officielle de la volonté de l'association", celle d'"expression fidèle de la volonté de la requérante", ce qui semblait refléter le choix d'une interprétation extensive de la notion de recommandation.

Dans le même sens, cf C.J.C.E. 29 oct. 1980, aff. jointes 209 à 215 et 218, Van Landewick c/ Commission, dit FEDETAB, Rec. 3125.

## B - PRATIQUE CONCERTÉE ET CONTRAINTE : UNE ASSOCIATION DISCUTÉE

242. Il est généralement affirmé que la pratique concertée ne lie pas le groupe (1). C'est sous-estimer le poids des pressions économiques (2).

### 1/ L'opinion commune : l'affirmation du caractère non contraignant de la pratique concertée.

243. Les auteurs opposent fréquemment la pratique concertée aux autres formes de concertation en ce qu'elle serait dépourvue d'effet obligatoire<sup>657</sup>. C'est même là sa caractéristique apparente. Monsieur KOVAR écrit qu'*"à la différence des accords, les pratiques concertées n'ont ni pour objet, ni pour effet, de créer des engagements ou des obligations. Ce sont de simples comportements de fait."*<sup>658</sup>. Monsieur BLAISE considère même que *"la seule distinction logique reste donc celle qui oppose les contrats, sous quelque forme qu'ils se révèlent, et qu'ils soient ou non suivis d'action, aux actions concertées qui reposent sur un simple accord non obligatoire"*<sup>659</sup>.

L'analyse des actes émanant d'association d'entreprises est révélatrice. Nombreux sont les auteurs qui les qualifient de décisions lorsqu'elles sont obligatoires (voire à des accords si elles font l'objet d'un acquiescement), et de pratiques concertées lorsqu'elles sont simplement suivies d'effet.

244. La même distinction est opérée en jurisprudence. La Cour de Justice avait déjà fait valoir dans l'affaire "des Matières colorantes" que *"si l'article 85 distingue la notion de "pratique concertée" de celle d' "accords entre entreprises" ou de "décisions d'entreprises", c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence"*

---

<sup>657</sup> Contra **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, et L. VOGEL**: *"la distinction ne tient certes pas au caractère obligatoire de l'un, caractère que ne présente pas l'accord au sens de l'article 85 : il peut y avoir accord sans que l'on soit en présence d'un contrat ."*, "Droit commercial européen", § 490, p.365. L'opposition n'est peut être qu'apparente. Ces auteurs semblent en effet faire allusion à la contrainte juridique, ce que ne font pas la plupart. Les accords et décisions nécessiteraient l'existence d'une contrainte au moins morale (cf supra), tandis que *"dans une pratique concertée, les parties ne s'engagent à rien", même moralement"*, op. cit, n°490, p.366. Nous reviendrons sur cette analyse et nous tenterons d'en proposer une autre. Cf infra § 250 et s. ainsi que §260 et s.

<sup>658</sup> **R. KOVAR**, note sous C.J.C.E. 16 déc. 1975, INDUSTRIE EUROPEENNE DU SUCRE, J.D.I. 1977, p. 217.

<sup>659</sup> **J.B. BLAISE**, "Le statut juridique des ententes économiques", note 8, p.108, précitée supra.

<sup>660</sup>. La Commission a également été très explicite dans l'affaire "Solvay", en opposant la pratique concertée, qui *"n'exige pas l'élaboration d'un véritable plan "* à l'accord, qui suppose *"un consensus sur un projet."* <sup>661</sup>.

**245.** On pourrait résumer ces différents propos en posant que l'absence de caractère obligatoire entraîne une dégradation d'un accord ou d'une décision en une pratique concertée. Cette position nous semble contestable. Elle paraît relever d'une confusion entre le formel et l'obligatoire. Ce défaut a déjà été relevé dans le cadre de *"gentlemen's agreement."* Ainsi Monsieur AMMAR reproche-t-il à un auteur de confondre avec *"l'engagement auquel on a retiré son caractère contraignant - engagement d'honneur élisif- l'acte dont il est difficile de rapporter la preuve"* <sup>662</sup>. Tout le régime de la pratique concertée est marqué par son absence de formalisme. Cela n'exclut pas la contrainte.

## **2/ La pratique concertée n'exclut pas la contrainte**

**246.** Après nous être interrogés sur les indices révélant la contrainte dans l'hypothèse d'accords ou de décisions d'association d'entreprises (a), l'on s'attachera aux pratiques concertées. Il est rare qu'une contrainte juridique leur soit attachée (b). Il existe cependant des formes de contrainte extra-juridique (c).

### **a/ Les indices révélant habituellement la contrainte**

**247.** Le caractère contraignant d'un acte ou d'une pratique apparaît avec plus ou moins d'évidence.

La contrainte est inhérente à la qualification contractuelle. Il n'est nul besoin de la démontrer <sup>663</sup>. Les ententes adoptant une forme contractuelle classique sont "naturellement" contraignantes, à

---

<sup>660</sup> **J.B. BLAISE**, "Le statut juridique des ententes économiques", note 8, p.108, précitée supra.

<sup>661</sup> Commission CEE 19 déc. 1990, SOLVAY CFK, J.O.C.E. 1991 n° L. 152.

<sup>662</sup> **D.AMMAR**, "Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur", Thèse Paris 1990, p.296. Le reproche est adressé à M. Stewart **Mc CAULAY** (auteur de "Non contractual relations in business : a preliminary study", American sociological review, 1963, p.55) .

<sup>663</sup> C'est au contraire l'absence de caractère contraignant donné par les parties à leur accord qui doit être démontrée si elles veulent réfuter la qualification contractuelle apparente.

condition qu'elles soient licites. L'effet obligatoire se résume à un problème de validité. On infère le premier du second sans autre démonstration.

Prenons l'exemple des ententes verticales. Elles sont conclues entre opérateurs intervenant à des stades différents du circuit de distribution. Elles ont toujours été peu suspectes car leurs membres ne sont pas en rapport de concurrence. Elles peuvent néanmoins être illicites <sup>664</sup>. Les ententes empruntent généralement une forme contractuelle : contrat de concession, contrat de licence, contrat de franchise... Cet emprunt leur confère une certaine stabilité. Parce que leur fondement est contractuel, leur juridicité n'est pas mise en cause. Elles sont valables ou viciées, mais nul ne s'interroge sur leur nature juridique <sup>665</sup>. Si elles sont valables, l'ordre juridique leur prodigue sa protection. Si elles sont illicites, elles sont annulées, ou leur contenu remodelé.

---

<sup>664</sup> La Cour de Justice des Communautés a posé, dans un arrêt GRUNDIG contre CONSTEN du 13 juillet 1966, qu'il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre les accords verticaux et les accords horizontaux. Tous ont un caractère collectif et sont susceptibles d'être appréhendés par la prohibition (aff. jointes 56 et 58/64, Rec. 429). **Ce n'est en effet pas uniquement la concurrence interne** (entre les parties) **qui est protégée, c'est aussi la concurrence externe** (liberté d'action et de choix des tiers).

Le conseil estime de même que les dispositions de l'article 7 sont applicables "*aux relations qui peuvent exister entre des agents économiques situés à des stades différents du processus de production et de commercialisation, telles que les conventions liant un producteur à ses distributeurs*" (Rapport d'activité 1993, p. 48)

<sup>665</sup> Il aurait été envisageable d'intégrer dans la définition du contrat toutes ses conditions de validité, formulées à l'article 1108 du code civil. M. **GHESTIN** a proposé cette définition : le contrat serait "*un accord de volontés qui se sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auquel le droit positif fait produire de tels effets*." (La notion de contrat, Dalloz 1990, chr. 157.) Si tel était le cas, les ententes ayant un objet anticoncurrentiel, qu'elles prennent la forme d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée seraient *ipso facto* nulles. Les pratiques ayant simplement pour effet de le faire subiraient le même sort, même si leur rattachement à l'article 1108 est plus problématique (il faudrait soit considérer que l'effet révèle l'objet, soit estimer qu'il s'agit d'un cas d'illicéité propre au droit de la concurrence).

La consécration d'une telle analyse rendrait cependant obsolète toute notre théorie générale des nullités. Ainsi que le relèvent RIPERT et BOULANGER, "*s'il est utile de prononcer la nullité d'un contrat, c'est que le contrat existe. La nullité suppose que les éléments d'un contrat soient réunis, c'est à dire qu'il y ait eu accord de volontés en vue d'un certain résultat à obtenir. La nullité ne se confond pas avec l'inexistence*.", in "Traité de droit civil", T. II, souligné par nous, 1956, p. 255.

**La qualification de contrat n'est en fait pas réservée aux seuls contrats valables.** La structure du code civil nous l'enseigne. L'étude du contrat se déroule par étapes:

1/définition du contrat (article 1101: "*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire, quelque chose*")

2/conditions de validité (art. 1108: consentement, capacité, objet, cause)

3/effet obligatoire (art. 1134 : "*Les conventions **légalement formées** tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*".)

L'absence de validité n'affecte que l'effet juridiquement obligatoire du contrat, elle est indifférente à sa nature. L'expression "s'obligent à...", utilisée à l'article 1101, ne semble postuler aucune reconnaissance par le droit étatique. Une analyse en deux temps s'impose : il convient d'abord de vérifier qu'il existe un contrat ; il convient ensuite et seulement d'en apprécier la validité. Le constat d'une invalidité ne remet pas en cause la nature contractuelle originaire. La rétroactivité qui s'attache à la nullité répond par ailleurs à une logique fonctionnelle : détruire l'apparence créée par le contrat, effacer ses traces. On fait "comme si" il n'y avait jamais eu d'acte ; on ne discute pas de sa nature.

En résumé, le caractère illicite de l'entente n'est pas un obstacle à une qualification contractuelle. L'entente, instrument de violation de la norme concurrentielle (pratique concertée illicite), doit être traitée de la même façon que l'entente, instrument d'organisation de cette norme (contrats de distribution sélective par exemple).

**248.** En l'absence de tout contrat formel, quels sont les indices qui révèlent la contrainte?

Dans le cas d'une décision d'association d'entreprises, c'est "*l'emploi de termes impératifs*"<sup>666</sup> qui va permettre de requalifier une simple recommandation en une pratique contraignante. On déduit l'engagement des termes de l'acte. La même méthode est applicable aux accords qui ne créent pas d'obligations juridiques.

Le problème est plus aigu en présence d'une pratique concertée. Simple forme de coopération entre entreprises, elle est davantage comportementale que formelle. Quelques courriers et documents explicites sont parfois saisis, mais nous avons vu que cela constitue l'exception. Ces ententes sont souvent informelles, et même "aformelles", si l'on osait l'expression. La contrainte n'est nulle part écrite. On en déduit trop facilement qu'elle n'existe pas. La contrainte existe, mais elle ne peut être qu'extra-juridique.

#### **b/ L'absence de contrainte juridique attachée à la pratique concertée.**

**249.** Dans l'hypothèse d'une pratique concertée, la contrainte n'est pas constituée par la sanction légale<sup>667</sup>. Si cette forme d'entente n'est pas anticoncurrentielle par nature, elle l'est souvent en pratique. L'illicite l'affecte toute entière. La dissimulation est ici le signe de l'illicite<sup>668</sup>. Or, "*il va de soi qu'un engagement ne peut évidemment être sanctionné par le droit lorsqu'il a pour objet*

---

<sup>666</sup> Formule utilisée par la Cour de Justice dans l'affaire VERBAND, précitée, note 72.

<sup>667</sup> L'idée de définir la norme par la sanction est présente chez de nombreux auteurs. SAINT THOMAS considérait que la règle de droit suppose réunis deux éléments : "*premièrement qu'il s'agit d'une règle portant sur des actes humains, deuxièmement qu'elle a un pouvoir coercitif.*" (La somme téléologique, T. II, Q, 96, A-5, cité par C.A. MORAND, "La sanction", Archives de philosophie du droit, 1990, p. 393.). Pour KELSEN, les normes juridiques sont des "*normes ordonnant une sanction (...), des règles rattachant à un certain état de fait un acte de contrainte.*" Il ajoute qu'"*un sujet n'est juridiquement obligé à une certaine conduite que si la conduite contraire a pour conséquence un acte de contrainte statué par l'ordre juridique comme sanction.*"

De nombreuses définitions de la sanction ont été forgées. M. JESTAZ en retient trois : la reconnaissance de la règle par l'ordre juridique (consécration), les conséquences précises attachées à la règle (tarif), la mise en oeuvre autoritaire de la règle (répression), in "La sanction ou l'inconnue du droit", Dalloz 1986, chr. 197.

<sup>668</sup> Il n'en est pas de même en droit des sociétés. Certains groupements peuvent rester occultes pour des raisons de stratégie commerciale. La société en participation illustre cette possibilité.

*l'accomplissement d'un acte illicite, c'est à dire interdit par le droit* "669. La réaction étatique est dans ce cas limitée à la répression <sup>670</sup>, répression que les parties entendent précisément éviter.

Soulignons que l'objet de la pratique concertée n'est pas de renoncer au bénéfice de la loi, de se priver des voies de droit traditionnelles. Elle diffère en cela des engagements d'honneur. L'absence de sanction juridique n'est pas la résultante d'un processus conventionnel (la volonté de renonciation aux voies de droit), mais du refus de l'ordre juridique d'accorder cette sanction. Les entreprises tirent les conséquences de cette absence de contrainte légale et du risque qu'elles encourent d'être sanctionnées. L'analyse de la Cour selon laquelle *"dans une entente secrète, lorsque les parties mesurent pleinement le caractère illégal de leur comportement, elles n'entendent bien évidemment pas que les arrangements collusoires aient une force contractuelle "* nous semble partiellement inexacte. Les parties ne refusent pas la force contractuelle : elle savent qu'elles en sont privées. Elles entendent tout simplement que leurs arrangements ne soient pas décelables et elles évitent pour cela le revêtement contractuel. Les parties dissimulent l'illicite *"sous le masque de l'apparement non obligatoire "* <sup>671</sup>. La remarque de Monsieur KOVAR, déjà formulée, selon laquelle *"à la différence des accords, les pratiques concertées n'ont ni pour objet, ni pour effet, de créer des engagements ou des obligations. Ce sont de simples comportements de fait.* "672, encourt la même critique : les pratiques concertées ne sont sans doute pas source d'obligation civile, mais ceci est la conséquence des effets de la pratique. Au stade de l'objet, la contrainte existe, mais elle ne peut être qu'extra-juridique.

### **c/ L'existence d'une contrainte extra-juridique**

**250.**L'analyse développée par Monsieur OPPETIT au sujet des engagements d'honneur est parfaitement transposable à la pratique concertée. Il relève que *"le débiteur s'expose, en cas*

---

<sup>669</sup> R. NERSON, "La volonté de contracter", Mélanges Secretan, 1964, p. 209.

<sup>670</sup> Sauf indifférence des autorités : cf la notion de sensibilité en droit français et communautaire, cf. 1ère partie, Titre 1, chap. 2, § 77 à 87.

<sup>671</sup> D. AMMAR, "Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur", Thèse Paris 1990, p.249.

Cf également E. COLMANT : " ... il semble que maintenant que le droit de la concurrence est entré dans une phase de mise en oeuvre, les entreprises qui veulent s'entendre en fraude des règles du Traité de Rome, tendent à le faire au moyen de pratiques concertées qui ont l'avantage d'être moins décelables que des accords écrits", in "14 juillet 1972, une date pour le droit de la concurrence...", R.M.C. 1973, p.15. De nombreux auteurs soulignent ainsi la finalité dissimulatrice qui entoure le choix de la pratique concertée comme forme de concertation.

<sup>672</sup> R. KOVAR , note sous C.J.C.E. 16 déc. 1975, INDUSTRIE EUROPEENNE DU SUCRE, J.D.I. 1977, p. 217.

*d'inexécution, aux pressions d'un milieu puissant, au sein duquel s'exerce une autorégulation* "673. L'efficacité des sanctions professionnelles a été soulignée 674. La crainte ou la menace de perte de marchés, "l'atteinte à la réputation, ou l'équivalent de (l') exception d'inexécution " du droit contractuel constituent des incitations puissantes au respect de promesses souscrites. On peut encore penser aux menaces de déréférencement ou de non-renouvellement d'un contrat de distribution, aux menaces de boycott et de rétorsions diverses. Le simple état de dépendance économique peut éventuellement obliger l'entreprise à se soumettre aux termes d'une entente.

**251.** On voit que les hypothèses de contrainte extra-juridique sont multiples. La pratique concertée n'est pas par nature dépourvue de caractère contraignant. Par conséquent, ériger la contrainte en critère de distinction des différentes formes d'entente apparaît contestable. Plus que l'absence d'effet obligatoire, la conscience d'être en infraction et le souci de dissimulation subséquente semblent caractériser la plupart des pratiques concertées.

La conclusion est abrupte. Nous avons montré qu'une pratique concertée pouvait être obligatoire, mais non qu'elle l'était nécessairement. Puisque l'on a soutenu que les autres types d'entente devaient toujours être contraignants pour les parties, l'on doit avoir les mêmes exigences pour les pratiques concertées. Or, les pressions d'ordre économique, substitués à la sanction juridique, n'accompagnent pas automatiquement les actions concertées. Il existe de nombreux exemples de concertation entre entreprises dont aucune n'est en mesure d'imposer sa loi aux autres car elles sont toutes de puissance égale. L'absence de pressions potentielles paraît contrarier la thèse de l'effet obligatoire.

En réalité, la source de la contrainte est ailleurs. Elle n'émane plus d'une autorité extérieure, mais du marché lui-même et des risques encourus. L'entente est un instrument de gestion des risques concurrentiels. L'impératif de gestion du risque "lie" les parties. Ce trait réunit toutes les formes de collusion. Il transcende les distinctions entre accords, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées anticoncurrentiels. C'est essentiellement de cette dernière qu'il sera question, puisque nous avons vu qu'elle constituait le point d'ancrage de toutes les difficultés.

---

<sup>673</sup> **B. OPPETIT**, "L'engagement d'honneur", Dalloz 1979, chr. p. 10.

<sup>674</sup> **D. AMMAR**, Thèse précitée, citant Stewart **Mc CAULAY**.

## PARAGRAPHE 2 : LA GESTION DU RISQUE CONCURRENTIEL, FORME INDIRECTE DE CONTRAINTE

252. Chaque entente anticoncurrentielle se voit assigner un objectif particulier : organiser tel marché, boycotter tel opérateur, empêcher les importations parallèles sur un territoire donné... Toutes ont pourtant un point commun : elles faussent les règles du jeu normal de la concurrence. Or, ce jeu a pour effet d'exposer les entreprises au risque. En refusant de se soumettre à la loi du marché, les opérateurs tentent de supprimer le risque, ou, plus modestement, de le gérer (A). La disparition du risque est subordonnée à l'assurance que doivent avoir les concertants d'une unité comportementale effective, d'un respect des mesures arrêtées (B). Si elles demeurent en effet dans l'incertitude absolue quant au comportement des entreprises concurrentes, le risque reste entier. L'assurance apparaît selon cette analyse comme un substitut à l'effet obligatoire (C).

### A - L'IMPORTANCE DE LA GESTION DU RISQUE

253. *"Comme toute technique, la gestion des risques se caractérise par une méthode ; celle-ci comporte plusieurs phases, phase d'analyse tout d'abord où l'on essaie d'identifier, de façon aussi exhaustive que possible, les risques afférents à une activité ou à une décision données, phase d'évaluation ensuite : une fois les risques identifiés, il faut en apprécier la probabilité d'occurrence et évaluer les coûts financiers ou autres qu'ils font peser sur l'entreprise. A cette phase d'analyse succède une phase de décision ; il s'agit de proposer des solutions en face d'un risque déterminé..."* <sup>675</sup>.

Lorsque le risque est afférent à l'exécution d'un acte, cet acte lui-même peut organiser sa gestion. Les clauses de prévention du risque sont intégrées aux autres stipulations : la gestion du risque constitue un accessoire. Sa licéité intrinsèque n'est pas en cause : elle est liée à celle de l'acte principal. Ce mécanisme est fréquemment utilisé en matière contractuelle (1). La gestion du risque peut toutefois constituer l'objet principal d'un acte ou d'une pratique. Il en constitue alors la seule fonction et peut être intrinsèquement illicite. C'est le cas de certaines ententes (2). Il est intéressant de comparer les méthodes respectivement adoptées dans chaque cas.

---

<sup>675</sup> D. DEDOUBLE, "L'entreprise et le contrat", Biblio. de droit de l'entreprise, n°XI, Litec 1980, n°258 et s., p. 246 et s.



## 1/ La gestion du risque par le contrat

254. Nous avons évoqué en début de travail la possibilité d'adopter une lecture économique du contrat. On le présente volontiers comme un instrument d'échange et de justice commutative. La théorie de la cause <sup>676</sup> et de l'objet sont présentées comme assurant une répartition équilibrée des richesses.

Le contrat est aussi un acte de prévision. HAURIUO le définit comme "*la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision*"<sup>677</sup>. Le contrat se caractérise par son emprise sur les faits et sur l'avenir. C'est cet aspect qu'ont développé certains auteurs. Ils en font un instrument de gestion des risques <sup>678</sup>.

Le contrat est alors analysé comme un substitut imparfait à l'assurance. Les parties imaginent le risque. Celui-ci peut être externe au contrat : il tient dans ce cas à l'évolution des prix, des délais de livraison, de la politique législative... Il est possible de se prémunir contre ces risques par l'inclusion de clauses de *hardship* (ou plus généralement de clauses d'adaptation) ou de clauses autorisant la "*destruction anticipée du contrat*"<sup>679</sup>. Ces prévisions sont d'autant plus nécessaires que le droit privé ne reconnaît pas la théorie de l'imprévision. Le risque peut aussi être interne et tenir à l'exécution du contrat par une partie. On peut s'en préserver en prévoyant des sûretés, des clauses pénales, des clauses de suspension du contrat... Il est également possible de prévoir l'imputation des risques : *prévention des risques, imputation des risques : le contrat gère non seulement le projet dont il est l'instrument dans ses détails les plus précis mais s'attache aux déviations que l'opération pourrait connaître par rapport au tracé idéal retenu par ses constructeurs* <sup>680</sup>.

---

<sup>676</sup> La notion de cause fait l'objet d'une attention doctrinale, certes marginale, mais soutenue. M. **HEBRAUD** en fait par exemple "*un agent intercesseur entre les facteurs objectifs et la volonté.*" ("Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques", Mélanges Maury, 1960, p.419.)

<sup>677</sup> **HAURIUO**, "Principes de droit public", (1ère éd.), p.206.

<sup>678</sup> Cf notamment **J.M. MOUSSERON**, "La gestion des risques par le contrat", R.T.D.C. 1987/3, p. 481; **G. J. MARTIN**, "Le risque, concept méconnu du droit économique", R.I.D.E. 1990.

<sup>679</sup> **J.M. MOUSSERON**, article précité.

<sup>680</sup> Ibid.

Dans ces différentes hypothèses, la gestion du risque est limitée à certaines clauses du contrat <sup>681</sup>. Il en va différemment en droit des ententes : c'est l'entente, par essence et dans son intégralité, qui est un instrument de gestion du risque.

## 2/ La gestion du risque par l'entente

**255.** Dans notre hypothèse, c'est la concurrence elle-même qui est porteuse du risque. Nous avons vu combien la notion de risque était importante en droit de la concurrence <sup>682</sup>. Son existence est garante du dynamisme entrepreneurial. Seules les entreprises qui savent y faire face sont viables. Dans une conception "malthusianiste", la disparition inéluctable des entreprises insuffisamment innovantes, insuffisamment armées face à la concurrence, est jugée saine et nécessaire. Les périodes de crise économique aggravent ce phénomène de "sélection naturelle".

Les entreprises sont naturellement tentées de s'en prémunir. Il leur faut pour cela détruire les conditions du jeu normal de la concurrence, substituer l'information à l'incertitude, la coordination à l'autonomie comportementale. Il faut réduire, voire supprimer, le risque concurrentiel.

L'engagement de non-concurrence est le moyen le plus radical pour supprimer le risque. L'échange d'informations constitue un moyen plus indirect. Il ne constitue qu'un préalable, qu'une étape dans l'éviction du risque. Il ne recèle en lui-même aucun engagement, et partant, aucune perte d'incertitude <sup>683</sup>. C'est pour cela qu'il est contestable de condamner *per se* l'échange d'informations confidentielles. Il manque une condition indispensable à la disparition du risque : l'assurance d'un comportement effectif. A défaut d'une telle assurance, les entreprises ne modifieront normalement pas leur comportement. Le jeu normal de la concurrence ne sera pas altéré et le risque concurrentiel restera entier. Si elles le modifient cependant, ce ne sera pas le résultat d'une décision commune. Leur réaction est imprévisible pour les concurrents, ce qui est la négation même de la gestion du risque.

---

<sup>681</sup> Même si la place consacrée à ces clauses est de plus en plus importante. Les entreprises font d'ailleurs appel pour les rédiger à des juristes ou à des gestionnaires, que l'on appelle alors des "risks managers".

<sup>682</sup> Cf chapitre précédent, § 73 à 79.

<sup>683</sup> Il n'y a même pas ici de déclaration d'intention, à laquelle nous avons vu, dans l'étude des accords entre entreprises, qu'il manquait un élément de l'incrimination. On considère que ces déclarations, non suivies d'effet, n'ont ni pour objet, ni par conséquent pour effet, de porter atteinte à la concurrence. Pourquoi ne pas faire preuve des mêmes exigences dans le cadre des pratiques concertées ? Les conditions d'incrimination sont les mêmes.

## ***B - L'ASSURANCE D'ÊTRE SUIVI, CONDITION D'ABOLITION DU RISQUE CONCURRENTIEL***

**256.** Pour que le risque concurrentiel soit supprimé, il faut qu'un comportement soit la résultante de l'échange d'informations, comportement différent de celui que les entreprises auraient adopté dans le cadre d'un marché opaque. L'information doit, sinon fausser effectivement le jeu concurrentiel, du moins tendre à le faire. Les parties doivent être convaincues, à l'issue de la réunion (si tel est le cadre de l'échange), du comportement qu'adopteront leurs concurrents. **Elles doivent avoir l'assurance d'une unité comportementale à venir.** Alors seulement le risque est évincé <sup>684</sup>. La perte d'autonomie nous semble la compagne nécessaire de la perte d'incertitude. Bien plus, il ne saurait y avoir réelle perte d'incertitude sans perte d'autonomie avérée ou, c'est là l'essentiel, décidée. L'important n'est pas que l'attitude des parties soit effectivement conforme à leurs prévisions (les parties pouvant manquer à leur parole) ; il est que la concertation tende à l'unité comportementale. La pratique concertée peut en conséquence être définie comme une concertation en vue d'un parallélisme de comportement <sup>685</sup>. Ce dernier révèle la perte d'autonomie en même temps qu'il la constitue.

Cette double fonction, constitutive et probatoire, est discutée depuis trente ans.

### **1/ La fonction du parallélisme comportemental**

**257.** La question est controversée en doctrine et incertaine en jurisprudence (a). Une solution peut être proposée, que l'on souhaite de nature à introduire un élément de sécurité juridique dans le contentieux des pratiques concertées (b).

---

<sup>684</sup> Certains auteurs nous paraissent poser de bonnes prémisses mais sans en tirer toutes les conséquences : Ainsi MM. **GOLDMAN, LYON-CAEN** et **VOGEL** estiment-ils que dans une pratique concertée, les entreprises "*portent à la connaissance des autres leurs intentions*". Le contact doit apporter "*des renseignements sur le comportement sur le marché de l'une ou de l'autre*", c'est-à-dire affecter "*leur autonomie de décision*". Ces développements nous semblent contenir de façon latente la notion d'assurance et d'engagement. Lorsque les entreprises dévoilent leurs intentions, c'est avec l'engagement au moins implicite que leur comportement à venir sera conforme au contenu de l'information transmise, sinon quel est l'intérêt de l'échange? Pourtant ces auteurs affirment que "*les entreprises ne s'engagent à rien, même moralement*".

<sup>685</sup> L'idée d'un parallélisme ne fait pas obstacle à une qualification contractuelle, problème évoqué note \*\*. L'antagonisme des intérêts n'est pas inhérent à la qualification contractuelle : "*les parties contractantes doivent (...) vouloir la même chose, leurs actes de volontés exprimés doivent être parallèles ; même si les parties contractantes doivent, au terme de la convention, se comporter différemment. Quant au contenu contractuel, il peut comporter deux cas : les individus peuvent être obligés à un comportement égal (...). Mais les individus peuvent être obligés à un comportement différent (...).*" (**H. KELSEN**, "La théorie juridique de la convention", Archives de philosophie du droit, 1940, p.33.)

## a/ L'embaras de la doctrine et de la jurisprudence

258. La fonction probatoire du parallélisme comportemental n'est pas contestable<sup>686</sup>. La Cour a très tôt considéré le parallélisme comme un "indice sérieux" de concertation<sup>687</sup>. Cela n'exclut pas qu'il soit un élément constitutif de l'entente. Les deux fonctions sont cumulables.

259. On considère généralement que la pratique concertée est constituée de deux éléments : un élément intentionnel (ou intellectuel)<sup>688</sup> et un élément matériel. L'élément intentionnel est, selon nous, la volonté de supprimer, ou d'aménager, le risque concurrentiel<sup>689</sup>. Le contenu de l'élément matériel fait l'objet de controverses doctrinales.

Selon certains, c'est la mise en oeuvre effective de pratiques restrictives qui le caractérise<sup>690</sup>. On a reproché à cette analyse de supprimer l'alternative de l'objet ou de l'effet. Monsieur KOVAR estime pour sa part que *"l'élément matériel consiste en des contacts réalisant la coopération pratique entre entreprises"*<sup>691</sup>. Pour d'autres, c'est l'analogie de comportements qui constitue l'élément matériel, indépendamment de son incidence sur le jeu de la concurrence<sup>692</sup>. Cette dernière analyse était encouragée par la définition de la pratique concertée donnée par la Cour de Justice dans l'affaire des "Matières colorantes" : *"Par sa nature même, la pratique ne réunit pas tous les*

---

<sup>686</sup> Cf chapitre précédent , § 168 et s. .

<sup>687</sup> Cf. affaire des MATIERES COLORANTES (ICI-CSC), C.J.C.E. 6 mars 1974, aff. 6/73 et 7/73, Rec. 223.

<sup>688</sup> MM. GOLDMAN, LYON-CAEN et VOGEL ne distinguent cependant pas ces deux éléments (op. cit., p. 364).

MM. GAVALDA et PARLEANI quant à eux estiment que *"l'élément intentionnel n'est pas requis par la notion de pratique concertée"*, op. cit, n°550.

<sup>689</sup> Dans le même sens, cf R. KOVAR, "Droit européen des affaires", Cours au Collège d'Europe, p.40, et, de façon assez proche, MM. SHAPIRA, LE TALLEC et BLAISE qui définissent l'élément intentionnel comme *"la volonté commune d'agir ensemble"*, op. cit. p. 253.

<sup>690</sup> J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.B. BLAISE, op. cit, p. 253 : ces auteurs précisent que la pratique peut consister en une action positive : hausse des prix, pressions sur des négociants ou des partenaires ; elle peut aussi consister en une abstention ou en un refus : refus de vente ou refus de faire bénéficier le partenaire de certaines conditions généralement accordées aux clients.

Dans le même sens, cf MEGRET, op. cit. n° 8, p.8 ; V. SELINSKY, "L'entente prohibée", thèse précitée n° 175, p. 108 ; X. de ROUX, D. VOILLEMOT, "Le droit de la concurrence de la C.E.E.", p.33...

<sup>691</sup> Cours au collège d'Europe, p. 40. Dans le même sens, cf B. GOLDMAN et autres, op. cit. n° 490, I. VAN BAEL et B. VON BELLIS, op. cit, p. 47, A. BARAV et C. PHILIP, "Dictionnaire juridique des Communautés européennes", P.U.F.

<sup>692</sup> Cf M. C. BOUTARD-LABARDE, pour qui *"une confusion s'est faite entre, d'une part, le comportement parallèle ou coordonné, et, d'autre part, l'effet de la pratique sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, qui ne doivent pas être assimilés sur le plan des concepts"* ("Le droit de la distribution dans la C.E.E.", Thèse précitée, p. 266.)

*éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants* “<sup>693</sup>. La notion d'extériorisation semblait bien postuler un effet concret, c'est-à-dire un parallélisme comportemental. Certains auteurs estiment pourtant que la pratique concertée peut exister en l'absence de tout effet concret <sup>694</sup>. On voit combien la notion est d'appréhension difficile et reste controversée. Un élément de stabilité pourrait être trouvé dans l'exigence minimale d'une vocation au parallélisme comportemental.

**b/ Solution proposée : la vocation au parallélisme comportemental, élément constitutif de la pratique concertée.**

**260.** Le parallélisme comportemental peut à la fois assumer une fonction constitutive et probatoire : la vocation au parallélisme serait l'élément matériel de la pratique concertée ; le constat d'un parallélisme effectif constituerait un indice de l'existence d'une telle pratique.

L'exécution d'une obligation contractuelle assume ces deux fonctions. Elle peut servir d'exemple.

b1 : L'exemple contractuel

**261.** Un contrat a nécessairement vocation à être exécuté. L'on s'oblige à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. Cela résulte de la définition même du contrat (article 1101 du code civil). Il est un concours de volonté "en vue de" l'accomplissement d'une certaine prestation. Si l'on ne s'oblige à rien, il n'y a pas contrat <sup>695</sup>. Admettre le contraire revient à réduire le contrat en une opération intellectuelle dépourvue d'utilité sociale.

Le fait que l'on puisse saisir un contrat avant toute exécution, par exemple pour en apprécier la validité, ne remet pas en cause l'exigence d'exécution. Cela signifie que l'on se contente d'une simple vocation à la matérialité. En l'absence d'une telle vocation, la mise en cause de la responsabilité

---

<sup>693</sup> Arrêt précité, note 103.

<sup>694</sup> **R. KOVAR**, op. cit. p. 46, **B. GOLDMAN** et autres, op. cit. n° 490

<sup>695</sup> L'exigence même d'une prestation nous semble dépasser celle de l'objet de l'opération contractuelle. La question que l'on se pose n'est pas celle de l'existence de la chose objet du contrat ; elle est celle d'un engagement à faire quelque chose. Lorsqu'on ne s'engage à rien, l'on ne veut rien. Il ne peut y avoir de volition dépourvue d'objet.

contractuelle d'une partie pour défaut d'exécution n'aurait aucune justification. En un sens, l'effet obligatoire d'une pratique nous semble la traduction juridique officielle de la vocation à la matérialité.

Dans l'hypothèse d'un contrat écrit, une simple lecture des termes de la convention suffit à révéler cette vocation. L'engagement souscrit la contient implicitement. Dans l'hypothèse d'un contrat informel en revanche, rien ne permet de la déceler. Seule l'exécution la révèle. La vocation à la matérialité est un élément constitutif implicite du contrat et l'exécution est la preuve de son existence. Le même raisonnement est applicable à l'entente.

## b2. : Application à l'entente

**262.** Toutes les formes d'entente ont vocation de développer des effets concrets sur le marché, que ces effets soient ou non anticoncurrentiels. En l'absence de ces conditions, il n'y a pas d'entente. Il a été dit précédemment à propos des actes ne contenant que des déclarations d'intention jamais concrétisées qu'ils ne pouvaient être considérés ni comme ayant pour objet de porter atteinte à la concurrence, ni comme ayant un tel effet <sup>696</sup>. La pratique concertée est régie par les mêmes règles d'incrimination ; il faut faire preuve à son égard des mêmes exigences.

Lorsque l'entente adopte la forme d'un contrat formel, il n'est pas besoin d'attendre une exécution pour démontrer le contenu de la concertation. La simple étude de l'objet de l'accord suffit à l'établir. Dans l'hypothèse d'une pratique concertée en revanche, la vocation à la matérialité sera difficilement perceptible au stade de sa formalisation, celle-ci faisant précisément défaut. On a déjà souligné la dissimulation qui l'entoure. A défaut de prouver l'objet, force est d'attendre un effet sur le marché, c'est-à-dire un parallélisme comportemental <sup>697</sup>.

L'affirmation d'une fonction dualiste du parallélisme comportemental doit être confrontée à la pratique décisionnelle.

---

<sup>696</sup> En ce sens, cf **B. OPPETIT**, pour lequel "*l'article 85 ne vise que les accords et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence, et, dans ces conditions, de deux choses l'une : ou bien le gentlemen's agreement se contente d'exprimer des intentions qui ne sont assorties d'aucune obligation ni suivies d'effet, auquel cas il n'a ni pour objet, ni pour effet, de contrevenir aux règles de la concurrence (...), ou bien ces intentions, sans imposer d'obligation, ont pour effet de déterminer des comportements anticoncurrentiels, et ces derniers constitueraient alors des pratiques concertées*" ("L'engagement d'honneur", Dalloz 1979, p. 107.)

<sup>697</sup> C'était d'ailleurs l'argument des requérantes dans l'affaire du Polypropylène qui sera étudiée infra.

## 2/ Illustrations jurisprudentielles

263. Deux affaires, rendues en droit communautaire et déjà évoquées, ont semblé répondre à la question de la fonction du parallélisme comportemental.

### a/ L'affaire du Polypropylène<sup>698</sup>.

264. Nous avons vu que, pour contrer les effets dévastateurs de la crise sévissant sur le marché des matières plastiques, les producteurs de polypropylène ont organisé des réunions régulières et échangé des informations. Il n'en a pas toujours résulté un parallélisme observable de comportements. Les entreprises ont néanmoins été condamnées par la Commission<sup>699</sup>.

265. Devant le Tribunal, la société Petrofina soutient qu'en l'absence d'un effet concret sur le marché, il ne *"s'agirait plus alors d'une "pratique" mais d'une convention tacite entrant dans le champ d'application de la notion d'accord."* Une triple preuve serait requise par la pratique concertée : celle d'un comportement parallèle, celle d'une intention commune et celle d'un lien de causalité entre l'intention et le comportement<sup>700</sup>.

Le Tribunal ne la suit pas dans son argumentation. Il affirme que la requérante, ayant participé à différentes réunions, a pris part à une concertation *"ayant pour objet d'influencer leur comportement sur le marché et de dévoiler le comportement que chaque opérateur envisageait d'adopter lui-même sur le marché."* La simple intention (présumée) d'influencer le

---

<sup>698</sup> Cf chapitre 1 du présent titre, § 200.

<sup>699</sup> T.P.I. C.E. 24 oct. 1991, RHONE POULENC (aff. T. 1/89), PETROFINA (aff. T. 2/89), ATOCHEM (aff. T. 3/89), BASF (aff. T. 4/89), ANIC (aff. T. 6/89), HOESCHT (aff. T. 10/89), SHELL (aff. T. 11/89), SOLVAY (aff. T. 12/89), I.C.I. (aff. t. 13/89), Rec. 8/II, 867, 1087, 1177...

Voir les notes de MM. **GAVALDA ET PARLEANI** (chr. de droit communautaire des affaires, J.C.P. éd. E. 1992, n°132), **L. VOGEL** (Contrats-conc.-consomm., déc. 1991, n°239), **L. IDOT** ("Une nouvelle qualification de la notion d'entente en droit communautaire", Ed. techn. Europe, déc. 1991, p.3), **P. LAURENT** ("Qualification et preuve de la pratique concertée", Ed. tech. Contrats-conc.-consomm., mars 1992, p.1).

<sup>700</sup> Cf point 199 de la décision Petrofina.

La société Rhône Poulenc soutenait un argument comparable : *" La pratique concertée (...) exigerait de la part des entreprises une action commune, parallèle ou coordonnée sur le marché. Seul un tel comportement sur le marché pourrait constituer pour les entreprises, qui n'ont assumé aucune obligation, la concrétisation de leur concertation anticoncurrentielle et donc la réalisation même de l'entente ."*(point 107 de la décision Rhône Poulenc).

comportement des parties à la concertation, en l'absence de tout comportement effectif ultérieur, est donc suffisant. Le parallélisme comportemental n'est apparemment pas considéré comme un élément constitutif de la pratique concertée.

Cette conclusion doit être nuancée. Le Tribunal poursuit en relevant que "*la requérante a non seulement poursuivi le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur de ses concurrents, mais **dle a dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché***"<sup>701</sup>.

**266.** Deux remarques peuvent être formulées. Tout d'abord, la nuance entre le comportement effectif et la prise en compte nécessaire est ténue. Le premier est un constat objectif que la pratique convenue a été adoptée. La seconde est une présomption d'une réalisation à venir. Ce sont les deux faces, l'une située en aval (on présume), l'autre située en amont (on constate), d'une même exigence : celle d'une matérialisation. L'analyse peut sembler paradoxale puisque tel était précisément l'argument des requérantes que le Tribunal a entendu réfuter. Une différence demeure entre leurs analyses respectives : les requérantes exigent un comportement effectif, le Tribunal se contente d'une vocation à l'effectivité. C'est là notre seconde remarque. Cette partie de la décision constitue la charnière qui rend l'analyse du Tribunal partiellement compatible avec celle que l'on a développée. En poursuivant "*le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur de ses concurrents*", l'entreprise tente de supprimer le risque concurrentiel. Lorsque le Tribunal affirme que les entreprises ont nécessairement pris en compte les informations échangées, il affirme indirectement que la similitude comportementale est un élément constitutif de la pratique concertée. Il introduit la vocation à l'effectivité. Que le parallélisme soit avéré ou qu'il soit réputé à venir parce qu'inéluctable, il reste un élément constitutif.

Un point délicat demeure, qui fragilise la décision : il s'agit de la preuve de cette concrétisation à venir. Le Tribunal affirme qu'elle est inéluctable mais il n'apporte guère d'élément au soutien de cette allégation. De nombreux auteurs adoptent la même attitude<sup>702</sup> : dès lors que l'échange porte sur des informations confidentielles, ils présument que le comportement des entreprises en sera nécessairement influencé. C'est le contenu des échanges d'informations, plus que la coordination des politiques commerciales, qui conditionne la prohibition. Malgré toutes les dénégations, ceci revient à incriminer *per se* l'échange d'informations, dès lors que celles-ci portent sur des éléments confidentiels et individualisés. On peut l'admettre lorsque les informations sont délivrées par une

---

<sup>701</sup> Attendu 215 de la décision. (*Le passage en caractères gras est souligné par nous*)

<sup>702</sup> Cf notamment MM. GAVALDA et PARLEANI, op. cit. n° 550, et, de façon assez explicite, R. KOVAR, op. cit. p. 40 et s.



entreprises en position centrale : les autres n'ont d'autre choix que de s'aligner sur elle. La simple existence d'une transparence artificielle annihile effectivement le risque concurrentiel, affecte "inéluclablement" l'autonomie comportementale des entreprises moins puissantes. Mais dans le cadre d'un marché plus atomistique, ce calcul ne peut être fait. Rien ne permet d'affirmer que l'échange d'informations aura une quelconque influence. L'on a déjà noté que la réaction des parties était imprévisible.

L'on peut sans doute, dans des cas d'exception, se contenter d'un effet potentiel, lorsqu'il est établi "avec un degré raisonnable de certitude", documents à l'appui, que le comportement surviendra. Mais le constat, comme en l'espèce, que tel n'a pas été le cas, ne fait-il pas obstacle à l'incrimination?

La seconde décision que nous allons étudier témoigne d'une plus grande rigueur.

#### **b/ L'affaire Pâte de bois**<sup>703</sup>.

**267.** "L'affaire Pâte de Bois" est exemplaire. La Cour restitue à la preuve des pratiques anticoncurrentielles le rigueur dont trop de décisions l'avaient privée. Ceci est d'autant plus remarquable qu'étant la dernière décision dont la Cour a eu à juger au fond en matière de concurrence<sup>704</sup>, elle constitue une sorte de testament. La notion d'assurance occupe dans cet arrêt une place centrale.

**268.** On sait que les entreprises productrices de Pâte de bois ont l'habitude d'annoncer les prix qu'elles entendent pratiquer. La Commission avait condamné cet usage dans une décision du 19 décembre 1984<sup>705</sup>. Celle-ci est vigoureusement critiquée par l'avocat général DARMON.

C'est lui qui pose les bases d'une méthode probatoire satisfaisante, s'inspirant de principes préalablement dégagés, mais en réalité trahis.

Il rappelle que dans l'affaire "des matières colorantes", la Cour avait estimé *"contraire aux règles de concurrence du Traité qu'un producteur coopère avec ses concurrents, de quelque manière que ce soit, pour déterminer une ligne d'action coordonnée relative à une hausse des*

---

<sup>703</sup> C.J.C.E. 31 mars 1993, aff. jointes C89, C-104, C-104, C-114, C-116, C-117, C-125 à C-129/85, AHLSTRÖM Osakeyhtiö, dit PATE DE BOIS, Rec. I-1307.

<sup>704</sup> C'est le Tribunal de première instance qui est désormais compétent pour statuer sur les recours formés par les entreprises contre les décisions de la Commission en matière (notamment) de concurrence : cf article 168 A CEE résultant de l'Acte unique européen, décision du Conseil en date du 24 oct. 1988, J.O.C.E. L. 215 du 21 août 1989.

<sup>705</sup> J.O.C.E. L. 85 du 26 mars 1985.

*prix, et pour en assurer la réussite par l'élimination préalable de toute incertitude quant au comportement réciproque relatif aux éléments essentiels de cette action, tels que taux, objet, date et lieu des hausses .* "706

Monsieur DARMON en déduit que *"la concertation doit au minimum donner aux participants une assurance quant au comportement à escompter de leurs concurrents : chacun d'entre eux doit pouvoir prévoir l'action future des autres* "707. Cela le conduit à proposer sa propre définition de la pratique concertée : la notion vise selon lui *"des communications réciproques entre concurrents visant à se donner des assurances quant à leur comportement sur le marché."*

Cette définition paraît satisfaisante. Elle inclut dans son énoncé la notion d'assurance, indissociable de l'abolition du risque concurrentiel. La recherche de cette abolition apparaît en filigrane, ainsi que celle d'engagement souscrit. Comment en effet se donner des assurances mutuelles si ce n'est en promettant d'adopter un comportement précis? On voit bien aussi que le simple constat d'un échange d'informations est insuffisant à la prohibition. Le contenu et, plus encore, la finalité de cet échange, deviennent fondamentaux : l'échange doit poser les bases d'un parallélisme comportemental.

**269.** La Cour de Justice n'a pas formellement adopté la définition proposée. On peut le regretter. Il est vrai que les précédentes définitions, abondamment reprises, n'ont pas mis le contentieux à l'abri des critiques. Celle proposée par Monsieur DARMON semblait pourtant donner des gages plus évidents. La Cour a en revanche fait sienne la notion d'assurance. Elle énonce qu'en l'espèce, *"les communications résultent des annonces de prix qui ont été faites aux utilisateurs. Elles constituent par elles-mêmes une action sur le marché qui n'est pas de nature à réduire les incertitudes de chaque entreprise sur les attitudes qu'adopteront ses concurrents. Au moment où chaque entreprise y procède, elle n'a, en effet, aucune assurance quant au comportement qui sera suivi par les autres* "708.

La référence à l'assurance nous semble préférable à celle qu'avait adopté la Cour dans "l'affaire des Matières colorantes". En 1972, la Cour avait estimé l'échange d'informations répréhensible dès lors qu'il permettait à une entreprise d'escompter que ses concurrents auront un comportement

---

<sup>706</sup> Arrêt ICI 14 juillet 1972, aff. 48 à 51/69, et 57/69, point 118 (*souligné par M. DARMON*), Rec. 664.

<sup>707</sup> Arrêt ICI 14 juillet 1972, aff. 48 à 51/69, et 57/69, point 118 (*souligné par M. DARMON*), Rec. 664.

<sup>708</sup> Point 64 de l'arrêt de la C.J.C.E. du 31 mars 1933, AHLSTRÖM Osakeyhtiö, dit PATE DE BOIS, aff. jointes C- 89/85, C-104/85, C-114/85, C 116/85 et 117/85, C-125/85 et C-129/85, Rec. I. 1307, et plus spéc. 1599, précité note 119. (*Le passage en caractères gras est souligné par nous*).

parallèle <sup>709</sup>. L'indice probatoire que contient l'idée d'assurance nous semble plus puissant. L'assurance apparaît comme un substitut à l'effet obligatoire. Il en a en partie la force. Le fait d'escompter laisse au contraire transparaître toute la fragilité du tissu extra-juridique.

### *C - L'ASSURANCE D'ÊTRE SUIVI, SUBSTITUT A L'EFFET JURIDIQUEMENT OBLIGATOIRE*

**270.** Il faut s'interroger, non sur les conditions, mais sur la source de l'effet obligatoire. Le contrat peut servir encore une fois de modèle.

En l'absence de sanctions juridictionnelles, ne peut-on pas considérer que le contrat puise sa force dans l'intention des parties de respecter ce qu'elles ont convenu? On a pu dire qu'*"il résulte de la nature du contrat que les parties comptent respectivement sur leur parole"* <sup>710</sup>. Une lecture historique du droit contractuel est sur ce point instructive. RIPERT et BOULANGER ont relevé que *"c'est seulement en droit romain classique, et probablement sous l'influence de la philosophie grecque, que l'on voit apparaître l'idée d'obligation. Le créancier fait confiance (fides) au débiteur et il remet à plus tard la demande de prestation. Une action de bonne foi forcera au besoin le débiteur à s'exécuter. Cette idée de confiance est propre aux obligations contractuelles ; aussi est-ce à leur propos que les jurisconsultes présentent la théorie générale de l'obligation et cette tradition a persisté jusqu'à notre code civil"* <sup>711</sup>. Nous avons déjà mentionné que ce n'est qu'au XVII<sup>ème</sup> siècle qu'a été laïcisée la crainte du parjure <sup>712</sup>.

**271.** L'affirmation selon laquelle la force obligatoire est issue de la volonté et d'un rapport de confiance originaire n'est pas dépourvue de connotation morale. On l'imagine mal transposée à l'entente. Pourtant l'avocat général VESTERDORF, désigné dans "l'affaire du Polypropylène" et peu suspect d'indulgence pour les entreprises, énonce lui-même que *"l'objet sous-jacent de (l') échange d'informations est de permettre à chacune des entreprises de déterminer sa ligne de conduite*

---

<sup>709</sup> L'Avocat général DARMON y fait également allusion dans ses conclusions.

<sup>710</sup> **P. ROUBIER**, "Le rôle de la volonté dans la création de droits et de devoirs", Archives de philosophie du droit, 1957, p.1, et plus spéc. p. 63.

Voir également **P.M. EISEMANN**, pour lequel *"la meilleure garantie de l'exécution d'une obligation n'est pas le juge mais l'équilibre des intérêts"* ("Le gentlemen's agreement comme source du droit international", J.D.I. 1979, p. 326.)

<sup>711</sup> **RIPERT ET BOULANGER**, Traité de droit civil, p.3. (*Le passage en caractères gras est souligné par nous*).

<sup>712</sup> Cf Titre 2, chapitre 1, § 134.

*future sur le marché en escomptant un comportement parallèle de la part de ses concurrents. Un tel échange d'informations ne s'explique pas sans l'existence de rapports de confiance légitime dans le cadre desquels les parties à l'échange d'informations escomptent que leurs partenaires se comporteront comme ils l'ont indiqué préalablement* <sup>713</sup>. La référence à la confiance rend assez troublante l'analogie entre l'entente et le contrat.

C'est encore le risque qui justifie l'analyse de Monsieur VESTERDORF. Aucun opérateur ne prendra le risque d'un comportement isolé. Une action unilatérale pourrait avoir des conséquences désastreuses pour l'entreprise instigatrice si elle n'est pas certaine d'être suivie par les autres concertants. Une augmentation de prix brutale et non justifiée par une augmentation de ses coûts a de fortes chances de détourner la clientèle vers les entreprises concurrentes. Elle n'est concevable que si l'entreprise qui la pratique a reçu l'assurance que les autres augmenteront leurs prix de façon similaire. Cette assurance, indissociable du risque, conditionne les comportements de chacun sur le marché ; c'est elle qui tient lieu d'effet obligatoire. Indirectement, la politique arrêtée "lie" le groupe.

La faculté unilatérale de se désengager, soulignée par de nombreux auteurs, n'est pas dirimante. Elle ne nous semble pas la conséquence d'une absence d'effet obligatoire conférée par les parties au comportement défini. Elle est le fruit de l'absence de sanction juridique reconnue à leur concertation. C'est en cela que la contrainte économique reste malgré tout moins puissante que la contrainte juridique. Une force obligatoire qui ne puise que dans la volonté individuelle est soumise aux fluctuations de cette volonté. L'intérêt bien compris des entreprises les pousse à une politique d'alignement. Ceci perdure tant que leurs intérêts demeurent convergents, ou parallèles. Le constat que leur intérêt individuel s'éloigne de la politique commune incite à se désolidariser de celle-ci <sup>714</sup>. L'entreprise infidèle n'encourt plus la sanction du marché, puisque l'analyse de la situation lui a précisément révélé l'innocuité du jeu normal de la concurrence dans sa situation présente. Elle

---

<sup>713</sup> Conclusions précitées, (*Le passage en caractères gras est souligné par nous*). Rec. 926/927.

<sup>714</sup> "...si la seule volonté dont l'homme soit doté consiste à suivre ses inclinations du moment ou une appréciation passagère de ses intérêts, elle est par nature "ambulatoire"(T.A. Riom, in Fenet, T.14, p.114) et il faut que la loi supplée et donne aux conventions la force obligatoire qu'elles ne peuvent puiser dans l'inconstance de l'homme, naturellement porté à s'affranchir d'engagements nécessairement fugaces" , in "Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaises", article de M. **G. ROUHETTE** sur "La force obligatoire du contrat", Biblio. de droit privé, 1989, p. 27.

Cf aussi **J. E. M. PORTALIS**, pour lequel "faute de sanction, la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance pour (...) appuyer par les commandements de l'autorité les inspirations honnêtes de la nature (...). Ce que nous appelons le droit naturel ne suffisait donc pas ; il fallait des commandements ou des préceptes formels et coactifs.", Exposé des motifs du projet de loi intitulé: "Titre préliminaire", in "Ecrits et discours juridiques et politiques", P.U.A.M., Aix en Provence, 1988, p.66,(cité par J. L. BERGEL, "Théorie générale du droit", n°17, p.23).

n'encourt éventuellement que les mesures de rétorsion émanant de ses partenaires. C'est à l'entreprise de calculer si elle peut les supporter <sup>715</sup>.

**272.** Toutes les formes d'entente, y compris la pratique concertée, nous semblent donc receler un engagement, au moins implicite, de la part des parties. Il faut simplement accepter que la contrainte puisse être extra-juridique. Elle peut être constituée par des pressions commerciales ou la simple volonté de juguler le risque concurrentiel. Le caractère informel des pratiques concertées doit éveiller la vigilance des autorités de contrôle. Mais il ne doit pas aboutir à ce que des entreprises qui n'auraient jamais eu l'intention de coordonner leurs comportements, et qui ne l'auraient effectivement pas fait, soient condamnées.

**273.** Exiger qu'un effet contraignant soit démontré dans l'hypothèse de pratiques concertées se heurte à un écueil. Elle paraît rendre inutile la distinction entre celles-ci et les accords. On supprime en effet leur critère de différenciation. L'obstacle n'est en fait pas réel. La spécificité de la pratique concertée demeurera dans la possibilité de ne prouver l'intention de s'engager qu'à partir du constat que les entreprises se sont effectivement conformées à la politique préalablement définie (parallélisme comportemental), ou, en cas d'intervention précoce des autorités de la concurrence, de l'imminence de cette concrétisation inéluctable, établie à partir de documents révélateurs. C'est sans doute réduire l'intérêt de la pratique concertée à son mode de preuve, mais n'est-ce pas là naturel? Tous les auteurs expliquent la largesse de la définition de l'entente par la volonté d'appréhender les formes les moins formalisées de concertation.

**274.** On peut résumer la solution proposée. Il ne peut y avoir entente que si les entreprises se sont données des assurances quant à leur comportement à venir. La difficulté réside dans la preuve de cette assurance. Dans l'hypothèse d'un accord ou d'une décision d'association d'entreprises, l'assurance résultera d'un engagement formel de la part des parties. Dans l'hypothèse d'une pratique concertée, c'est souvent le comportement effectivement adopté qui révélera les assurances préalablement données. Si les autorités de la concurrence interviennent avant toute action sur le marché, elles ne doivent pas se contenter d'affirmer que l'acte anticoncurrentiel aura effectivement lieu. Il faut qu'elles démontrent que les parties se sont, sinon formellement engagées (il y aurait alors accord), du moins "déclarées". Les entreprises doivent au minimum avoir annoncé le comportement qu'elles entendent adopter, en ayant la certitude que les autres suivront. Il peut y avoir différentes explications à cette certitude. Chaque partie peut avoir fait des déclarations suffisamment explicites. On peut également

---

<sup>715</sup> De la même façon, les entreprises menacées d'amendes calculent s'il est plus avantageux pour elles de persévérer dans la voie collusive en étant sanctionnées, ou si au contraire l'amende dépasse le profit attendu de la concertation.

imaginer que la crise qui sévit sur un marché ne leur donne pas la possibilité d'un comportement dissemblable. Enfin, les relations qui existent entre les parties peuvent rendre cet alignement évident.

## CONCLUSION DE TITRE

**275.** La pratique décisionnelle n'est pas satisfaisante. La difficulté liée à la preuve de la volonté collusive incite les autorités de la concurrence à se satisfaire d'indices parfois insuffisants. Il est difficilement tolérable qu'un droit aussi sévèrement répressif que le droit de la concurrence puisse condamner des entreprises sans qu'il soit établi avec certitude que leur attitude est, non pas la résultante des conditions du marché, mais volontaire. Il n'est pas davantage admissible que des comportements volontaires, mais unilatéraux, d'opérateurs situés sur un marché peu concurrentiel, soient sanctionnés.

Une hiérarchie non dite est établie entre l'impératif d'efficacité et l'impératif de sécurité juridique. Le premier prévaut au prix d'une dénaturation des concepts et, partant, de la prévisibilité de la répression. L'essentiel des problèmes se cristallise autour de la preuve de la concertation, mais le manque de rigueur qui a été stigmatisé est le reflet d'un intérêt très mesuré porté à l'élément intentionnel. Il importe de redonner un contenu à celui-ci.

**276.** L'on peut tout d'abord parer aux inconvénients qui s'attachent aux présomptions en exigeant que soient rapportés des indices positifs de concertation. Il est en outre indispensable de manifester les mêmes exigences quelle que soit la preuve à rapporter : l'entreprise qui adhère à une entente existante et déjà démontrée ne doit pas être traitée négligemment.

On peut ensuite éviter certaines incohérences et iniquités en incitant les autorités de contrôle à rechercher les parties intéressées par la concertation. Le constat que l'objet de l'entente est directement contraire aux intérêts d'un opérateur doit aboutir à sa mise hors de cause. Cette solution nous paraît devoir être retenue même si elle fait obstacle à l'incrimination d'entente.

Le recours à la notion d'abus de domination ou de dépendance devrait cependant permettre d'éviter certaines impunités choquantes. La définition du domaine respectif des deux incriminations (entente et abus de position dominante) y gagnerait en clarté : l'on éviterait que les articles 7 de l'Ordonnance française et 85 du Traité de Rome ne soient utilisés pour sanctionner des comportements unilatéraux.

L'on doit enfin exiger que soit démontré un engagement de la part des entreprises concertantes. Contrairement à l'analyse généralement développée, la qualification d'entente doit être réservée aux hypothèses où les parties se sont données des assurances, formelles ou non, quant à leur comportement à venir. En l'absence de toute contrainte, quelle soit juridique ou extra-juridique, l'infraction doit être considérée comme non constituée.

**277.** Si ces différentes conditions sont réunies, l'intervention des autorités de la concurrence dans le contrat apparaîtra légitime. Celle-ci va s'opérer par le biais novateur des exemptions et injonctions, ou plus classique, d'une nullité bien dessinée.

## SECONDE PARTIE

### L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT

278. Les fondements de l'intervention dans le contrat ayant été dégagés, il faut étudier la façon dont se réalise la soumission des volontés individuelles aux exigences de l'ordre public. L'on peut concevoir que cette soumission soit l'oeuvre des instances civiles ou qu'elle soit l'oeuvre des autorités ayant en charge l'ordre des marchés. Dans la première hypothèse, c'est la prédominance du droit civil qui va être assurée ; dans la seconde, c'est la prédominance du droit de la concurrence. Chacune présente des avantages et des inconvénients.

L'action civile contribue à banaliser le fait économique. Elle présente l'avantage de tenter une conciliation entre les impératifs d'efficacité de la répression et le respect, voir le service, des droits subjectifs. Force est cependant de constater qu'elle échoue assez largement dans cette mission de conciliation. L'action civile est une sanction trop marquée par le contentieux civil pour s'adapter facilement au contentieux concurrentiel : *"sa rigidité casse tout, et sort donc d'une bonne politique d'opportunité"*<sup>716</sup>. L'ordre public économique est dispositif. Cela signifie qu'il ne se contente pas d'expurger les contrats des vices qui les entravent. Il prétend les modeler à ses vues. Dans cette mesure, l'action administrative paraît plus adéquate.

Cette dernière est, par définition, exercée par des autorités parfaitement avisées de la réalité économique, et capables de s'y adapter. L'action administrative n'intervient que lorsqu'elle est opportune, et dans la mesure où elle est nécessaire. Cela ne signifie pas que les contrats sont moins menacés. Ils peuvent au contraire être modelés avec une précision inconnue du contentieux civil.

---

<sup>716</sup> R. SAVATIER, "L'ordre public économique", Dalloz 1965, chr.37.



**279.**L'on peut déduire de ces observations que les nouvelles techniques mises à la disposition des autorités sont d'une efficacité rarement atteinte. La nullité, sanction traditionnelle des conditions de formation du contrat, apparaît inadaptée.

## TITRE 1 : EFFICACITE DES NOUVELLES TECHNIQUES D'INTERVENTION

### TITRE II : INADAPTATION DE LA SANCTION TRADITIONNELLE

#### LA NULLITE

## TITRE I

### EFFICACITE DES NOUVELLES TECHNIQUES D'INTERVENTION

**280.**Le droit de la concurrence actuel appartient à la famille libérale, néo-libérale lit-on parfois. *"Le néo-libéralisme affirme le principe de la liberté des conventions, tout en réservant des moyens d'intervention en cas d'atteinte à la libre concurrence "*<sup>717</sup>. L'intervention dans le contrat n'est pas, en droit des ententes, le phénomène marginal que ces lignes semblent décrire. Il existe en effet différentes techniques d'intervention, qui permettent un modelage du contrat beaucoup plus efficace, et souvent pernicieux, que les outils traditionnels. C'est le cas de l'exemption et de l'injonction. L'exemption est un mécanisme immunitaire. Elle institue une dérogation à la règle prohibitive. L'injonction au contraire est un procédé qui tire les conséquence d'une déclaration d'illicéité. Elle est l'ordre donné aux entreprises de faire disparaître l'illicite, selon des modalités diverses.

**281.**L'appartenance de l'injonction aux procédés d'intervention s'impose avec évidence. Son caractère coercitif est très accusé. Il peut en revanche sembler paradoxal de considérer l'exemption comme une technique d'intervention dans le contrat. Elle semble en effet restituer aux parties une liberté que contrariait la prohibition. Ce serait mal la concevoir. Le contrat n'est pas libéré par l'exemption ; il est autorisé. Il y a dans cette précision plus qu'une simple nuance de langage. L'exemption, et la notification qui l'accompagne souvent en droit communautaire, autorise une surveillance efficace des mouvements contractuels. L'activité contractuelle est en outre suggérée, car les autorités de la concurrence subordonnent le bénéfice de l'exemption à différentes conditions. Dans une certaine mesure, l'exemption apparaît comme une injonction non coercitive. La parenté entre les deux procédés est très forte.

Cette parenté les rend presque substituables. Les deux techniques sont communes aux ordres juridiques français et communautaire. Si les instances européennes recourent plus volontiers à l'exemption et les autorités françaises à l'injonction, force est de constater que le résultat obtenu n'est pas très dissemblable : le contrat est soumis aux prescriptions des autorités de la concurrence. Le choix qui s'exerce en faveur de l'un ou l'autre des ces deux procédés nous semble \_\_\_s'expliquer par une différence de méthode plus que par une différence dans les finalités poursuivies. Le droit communautaire est sans doute conçu comme un système de compromis, qui, structurellement,

---

<sup>717</sup> **J. GHESTIN**, "Traité de droit civil, La formation du contrat", 3è édition, J.G.D.J., 1993, n°135, p.113.

privilégie la négociation et la persuasion. Le droit français, au contraire, reste empreint de l'héritage dirigiste.

L'on examinera ces deux procédés dans l'ordre de la coercition qui s'y attache.

## CHAPITRE 1 : L'INTERVENTION PAR INCITATION , LES MECANISMES D'EXEMPTION

## CHAPITRE II : L'INTERVENTION AUTORITAIRE , L'INJONCTION

### - CHAPITRE 1 -

## L'INTERVENTION PAR INCITATION, LES MECANISMES D'EXEMPTION

**282.** Les règles du droit de la concurrence poursuivent un objectif fondamental : la préservation d'une concurrence libre et effective. La concurrence est présumée le moyen le plus efficace pour parvenir à l'efficacité économique, définie comme "*la plus grande satisfaction des consommateurs par les producteurs compte tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité*"<sup>718</sup>. Cette présomption justifie que les pratiques anticoncurrentielles, obstacles supposés à la poursuite de cette efficacité, soient interdites et sévèrement sanctionnées.

Le droit de la concurrence n'est toutefois pas prisonnier de cet axiome aux conséquences redoutables pour les entreprises. Dans la mesure où l'efficacité économique est la fin réelle de ce droit régulateur, le fait générateur de la sanction est l'entrave à la poursuite de cette

---

<sup>718</sup> F. JENNY, "Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficacité.", Cah. Dr. Entr. 1989/4, p.5.

efficience, et non l'entrave à la concurrence. La concurrence n'est qu'un moyen <sup>719</sup>, elle n'est pas une condition <sup>720</sup>. Lorsqu'elle apparaît impuissante à assurer l'optimum économique recherché, on lui substitue d'autres outils plus performants. Les mécanismes d'exemption vont permettre cette substitution. Leur fonction est d'immuniser les pratiques anticoncurrentielles dont le caractère bénéfique pour la collectivité est néanmoins établi.

**283.** Il existe deux mécanismes d'exemption <sup>721</sup>. L'immunité peut être conférée *a posteriori*, à l'occasion d'un examen particulier de l'entente. L'entente est exemptée (Union européenne) ou justifiée (France). Par facilité de langage, nous utiliserons le terme d'exemption quel que soit l'ordre juridique concerné <sup>722</sup>. L'immunité peut également être conférée *a priori*, grâce à l'intervention d'un règlement (Union européenne) ou d'un décret (France), définissant des catégories d'accords exemptés à des conditions déterminées. Les deux législations sont assez proches, dans leur esprit et dans leur lettre.

Le droit français se distingue toutefois du droit communautaire en certains points. Il prévoit une double justification des ententes anticoncurrentielles <sup>723</sup> : justification par l'existence d'un texte législatif et réglementaire, justification par le progrès économique. Il ignore un mécanisme aussi fondamental que la notification, condition de forme à l'octroi d'une exemption individuelle en droit communautaire. Enfin, il est fait en droit interne une utilisation pour le moins mesurée des mécanismes d'exemption : l'immunité est rarement accordée à une entente individuellement considérée, et aucun décret n'a été à ce jour adopté <sup>724</sup>. Si l'on ajoute que la Commission européenne dispose d'une "compétence législative" exclusive en matière de règlement d'exemption - les autorités et juridictions nationales ne disposant que d'une compétence d'application - l'on comprendra que cette étude accorde une place prépondérante au droit communautaire.

---

<sup>719</sup> Cf. **P. BONASSIES**, "Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence moyen", Mélanges Weill, p.51.

<sup>720</sup> A la différence du droit américain, qui a adopté la théorie de la concurrence-condition.

<sup>721</sup> Le droit allemand connaît également deux procédures d'exemption. La première consiste à vérifier que les conditions d'exemption posées par la loi sont satisfaites. Elle est mise en oeuvre par l'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*). La seconde est une procédure exceptionnelle. Elle reconnaît au ministre fédéral de l'économie le pouvoir d'autoriser exceptionnellement une entente qui ne remplit pas les conditions posées par la loi. L'entente peut être exemptée lorsque "*pour des motifs essentiels, elle est nécessaire du point de vue de l'économie et de l'intérêt général*" (article 8, §1, du GWB).

<sup>722</sup> Nous verrons cependant que cette différence terminologique emporte quelques conséquences.

<sup>723</sup> Le droit français se distingue encore du droit communautaire en ce qu'il exempte non seulement les ententes mais également les abus de position dominante.

<sup>724</sup> Un projet relatif aux coopératives est cependant à l'étude.

**284.** C'est essentiellement au nom de l'ordre public communautaire que va s'opérer l'atteinte à la liberté contractuelle. Celle-ci se réalise de manière insidieuse. L'immunité se gagne et se perd. Pour la mériter, les entreprises doivent souvent amender leur accord. Pour ne pas en être dépossédée, elles doivent veiller constamment à sa régularité. Les acteurs n'ont que l'illusion de la liberté. Ce constat s'impose aussi bien pour les exemptions individuelles (Section I) que pour les exemptions par catégorie (Section II). Nous étudierons successivement ces deux mécanismes, après avoir rappelé liminairement les conditions de l'immunité (Section introductive).

#### SECTION LIMINAIRE : LES CONDITIONS DE L'EXEMPTION

#### SECTION I : LIBERTE CONTRACTUELLE ET EXEMPTIONS INDIVIDUELLES

#### SECTION II : LIBERTE CONTRACTUELLE ET EXEMPTIONS CATEGORIELLES

### **SECTION LIMINAIRE : LES CONDITIONS DE L'EXEMPTION**

**285.** Il existe en droit français une cause de justification spécifique. L'article 10.1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que les ententes anticoncurrentielles "*qui résultent de l'application d'un texte législatif et réglementaire pris pour son application*" échappent à la prohibition. Cette justification sera rarement évoquée, compte tenu de l'intérêt assez réduit qu'elle présente pour notre étude. Son incidence sur les contrats est en effet assez limitée. Elle est susceptible que les valider mais n'autorise pas leur modelage. De plus le contentieux de l'article 10.1 est peu étoffé. L'affirmation peut surprendre : "*(dans) un pays comme la France où les interventions de la puissance publique sont traditionnelles, même si elles se font plus discrètes à l'heure actuelle, on pourrait craindre que cette cause d'exonération ne joue un rôle démesuré*" <sup>725</sup>. Il n'en est rien. De l'aveu du Conseil, il est fait une interprétation stricte de ces dispositions. Pour qu'elles soient applicables, il faut que les pratiques constatées soient la conséquence directe et inéluctable des textes évoqués. A ce jour, ces conditions n'ont jamais été réunies. L'étude des exemptions justifiées par une contribution des pratiques au progrès économique s'avère plus intéressante.

---

<sup>725</sup> **R. HOUIN** et **M. PEDAMON**, "Droit commercial", 9ème éd., § 473, p. 611.

**286.**L'octroi d'une dérogation justifiée par une contribution au progrès économique est subordonnée à différentes conditions. Il s'agit essentiellement de conditions de fond (Paragraphe 1). Elles sont non seulement communes aux ordres juridiques français et communautaire, mais également aux exemptions individuelles et collectives. Lorsque les parties sollicitent l'octroi d'une exemption individuelle, la charge de prouver la contribution au progrès économique pèse sur elles. En revanche, si leurs accords ou pratiques s'intègrent dans une catégorie exemptée, elles sont dispensées de cette preuve. A ces conditions substantielles s'ajoute en droit communautaire une condition de forme : la notification de l'entente litigieuse (Paragraphe 2).

### PARAGRAPHE 1 : LES CONDITIONS SUBSTANTIELLES DE L'EXEMPTION

**287.** Les articles 85, paragraphe 3, du Traité de Rome et 10.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 soumettent les candidates à l'exemption à quatre conditions cumulatives. Il est pris soin de les relever dans chaque décision individuelle. Dès lors qu'elles sont remplies, l'autorité est tenue d'accorder l'exemption. Elle a compétence liée. Les conditions de fond sont rappelées dans l'exposé introductif de chaque règlement. Elles ne sont ensuite plus examinées, sauf pour justifier un retrait individuel du bénéfice de l'immunité.

Ces quatre conditions ont en commun leur caractère contingent. Une même pratique fera l'objet d'une appréciation différente selon l'époque et le marché où elle se produit. On a pu dire que *"l'exemption a (...) un caractère relatif, car elle dépend essentiellement des circonstances de fait"*<sup>726</sup>. L'on a évoqué à leur propos l'approche "contextuelle" des comportements d'entreprises adoptée par les autorités de contrôle<sup>727</sup>. La Commission européenne est juge de l'opportunité de l'entente qui lui a été notifiée : elle dispose d'un large pouvoir pour apprécier si "les conditions légales" sont remplies. Il en va de même pour le Conseil de la concurrence. L'idée même d'un bilan économique implique que la décision d'exemption dépende du contenu, du moment et des circonstances de l'entente. Il y a donc des éléments discrétionnaires à l'intérieur des compétences liées<sup>728</sup>. Cette particularité est plus

---

<sup>726</sup> **J. B. BLAISE**, "Ententes", Encyclopédie Dalloz, 1993.

<sup>727</sup> Cf. supra titre I, § 44.

<sup>728</sup> Cf l'article de **B. ASSO**, "Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice", R.T.D.E. 1976, p.21. L'auteur énonce que " *le terme de pouvoir discrétionnaire vise d'abord le cas dans lequel une administration est libre de définir le contenu concret de l'acte qu'elle a le pouvoir d'accomplir. Ceci n'exclut pas, pourtant, que l'exercice d'une compétence liée dépende parfois de la réalisation de certaines conditions économiques et sociales. Dans ces derniers cas, c'est au*

accusée dans le cadre des exemptions individuelles, dont le caractère casuel est très marqué. La durée qui s'attache aux règlements catégoriels les pare au contraire d'une certaine prévisibilité.

Les deux premières conditions sont relatives à l'utilité des pratiques ; elles sont dites "positives" (A). Les deux autres ont trait aux limites qui leur sont imposées ; elles sont dites "négatives" (B).

#### *A - LES CONDITIONS POSITIVES*

**288.** Pour être exemptées (droit communautaire) ou justifiées (droit français), ces pratiques doivent présenter un bilan économique favorable (1) et réserver une partie équitable du profit aux utilisateurs (2).

##### **1/ Un bilan économique favorable .**

**289.** Les avantages recherchés par l'entente s'apprécient objectivement et non du point de vue subjectif des parties. Ils doivent être positifs, le simple fait d'avoir évité des perturbations ne peut constituer un progrès <sup>729</sup>. Ils doivent également être objectivement possibles ou vraisemblables : il n'est pas nécessaire que l'entente ait effectivement réalisé l'amélioration du progrès économique.

L'étude du contentieux révèle leur diversité. On peut citer l'amélioration des techniques de production, par réduction des coûts de fabrication, suppression des fabrications non rentables ou rationalisation des exploitations <sup>730</sup>. Le simple fait de stabiliser ses prix dans une période de basse conjoncture n'est toutefois pas considéré comme une contribution au progrès économique <sup>731</sup>. Est encore admise comme "fait justificatif" l'amélioration des techniques de distribution <sup>732</sup>, l'entente pouvant favoriser l'accès d'un nouveau produit sur un marché <sup>733</sup>, un approvisionnement régulier, ou encore permettre d'offrir un service après-vente efficace <sup>734</sup>. Les

---

*niveau de la décision constatant la réalisation de ces conditions que se situe le travail d'appréciation et donc la liberté discrétionnaire sans lesquels aucune administration digne de ce nom n'est possible ."*

<sup>729</sup> **G. CAS** et **R. BOUT**, LAMY Droit économique, 1994, n°673.

<sup>730</sup> Décision du Conseil de la concurrence n° 88-D-27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la messagerie groupage, B.O.C.C.R.F. du 13 juin 1988.

<sup>731</sup> Cf notamment Rapport d'activité pour 1987, p.XXIV.

<sup>732</sup> CJCE 29 octobre 1980, FEDETAB, att. 184, Rec. 3125.

<sup>733</sup> Décision de la Commission CEE du 23 mars 1990, MOOSEHEAD- WITHEREAD, J.O.C.E. n°L. 100 du 20/4/90, p.32.

<sup>734</sup> Arrêt de la C.J.C.E. du 27 octobre 1977, METRO SABA, Rec. p.1875.

systèmes de distribution sélective <sup>735</sup> et de franchise sont pour cette raison regardés avec faveur par les autorités françaises et communautaires. Les premiers sont d'ailleurs appréciés à la lumière d'une règle de raison et les seconds ont fait l'objet d'un règlement d'exemption (règlement 4087/88 du 30 novembre 1988). La promotion du progrès technique est également prise en considération : des économies de coûts peuvent être obtenus par la fabrication en commun de nouveaux produits <sup>736</sup>, ou par le recours à de nouveaux procédés de fabrication <sup>737</sup>.

Les motifs d'exemptions continuent de se diversifier. On constate une timide ouverture vers la prise en considération de la portée sociale, et non plus strictement économique, des ententes. Le souci de maintenir l'emploi n'est plus étranger aux autorités françaises <sup>738</sup> et communautaires <sup>739</sup>, de même que le maintien de certaines activités <sup>740</sup>, ou la réduction des disparités régionales <sup>741</sup>. Des auteurs relèvent néanmoins que " *pour l'heure, la Commission et le Cour restent (...) prudentes et l'on sent même du côté de la Commission des*

---

<sup>735</sup> Cf décision YVES St LAURENT du 16 décembre 1991, présentée comme exemplaire et abondamment commentée, J.O.C.E. n°L 12, du 18/01/92, R.T.D.Comm oct./déc. 1992, p.941, note **C. BOLZE**, Europe mars 1992, n° 103.

<sup>736</sup> Décision Commission CEE du 12 janvier 1990, ALCATEL ESPACE, J.O.C.E. n°L32 du 3/02/1990, p.24.

<sup>737</sup> Décision Commission CEE du 2 décembre 1985, BP KELLOG, J.O.C.E. n°L 369, du 31/12/85.

<sup>738</sup> Décision 88-D-20 du 3 mai 1988 relative à des pratiques relevées sur le marché du sel, B.O.C.C.R.F. du 21/05/88. Le bénéfice de l'exemption n'a cependant pas été accordé dans cette affaire, car il fut estimé que la contribution au progrès économique aurait pu être observée en l'absence des pratiques litigieuses.

Comparer avec la position de la Commission de la concurrence exposée dans son rapport pour 1981, p.135 : "(...) *le maintien et la sécurité de l'emploi sont plus sûrement assurés à moyen et à long terme par le jeu d'une concurrence effective qu'à court terme par le jeu de la protection des situations acquises*" Les auteurs n'ont pas manqué de relever le "bel hommage rendu à l'économie de marché" (**R. HOUIN** et **M. PEDAMON**, op. cit., §475, p.617.)

<sup>739</sup> Arrêt C.J.C.E du 25 octobre 1977, METRO c/ SABA ,Rec.1491. La Cour énonce que le maintien de l'emploi est "*un élément de stabilisation dont la recherche rentre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans les circonstances d'une conjoncture économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article 85 § 3 permet de viser .*"

<sup>740</sup> Décision n° 94-D-23 du Conseil de la concurrence, relative à des pratiques constatées dans le secteur de l'huile d'olive, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p. 249. C'est ici le maintien de l'activité des moulins qui était invoquée. Le bénéfice de l'article 10.2 n'a cependant pas été accordé, pour les mêmes raisons que dans la décision 88-D-20, précitée, note 21.

<sup>741</sup> Commission 23 décembre 1992, FORD VOLSWAGEN, J.O.C.E. n°L 20, du 28 janvier 1993. Cf note à la revue Europe, mars 1993, n°138.



*hésitations avant de s'engager dans cette voie, comme s'il existait une crainte de perversion des règles de concurrence par les objectifs généraux du traité*<sup>742</sup>.

**290.** Le fait de contribuer au progrès économique est en soi insuffisant. Il faut encore démontrer que les avantages de l'opération l'emportent sur ses inconvénients. C'est la fonction du bilan économique des pratiques. Une pratique anticoncurrentielle ne peut être légitimée en vertu des articles 85, paragraphe 3 CEE et 10.2 de l'ordonnance du premier décembre 1986 que si les avantages en résultant compensent l'atteinte portée à la concurrence. Cette méthode permet de dégager ce que les auteurs appellent "*l'utilité nette*"<sup>743</sup> de la pratique, pour la détermination de laquelle les autorités de la concurrence disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation.

**291.** L'avantage doit enfin, pour justifier une dérogation à l'interdiction, être imputable aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles. Les droits français<sup>744</sup> et communautaire<sup>745</sup> exigent un lien de causalité entre les progrès invoqué et la pratique relevée. Ils adoptent pour le vérifier une méthode comparative. Celle-ci consiste à apprécier les effets réels de la pratique sur le marché par rapport aux conséquences qu'auraient vraisemblablement entraîné le libre jeu de la concurrence sur ce même marché.

---

<sup>742</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5e éd., n° 518, p. 391.

<sup>743</sup> **P. LAURENT**: "La légitimation de l'entente par l'article 85 § 3, du Traité de Rome", Dalloz 1979, chr. p.197. **R. KOVAR** : "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, 1985/1986, p.138.

<sup>744</sup> <sup>744</sup> Décision n°89-D-07 relative à des pratiques relevées dans le secteur du contrôle technique, B.O.C.C.R.F. du 8/04/1989.

<sup>745</sup> Décision du 16 décembre 1972, CIMBEL, J.O.C.E. n°L 303, en date du 31/12/1972.

**2/ le progrès économique invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble.**

292. Cette condition est inscrite dans le Traité de Rome : la pratique doit réserver aux consommateurs une partie équitable du profit. Elle eu longtemps en France un fondement prétorien. Elle ne fut consacrée par le législateur qu'en 1985 <sup>746</sup>, et fut reprise par l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Apprécier si cette condition est satisfaite ne pose pas de difficultés lorsque l'entente a déjà été mise en oeuvre. S'il s'agit d'une entente nouvelle, ce qui est généralement le cas, les autorités de la concurrence sont réduites à un calcul de probabilités. Elles évaluent si la pression de la concurrence résiduelle est telle qu'elle contraindra les entreprises à répercuter le progrès sur les utilisateurs. Leurs prévisions peuvent être démenties par la pratique. Il leur est alors loisible de refuser le renouvellement de l'exemption, ou, de façon plus abrupte si l'urgence l'impose, de la révoquer. Etudions maintenant les conditions négatives à l'exemption.

***B - CONDITIONS "NEGATIVES" A L'EXEMPTION***

293. Les pratiques litigieuses ne doivent apporter d'autres restrictions à la concurrence que celles qui apparaissent strictement nécessaires (1) et ne doivent pas supprimer totalement la concurrence (2).

**1/ Le principe d'équilibre <sup>747</sup>.**

294. La condition d'équilibre se dédouble : elle renferme une exigence de causalité et de proportionnalité. C'est souvent sur elle qu'échouent les entreprises françaises <sup>748</sup>. Le principe de causalité signifie que la contribution au progrès économique doit trouver sa source dans l'entente. Le principe de proportionnalité exige, quant à lui, que seules les restrictions de

---

<sup>746</sup> Loi du 31 déc. 1985 portant amélioration de la concurrence, J.C.P. 1986, III, 58136.

<sup>747</sup> Expression empruntée à MM. GAVALDA et PARLEANI, op. cit. p. 348.

<sup>748</sup> Pour des exemples récents, cf décisions 93-D11 en date du 4 mai 1993, secteur du laser pulsé (Rapport d'activité pour 1993, annexe 18, p. 165) et 94-D-05, du 18 janv. 1994, relative à des pratiques constatées sur le marché de l'automobile (B.O.C.C.R.F. du 8 mars 1994, p. 86).

concurrence indispensables à la réalisation de l'objectif de contribution au progrès économique bénéficient de la dérogation. Celles qui ne répondent pas à cette condition doivent disparaître. Cela peut conduire à une réfection du contrat.

Certaines clauses sont systématiquement jugées superflues : ainsi en est-il des clauses de protection territoriale absolue. D'autres, telle la renonciation à développer une recherche autonome dans les accords de recherche en commun, sont considérées comme indispensables. Mais la plupart relèvent de la casuistique. Le Tribunal de première instance des Communautés a récemment rappelé que la charge de la preuve du caractère indispensable incombait au demandeur <sup>749</sup>.

## **2/ Le maintien d'une concurrence résiduelle**

**295.** Le maintien d'une concurrence résiduelle est exigé au stade de la concurrence interne, qui oppose les coalisés entre eux, et à celui de la concurrence externe, qui oppose les coalisés à leurs concurrents sur le marché. On estime que la suppression de toute concurrence, ou même d'une partie substantielle de celle-ci sur le marché en cause, fait à terme obstacle à la contribution au progrès économique. L'entreprise n'est en effet supposée s'y employer que si la pression de la concurrence l'y incite. Cette analyse est contestée par Monsieur BONASSIES, sur le fondement de la théorie de la concurrence-moyen. L'auteur préconise que le moyen (la concurrence) soit pleinement asservi à la fin qui le commande (le progrès technique ou social) et lui soit si besoin totalement sacrifié <sup>750</sup>. A l'heure actuelle, cette analyse n'est pas accueillie. Le maintien d'une concurrence effective est considérée nécessaire aux objectifs du Marché commun. C'est elle qui justifie l'atteinte portée à la liberté des acteurs économiques.

L'exemption individuelle, et la notification qu'elle présuppose, est un des moyens mis à la disposition de la Commission pour encadrer leur activité contractuelle.

---

<sup>749</sup> T.P.I. C.E. 9 juillet 1992, aff. T 66/89, PUBLISHERS ASSOCIATION, Rec. II, 1995 et R.J.D.A. 12/92, n°1148.

<sup>750</sup> P. BONASSIES, "Les fondements du droit communautaire de la concurrence.", Mélanges Weill, p.51.

## **PARAGRAPHE 2 : LA NOTIFICATION, CONDITION DE FORME A UNE EXEMPTION COMMUNAUTAIRE INDIVIDUELLE.**

**296.** Si les deux ordres juridiques soumettent l'exemption aux mêmes conditions de fond, le droit communautaire est seul à subordonner l'octroi d'une exemption individuelle à une condition de forme : la notification <sup>751</sup>. Les entreprises qui souhaitent voir leur accord immunisé doivent le notifier à la Commission (article 1 du règlement n°17).

Seules les ententes peuvent être notifiées (la procédure est fermée aux abus de position dominante <sup>752</sup>), mais toutes peuvent l'être <sup>753</sup>. En principe, il n'existe pas d'interdictions *per se* en droit communautaire ; les dispositions de l'article 85, §3, sont potentiellement applicables à toutes les concertations. En fait, l'on constate que certaines sont systématiquement condamnées : c'est le cas, nous l'avons dit, des ententes de prix ou de celles qui aboutissent à un cloisonnement du marché. Elles sont notifiables mais on imagine mal qu'une entreprise, convaincue d'être sanctionnée, attire l'attention des autorités sur sa pratique.

La procédure est ouverte à toutes les parties à l'entente (article 1er du règlement n° 27/62). Si c'est un représentant qui y procède, il doit justifier par écrit d'un pouvoir de représentation. L'entreprise notifiante est tenue d'informer les autres participants. La notification vaut en effet à l'égard de tous. Elle est facultative ; son absence n'emporte aucune sanction. Nous ne pouvons donc pas adhérer à l'analyse de Monsieur GUYENOT selon laquelle *le législateur européen use de la même méthode qu'en droit de sociétés commerciales où*

---

<sup>751</sup> En France, seules les opérations de concentration sont notifiables ; les ententes et positions dominantes ne le sont pas, même de façon facultative. L'Allemagne a choisi un régime mixte. L'Angleterre avait opté pour une notification obligatoire, mais ce régime est en cours de réforme.

<sup>752</sup> Les accords relevant de l'article 86, n'étant pas susceptibles d'exemption, ils n'ont pas à être notifiés. Les domaines respectifs de l'article 85 et 86 ne sont cependant pas très bien définis. La Cour a donc admis dans un arrêt HOFFMANN - LA ROCHE que les entreprises hésitantes (et vigilantes) aient la possibilité de notifier un comportement susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante (C.J.C.E. 13 fév. 1979, aff. 85/76, Rec. 461, att. 134). Sur ce point, cf **B. BEAUCHESNE**, "La protection juridique des entreprises en droit de la concurrence", Europe entreprise, Nouvelles éditions fiduciaires, 1993, §7. En pratique, les entreprises sollicitent de la Commission l'octroi d'une attestation négative, et, lorsqu'elles soumettent une entente à son appréciation, demandent à titre subsidiaire le bénéfice d'une exemption. Il est en effet difficile pour elles de savoir si leur accord sera jugé directement non restrictif de concurrence, ou restrictif mais exemptable. Sur ce point, cf **A. DECOCQ**, "Droit communautaire des affaires", Les cours du droit, 1992, p. 105.

<sup>753</sup> Il est notable que toutes les formes de concertation (accords, mais aussi décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées) sont exemptables. C'est vrai que l'exemption soit accordée de façon individuelle ou de façon catégorielle. Certains règlements prévoient expressément cette possibilité. Pour exemple, cf article 9 du règlement n°1983/83 de la Commission : "*Les dispositions du présent règlement s'appliquent par analogie aux pratiques concertées de la catégorie définie à l'article 1er.*"

*l'immatriculation du contrat de société ou du groupement d'intérêt économique est la condition d'acquisition de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique* <sup>754</sup>. On voit bien en effet que la notification n'a pas la même incidence que l'inscription au R.C.S. : une entente peut être valable et produire son plein effet alors qu'elle n'a pas été notifiée.

**297.** Certaines ententes échappent à cette condition préalable: il s'agit des ententes rentrant dans le champ d'application d'un règlement d'exemption par catégorie <sup>755</sup> et des ententes dispensées de notification par l'article 4, paragraphe 2, du règlement n°17. Cet article vise les accords, décisions et pratiques concertées jugées globalement peu nocives. On en distingue trois catégories.

La première regroupe les ententes auxquelles ne participent que des entreprises ressortissant à un seul Etat membre et qui ne concernent ni l'importation ni l'exportation entre Etats membres. La seconde réunit les ententes verticales conclues entre deux entreprises seulement, qui tendent exclusivement à limiter leur liberté de fixation des prix, des conditions de vente ou l'exercice des droits de propriété industrielle (ou d'utilisation d'un savoir faire technique) dont la propriété ou l'usage ont été acquis de l'autre partie. Les dernières ententes dispensées de notification sont celles qui unissent deux parties et qui ont pour objet la recherche et le développement, la coopération technique, l'application uniforme de certaines normes ou types. La plupart de ces ententes bénéficient à l'heure actuelle d'un règlement d'exemption. Seule la première catégorie présente encore un intérêt.

Il existe un dernier cas où la notification n'est pas requise. Les ententes normalement couvertes par un règlement d'exemption peuvent, individuellement, se voir retirer le bénéfice de l'immunité réglementaire lorsqu'il est démontré que leurs pratiques ne produisent pas les effets attendus. Les entreprises peuvent toutefois solliciter l'octroi d'une exemption individuelle, sans qu'elles aient à notifier leurs accords.

**298.** La notification est soumise à des conditions de recevabilité et de forme assez strictes. L'entreprise est tenue d'utiliser un formulaire officiel, le formulaire A/B, désormais commun à la demande d'attestation négative. L'entreprise doit préciser l'objet de sa demande (obtention d'une attestation négative ou d'une exemption), mais elle peut associer les deux démarches. Différentes informations doivent être communiquées sur l'état du marché, le détail de l'entente

---

<sup>754</sup>J. GUYENOT, "Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun", Paris, L.G.D.J., 1971.

<sup>755</sup> Cf section II du présent chapitre. Il est cependant préférable de notifier les accords entrant dans le champ d'application d'un règlement mais dont les stipulations ne concordent pas parfaitement avec celles autorisées par ce règlement.

(sans qu'il soit besoin d'annexer le texte de l'accord), et les parties concertantes <sup>756</sup>. La Cour a rappelé que l'utilisation du formulaire était obligatoire <sup>757</sup>.

On peut se demander s'il ne s'agit pas là de formalisme. Au sens classique du terme, cela est douteux : la notification n'est pas une forme d'expression du consentement. L'entente demeure un contrat consensuel. On serait davantage tenté de la rattacher au "nouveau formalisme", tel que décrit par Monsieur BOULANGER et repris par Monsieur DURAND, lequel estimait qu' "*une nouvelle impulsion est donnée au développement du formalisme, en donnant à ce terme l'acception la plus large. Des avis doivent être donnés avant la conclusion, des notifications faites après la conclusion du contrat, des autorisations doivent être accordées...*"<sup>758</sup>. On opposerait ainsi, selon la proposition de Monsieur CARBONNIER, "*les contrats formalistes et les contrats qui nécessitent des formalités*"<sup>759</sup>. La notification constituerait une telle formalité.

La Cour de Justice des communautés a pourtant dénié cette qualification dans un arrêt "Musique diffusion française" du 7 juin 1983 <sup>760</sup>. A une société qui revendiquait le bénéfice de l'exemption malgré une absence de notification, au motif que l'infraction consisterait non pas en une violation d'un des objectifs principaux du Traité, mais seulement en une règle de forme (le manquement à l'obligation de notifier), la C.J.C.E. opposa que : "*la notification ne constitue pas une formalité imposée aux entreprises mais est une condition indispensable pour obtenir certains avantages.*"

Parmi ces avantages, figure la validation de l'entente anticoncurrentielle. Cela ne va pas sans contrepartie. En soumettant leurs pratiques à l'appréciation de la Commission, les entreprises acceptent de restreindre leur liberté contractuelle. C'est ce lien entre exemption individuelle et liberté contractuelle que nous allons maintenant étudier.

---

<sup>756</sup> Cf règlement n° 27/62 de la Commission, en date du 3 mai 1962, pris en application du règlement n° 17, 10, n°35 du 10 mai 1962, p. 1118.

<sup>757</sup> C.J.C.E. 29 oct. 1980, aff. jointes 209 à 215 et 218 / 78, FEDETAB, Rec. 3125 .

<sup>758</sup> P. DURAND, "Le rôle de agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", R.T.D.Civ. 1948, p.164.

<sup>759</sup> "Droit civil", T.4, "Les obligations", p.171.

<sup>760</sup> PIONEER ET MELCHERS, Aff. 100 à 103/80, Rec.1825 ; R.T.D.E. 1984, p.180.

## SECTION I : LIBERTE CONTRACTUELLE ET EXEMPTIONS INDIVIDUELLES.

**299.** Le contentieux de l'immunité occupe une place croissante en droit communautaire. La Commission européenne accorde le bénéfice de l'article 85, paragraphe 3, dans près d'une décision sur deux. En revanche, le bénéfice des dispositions de l'article 10.2 est rarement invoqué par les entreprises françaises. Aux dires du Conseil, la raison en est *"notamment (...)* *qu'il est exceptionnel qu'une contribution au progrès économique implique la mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles* " <sup>761</sup>. Il est encore plus rarement accordé. On ne recense à l'heure actuelle que trois décisions d'exemption <sup>762</sup>. Cela s'explique aisément : *'la Commission examine plus facilement un dossier notifié qu'une plainte et met l'accent sur l'alinéa 3 de l'article 85. En France, le Conseil (...) poursuit son examen s'il a un fort soupçon sur l'illégalité de la pratique resituée dans son contexte économique* " <sup>763</sup>.

**300.** La procédure d'exemption ou de justification est en théorie conforme à l'intérêt bien compris des entreprises et des autorités régulatrices. Les entreprises y gagnent l'immunité, les autorités de la concurrence la soumission des ententes aux exigences de l'ordre public. Ce trait est particulièrement marqué en droit communautaire, où la procédure d'exemption est l'occasion pour la Commission d'imposer différentes conditions et charges aux entreprises. Un véritable modelage du contrat est organisé (Paragraphe 2). On ne peut comprendre que les opérateurs s'y

---

<sup>761</sup> Rapport d'activité 1987, p. XXIV.

<sup>762</sup> La décision 88-D-27 du 21 juin 1988, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la messagerie groupage (justification partielle), B.O.C.C.R.F. du 13 juin 1988 ; la décision 91-D-29 du 4 juin 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution de gaz de pétrole liquéfié conditionné (Rapport 1991, annexe 36, p. 76) et décision 93-D-13 en date du 18 mai 1993, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des matériels exposés dans les salons des biens d'équipement (Rapport 1993, annexe 20, p. 173).

Il faut en outre souligner que la Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre la décision 91-D-29, précitée, a déclaré le système de distribution valable par application d'une règle de raison. Elle n'a donc pas appliqué les dispositions de l'article 10.2. Cf. arrêt du 28 fév. 1992, B.O.C.C.R.F. du 14 mars 1992, p.88.

<sup>763</sup> **J. L. DECHERY**, "L'application des règles communautaires en matière de concurrence dans les Etats membres à l'horizon de 1992", R.C.C. n°52, p. 11. Cf. également **R. HOUIN** et **M. PEDAMON**, pour lesquels les exonérations sont rares *"car les pratiques portées devant (le Conseil) sont de celles qui suscitent les plaintes et les préjudices"*, op. cit. n°474, p.616.

soumettent si l'on n'a pas mesuré les avantages accessibles grâce à cette procédure (Paragraphe 1).

## PARAGRAPHE 1 : LES AVANTAGES DE LA PROCEDURE DE VALIDATION

**301.** Il existe une double série d'avantages : les premiers sont spécifiques au droit communautaire : ils sont liés à la procédure de notification (A). Les seconds sont communs aux deux ordres juridiques : ils sont liés à la validation elle-même (B).

### A - AVANTAGES LIES A LA NOTIFICATION

**302.** Monsieur GUYENOT fait justement remarquer que, s'il est fait simple invitation aux parties de notifier leurs ententes, la notification est en réalité "quasi -obligatoire". Elle est "*assortie d'une contrepartie présentant un tel avantage pratique que les entreprises ne peuvent pas défaillir*"<sup>764</sup>. Cette contrepartie est la faculté d'obtenir une exemption : la notification n'est pas une condition de validité, mais elle est une condition de validation (règlement n° 17, art. 4, paragraphe 1 et 5). Les autorités communautaires rappellent souvent cette exigence<sup>765</sup>.

La portée de l'exemption susceptible d'être accordée ne vaut que pour les éléments portés à la connaissance des autorités communautaires à une époque donnée. Si les circonstances originelles se modifient, l'entreprise doit procéder à une nouvelle notification. En outre, la

---

<sup>764</sup> **J. GUYENOT**, "Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun", p. 170.

<sup>765</sup> Pour exemple, décision de la Commission européenne du 18 décembre 1987, aff. IV/ 31.017, FISHER PRICE / Quaker Oats, J.O.C.E. C n°L 49 /19 du 23. 2. 88.

Il faut préciser que la Commission prend généralement soin de relever qu'en tout état de cause, l'accord non notifié n'aurait pu bénéficier d'une exemption parce qu'il ne répond pas aux conditions de fond.



notification d'un accord cadre n'emporte pas validation des contrats successifs pris pour son application <sup>766</sup>. Elle vaut en revanche pour les contrats identiques <sup>767</sup>.

**303.** La validation n'est pas le seul avantage accessible grâce à la notification. Celle-ci limite la période d'application de l'amende encourue. L'entreprise bénéficie d'une immunité pour la période comprise entre la notification et la décision de la Commission (article 15, § 5, du règlement n° 17). Selon la Cour, cet avantage "*constitue la contrepartie du risque encouru par l'entreprises en dénonçant elle-même l'accord ou la pratique concertée*" <sup>768</sup>. L'immunité peut toutefois être levée avant la décision sur le fond si la Commission estime, après un examen provisoire, que les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, ne sont pas réunies (article 15, §6, du même règlement). Du fait de la modification qu'il produit dans la situation juridique des intéressés, la Cour fait obligation à la Commission de motiver ce retrait. Elle en fait une décision susceptible de recours <sup>769</sup>. Cette faculté de retrait est rarement utilisée <sup>770</sup>.

Si la notification immunise contre l'amende, l'exemption elle-même présente des avantages plus notables encore. Ils sont liés à la validation des accords litigieux.

---

<sup>766</sup> C.J.C.E. 10 déc. 1985, aff. 240 à 242, 261, 262, 268, 269 /82, STICHTING SIGARETTEN INDUSTRIE, Rec. 38311, att. 68-69.

<sup>767</sup> C.J.C.E. 6 fév. 1973, aff. 48/72, BRASSERIE DE HAECHT, Rec. 77, att. 20 et 23 : "*la notification régulièrement faite d'un accord type vaut notification de tous accords du même contenu, même antérieurs, conclus par la même entreprise.*"

<sup>768</sup> C.J.C.E. 7 juin 1983, aff. jointes 100 à 103/80, MUSIQUE DIFFUSION FRANCAISE ET AUTRES (PIONEER), Rec. 1825.

<sup>769</sup> C.J.C.E. 15 mars 1967, aff. jointes 8 à 11/66, CIMENTERIES CBR et autres, Rec. 93 .

<sup>770</sup> Pour un exemple récent, cf décision de la Commission des Communautés, en date du 11 janv. 1991, aff. 91-153 CEE, Société d'hygiène pharmatologique VICHY, J.O.C.E. n° L75, p.57. Cette décision de levée d'immunité a été approuvée par le T.P.I. dans un arrêt du 27 fév. 1992, aff. T-19/91, Rec. II/415.

## **B - AVANTAGES LIÉS A LA VALIDATION**

**304.** Le fait de rendre valable un contrat illicite constitue le principal avantage de l'exemption (1). Elle constitue une exception au principe d'interdiction. Des auteurs se sont interrogés sur la nature de l'exemption (2).

### **1/ L'exemption individuelle, procédé permettant de valider des pratiques anticoncurrentielles.**

**305.** Les décisions de validation adoptées par la Commission des Communautés ont une portée très large (a). Ce n'est pas le cas des décisions émanant du Conseil de la concurrence, car aucune d'autorité juridique ne s'y attache (b).

#### **a / Effets d'une décision d'exemption communautaire.**

**306.** Le propre d'une décision individuelle d'inapplicabilité est de rendre l'entente inattaquable. Une entente validée sur le fondement des articles 85, paragraphe 3, du Traité de Rome ne peut plus être frappée de nullité. Toute action intentée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire tendant à cette fin doit être déclarée irrecevable. Cet effet se produit *erga omnes*<sup>771</sup> : l'exemption s'impose aux différentes parties à l'entente et elle est opposable aux tiers : *Les décisions d'exemption créent des droits en ce sens que les parties à une entente ayant fait l'objet d'une telle appréciation peuvent s'en prévaloir à l'égard des tiers invoquant la nullité de l'entente sur la base de l'article 85 § 2*<sup>772</sup>.

L'immunité est toutefois provisoire: l'exemption est toujours accordée pour une durée limitée, variant approximativement de cinq à quinze ans<sup>773</sup>, et "*fixée de façon à permettre aux parties d'atteindre utilement les avantages escomptés*"<sup>774</sup>. Il faut encore préciser

---

<sup>771</sup> Cf. MM. J. MEGRET, J. V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK, "Le droit de la Communauté économique européenne", vol. 4, p.134, n°47.

<sup>772</sup> C.J.C.E. 11 déc. 1980, aff. 31/80, L'OREAL, Rec. 3775, att. 23.

<sup>773</sup> Décision du 30 avril 1991, SCOTTISH NUCLEAR, n°IV/33.473, J.O.C.E. n°L.178, du 6 juill. 1991.

<sup>774</sup> P. LAURENT, " Exemptions individuelles", art 85, § 3, Juris-class. Concurrence consommation, fasc 530..

qu'elle ne fait pas obstacle à une décision de condamnation fondée sur l'article 86 du Traité de Rome <sup>775</sup>.

**307.** Les autorités nationales ne sont pas compétentes pour appliquer l'article 85, paragraphe 3 <sup>776</sup> ; ceci relève du pouvoir exclusif de la Commission des Communautés. Elles le sont néanmoins pour appliquer les décisions adoptées par l'autorité communautaire en vertu de cette disposition. L'article 189 du traité dispose en effet que la "*décision est obligatoire en tous ses éléments pour tous les destinataires qu'elle désigne*".

Les juridictions nationales sont liées par une décision d'exemption communautaire <sup>777</sup>. Il est désormais établi qu'un tel acte s'impose au juge en vertu du principe de primauté. Un arrêt "Walt Wilhem" du 13 février 1969 a condamné la "théorie de la double barrière" en vertu de laquelle un comportement, pour être licite, devait satisfaire à la fois aux exigences de l'ordre juridique communautaire (première barrière) et à celles de l'ordre interne (deuxième barrière). Cette théorie permettait au juge national de condamner une entente qui aurait par ailleurs bénéficié d'une décision individuelle d'inapplicabilité sur le fondement de l'article 85, § 3. L'arrêt "Walt Wilhem" a mis fin à ce risque de contradiction. La Cour énonce que "*... dans le cas où des décisions nationales à l'égard d'une entente s'avèreraient incompatibles avec une décision adoptée par la Commission à l'issue de la procédure engagée par elle, les autorités nationales sont tenues d'en respecter les effets*" <sup>778</sup>. Ce principe a été rappelé dans une récente communication relative à la coopération entre les juridictions nationales et la Commission <sup>779</sup>. Cette solution s'impose : une décision d'exemption suppose qu'un jugement positif a été porté sur l'entente. Celle-ci contribue au progrès économique. Le juge français ou le Conseil de la concurrence ne peuvent condamner la pratique sans contredire l'analyse de la Commission et violer le principe de primauté.

---

<sup>775</sup> T.P.I. C.E. 10 juillet 1990, aff. T-51/89, TETRA PAK RAUSING, Rec. 1990. II.309.

<sup>776</sup> Pour un exemple d'application, cf arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 17 juin 1992, relatif aux recours formés par la Compagnie générale de vidéocommunication et autres contre une décision du Conseil de la concurrence (n° 91-D-51 du 19/11/91), énonçant notamment: "*...Qu'à défaut (d'une décision d'exemption individuelle) relevant du seul pouvoir de la Commission des Communautés européennes, il ne peut être constaté ni par le Conseil, ni par la Cour que ces accords ou catégories d'accords entre entreprises contribuent à promouvoir le progrès technologique ou économique (...); Qu'en conséquence, l'interdiction édictée par le paragraphe 1 de l'article 85 est applicable.*", B.O.C.C.R.F. du 4/07/92, p.217.

<sup>777</sup> Pour une étude plus générale de l'impact d'une décision communautaire sur un contentieux national, cf Titre 2, ch. 2, du présent titre.

<sup>778</sup> CJCE 13 fév. 1969, WALT WILHEM et autres c/ Bundeskartellamt, aff.14/68, Rec.1.

<sup>779</sup> Communication du 13 fév. 1993, § 27 s.

**308.** Lorsqu'une procédure est pendante devant la Commission, le juge national peut se prononcer sans attendre une prise de position communautaire. Il n'est pas une autorité nationale au sens de l'article 9 du règlement numéro 17 <sup>780</sup>. Cet article oblige les seules autorités nationales à se désaisir lorsqu'une procédure est engagée devant la Commission. La jurisprudence française a toutefois admis qu'un sursis à statuer dans cette hypothèse était souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et pour respecter le principe de primauté <sup>781</sup>. La Commission encourage cette pratique. Sa communication en date du 13 février 1993 apporte d'intéressantes précisions en ce domaine <sup>782</sup>. La Commission invite la juridiction nationale à apprécier la probabilité qu'une exemption puisse être accordée dans le cas d'espèce, dans la mesure bien sûr où l'entente a été notifiée <sup>783</sup>. Si l'exemption est jugée probable, la juridiction nationale est incitée à suspendre la procédure dans l'attente que la Commission se prononce. L'autorité communautaire est néanmoins consciente des risques, stigmatisés par certains auteurs <sup>784</sup>, de ralentissement de la procédure. C'est pourquoi elle ajoute *"qu'en cas de besoin, les juridictions nationales peuvent également demander à la Commission un avis sur les délais probables de l'octroi ou du refus d'une exemption individuelle pour les accords ou les pratiques notifiés, en vue de déterminer les conditions d'une éventuelle décision de sursis à statuer ou la nécessité d'adopter des mesures provisoires. La Commission s'efforcera, pour sa part, de traiter de façon prioritaire les affaires qui font l'objet de procédures nationales ainsi suspendues, notamment lorsque l'issue d'un litige civil en dépend "* <sup>785</sup>.

Une décision d'exemption française n'impose pas les mêmes précautions.

---

<sup>780</sup> Ce principe a été posé par un arrêt B.R.T. c/ SABAM de la C.J.C.E. en date du 30 janv. 1974, aff.127/73, Rec.51.

<sup>781</sup> Cf notamment jugement du Tribunal correctionnel de Nanterre en date du 21 janv.1981, J.C.P. 1981, II, 19617, note **DECOCQ** et Cass. crim.. 25 oct.1982, GRUNDIG, R.T.D.E. 1983,486.

<sup>782</sup> Cette communication reprend l'essentiel de l'analyse développée par la Cour dans l'arrêt DELIMITIS du 28 fév. 1991, aff. C-234/89, Rec. I.935.

<sup>783</sup> §29 de la communication.

<sup>784</sup> Mme **L. IDOT** fait ainsi remarquer que *"le sursis à statuer risque de s'éterniser dans l'attente d'une décision des autorités bruxelloises. Des praticiens n'ont pas manqué de relever les inconvénients résultant de tout allongement des procédures dans une matière où il faut, au contraire, agir vite pour appréhender les réalités économiques."*, in *"L'interférence du droit interne et du droit communautaire de la concurrence."*, Petites affiches du 30 mars 1988, p.20.

<sup>785</sup> §37 de la communication

## **b/ Effets d'une décision d'exemption française**

**309.** La portée d'une décision fondée sur l'article 10.2 de l'ordonnance française est beaucoup plus réduite. L'entreprise échappe aux sanctions susceptibles de lui être infligées par le Conseil de la concurrence : amendes, publications, injonctions. En revanche, l'entente justifiée par cette autorité ne bénéficie d'aucune immunité devant les tribunaux civils. Le Conseil n'étant pas une juridiction, ses décisions n'ont aucune autorité de la chose jugée <sup>786</sup> : l'entente exemptée peut en théorie faire l'objet d'une action en nullité. Les décisions du conseil ne s'imposent pas non plus aux autorités communautaires. Une entente, exemptée sur le fondement de l'article 10. 2, peut être condamnée sur celui de l'article 85, §1. Ce risque est toutefois peu probable compte tenu de la proximité des conditions d'exemption en droit français et en droit communautaire.

Ayant étudié l'effet des décisions d'exemption, il convient de s'interroger sur leur nature.

## **2/ Nature des décisions individuelles d'exemption en droit communautaire .**

**310.** Seul le droit communautaire suscite de réelles interrogations. Il dissocie nettement la phase de condamnation de l'accord et la phase de validation. L'article 85, paragraphe 3, du Traité de Rome dispose que "*les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables*" aux accords contribuant au progrès économique. Le texte de l'article 10 de l'ordonnance française énonce, quant à lui, que "*he sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques*" qui contribuent au progrès économique. Le droit français n'exempte pas l'accord ou la pratique, il ne déclare pas l'article 7 de l'ordonnance inapplicable. La pratique échappe purement et simplement à l'article 7. Le Conseil l'estime justifiée, et donc valable, sans considération de durée <sup>787</sup>. Il s'agit véritablement d'une exception aux règles d'ordre public <sup>788</sup>. Il y a peut-être, dans la différence de rédaction des articles 10 de l'ordonnance et 85, §3, plus qu'une simple nuance terminologique.

**311.** La détermination de la nature des décisions d'exemption en droit communautaire est controversée. On s'est demandé si elles constituaient des "réserves d'autorisation" ou des

---

<sup>786</sup> Sur ce point, cf titre II de la présente partie, et plus spéc. § 567 et s.

<sup>787</sup> Nous reviendrons sur ce point ultérieurement (§322)

<sup>788</sup> M. GHESTIN la présente comme une dérogation aux règles d'ordre public édictées par l'ordonnance de 1986 ("Traité de droit civil, La formation du contrat", 3ème éd. 1993, n°157, p.133).

"exceptions légales". La seconde thèse était défendue par les français car elle correspondait au système de l'article 59 ter de l'ordonnance de 1945. La première était défendue par les allemands pour des motifs analogues. Messieurs BRAUN, GLEISS et HIRSCH résument bien l'alternative:

*"S'il s'agit d'une réserve d'autorisation, alors toute restriction de concurrence atteinte par l'article 85§1, serait interdite jusqu'à ce qu'elle soit relevée de cette interdiction, conformément au paragraphe 3. L'autorisation, en ce cas, résulterait d'un acte décidant l'exemption et, en principe, n'aurait d'effet que pour l'avenir.*

*Si, par contre, l'article 85§3, renferme une exception légale, toute restriction à la concurrence remplissant les conditions de l'exception serait légale et valable ab initio. En ce cas, l'exemption serait purement déclarative d'une légalité existante et remonterait, dès lors, au moment de la constitution de l'entente exemptée”<sup>789</sup>.*

Messieurs BRAUN GLEISS et HIRSCH apportent une réponse ferme : il s'agit selon eux d'une réserve d'autorisation, d'où résulte la répartition de la charge de la preuve. Les autorités judiciaires et administratives doivent prouver l'illicéité des faits. Les parties à l'entente doivent, quant à elles, prouver que les conditions de l'exemption sont réunies. Ces auteurs précisent toutefois que la Cour de justice a estimé, dans l'arrêt “Grundig Consten<sup>790</sup>”, que la Commission ne pouvait pas avoir un rôle purement passif dans l'administration de la preuve. Elle doit concourir à l'établissement des faits et des circonstances.

Certains estiment que l'exemption emprunte aux deux mécanismes. Ainsi Messieurs SCHAPIRA, LE TALLEC et BLAISE considèrent-ils que la décision d'exemption est à la fois constitutive de droits et déclarative de droits. Elle est constitutive quant à la compétence exclusive de la Commission, le principe de la notification, la durée limitée de l'exemption. Elle est déclarative en ce qu'il existe des dispenses de notification et un effet partiellement rétroactif de l'exemption. Ce dernier caractère signifie que les effets que l'entente a déployés avant la notification peuvent être remis en cause.

**312.** Il nous semble que le caractère déclaratif de droits de l'exemption est extrêmement limité. Avant d'être exemptée, l'entente anticoncurrentielle ne peut déployer aucun effet juridique. L'intervention de la Commission ou du Conseil de la concurrence conditionne la validité de l'entente. L'exemption, si elle est accordée, fait disparaître une cause de nullité tandis

---

<sup>789</sup> "Droit des ententes dans la CEE", p.204, n°141. Cf également **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, Droit commercial européen", 5e éd., n° 516.

<sup>790</sup> Affaire 56-58/64, du 13 juill.1966, Rec.429.

que le refus de légitimer une pratique emporte nullité rétroactive de la convention qui la sous-tend.

L'enjeu est donc considérable pour les entreprises. Cela ne doit pas dissimuler le fait qu'elles paient l'immunité au prix d'une surveillance et parfois d'un modelage en profondeur de leur convention.

**PARAGRAPHE 2 : INCONVENIENTS LIES A LA PROCEDURE D'EXEMPTION :  
L'INGERENCE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES <sup>791</sup>.**

**313.** La procédure d'exemption individuelle peut présenter certains inconvénients pour les entreprises. Elle permet de contrôler les contrats. Elle est en effet un vecteur d'informations des mouvements contractuels et de diagnostic des ententes anticoncurrentielles (A). Elle autorise en outre un modelage des contrats grâce aux conditions auxquelles est subordonné son bénéfice (B).

***A - L'EXEMPTION, INSTRUMENT DE CONTROLE DU CONTRAT.***

**314.** L'on comprend que les autorités restent vigilantes à l'égard des accords exemptés. L'exemption constitue une dérogation à la prohibition. La règle étant la nullité des ententes anticoncurrentielles, toute exception doit être interprétée restrictivement. Il faut cependant veiller à ce que la surveillance d'une entente particulière ne soit pas utilisée comme un prétexte à une surveillance globale du marché sur laquelle elle se réalise.

Le contrôle de convention va s'opérer par le jeu de la notification préalable (1) de l'imposition de charges (2), et du caractère précaire de l'exemption (3).

---

<sup>791</sup> Il existe d'autres inconvénients liés à la procédure d'exemption, qui sont de nature à détourner d'elle les entreprises. Il est fréquent de dénoncer sa lourdeur, le temps extrêmement long qui sépare la notification de la décision finale, dans la mesure où elle intervient (la Commission n'a aucune obligation de donner suite à la notification). En outre, les entreprises ne sont pas certaines de bénéficier d'une décision d'exemption. Elles peuvent n'obtenir qu'une lettre de classement. Elles s'exposent enfin à une publicité néfaste à leur image commerciale. Ces différents inconvénients expliquent que les entreprises privilégient de plus en plus la procédure informelle, plus rapide, plus discrète, moins conflictuelle. Les rapports annuels de la Commission révèlent que 96 % des affaires échappent à la procédure contentieuse (cf XXe rapport sur la politique de la concurrence, point 90).

Pour une étude du règlement amiable des affaires de concurrence, cf **B. BEAUCHESNE**, "La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence", n°501 à 517. Cf également § 335 du présent travail.

## 1/ La notification, instrument de surveillance et de diagnostic.

315. Nous avons étudié précédemment l'intérêt qui s'attache à la notification pour les entreprises. L'administration est également intéressée par cette procédure. C'est en cela peut-être que la notification relève du nouveau formalisme auquel il a été fait allusion. La notification est un instrument de dirigisme économique.

Monsieur FARJAT a montré que l'utilisation de mesures de publicité en matière d'Ordre public économique *"est surtout destinée à l'usage de l'administration, qui désire être informée du 'mouvement des contrats'*<sup>792</sup>, *de la vie de tel ou tel contrat, de telle ou telle activité contractuelle, soit pour établir un diagnostic, soit pour exercer une surveillance* "<sup>793</sup>. La notification exerce ces deux fonctions. Elle permet à la Commission, d'une part, d'exercer un contrôle sur l'activité des opérateurs<sup>794</sup>, avec une certaine connaissance des pratiques et des ententes qui se développent sur un marché donné (surveillance) et, d'autre part, de vérifier que ces ententes présentent un bilan économique positif (diagnostic). Les entreprises qui se soumettent à la notification savent qu'elles s'exposent au contrôle et à la sanction. Dans ce contexte, il semble évident que les ententes les plus malsaines, les plus nocives, ne sont pas déclarées. C'est pourquoi *"il est prudent d'attendre beaucoup plus de la procédure d'enquête que du système de déclaration* "<sup>795</sup>. C'est le choix effectué par le législateur français.

Une autre procédure est mise à la disposition des autorités de la concurrence pour surveiller les accords : il s'agit de la possibilité d'imposer des charges aux entreprises "notifiantes"<sup>796</sup>.

---

<sup>792</sup> Expression empruntée à **P. DURAND**, auteur d'un article intitulé "Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation des contrats", R.T.D.Civ. 1948, p.164. M. DURAND estime que *"une information précise du mouvement contractuel est une des techniques du dirigisme contractuel."*

<sup>793</sup> **G. FARJAT**, "L'Ordre public économique", Thèse 1962, p.214.

<sup>794</sup> Cette analyse n'est pas spécifique à la matière concurrentielle. Cf. la remarque d'ordre général formulée par **P. DURAND** : *"la notification peut remplir un certain nombre de fonctions : elle donne tout d'abord des informations sur les offres de contrats..."*, Article précité note 73

<sup>795</sup> **Y. LOUSSOUARN** et **J. D. BREDIN**, "La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire.", Dalloz 1963, chr. p.34.

<sup>796</sup> Expression empruntée à **M. DURMA**, auteur de "La notification de la volonté", Thèse Paris 1930.



## 2/ L'imposition de charges, vecteur d'informations .

**316.** Les textes français ne prévoient pas la possibilité d'imposer des charges aux entreprises. La Commission technique des ententes et la Commission de la concurrence avaient néanmoins timidement usé de cette possibilité <sup>797</sup>. Leur successeur ne paraît pas s'engager dans cette voie. On rencontre donc cette procédure essentiellement en droit communautaire. C'est l'article 8 du règlement n°17 qui l'organise (a). L'étude de la pratique décisionnelle montre combien elle peut se révéler contraignante pour les entreprises (b).

### a/ Etude du procédé consistant à imposer des charges.

**317.** L'article 8 du règlement numéro 17 du Conseil des Communautés autorise la Commission à assortir sa décision d'application de l'article 85, § 3, de conditions et charges <sup>798</sup>. Cette autorisation vaut également pour les décisions de renouvellement d'exemption <sup>799</sup>. A la différence des conditions, les charges n'influent pas directement sur l'octroi de la dérogation. Leur non respect par les entreprises a cependant un effet résolutoire (article 8, §3 du règlement 17), qui peut être rétroactif. La Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à leur détermination. Les charges représentent pour la Commission une contrepartie des risques qu'elle accepte en exemptant l'accord : *“Le contrôle ainsi établi sera à la mesure des risques acceptés par la Commission, qui seront eux-mêmes fonction de la durée de l'exemption, et de l'intensité de la concurrence sur le marché considéré, ainsi que de l'ampleur des améliorations espérées”*<sup>800</sup>.

Les charges consistent en général en des obligations d'informer la Commission. Cela se comprend aisément : nous avons relevé le caractère casuel et contextuel du mécanisme d'exemption ; la Commission doit pouvoir vérifier qu'au fil des ans, l'entente qui lui a été

---

<sup>797</sup> Pour exemples, avis de la Commission technique des ententes du 7 juill. 1987 (Rec. Lamy n° 17) et avis de la Commission de la concurrence du 8 fév. 1979 (Rec. Lamy n°140).

<sup>798</sup> La Commission n'use pas systématiquement de cette possibilité. Ainsi dans une affaire IATA PASSAGER Agency Programme du 30 juill. 1991, la Commission at-elle accordé une exemption valable dix ans, sans condition ni charge: aff. IV/ 32.659, J.O.C.E. n°L. 258 du 16 sept.1991.

<sup>799</sup> Pour exemple, décision GRUNDIG du 21 déc. 1993, aff. IV 29/420, J.O.C.E. L 20, du 25/01/94 : la prolongation de l'exemption du réseau de distribution sélective a été accordée sous réserve que la société Grundig présente chaque année un rapport faisant notamment état des refus ou des retraits d'agrément.

<sup>800</sup> P. LAURENT, “La légitimation de l'entente par l'article 85, paragraphe 3, du Traité de Rome, Dalloz 1979, chr. p. 197.

notifiée est toujours souhaitable au vu du contexte. L'information fournie ponctuellement doit lui permettre de vérifier que l'entente continue de répondre aux conditions de l'exemption (bilan économique favorable, progrès pour la collectivité, adéquation, maintien d'une concurrence résiduelle) et qu'elle développe effectivement les effets positifs prévus. Pour apprécier la façon dont la Commission procède, il convient d'étudier la pratique décisionnelle.

## **b/ Etude de la pratique décisionnelle**

**318.** La teneur des charges est déterminée en fonction des impératifs qui viennent d'être énoncés. Elles peuvent consister en l'obligation de communiquer à la Commission les contrats écrits en exécution de l'entente <sup>801</sup>, de lui fournir des informations sur les participations financières et les liens personnels des membres de l'entente avec d'autres entreprises du même secteur <sup>802</sup>... Les parties à l'entente peuvent également être tenues de lui faire connaître "*sans délai (... les) contrats conclus entre elles et qui modifieraient, remplaceraient ou annuleraient l'accord notifié*" <sup>803</sup>. On peut encore les obliger à présenter un rapport d'activité périodique portant sur des informations diverses : prix pratiqués <sup>804</sup>, chiffres total des achats effectués <sup>805</sup>.... Cette obligation de reddition de comptes perdure parfois pendant toute la durée de l'exemption. Ainsi l'entreprise Yves Saint Laurent y est assujettie de 1991 à 1997 <sup>806</sup>, et cet exemple n'est pas isolé. L'imposition de charges autorise donc une surveillance des contrats poussée et durable, qui survit largement à la notification.

**319.** L'immixtion dans les relations contractuelles est patente et parfois excessive. Il arrive que la Commission inclue dans ces décisions "*des exigences dépassant la cadre de l'entente stricto sensu et tendant à élargir le champ d'application du contrôle du marché sur lequel elle se situe*" <sup>807</sup>. C'est le cas lorsqu'elle fait porter les informations à lui communiquer

---

<sup>801</sup> Commission 23 déc.1975, UNITED REPROCESSORS GMBH, J.O.C.E. n°L 51 du 26 fév. 1976.

<sup>802</sup> Commission 25 juill. 1977, DE LAVAL STORK, J.O.C.E. n°L 215 du 23 août 1977, p.35.

<sup>803</sup> Commission 12 janv. 1990, aff. IV/32.006, ALCATEL ESPACE, J.O.C.E. n°L 32/19

<sup>804</sup> Commission 15 déc. 1975, BAYER GIST, J.O.C.E. n° L 30, du 5/02/1976, p. 13.

<sup>805</sup> Commission 16 déc. 1990, aff. IV/33.242, YVES SAINT LAURENT PARFUMS, J.O.C.E. n° L 12/25 du 18/01/90.

<sup>806</sup> Précitée supra.

<sup>807</sup> L. VOGEL, "Droit de la concurrence et concentration économique", Thèse Paris 1988, n°38, p.55.

sur des produits autres que ceux visés par l'accord ou qu'elle exige d'être informée de l'ensemble des "liens" pouvant exister entre les membres de l'entente ou entre ceux-ci et des entreprises tierces dans le secteur d'activité concerné <sup>808</sup>. Monsieur VOGEL relève que par *"l'intermédiaire de l'entente proprement dite, c'est le degré de concentration d'un secteur d'activité dans lequel intervient l'entente, et parfois même celui d'un secteur d'activité connexe à celui-ci, qui est soumis à contrôle"* <sup>809</sup>.

Ces excès sont condamnables. Ils le sont d'autant plus que la motivation des décisions est extrêmement succincte, voire inexistante. Cet état de fait rend difficile un contrôle de légalité. La Commission n'a jamais été censurée pour avoir outrepassé les pouvoirs que lui confère l'article 8 du règlement 17. La Cour se contente d'exiger que les entreprises soient informées en temps utile des charges qui leur sont imposées afin qu'elles puissent en débattre avec la Commission <sup>810</sup>.

Il importerait de définir le contenu des charges admissibles. La Commission ne devrait pas dépasser le cadre des exigences strictement nécessaires à la dérogation. Le mécanisme d'exemption individuelle ne doit pas être détourné de sa finalité. Il reste à envisager le dernier moyen dont disposent les autorités de la concurrence pour surveiller les contrats. Il est lié au caractère précaire de l'exemption.

### **3/ Le caractère précaire de l'exemption**

**320.** En droit communautaire, l'exemption est accordée pour une durée déterminée. Mademoiselle IDOT fait justement remarquer que *"toutes les décisions favorables aux entreprises en matière de concurrence sont provisoires"* <sup>811</sup>. La durée de validité varie selon les décisions et elle peut être prorogée : l'exemption peut être renouvelée si l'entente continue de répondre aux critères de l'article 85, paragraphe 3. Lorsqu'elle accorde une exemption, il arrive que la Commission indique clairement qu'il n'y aura vraisemblablement pas de renouvellement, ceci pour prévenir des rigidités structurelles au détriment de la

---

<sup>808</sup> Pour un exemple de cette pratique, cf. décision du 25 juillet 1977, DE LAVAL STORCK, J.O.C.E. n°L 215 du 23 août 1977, précité note 83.

<sup>809</sup> Op. cit. n° 38, p. 56.

<sup>810</sup> C.J.C.E. 23 oct. 1974, aff. 17/74, TRANSOCEAN MARINE PAINT ASSOCIATION, Rec. 1063, att. 15.

<sup>811</sup> "L'insécurité en droit communautaire", Cah. Dr. Entr. 1990/6, p.32.

concurrence. En dehors de ces hypothèses, l'exemption peut être renouvelée, pour une longue durée qui peut être longue <sup>812</sup>. Il est nécessaire pour cela que l'entente continue de répondre aux critères de l'article 85, paragraphe 3. Cela suppose un réexamen de la pratique litigieuse par la Commission. L'étendue du réexamen est déterminée par les modifications de droit et de fait survenues entre la date de la première décision d'exemption et celle de la demande de renouvellement. Si la situation s'est sensiblement modifiée, la Commission peut subordonner le renouvellement à la modification de certains points de l'accord <sup>813</sup>. Ici encore, le contrôle opéré par la Cour est limité aux erreurs manifestes d'appréciation <sup>814</sup>.

L'exemption est également révocable. L'article 8 du règlement numéro 17 prévoit que "*la Commission peut révoquer ou modifier sa décision ou interdire des actes déterminés aux intéressés:*

- a) si la situation de fait se modifie à l'égard d'un élément essentiel de la décision*
- b) si les intéressés contreviennent à une charge dont la décision a été assortie,*
- c) si la décision repose sur des indications inexactes ou a été obtenue frauduleusement, ou*
- d) si les intéressés abusent de l'exemption des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du Traité qui leur a été accordée par la décision. "*

**321.** On voit que la vigilance des autorités, éveillée lors de la notification, se poursuit pendant toute la vie du contrat. Elle oblige les parties à veiller constamment à la conformité de celui-ci aux conditions de l'article 85, § 3. Elles sont dans une situation précaire. Cela n'est pas choquant lorsque la révocation de l'exemption leur est imputable (hypothèses b, c, et d). C'est plus contestable lorsque les entreprises sont étrangères à la modification de la situation de fait (hypothèse a). L'évolution des circonstances économiques est seule en cause.

Il est possible d'établir un parallèle avec le droit français des contrats. L'on s'est interrogé sur l'incidence des changements de circonstances économiques sur l'exécution des contrats de longue durée. La jurisprudence judiciaire est sévère : dans l'affaire du "Canal de Craponne" du

---

<sup>812</sup> Pour exemple, décision EMO du 20 déc. 1988, J.O.C.E. n° L 37, du 9 fév. 1989 : renouvellement pour une durée de 15 années.

<sup>813</sup> Sur le principe des exemptions conditionnelles, cf n° \*\*.

<sup>814</sup> Les conditions de renouvellement d'une exemption individuelle ont été précisées par la Cour dans un arrêt ANCIDES du 9 juillet 1987, aff. 43/85, Rec. 3131 et XVII.e Rapport sur la politique de la concurrence, p.110. La Commission avait accordé à l'UNIDI, association de producteurs, une exemption valable 8 ans. Elle a décidé de renouveler celle-ci pour 10 années supplémentaires (décision UNIDI II, du 23 nov. 1984, J.O.C.E. n°L 322/10, du 11/12/84).

6 mars 1976, la Cour de cassation a fermé la porte à une révision du contrat. La jurisprudence administrative est plus compréhensive. Le Conseil d'Etat a construit, dans l'affaire du "Gaz de Bordeaux" du 24 mars 1916, une "théorie de l'imprévision". En vertu de celle-ci, les concessionnaires de services publics dont la situation est bouleversée du fait d'événements extérieurs, anormaux et imprévisibles, peuvent obtenir une indemnisation de la part de l'administration <sup>815</sup>.

L'on peut considérer que le bénéfice de l'exemption est conféré *rebus sic habentibus* (les choses étant ce qu'elles sont). C'est une sorte de théorie de l'imprévision que consacre la faculté de retrait de l'immunité.

**322.** Les autorités françaises n'ont pas cette faculté. L'article 10.2 ne fait allusion à aucune limitation temporelle du fait justificatif. Les rares décisions françaises ayant accordé le bénéfice de l'article 10.2 <sup>816</sup> n'ont enfermé la validation dans aucun délai et il est peu concevable qu'une construction prétorienne se dessine sur ce point. La révocation d'une exemption aggravant la situation juridique des particuliers, elle ne saurait avoir qu'un fondement textuel. Il paraît impossible de concéder un caractère temporaire à l'immunité organisée par l'article 10.2 selon un procédé analogue à celui qui vient d'être examiné dans le cadre communautaire.

Le particularisme du droit français est peut-être explicable par la lettre des textes : l'entente anticoncurrentielle n'est pas exemptée, elle est jugée justifiée <sup>817</sup>. Il est dès lors compréhensible que la validation ne soit enfermée dans aucun délai.

Le caractère permanent de la validation en droit interne ne fait toutefois pas obstacle à une nouvelle action du Conseil dans l'hypothèse où les conditions de la justification ne seraient plus remplies, action qui se solderait cette fois par une condamnation. Les trois décisions ayant à ce jour admis l'existence d'un fait justificatif n'ont fait allusion à aucun suivi de l'accord. Officiellement, les entreprises ne sont pas surveillées (la procédure d'exemption diffère en cela de la procédure d'injonction). L'on peut néanmoins supposer qu'elles font dans l'ombre l'objet d'une vigilance particulière : il est peu probable que le Conseil se désintéresse de l'évolution de l'entente et de son impact sur un marché par nature évolutif. Une pratique exonérée ne saurait être définitivement sauvée. Elle est placée sous surveillance.

---

<sup>815</sup> La présentation ainsi faite de la théorie de l'imprévision est, à l'évidence, incomplète. L'on renverra, pour une étude plus approfondie, aux ouvrages de droit administratif.

<sup>816</sup> Cf. note 45.

<sup>817</sup> Sur ce point, cf. § \*\* (note 71)

Cette surveillance n'est pas passive. Selon monsieur FARJAT, la formalité est souvent "le préalable à une opération plus autoritaire : contrat forcé ou modification du contrat" <sup>818</sup>. La procédure d'exemption n'a pas pour seule finalité de contrôler les mouvements contractuels. Elle permet également un modelage du contrat.

#### ***B - L'EXEMPTION, INSTRUMENT DE MODELAGE DU CONTRAT.***

**323.** L'entente susceptible d'être exemptée présente deux caractères : elle est par nature anticoncurrentielle, sans quoi elle ne serait même pas justiciable de l'article 85, §1 ; elle recèle néanmoins des éléments bénéfiques, en l'absence desquels il ne saurait être question d'exemption. Le premier justifie les précautions dont elle est entourée : l'entente anticoncurrentielle ne peut être tolérée que si elle ne porte d'autres atteintes au jeu de la concurrence que celles strictement nécessaires à l'obtention du progrès économique. Ceci correspond à la condition d'adéquation, déjà évoquée, qui permet d'effectuer un tri parmi les différentes clauses de l'accord litigieux. Le second caractère justifie que la Commission subordonne l'octroi de l'exemption à différentes conditions. Cela permet qu'une entente, condamnable en l'état, puisse être amendée plutôt que condamnée. Elle peut ainsi profiter à la collectivité.

**324.** L'amendement de l'entente peut se réaliser selon différents procédés. Il arrive que des entreprises, convaincues que certaines stipulations de leur accord ne seront pas éligibles au bénéfice de l'exemption, les retirent spontanément, avant ou après la notification <sup>819</sup>. La pratique décisionnelle de la Commission est là pour les guider. Certaines affaires ont une quasi-vocation à l'exemplarité <sup>820</sup>. Il est des restrictions réputées pour n'être jamais considérées comme indispensables. Ainsi en est-il des clauses tendant à restreindre la libre détermination des prix à la revente <sup>821</sup>, ou des clauses faisant obstacle aux importations parallèles dans les contrats de distribution exclusive <sup>822</sup>. Mais c'est plus souvent à la demande de la Commission

---

<sup>818</sup> Thèse précitée, p.217.

<sup>819</sup> Commission 28 oct. 1970, OMEGA, J.O.C.E. n°L 242/22, du 5 nov. 1970.

<sup>820</sup> Nous avons déjà fait allusion aux décisions-test de la Commission. Cf §\*\*.(ch 1)

<sup>821</sup> C.J.C.E. 25 octobre 1983, aff.107/82, AEG-TELEFUNKEN c/ Commission, Rec. 3151.

<sup>822</sup> <sup>822</sup> C.J.C.E. 13 juillet 1966, aff. jointes 56/64 et 58/64, GRUNDIG CONSTEN c/ Commission, Rec. 249.

que la suppression des clauses nuisibles intervient <sup>823</sup>. Dans toutes ces hypothèses, l'exemption individuelle prend effet, non pas au jour de la notification, mais au jour où la modification du contrat est intervenue <sup>824</sup>. Le procédé d'exemption sous condition constitue le dernier moyen pour expurger l'entente des clauses superflues. C'est lui que nous allons étudier. Nous envisagerons le principe des exemptions conditionnelles (1) puis leur incidence en droit des contrats (2).

## 1/ Le principe de l'exemption conditionnelle

**325.** Les conditions, plus encore que les charges <sup>825</sup>, sont révélatrices du pouvoir d'ingérence dans le contrat. Elles diffèrent d'elles en ce que leur acceptation par les entreprises conditionne l'octroi de l'exemption. L'objectif des conditions n'est plus de surveiller l'entente ; il est de la modeler. Elles se traduisent souvent par des obligations de faire. L'on peut considérer qu'elles sont symptomatiques d'un certain dirigisme. On les rencontre essentiellement en droit communautaire (a), le droit français n'ayant pas prévu la possibilité d'accorder des justifications conditionnelles (b).

---

<sup>823</sup> Commission 15 déc. 1975, BAYER GIST, J.O.C.E. n°L30, du 5 fév. 1976, p. 19 ; décision BRITISH DENTAL Trade Association du 11 juill. 1988, J.O.C.E. L 233, du 23 août 1988 : suite à l'intervention de la Commission, la BDTA a supprimé toute discrimination entre membres et non membres de l'association, ce qui lui a permis de bénéficier d'une exemption ; décision du 15 sept. 1989, ACHATS DE FILMS PAR LES STATIONS ALLEMANDES DE TELEVISION, J.O.C.E. L 284, du 3 oct. 1989 ; décision YVES ST LAURENT PARFUMS, du 16 déc. 1991, précité ; décision FIAT HITACHI du 21 déc. 1992, J.O.C.E. L 20/10 du 28/01/93.

Soulignons que la modification de l'accord effectuée en conformité aux observations de la Commission peut aboutir à l'envoi d'une lettre de classement. Pour exemple, décision FIEC-CEETB, XVIIIe Rapport sur la politique de la concurrence, p.64 ; décision CARLSBERG / COURAGE, XXIIIe Rapport, p. 95.

<sup>824</sup> Cf décision OMEGA, précitée, et EIRPAGE, 18 oct. 1991, J.O.C.E. n° L 306, du 7 nov. 1991.

<sup>825</sup> Les auteurs relèvent cependant que la distinction entre conditions et charges n'est pas toujours très rigoureuse. Voir notamment **P. LAURENT**, "Exemptions individuelles, Article 85 § 3 ", Juris-class. Concurrence et consommation, Fasc. 550.

**a/ Le pouvoir de soumettre l'exemption à des conditions déterminées en droit communautaire**

**326.** La possibilité de soumettre l'octroi d'un avantage à différentes conditions n'est pas spécifique à la procédure d'exemption : on la rencontre en droit des concentrations <sup>826</sup>. C'est l'article 8, alinéa 2, du règlement 4064/89 du 21 décembre 1989, qui habilite la Commission à assortir sa décision de compatibilité de conditions et charges. En matière d'exemption, ce pouvoir lui est reconnu par l'article 8, 1 du règlement n°17.

**327.** Lorsqu'elle entend imposer des conditions à l'exemption, la Commission est tenue d'entendre les entreprises intéressées <sup>827</sup>. Malgré cela, elle dispose en la matière d'un large pouvoir discrétionnaire.

La Commission est tout d'abord libre de concéder la faveur d'une exemption conditionnelle, c'est-à-dire d'amender l'entente notifiée de façon à ce qu'elle soit immunisée. La Cour s'est prononcée en ce sens : la Commission est tenue d'accorder l'exemption lorsque les conditions de l'article 85, §3, sont réunies, mais elle n'est pas obligée d'accorder des exemptions conditionnelles dans le cas contraire <sup>828</sup>. On peut cependant souhaiter qu'elle y procède dans toute la mesure du possible.

De plus, la Commission est libre de déterminer les conditions auxquelles elle entend subordonner l'exemption. Le Président de la Cour a rappelé dans une affaire "Ford" du 29 septembre 1982, que la *"Commission est sans doute compétente lorsqu'elle est appelée à statuer sur une demande d'exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3, pour en subordonner le bénéfice à certaines conditions et pour imposer des modifications de l'accord notifié. Ces modifications peuvent viser non seulement la suppression de certaines clauses mais également viser à compléter ou étendre la portée de l'accord concerné "* <sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> Pour exemple : décision ALCATEL / TELETTRA du 12 avril 1991, J.O.C.E. du 17 mai 1991, n°L.290, p.35. La Commission a assorti sa décision de compatibilité de différentes conditions : achat de participations, engagement de négociations en vue d'une acquisition, interdiction de vendre...

<sup>827</sup> C.J.C.E. ord. 29 sept. 1982, aff. jointes 228/82 et 229/82, FORD c/ Commission, Rec.3091.

<sup>828</sup> Arrêt du 13 juill. 1966, aff. 56 et 58 /64, GRUNDIG-CONSTEN, Rec. 429, précité note 71

<sup>829</sup> Ordonnance du 29 septembre 1982, affaires jointes 229 et 228/82 R, Rec. 309, att. 8.



**328.** La Commission peut donc requérir la suppression des clauses inutiles ou illicites, ce qui constitue une atteinte réelle, mais légitime, à la liberté contractuelle.

Elle peut également exiger la modification d'un contrat ou d'une relation contractuelle. Ainsi dans une décision "Transocean", la Commission a-t-elle subordonné le renouvellement de l'exemption à la condition que certains membres de l'entente se retirent de l'association <sup>830</sup>. Ce type de solution peut remédier à un conflit opposant plusieurs parties à un accord sans remettre en cause la viabilité de celui-ci <sup>831</sup>.

La condition est parfois utilisée pour veiller à ce que toute concurrence ne soit pas supprimée entre les parties à l'accord <sup>832</sup> ou pour limiter la transparence entre elles. Dans une décision "Fibres optiques", il a été fait interdiction aux sociétés mères et à la filiale commune d'échanger des renseignements relatifs à la production et à la distribution du produit <sup>833</sup>.

D'une façon plus surprenante, il arrive que la Commission impose l'accomplissement de certaines prestations. En 1988, elle a soumis la dérogation accordée à deux sociétés ayant passé un accord de coopération commerciale à la condition qu'elles accomplissent complètement la construction et la mise en service d'une nouvelle usine, et qu'elles ferment parallèlement la plus ancienne des deux actuellement exploitées <sup>834</sup>.

Ces différentes conditions peuvent être imposées de façon cumulative. La procédure d'exemption autorise alors une ingérence dans les relations contractuelles que d'aucuns peuvent trouver excessive. Dans une affaire "Ford Volkswagen" du 23 décembre 1992, la Commission a assorti sa décision d'exemption d'une très longue liste de conditions <sup>835</sup> : obligation d'utiliser certains moteurs, obligation de confidentialité imposée au personnel, obligation de transfert de technologie réciproque permettant de continuer la production en cas de cessation de l'entreprise commune, nécessité d'un accord préalable de la Commission pour étendre la gamme de production, interdiction de commercialiser l'un des monocorps dans un Etat membre de la

---

<sup>830</sup> C.J.C.E. 23 oct. 1974, aff. 17/74, Rec. 1063.

<sup>831</sup> Dans une affaire SHG c/ EDT et ENEL, l'intervention de la Commission a abouti à un compromis entre les parties qui s'opposaient sur une question tarifaire (XXIIe Rapport sur la politique de la concurrence, p. 103). Il ne s'agissait pas ici réellement de condition à l'octroi d'une exemption, mais l'affaire illustre le caractère parfois bénéfique de l'intervention de la Commission.

<sup>832</sup> Dans une décision FORD /VW du 23 déc. 1992, la Commission a subordonné l'exemption d'un accord portant sur la création d'une entreprise commune au maintien d'une concurrence active entre Ford et Volkswagen par le biais d'une distribution autonome de véhicules (J.O.C.E. L 20 du 28/01/93 et XXIIe Rapport sur la politique de la concurrence, p. 100.)

<sup>833</sup> Commission CEE 14 juillet 1986, J.O.C.E. du 2 août 1986, n° L 236/30.

<sup>834</sup> Commission 5 mai 1988, BAYER B.P. CHEMICAL, J.O.C.E. 16 juin 1988, n° L 150.

<sup>835</sup> Décision citée supra note 112.

Communauté... C'est une grande partie de leur politique commerciale qui en vient à échapper aux entreprises. Un tel constat ne semble pas pouvoir être fait en droit français.

### **b /Etude du droit français**

**329.** Bien que les textes ne lui en donnent pas formellement la possibilité, l'ancienne Commission de la concurrence faisait une application conditionnelle de la justification tirée de l'article 59 ter de l'ordonnance de 1945. Lorsqu'elle constatait que l'exigence d'adéquation n'était pas entièrement satisfaite, elle précisait aux entreprises à quelles conditions elle pourrait admettre la justification. Elle recommandait également au ministre "*l'application de sanctions conditionnelles , permettant à celui-ci d'offrir aux parties intéressées une sorte de remise de peine, si, dans le délai qu'il a fixé, il est déféré à ses injonctions* " <sup>836</sup>. Dans d'autres avis, la Commission a indiqué les aménagements qui devaient être apportés à des contrats de coopération commerciale pour qu'ils puissent être considérés comme licites <sup>837</sup>, allant jusqu'à enjoindre aux parties de modifier certaines clauses pour les faire échapper à la prohibition légale <sup>838</sup>.

**330.** Le conseil de la concurrence n'a jamais subordonné l'exemption à des conditions particulières. Il est difficile d'en conclure qu'il s'interdit de le faire, le contentieux en la matière étant trop rare pour en déduire des solutions définitives. Tout au plus peut-on s'interroger sur la possibilité juridique qu'il aurait de le faire. Il existe des arguments dans les deux sens.

Le texte de l'article 10.2 paraît restrictif. Il y est précisé que seules sont exemptées les pratiques dont leurs auteurs peuvent justifier qu'elles répondent aux conditions sus-analysées. Aucune place n'est laissée, même implicitement, à une possibilité d'amendement. Il semble que la pratique litigieuse doive "en l'état" répondre aux conditions de l'exemption. L'article 13 de l'ordonnance du premier décembre 1986 habilite bien le Conseil à "*ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des*

---

<sup>836</sup> **G. CAS et R. BOUT**, Lamy droit économique 1992, n°1397.

<sup>837</sup> Cf notamment avis du 27 mai 1982, Marché du matériel de ski, B.O.S.P. 8 nov. 1983. Avis du 12 déc. 1985 sur la situation de la concurrence dans le secteur de la transmission florale, Rapport 1985, p.124.

<sup>838</sup> Tel a été le cas pour les contrats de distribution sélective des produits de parfumerie (avis du 1er décembre 1983, B.O.S.P. du 5 avr.1984) et pour les contrats d'exclusivité conclus entre les régies de films publicitaires et les exploitants de salles de cinéma (avis du 14 décembre 1984, B.O.S.P. du 19 avr. 1985).

*conditions particulières* ", mais cet article est répressif. Il traite des sanctions susceptibles d'être infligées aux entreprises. L'appliquer à l'exemption nécessiterait une petite entorse à la structure de l'ordonnance. On peut ajouter qu'il peut paraître contestable, en l'absence de dispositions s'appliquant expressément à notre hypothèse, d'autoriser une autorité à intervenir dans le contrat.

A l'inverse, on peut considérer qu'il n'est pas question d'une coercition aussi brutale qu'en matière d'injonction. L'exemption conditionnelle repose, dans une certaine mesure, sur le consentement des opérateurs. La soumission d'une pratique à différents aménagements n'est pas une mesure sanctionnatrice ; elle a pour fonction de sauver l'entente. Si l'on admet qu'ordre soit donné aux entreprises de modifier leur contrat contrairement à leur intérêt (injonction), on doit pouvoir admettre que proposition leur soit faite de le faire dans leur intérêt (exemption), et ce, même sans texte.

Cet argument nous semble prépondérant. Certains auteurs s'y montrent favorables <sup>839</sup>. L'admission d'un pouvoir d'exemption conditionnel en droit français devrait cependant, s'il se concrétisait, être scrupuleusement encadré.

C'est peut-être cet encadrement qui fait actuellement défaut en droit communautaire. Ceci est regrettable, car les conditions posées peuvent aboutir à modifier sensiblement l'équilibre d'un accord.

## **2/ Impact des conditions sur les situations contractuelles**

**331.** Un auteur a analysé en 1948 le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation des contrats. Il relevait que *"le contrat ne pourrait être modifié par un agent public sans détruire le principe de liberté contractuelle. Si le contrat ne peut être approuvé, seul est concevable un refus d'homologation ou d'autorisation"* <sup>840</sup>. Notre droit positif ne s'embarasse plus de semblables principes. Même si l'on peut se féliciter de l'abandon du radicalisme issu d'une politique du "tout ou rien", force est de constater que le principe d'une intervention dans le contrat est désormais consacré. Le contenu du contrat peut être profondément modifié. Il y a là une atteinte notable à la liberté contractuelle (a). On doit se

---

<sup>839</sup> MM. **HOUIN** et **PEDAMON** estiment même que *"très probablement, le Conseil s'orientera, lui aussi, vers une formule d'exonération conditionnelle lui permettant de faire savoir aux professionnels en cause, dans un souci pédagogique, à quelles conditions et selon quels critères le bénéfice de l'article 10.2 pourrait leur être accordé"*, op. cit., § 476, p.617. Les auteurs ne font cependant aucune allusion à la difficulté liée à l'absence de fondement juridique de l'exonération conditionnelle.

<sup>840</sup> Article précité, § 27.

demander si le consentement de toutes les parties à l'accord est requis pour procéder aux modifications dictées par les autorités de la concurrence (b).

**a/ L'atteinte à l'autonomie de la volonté.**

**332.** Les modifications qui viennent d'être décrites modifient la physionomie du contrat. Celui-ci est "tronçonné" : certaines clauses sont maintenues, d'autres supprimées. Toutes ces modifications peuvent rompre l'équilibre initial de la convention. Les conditions dont il a été fait état sont autant de limitations apportées à l'autonomie contractuelle et entrepreneuriale. De nombreux aspects de leur politique commerciale en viennent à échapper aux parties : politique d'exportation, relations inter-entreprises, conditions d'agrément, politique tarifaire... tous ces aspects sont pris en charge par la Commission. L'affaire "Ford" est symptomatique de l'ampleur de l'ingérence. La Commission a elle-même qualifié les conditions de l'exemption dans cette espèce de "rigoureuses" <sup>841</sup>.

Une telle politique est sans précédent. Jamais des relations entre professionnels n'avaient été aussi précisément dessinées par un organisme public. Il ne s'agit plus seulement d'expurger le vice ; il s'agit de modeler le contrat afin qu'il serve l'objectif d'efficacité. Par le truchement de l'exemption, la Commission dirige la politique contractuelle des entreprises, et, partant, la politique de la concurrence. Elle devient maître-d'oeuvre.

**333.** La remarque précédemment formulée en matière de charges est transposable ici. Les exigences de la Commission excèdent parfois celles qui seraient strictement nécessaires à l'octroi d'une exemption. Toute dérogation à une règle doit être interprétée de façon restrictive. Parce qu'autoriser certaines pratiques anticoncurrentielles déroge à la règle d'interdiction, les entreprises ne doivent apporter d'autres restrictions à la concurrence que celles nécessaires à la contribution au progrès économique. Parce qu'imposer des conditions aux entreprises constitue une entorse à la liberté contractuelle, ces conditions doivent étroitement être circonscrites.

Le Tribunal de première instance a rappelé, à propos du pouvoir d'injonction, que la liberté contractuelle devait rester la règle <sup>842</sup>. On ne peut que souhaiter qu'il fasse preuve de la même rigueur en matière d'exemption individuelle. Celles-ci impliquent, pour leur mise en oeuvre, des procédés d'intervention proches de l'injonction. Il faut exiger que les deux

---

<sup>841</sup> XXIIe Rapport sur la politique de la concurrence, p. 102.

<sup>842</sup> T.P.I. C.E. 18 sept. 1992, aff. T. 24/90, AUTOMECA, Rec. 92 / II, 223. Cf ch. II, § \*\*, p. 122\*\*\*.

procédures soient entourées des mêmes garanties. Sans doute l'action de la Commission est-elle ici moins coercitive. Il n'est pas vraiment donné ordre aux entreprises. La liberté des acteurs est toutefois bien théorique. Les entreprises peuvent refuser de se soumettre aux conditions posées, mais elles savent qu'en cas de résistance, leurs arrangements encourent une censure d'autant plus inéluctable que, par hypothèse, les autorités régulatrices sont avisées de ceux-ci. Ces dernières peuvent abuser de la position de force que cet état de fait leur confère.

**334.** Pour éviter ces abus, il faut obliger la Commission à préciser les raisons pour lesquelles elle impose ces conditions. Ceci permettrait *"d'accroître l'efficacité (de la mesure), d'assurer un meilleur respect des droits de la défense (car) l'intéressé (pourrait) préparer plus activement un recours éventuel contre (la décision) ; et enfin, cela (permettrait) à la Cour de Justice d'assurer un contrôle plus efficace de la décision concernée en ce que cette obligation lui (permettrait) de vérifier que la Commission a utilisé son pouvoir d'imposer des (...) conditions dans le seul but de satisfaire aux exigences de l'article 85 "*<sup>843</sup>.

La proposition émise n'est pas de nature à priver d'efficacité l'action de la Commission. On peut même présumer du contraire.

D'une part, des conditions jugées déraisonnables peuvent être refusées par les parties. Le risque est minime, compte tenu de l'enjeu qui s'attache à l'exemption. Il ne doit cependant pas être ignoré <sup>844</sup>. Si tel était le cas, l'accord serait nul de plein droit. C'est regrettable pour les parties qui ont eu la bonne foi de le notifier. Ca l'est davantage encore pour la collectivité puisque, potentiellement, l'accord contribue au progrès économique. On peut penser que des conditions bien justifiées seront mieux tolérées.

D'autre part, l'importance des charges et conditions imposées aux entreprises décourage les notifications. Les statistiques sont révélatrices. Plus de 90 % des ententes soumises à examen échappent à la procédure formelle. On veut croire que la rareté des notifications n'est pas l'indice d'une propension démesurée à la contravention. Le secret des affaires, le goût de l'indépendance décisionnelle, sont autant de sources de dissuasion. L'avantage conféré aux entreprises est en réalité trop faible comparé aux risques encourus : risque de condamnation bien sûr mais notre propos n'est pas d'inciter la Commission à l'indulgence, risque de

---

<sup>843</sup> **M. FOURTON**, "L'exemption individuelle : charges et conditions", mémoire de D.E.A. 1994, p. 33.

<sup>844</sup> L'affaire PRB-Shell est à cet égard révélatrice. La Commission avait imposé des conditions assez sévères à l'exemption d'un accord prévoyant une collaboration et la création d'une filiale commune entre les deux sociétés. Celles-ci ont préféré renoncer à leur projet (cf 17e Rapport sur la politique de la concurrence, n°74, p.72).

dénaturation de leur accord surtout. Les excès de la Commission confortent les entreprises dans leur clandestinité. On objectera que les opérateurs peuvent trouver refuge dans les procédures informelles. Ils sont alors à même de négocier davantage les conditions de leur immunité. Mais le droit a-t-il vraiment à gagner aux procédures informelles?

**335.** Une négociation informelle entre instance régulatrice et entreprise contrôlée ne constitue pas une panacée. Sans doute parvient-on à un système de concession réciproque susceptible de satisfaire les deux parties. D'aucun se réjouissent de cette dilution de la contrainte, entendue comme *"la possibilité d'imposer par la force à certains justiciables des comportements qui leur répugnent, dès lors qu'un organe compétent pour faire appliquer une règle de droit a déterminé seul la solution convenable en se prononçant sur le contenu exact qu'il convenait d'attribuer à cette règle "*<sup>845</sup>. Cette définition de la contrainte nous semble trop restrictive<sup>846</sup>. Sans doute serait-il utopique d'exiger de chaque justiciable une adhésion enthousiaste aux règles de droit. Mais une règle, et la sanction qui s'attache à sa violation, doivent faire l'objet d'un consensus minimum pour prétendre à une certaine pérennité. Elles doivent être ressenties comme légitimes par le plus grand nombre. C'est cette légitimité que doit gagner le droit de la concurrence. Cela s'impose d'autant plus qu'il s'agit d'un droit répressif.

C'est en outre la généralité de la règle qui est en cause. Madame SANSON - HERMITTE fait valoir que *" la Commission n'a pas une conception absolument fixe du contenu de la règle qu'elle est chargée d'appliquer ; elle oscille entre une limite inférieure et une limite supérieure ; le niveau finalement retenu dépend dans une certaine mesure de l'habileté du négociateur qu'elle a en face d'elle, c'est le fait de toute négociation."* C'est bien là le point contestable. Peut-on poser comme règle, dans une matière aussi sensible que le droit de la concurrence, que l'issue d'un contentieux soit fonction de l'habileté des parties? C'est signifier que les entreprises puissantes, bénéficiant du soutien de groupes de pressions et de conseillers juridiques chevronnés, seront mieux traitées que les petites et moyennes entreprises. C'est aussi prendre le risque d'accroître l'imprévisibilité de la réaction des autorités. En outre, en l'absence de décision formelle émanant de la Commission, la Cour ne peut exercer aucun contrôle de légalité. Voilà qui n'est pas de nature à apaiser les critiques que suscite le droit des pratiques anticoncurrentielles.

---

<sup>845</sup> M. A. SANSON-HERMITTE, "Droit européen de la concurrence, Cohérence économique, sécurité juridique", p. 36.

<sup>846</sup> On peut la comparer à la définition proposée par le vocabulaire publié sous la direction de G. CORNU : *"ensemble des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'Etat en vue de l'exécution, au besoin forcée, des obligations et du respect des droits "*.

Il faut assurer par un autre biais que les procédures informelles la légitimité de l'intervention des autorités. L'on doit exiger que chaque acteur soit traité de façon égale et que le sort d'une convention dépende, non de la capacité des entreprises à convaincre, mais de la valeur intrinsèque de leur pratique. Il faut obliger la Commission à motiver davantage ses décisions. Il convient enfin de soumettre les conditions à l'exemption à un contrôle de proportionnalité : seules les conditions strictement nécessaires à l'exemption peuvent être tolérées.

Une question reste en suspens. Faut-il requérir l'assentiment de toutes les parties aux conditions posées par la Commission?

#### **b/ Exemptions conditionnelles et consentement des parties intéressées.**

**336.** Des désaccords peuvent opposer les membres de l'entente lorsqu'il faut décider de la soumission aux conditions posées. L'hypothèse est d'autant plus probable que *"toute partie à une entente peut notifier celle-ci même sans l'accord (mais non à l'insu) des autres parties"*<sup>847</sup>. Certaines entreprises peuvent estimer que la nouvelle morphologie de l'accord prive celui-ci de son intérêt. D'autres peuvent être d'un avis contraire. Les modifications exigées par la Commission sont susceptibles de léser des intérêts et d'en favoriser d'autres. La résolution des conflits éventuels pose de délicats problèmes. La partie hostile à l'accord qui refuserait de s'exécuter engage-t-elle sa responsabilité contractuelle ? Pour y répondre, il faut déterminer si le consentement de toutes les parties à l'accord est ou non requis pour procéder aux soustractions et modifications décidées par les autorités régulatrices. Le problème se pose en termes assez proches dans l'hypothèse d'exemptions catégorielles <sup>848</sup>. Le droit de la concurrence n'offre aucun remède pour résoudre ce type de difficultés. C'est dans le droit commun qu'il faut puiser.

**338.** On serait tenté d'établir un parallèle entre la notification en vue d'une exemption et l'action en régularisation d'un acte nul, laquelle appartient à tout intéressé. Il s'agit bien ici de conférer à l'acte l'élément objectif qui lui faisait initialement défaut <sup>849</sup>. Si cette conception était retenue, une partie au contrat agissant seule serait compétente. Il existe un obstacle à une

---

<sup>847</sup> Note complémentaire au règlement n°27/62, III. L'article 1. 2 du règlement n° 27 contient déjà implicitement cette information.

<sup>848</sup> Nous verrons que le maintien du bénéfice de l'immunité peut être subordonné à différentes conditions. Cf §\*\* de ce chapitre.

<sup>849</sup> Cf **J. GHESTIN**, "Traité de droit civil, Le Contrat, Formation", 1988, p.950.

assimilation entre les deux mécanismes : la régularisation rend l'acte valable dès l'origine, alors que l'exemption éventuelle ne rétroagit qu'au jour de la notification en cas d'exemption pure et simple et au jour des modifications en cas d'exemption conditionnelle. Il y a réfection du contrat et non régularisation.

**339.** Cette réfection aboutit-elle à une modification du contrat initial ou à un nouveau contrat? Une distinction peut être introduite entre les modifications substantielles du contrat et les modifications accessoires. Cette distinction est traditionnelle en droit civil <sup>850</sup>.

Si les conditions auxquelles est subordonnée l'exemption aboutissent à modifier le contrat de façon substantielle, l'on doit considérer que c'est une nouvelle entente qui est issue de la procédure. On applique les règles de formation du contrat : le consentement de toutes les parties à l'acte est requis. A notre sens, une partie est en droit de refuser d'exécuter cette nouvelle entente si elle n'a pas formellement consenti au respect des conditions posées par la commission. Aucune responsabilité n'est encourue <sup>851</sup>. Le fait qu'un membre garde le silence en apprenant que l'entente est notifiée à la Commission ne vaut pas acceptation implicite des modifications susceptibles d'y être apportées <sup>852</sup>.

Si les modifications issues de la procédure d'exemption sont minimales, il n'y a pas de nouveau contrat mais survivance de l'ancien, remodelé. On pourrait admettre que le particularisme du droit de la concurrence justifie une entorse à l'article 1134 du code civil. En principe, cet article, qui fait du contrat la loi des parties, impose leur accord unanime pour sa modification : c'est le principe du *mutuus dissensus*. Son applicabilité est en réalité douteuse dans notre hypothèse : seules les conventions légalement formées ont force de loi. Or, l'acte

---

<sup>850</sup> Cette distinction est également opérée en droit du travail. Les circonstances économiques et sociales peuvent évoluer de façon telle que l'employeur est contraint de modifier le contrat du salarié. Afin d'assurer une protection minimum à celui-ci, la jurisprudence a dégagé une distinction selon que la modification porte ou non sur les conditions essentielles du contrat. Si la modification est substantielle, le salarié peut la refuser. Cela ne lui donne pas le droit d'exiger la continuation du contrat de travail aux conditions antérieures. Par une simplification sans doute réductrice, on peut dire que les dispositions de l'article 1134 du code civil sont ici exclues. Son refus a pour seule conséquence d'obliger l'employeur à prendre l'initiative de la rupture.

Sur ce problème, cf. notamment **A. DJAGO**, "Modification du contrat de travail et dérive du droit contractuel", Petites affiches 11 janv. 1993, p.4.

<sup>851</sup> Il ne saurait y avoir de responsabilité contractuelle puisque, par hypothèse, il n'y a pas eu de consentement au nouveau contrat. Celui-ci n'est pas formé. La partie notifiante pourrait-elle invoquer la perte de la chance de conclure un nouveau contrat valable pour engager la responsabilité délictuelle de la partie qui refuse de se soumettre aux conditions de la Commission?

<sup>852</sup> Cf. en droit commun l'analyse de MM. **MALAUURIE** et **AYNES**, "Les obligations", 1992, n°390, p. 211. Selon ces auteurs, la règle selon laquelle le silence ne vaut pas acceptation "vaut pour la formation du contrat aussi bien que pour l'acceptation de ces modifications en cours d'exécution."

Pour une illustration jurisprudentielle, cf. Soc. 20 fév. 1958, B. IV, n° 268, à propos du silence gardé par le bailleur lorsqu'il apprend que son locataire sous-loue l'appartement.



litigieux dont le caractère anticoncurrentiel est avéré n'est pas légalement formé: il encoure une nullité de plein droit en droit communautaire, une nullité simple en droit français.

Quoiqu'il en soit, la procédure d'exemption ne doit pas être l'occasion pour une partie de mauvaise foi de se soustraire à ses engagements. La partie ayant pris l'initiative de la notification serait fondée à opposer à la partie rétive sa mauvaise foi. Cette dernière ayant donné son consentement aux éléments essentiels du contrat candidat à l'exemption, elle doit être réputée avoir réitéré ce consentement au contrat exempté. Le contrat est donc formé. La seule échappatoire offerte à la partie hostile serait de prouver que les éléments non essentiels (objectivement) qui ont été soustraits au contrat étaient néanmoins déterminants (subjectivement) de son propre consentement. Le nouveau contrat serait alors nul pour absence de cause. Mais une telle preuve serait difficile à rapporter. On peut en effet difficilement admettre que des éléments secondaires puissent être considérés comme la cause impulsive et déterminante du contrat. Là encore, le risque de mauvaise foi est patent.

**339.** Un refus émanant d'une partie d'exécuter le nouveau contrat devrait donc se résoudre de la façon suivante: si des modifications substantielles sont apportées par la Commission ou le Conseil de la concurrence, l'absence de consentement de toutes les parties à l'accord empêche la formation du nouveau contrat ; aucune responsabilité contractuelle ne saurait être encourue par la partie qui refuserait de s'y plier. Si les modifications sont accessoires, le contrat est au contraire réputé formé, sauf hypothèse exceptionnelle où ces modifications portent sur des éléments ayant constitué la cause impulsive et déterminante du consentement d'une des parties à l'acte.

Les mêmes problèmes se posent à propos de l'application conditionnelle qui est faite de l'exemption. Celle-ci manifeste un pouvoir d'immixtion dans le contrat et est également génératrice de conflits entre contractants. Ils doivent être résolus de façon similaire.

**340.** Qu'en est-il en droit français? La réponse est moins évidente du fait de l'absence de notification. A notre connaissance, aucune décision n'a traité de ce problème. Mais l'analogie entre les deux mécanismes semblent encore impliquer la même solution : les parties qui acceptent en droit français de modifier leurs arrangements pour les faire échapper à la prohibition légale sur le fondement de l'article 10 adoptent un nouveau contrat ; elles ne régularisent pas l'ancien.

**341.** L'étude de l'exemption individuelle révèle ici encore le caractère dirigiste de l'intervention des autorités concurrentielles. Ainsi que l'écrit un auteur, "*Ecrits, formes de publicité, autorisations: tous ces moyens, secourables aux contractants ou protecteurs des tiers, permettent désormais à l'autorité publique d'épier l'activité contractuelle, de*

*contrôler la conclusion du contrat et parfois de l'empêcher* <sup>853</sup>. C'est bien de cela qu'il s'agit ici. Et ce caractère interventionniste imprègne également l'activité réglementaire de la Commission.

---

<sup>853</sup> **A. BERNARD**, " L'autorisation administrative et le contrat de droit privé ", R.T.D.Comm. janv. mars 1987, p. 17.

## **SECTION II : LIBERTE CONTRACTUELLE ET EXEMPTIONS PAR CATEGORIE**

**342.** Un règlement d'exemption constitue une tentative de systématisation de cas individuels. La Commission précise, dans l'exposé introductif de chaque règlement, que c'est l'expérience acquise qui lui permet d'estimer que telle catégorie d'accords est globalement bénéfique pour la collectivité. Lorsqu'elle se juge insuffisamment avisée des effets de certaines pratiques, elle évite de les intégrer dans le champ d'application matériel du règlement. Elle se réserve également la possibilité de modifier ou d'abroger les textes si leur application se révèle insatisfaisante.

La permanence et la prévisibilité qui s'attachent aux règlements contrastent avec le caractère très casuel des immunités conférées individuellement. Ils tendent à proposer aux entreprises des règles stables, à leur garantir un minimum de sécurité juridique. Nous verrons qu'il faut relativiser ces divers attributs.

**343.** L'activité réglementaire de la Commission est assez intense. Elle contraste avec la carence française. Nous présenterons l'état du droit positif en la matière (paragraphe 1), avant d'analyser la portée des exemptions catégorielles sur les contrats qui s'intègrent dans leur champ d'application (paragraphe 2).

### **PARAGRAPHE 1 : LES MECANISMES D'EXEMPTIONS PAR CATEGORIES .**

**344.** Le recours aux exemptions par catégorie fait partie intégrante de la politique de la concurrence communautaire (A). La Commission fait un usage de plus en plus fréquent des habilitations que lui donne le Conseil pour adopter des règlements d'exemptions. Si la faculté d'adopter des décrets d'exemptions est prévue par l'Ordonnance du 1er décembre 1986, cette possibilité n'a en revanche jamais été exploitée (B).

#### ***A - L'EXEMPTION PAR CATEGORIE EN DROIT COMMUNAUTAIRE.***

**345.** De nombreux règlements par catégories ont été adoptés en droit communautaire. Nous présenterons leurs caractéristiques générales (1) avant d'en dresser la liste (2).

## 1/ Remarques générales sur les règlements d'exemption par catégories

**346.** La faculté d'exempter des catégories d'accords est inscrite dans le Traité de Rome. L'article 85, §3, énonce que "*... les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:*

- *à tout accord ou à toute catégorie d'accords entre entreprises*
- *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises*
- *à toute pratique concertée ou à toute catégorie de pratiques concertées.*"

Ni le Traité, ni le règlement numéro 17, ne prévoient en revanche l'autorité habilitée à définir les catégories d'accords exemptés. Dans le silence des textes, la Commission des Communautés a tenté de s'arroger une compétence propre et globale en la matière. Le Conseil des ministres s'y est opposé. Il s'est fondé sur un argument de texte : aux termes de l'article 88 du Traité, c'est le Conseil qui "*arrête tous règlements et directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 .*" C'est donc par son intermédiaire que la Commission doit agir. Au vu des propositions qu'elle lui fait, le Conseil adopte des décisions de principe, prises sous la forme de règlements. Ceux-ci définissent de manière générale les catégories d'accords pouvant bénéficier de l'immunité.

**347.** L'exemption par voie réglementaire suppose que la catégorie d'accords concernée satisfasse aux conditions de fond énoncées par le paragraphe 3 de l'article 85 du Traité de Rome. La Commission prend soin de leur consacrer une part importante de l'exposé des motifs de chaque règlement. L'on se contentera ici de les rappeler succinctement et de renvoyer à la section introductive pour de plus amples développements. Une exemption catégorielle doit répondre aux deux mêmes conditions positives que les exemptions individuelles (amélioration de la production ou de la distribution des produits ou promotion du progrès technique et nécessité de réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit) et aux deux mêmes conditions négatives (ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions non indispensables pour atteindre les objectifs ci-dessus, ne pas donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence).

Les conditions de forme sont en principe inexistantes. L'entreprise qui désire bénéficier d'une exemption par catégorie n'est astreinte à aucune notification. Ce n'est qu'en cas de doute sur la conformité de la pratique qu'elle développe avec les exigences du règlement qu'il lui est conseillé

de notifier. Il faut également réserver le cas des accords comportant des clauses non prévues par les règlements. Pour prétendre à l'exemption, ces accords doivent être notifiés à la Commission <sup>854</sup>.

**348.** Les règlements par catégories ont une durée limitée <sup>855</sup>, qui varie d'un règlement à l'autre. Ainsi le règlement 1983/83, entré en vigueur le 1er juillet 1983, expire le 31 décembre 1997. Le règlement 123/85, entré en vigueur le 1er juillet 1985, expire le 30 juin 1995. Ils ont presque tous une structure identique. Ils définissent les accords, décisions et pratiques auxquels ils s'appliquent, précisent les restrictions ou clauses interdites, les clauses licites ou les conditions qui doivent être remplies pour bénéficier du règlement.

Chaque règlement adopté opère en effet une distinction, que nous présenterons schématiquement, entre différents types de clauses <sup>856</sup>.

On peut qualifier les premières de "clauses nécessaires" : en leur absence, le contrat litigieux ne peut prétendre à l'exemption. Leur validité n'est pas en cause mais leur présence permet seule d'apprécier si la convention rentre bien dans le champ d'application matériel du règlement. Ces clauses ont souvent pour objet de caractériser l'activité, de définir le contrat. On peut citer pour exemple les clauses par lesquelles *"le revendeur s'engage, vis-à-vis du fournisseur, à n'acheter dans le but de la revente certains produits spécifiés dans l'accord qu'à celui-ci, à une entreprise liée à lui ou à une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits"* <sup>857</sup>. En l'absence de ce type de clause, l'accord n'est pas considéré comme un accord d'achat exclusif au sens du règlement n° 1984/83. Il en est de même des clauses définissant les caractéristiques du contrat de franchise. Mais les clauses nécessaires ne touchent pas seulement aux caractéristiques intrinsèques du contrat : elles peuvent concerner sa durée. Ainsi les accords de distribution automobile doivent-ils avoir une durée minimale de quatre ans pour prétendre à l'exemption. Par ailleurs, le bénéfice d'un règlement est souvent limité aux accords conclus entre deux entreprises

---

<sup>854</sup> Certains règlements d'exemption prévoient une procédure spécifique, dite de "non-opposition", pour ce type de clauses. Les clauses non visées par le règlement doivent toujours être notifiées à la Commission, mais il ne s'agit pas d'une notification aussi formaliste que celle qui a été décrite supra. Si, dans un délai de 6 mois à compter de la date de notification, la Commission ne s'est pas prononcée sur la pratique, l'exemption est réputée acquise. Nous étudierons la procédure de "non-opposition" plus en détail dans la suite de nos développements. (p. 286\*\*\*)

<sup>855</sup> Mlle **IDOT** fait justement remarquer que toutes les mesures favorables aux entreprises sont provisoires (Cf. "L'insécurité en droit communautaire", Cah. Dr. Entr. 1990/6, p.32.). Cette remarque a déjà été formulée à propos des décisions individuelles d'exemption, cf.§\*\*. (p246)

<sup>856</sup> La doctrine distingue parfois entre les "clauses noires", ou interdites, les "clauses blanches", ou autorisées, et les "clauses grises", ou incertaines.

<sup>857</sup> Article 1er du règlement n°1984/83 de la Commission du 22 juin 1983.

seulement. Au total, l'application d'un règlement peut être subordonnée à des conditions nombreuses et contraignantes pour les entreprises.

Le deuxième type de stipulation regroupe les clauses que nous appellerons "autorisées", soit parce que considérées comme généralement non restrictives de concurrence, soit parce restrictives de concurrence, mais jugées nécessaires à l'obtention du progrès économique recherché. Ces clauses sont énumérées de façon limitative par les différents règlements.

La troisième catégorie rassemble les clauses interdites, parce que restrictives de concurrence et considérées comme non exemptables. Elles sont énumérées de façon limitative. Leur présence dans le contrat fait obstacle au bénéfice de l'exemption.

Il existe enfin des clauses "incertaines", restrictives de concurrence mais ni expressément interdites, ni expressément autorisées. Elles ne sont pas énumérées, même de façon non limitative, par les règlements. Absentes des premiers règlements d'exemption, elles bénéficient désormais d'un régime particulier, dit de "non-opposition", que nous étudierons en détail dans la suite de nos développements.

Cette classification n'est bien évidemment pas neutre pour les opérateurs. Elle influence de façon déterminante la rédaction de leurs accords <sup>858</sup> : les entreprises sont naturellement incitées à y inclure les clauses nécessaires et les clauses autorisées, et à éviter les clauses interdites. Nous reviendrons sur ce point.

**349.** L'extrême complexité de ces règlements a été soulignée en doctrine. Monsieur KOVAR constate justement ce phénomène: *"les règlements d'exemption sont destinés à introduire un élément de simplification et de sécurité juridique dans la mise en oeuvre de l'article 85 sans compromettre son efficacité. L'entreprise est difficile. Deux difficultés se sont progressivement révélées. D'une part, l'automatisme de l'exemption ne se concilie pas toujours aisément avec l'efficacité de la répression des ententes illicites. D'où une tendance à une complexité croissante des règlements d'exemption et à une spécification grandissante de leur champ d'application dans le souci quelque peu illusoire d'encadrer au plus près la pratique contractuelle"* <sup>859</sup>.

---

<sup>858</sup> Ou, par analogie, des pratiques concertées (article 12 du règlement n° 123/85, 9 du règlement 1983/83, 18 du règlement 1984/83), ou, parfois de décisions d'associations d'entreprises (indirectement article 13 du règlement n° 2394/84 ; article 9 du règlement n° 417/85 ; article 12 du règlement n° 418/85 ; indirectement, article 11 du règlement n° 556/89).

<sup>859</sup> **R. KOVAR**, "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, 1985/1986, Bruges, p.161.

Les commentateurs dénoncent ainsi les trop nombreuses exceptions et "exceptions d'exceptions", qui rendent les règlements d'une lecture difficile pour les non spécialistes, et les privent d'une de leurs vertus essentielles: la sécurité juridique.

## **2/ Liste des règlements d'exemption.**

**350.** A ce jour, le Conseil des ministres a adopté deux règlements dont la portée englobe plusieurs types d'activités et plusieurs règlements de portée sectorielle. Nous nous contenterons ici de dresser une liste des règlements adoptés par la Commission sur leur fondement, sans en faire une étude détaillée.

**351.** Le premier règlement a été adopté par le Conseil le 2 mars 1965. Numéroté 19/65, il vise d'une part, *les conventions d'exclusivité, de vente ou d'achat*, et d'autre part, *les accords de licence ou de droits de propriété industrielle* <sup>860</sup>.

Sur son fondement, la Commission a tout d'abord promulgué trois règlements exemptant des accords d'exclusivité de la prohibition:

- deux règlements du 22 juin 1983, l'un numéroté 1983-83 et relatif aux accords de distribution exclusive, l'autre numéroté 1984-83 relatif aux accords d'achat exclusif <sup>861</sup>, applicables jusqu'au 31 décembre 1997 et substitués aux règlements n° 67/67 du 22 mars 1967.

- un troisième règlement, en date du 12 décembre 1984, numéroté 123-85 concernant des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles <sup>862</sup>. Il est applicable jusqu'au 30 juin 1995.

En application du même règlement cadre, la Commission a exempté trois catégories d'accords:

- des catégories d'accords de licence de brevet (règlement numéro 2349-84 du 23 juillet 1984 <sup>863</sup>, modifié par le règlement n° 151/93 du 23 décembre 1992 <sup>864</sup>). Il est applicable jusqu'au 31 décembre 1994.

---

<sup>860</sup> J.O.C.E., n°36, du 6 mars 1965

<sup>861</sup> J.O.C.E. n°L. 173, du 30 juin 1983.

<sup>862</sup> J.O.C.E. n°L. 15 du 18 janv. 1985.

<sup>863</sup> J.O.C.E. n°L. 219 du 16 août 1984.

<sup>864</sup> J.O.C.E. n°L. 21 du 29 janv. 1993.

- des catégories d'accords de franchise (règlement numéro 4087-88 du 30 novembre 1988<sup>865</sup>). Ce règlement est applicable jusqu'au 31 décembre 1999.

- des catégories d'accords de licence de savoir-faire (règlement numéro 556-89 du 30 novembre 1988<sup>866</sup>, modifié par le règlement n° 151/93 du 23 décembre 1992). Ce règlement est applicable jusqu'au 31 décembre 1999.

**352.** Le deuxième règlement cadre, numéroté 2821-71, a été adopté par le Conseil le 20 décembre 1971. Il autorise la Commission à accorder des exemptions par catégorie d'accords, décisions ou pratiques ayant pour objet soit *l'application de normes et de types* soit *la recherche et le développement*<sup>867</sup>. En exécution de ce règlement, la Commission a exempté:

- des catégories d'accords de spécialisation (règlement numéro 417-85 du 19 décembre 1985<sup>868</sup>, modifié par le règlement n°151/93 du 23/12/92). Ce règlement est applicable jusqu'au 31 décembre 1997.

- des catégories d'accords de recherche et de développement (règlement numéro 418-85 du 19 décembre 1985<sup>869</sup>, modifié par le règlement n°151/93 du 23/12/82). Ce règlement est applicable jusqu'au 31 décembre 1997.

**353.** Les troisième et quatrième règlements du Conseil des ministres concernent le secteur des *transports*.

Ce sont les *transports maritimes* qui ont d'abord fait l'objet de l'attention du Conseil. Cela s'est traduit par l'adoption du règlement n°4056/86 du 22 décembre 1986<sup>870</sup>. De façon inhabituelle, le conseil a lui-même déterminé les conditions "d'inapplicabilité" de l'article 85, §3. Aucune habilitation n'a donc été conférée à la Commission. Un second règlement en date du 25 février 1992 a renoué avec la tradition en autorisant la Commission à définir les conditions d'exonération d'accords entre les compagnies par lesquelles elles tentent de promouvoir l'exploitation en commun de lignes<sup>871</sup>.

Les *transports aériens* ont ensuite fait l'objet des règlements n°3975/87 et 3976/87 du 14 décembre 1987<sup>872</sup>. La Commission a reçu habilitation en vertu du second. Elle en a usé en promulguant les règlements n° 82/91, 83/91 et 84/91<sup>873</sup>.

---

<sup>865</sup> J.O.C.E. n°L. 359 du 28 décembre 1988.

<sup>866</sup> J.O.C.E. n°L. 61 du 4 mars 1989.

<sup>867</sup> J.O.C.E. n°L 291 du 28 déc. 1972, p. 144.

<sup>868</sup> J.O.C.E. n°L. 53 du 22 février 1985.

<sup>869</sup> J.O.C.E. n°L. 53 du 22 février 1985, p.5.

<sup>870</sup> J.O.C.E. n°L. 378 du 31 déc. 1986.

<sup>871</sup> Règlement n°479/92, J.O.C.E. n°L. 55 du 29 fév. 1992.

<sup>872</sup> J.O.C.E. n°L. 374 du 31 déc. 1987.



354. Le dernier règlement à ce jour adopté par le Conseil est également un règlement sectoriel. Promulgué le 31 mai 1991, il est numéroté 1534-91. Il est relatif à certaines catégories d'accords dans le *domaine des assurances* <sup>874</sup>. Il habilite la Commission à définir les conditions d'une immunité au profit d'accords de coopération entre assureurs. La Commission a adopté le 21 décembre 1992 le règlement n°3932/92 <sup>875</sup>.

On voit que de larges pans de l'activité commerciale sont aujourd'hui protégés par des règlements d'exemption communautaires. Il n'en est pas de même en France, où aucun texte immunitaire n'a encore été adopté.

### ***B - L'EXEMPTION PAR CATEGORIES EN DROIT FRANÇAIS*** <sup>876</sup>.

355. Le droit français ne connaissait pas le système des règlements par catégories. Il ne fut introduit que par la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, qui ajouta cette possibilité à l'article 51 de l'Ordonnance de 1945. L'ordonnance adoptée en 1986 entérina cette innovation. L'article 10 *in fine* énonce ainsi que "*certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.*"

Le ministre du commerce et de l'artisanat justifia cette introduction, assez contestée, par la nécessité d'assurer un minimum de sécurité juridique aux entreprises <sup>877</sup>. On peut voir que ce sont essentiellement les petites et moyennes entreprises qui sont visées. Ce mécanisme présente

---

<sup>873</sup> Règlements du 5 déc. 1991, parus au J.O.C.E. n°L. 10 du 15 janvier 1991, remplaçant les règlements n° 2671, 2672 et 2673/88 du 30 août 1988, parus au J.O.C.E. n°L. 239 du 30 août 1988.

<sup>874</sup> J.O.C.E. n°L. 143, du 7 juin 1991, p1.

<sup>875</sup> J.O.C.E. L. 98 du 31 déc. 1992.

<sup>876</sup> Nous avons évoqué en introduction de ce chapitre le fait que le droit français n'utilisait pas formellement le terme d'exemption.

<sup>877</sup> Ce souci de conférer une certaine sécurité juridique aux entreprises était déjà partagé par la Commission de la concurrence, laquelle, précisent MM. **CAS** et **BOUT** "*avait su rendre des avis de principe en précisant les conditions de validité, au regard du droit de la concurrence, de certains accords de distribution. Mais cette jurisprudence de la Commission, qui pouvait subir des fluctuations et ne s'imposait pas, en tout état de cause, aux juridictions judiciaires et administratives, ne pouvait offrir les mêmes garanties que les exemptions prévues par décret.*", in Lamy Droit économique 1992, n°1384.

également l'avantage de conférer au droit de la concurrence un aspect préventif, et non plus seulement répressif. Enfin, cette procédure rapproche le droit français du droit communautaire, sans pour autant l'y conformer tout à fait. Ainsi, le texte de l'article 10 n'a pas prévu que le décret pouvait avoir un effet limité dans le temps, mention qui figurait pourtant dans la loi de 1985. Le champ d'application matériel des règlements communautaires et des décrets français est par ailleurs dissemblable. En France, peuvent être légitimées les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante, alors que l'immunité communautaire se limite aux premières. En revanche, le droit français est plus restrictif en ce qu'il ne vise que les accords, sans mention des pratiques concertées par exemple.

**356.** Aucun décret n'a à ce jour été adopté en France. Il existe différentes explications au peu d'engouement manifesté par le pouvoir réglementaire.

C'est d'abord l'utilité même du mécanisme qui est en cause. Les exonérations collectives sont moins nécessaires qu'en droit communautaire, paralysé par le jeu des notifications. En droit français, il n'existe aucune condition de forme à l'exemption.

De plus, la procédure d'adoption retenue en France est parfois jugée inadéquate<sup>878</sup>. Confier au Ministre un rôle d'initiative en la matière peut apparaître contestable. Il aurait été plus légitime de laisser au Conseil, à l'instar de la Commission européenne, le pouvoir de faire des propositions. Il se créerait ainsi, comme en droit communautaire, une "dynamique de la symbiose". Madame SANSON HERMITTE a relevé que *"l'agencement des institutions en droit communautaire aboutit à ce qu'il se crée une véritable symbiose entre les organes d'élaboration du droit et ceux qui sont chargés de leur application"*<sup>879</sup>. Le règlement d'exemption lui apparaît comme l'exemple le plus typique de ce processus. En effet, il constitue une synthèse des décisions d'exemptions individuelles préexistantes. Il apparaît donc juste que l'organe qui élabore le texte réglementaire (à défaut, en France, de pouvoir l'adopter) soit celui-là même qui a procédé à la systématisation des solutions casuistiques ayant influencé son adoption.

Enfin, l'expérience communautaire a prouvé que l'élaboration d'un règlement par catégorie était une tâche difficile. Il s'agit, selon Messieurs SCHAPIRA, LE TALLEC et BLAISE, *"d'abord*

---

<sup>878</sup> Le caractère contestable de la solution française a été vivement dénoncé par M. **D. DANET** qui écrit à propos du Conseil: *"Son pouvoir réglementaire est anémique, réduit à une procédure d'avis conforme dans l'élaboration des règlements d'exemption. Contre la logique du modèle européen qui fait de ces règlements le prolongement naturel de l'activité de la Commission, contre la logique régulatrice qui voudrait que le Conseil réglemente le secteur dont il a la charge, l'ordonnance maintient dans les mains du ministre l'essentiel du pouvoir réglementaire"*, in *"Le Conseil de la concurrence: juridiction incomplète ou juridiction innommée?"*, R.I.D.C., 1991, p.3.

Il faut tout de même rappeler que le principe de séparation des pouvoirs ferait quoiqu'il en soit obstacle à toute activité normative du Conseil. Sur ce point, cf. supra § 40.(1ère partie, titre 1, chapitre 1)

<sup>879</sup> **M.A. SANSON-HERMITTE**, ouvrage précité.

*de sélectionner une série d'accords dont les effets positifs sur l'économie sont généralement prouvés (...), puis de les ériger en catégorie, au moyen de la description de leurs caractères juridiques. Aussi le Conseil et la Commission ne procèdent-ils qu'avec la plus grande prudence. Ce n'est qu'après avoir traité un nombre suffisant de dossiers individuels que la Commission, sur la base de l'expérience requise, peut envisager de délivrer une exemption par catégorie "*<sup>880</sup>. Les huit années qui sépareront bientôt le Conseil de sa date de création, ajoutées à l'héritage reçu des différentes commissions qui se sont succédées avant lui, autorisent à penser que le droit français est aujourd'hui suffisamment "mûr" pour qu'un décret soit adopté.

Il semble qu'un projet soit actuellement à l'étude. Contrairement aux prévisions de la doctrine, il concerne le secteur des coopératives <sup>881</sup>. Il faut souhaiter qu'il aboutisse: cela serait bénéfique à la sécurité juridique des entreprises, et cela permettrait de désengorger le Conseil. Si c'est le cas, on peut penser qu'il aura la même portée qu'un règlement d'exemption communautaire.

## **PARAGRAPHE 2 : LA PORTEE DES REGLEMENTS D'EXEMPTION.**

**357.** Le mécanisme des exemptions réglementaires n'est pas indifférent au droit contractuel. Chaque règlement a des incidences plus ou moins directes sur la validité des contrats auxquels il s'applique (A). Mais, précisément parce qu'il contient une promesse d'absolution, il influe également sur la rédaction des contrats (B).

### ***A - INCIDENCE DES REGLEMENTS D'EXEMPTION SUR LA VALIDITE DES CONTRATS AUXQUELS ILS S'APPLIQUENT.***

**358.** La Cour de Justice a précisé, dans un arrêt "Vag contre Magne" du 18 décembre 1986, que *"le règlement n°123/85 de la Commission (...) n'établit pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité ou le contenu des clauses contractuelles ou obligeant les parties contractantes à adapter le contenu de leur contrat, mais se limite à établir des conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses*

---

<sup>880</sup> "Droit européen des affaires ", 1992, p.355.

<sup>881</sup> C'est dans le secteur des contrats de distribution ou dans celui des accords de recherche et de développement que les décrets étaient attendus. Le ministre a peut-être souhaité adopter un texte complémentaire à ceux existant en droit communautaire.

*contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévue par l'article 85 § 1 et 2, du Traité C.E.E.(...) "*<sup>882</sup>.

Cette analyse invite à faire la distinction entre les différents types de clauses. Seules les clauses contractuelles conformes aux prescriptions du règlement bénéficient de façon directe de la présence de celui-ci (1). Le sort des clauses non conformes (2) et le sort des clauses non prévues (3) sont liés à lui de façon beaucoup plus indirecte. Nous ferons abstraction ici de la catégorie des clauses obligatoires, ou nécessaires. On aura compris qu'en l'absence de ces dernières, le règlement n'est pas applicable.

### **1/ Incidence des règlements d'exemption sur les clauses conformes aux prescriptions qu'ils édictent.**

**359.** Ce sont les "clauses autorisées" que nous allons étudier ici. Ces clauses bénéficient d'une présomption de conformité aux exigences de l'article 85, §3, du Traité de Rome, et, partant, d'une présomption de validité (a). Celle-ci n'est pas irréfragable : si les effets de l'accord litigieux s'avèrent incompatibles avec les prescriptions de l'article 85, §3, le bénéfice de l'exemption catégorielle peut être retiré (b).

#### **a/ Présomption de validité des clauses autorisées par un règlement**

Les clauses autorisées sont automatiquement immunisées, que le contentieux se développe devant les autorités communautaires (a1) ou devant les autorités nationales (a2)

##### a1 : Sort des clauses autorisées devant les instances communautaires.

**360.** Un règlement d'exemption a pour effet essentiel de faire bénéficier des dispositions de l'article 85, § 3, du Traité de Rome, les accords conformes aux prescriptions qu'il édicte <sup>883</sup>. Sont

---

<sup>882</sup> C.J.C.E. 18 déc. 1986, aff. 10/86, VAG c/ MAGNE, Rec. 4081.

<sup>883</sup> L'exemption par catégorie ne fait en revanche pas obstacle à l'application de l'article 86 du Traité. Cette règle a été récemment confirmée dans une affaire TETRA PAK I en date du 10 juillet 1990: le Tribunal de première instance a en effet rappelé que, si les articles 85 et 86 sont complémentaires, ils n'en constituent pas moins, dans le système du Traité, deux instruments juridiques distincts, visant des situations différentes, Affaire T51/89, Rec, II - 309. Le Tribunal statuait sur une décision rendue par la Commission le 26 juillet 1988, J.O.C.E. n°L. 272, du 4 oct. 1988. Certains règlements prévoient expressément qu'ils

parfois immunisées les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises <sup>884</sup>. Ces différents arrangements sont *ipso facto* autorisés, sans qu'ils aient besoin d'être notifiés à la Commission <sup>885</sup>. Il y a là une différence fondamentale avec le régime des exemptions individuelles. C'est avantageux pour toutes les parties : pour les entreprises qui ne sont pas assujetties à un formalisme générateur de lourdeur et impuissant à leur assurer la sécurité juridique à laquelle elles aspirent, pour la Commission, qui voit son travail considérablement allégé. Le mécanisme des exemptions individuelles a en effet abouti à encombrer considérablement les services de l'autorité administrative. Le souci manifesté par la Commission de rendre des "décisions tests" sur des cas typiques, pour tenter de juguler le phénomène de masse <sup>886</sup>, s'est révélé insuffisant.

La prudence devrait cependant inciter les entreprises qui doutent que leur accord relève d'une catégorie exemptée à procéder à une notification. Le même intérêt existe *par rapport à un contrat conclu pour une période dépassant celle d'un règlement d'exemption, surtout lorsqu'il implique pour une des parties de grands investissements, ou conclu vers le terme de la période d'exemption prévue* <sup>887</sup>. Les règlements confirment en général cette possibilité de notifier à la Commission un accord ambigu, en vue d'obtenir d'elle une "déclaration de compatibilité" avec le règlement <sup>888</sup>. On ne parle plus alors véritablement de présomption de validité. Celle-ci n'est réelle que pour les ententes répondant sans ambiguïté aux conditions réglementaires.

---

n'excluent pas l'application de l'article 86 du traité : cf. point 23 de l'exposé introductif du règlement 1984/83.

<sup>884</sup> Cf. note 123.\*\*

<sup>885</sup> Ce point est généralement précisé dans l'exposé introductif des différents règlements.

<sup>886</sup> Cf les développements consacrés à cet aspect de l'activité de la Commission par Mme **SANSON-HERMITTE**, qui définit la décision-test comme "*la décision intervenue à l'occasion d'une affaire dûment sélectionnée, comme étant celle dont la solution serait la plus universelle, la plus représentative du problème.*" L'auteur ajoute: "*L'emploi que fait la Commission de ce terme est extrêmement révélateur : non seulement la décision a une valeur jurisprudentielle très accusée, puisque la Commission estime pouvoir régler les problèmes de masse y faisant référence, mais encore, elle va jusqu'à la mettre sur le même plan qu'un règlement d'exemption par catégorie, ce qui accuse fortement son caractère d'instrument d'élaboration du droit.*", in " Droit européen de la concurrence, Cohérence économique, Sécurité juridique", p.233.

L'analogie ainsi opérée entre règlements d'exemption et décisions-test ne doit toutefois pas être exagérée. Une décision a, par nature, une portée très inférieure à celle d'un règlement.

<sup>887</sup> **W.ALEXANDER**, "L'application de l'article 85 § 3, CEE par voie de décisions individuelles et de règlements. Une appréciation des mécanismes d'exemption.", R.T.D.E. 1965, p.323.

<sup>888</sup> Considérant 14 du règlement 1983/83, 22 du règlement n°1984/83, 22 du Règlement n°4087/88...

## a2 : Sort des clauses autorisées devant les instances nationales

**361.** Les instances judiciaires et administratives nationales ne sont pas habilitées à exempter des catégories d'accords sur le fondement du droit communautaire. La Commission dispose à cet égard d'une compétence normative exclusive. Mais cette exclusivité ne concerne pas l'application des règlements d'exemption. Ceux-ci sont dotés d'effet direct <sup>889</sup>. Les juges et le Conseil de la concurrence sont autorisés à vérifier que les conditions d'application d'un règlement sont réunies dans un cas particulier <sup>890</sup>. Ainsi le Conseil de la concurrence a-t-il appliqué le règlement 123/85 dans une affaire "Société Chaptal contre Société Mercedes Benz France" <sup>891</sup>. Sous réserve d'une interprétation divergente du juge, peu probable compte tenu de la précision des termes des règlements, le contrat est donc valable. Dans l'hypothèse des clauses autorisées que nous envisageons ici, l'exemption est acquise et il est impossible d'obtenir la nullité de la convention. Mais si l'accord n'est pas parfaitement conforme aux prescriptions du règlement, l'immunité ne joue pas. Ainsi, la Cour d'Appel de Paris a estimé, dans une affaire "Société Total France contre Esso", que les conditions du règlement 1984/83 n'étaient pas remplies <sup>892</sup>. Il en fut de même plus récemment dans une affaire "Troc de l'Ile" à propos du règlement 4087/88 <sup>893</sup>. En cas de doute, il est possible de poser à la Cour une question préjudicielle.

L'hypothèse du sursis à statuer dans l'attente d'une prise de position communautaire est en revanche peu vraisemblable ici : si la Commission a adopté un règlement d'exemption, les autorités nationales ne peuvent que l'appliquer strictement ; si aucun règlement n'a été adopté, elles peuvent tout au plus tirer les conséquences de la présence, de l'absence, ou de la probabilité d'une exemption individuelle. Si sursis à statuer il y a, ce sera dans l'attente de celle-ci ; ce ne sera évidemment pas dans celle d'un règlement d'exemption. Ainsi que le relève Mademoiselle IDOT,

---

<sup>889</sup> CJCE 3 févr. 1976, FONDERIES DE ROUBAIX, Rec. p. 111 ; CJCE 28 fév.1991 SERGIO DELIMITIS et Henninger Braü (Contrats de bière), Aff. C 234/89, att. n°46, Rec. p.935; JDI 1991, p.485, note \*\*\*.

<sup>890</sup> De la même façon, ils seront habilités à vérifier que les conditions d'application des décrets français à venir sont réunies. L'on peut supposer que le Conseil et les juges devront se borner à vérifier l'exacte concordance des pratiques avec les dispositions du décret. S'il y a concordance, ils seront alors tenus d'accorder l'exemption. C'est du moins la logique du système qui l'impose.

<sup>891</sup> Décision 89-D-16 du 2 mai 1989, BOCCRF du 30 mai 1989, p.145.

<sup>892</sup> CAP 5 mai 1988, BOCCRF du 11 mai 1988, p.129.

<sup>893</sup> Conseil de la concurrence, décision n° 93-D-43 du 19 octobre 1993, Rapport pour 1993, annexe 50, p. 303.

*"il semble difficile d'imposer aux autorités nationales de surseoir à statuer parce qu'un projet est en cours de discussion à Bruxelles..."*<sup>894</sup>.

**362.** La compétence ainsi reconnue aux autorités nationales est une pure compétence d'application, exclusive de tout pouvoir d'interprétation. Dans un arrêt "Sergio Delimitis" du 28 février 1991<sup>895</sup>, la Cour de Justice a précisément délimité leur action. Les juges nationaux ne sauraient étendre le champ d'application d'un règlement à des contrats ne répondant pas, même sur des points accessoires, aux conditions posées. Ils sont strictement liés par les dispositions du règlement. Une analyse contraire aboutirait à affecter l'exercice par la Commission de sa compétence.

Quoiqu'il en soit, la présomption de validité ainsi édictée n'est qu'une présomption simple : il est possible de la combattre et, dans certaines circonstances, de retirer le bénéfice de l'exemption.

#### **b/ Une présomption simple de validité: la faculté de retrait d'exemption catégorielle .**

**363.** La Commission a la possibilité de modifier ou d'abroger un règlement. Cette possibilité a été évoquée. Mais surtout, elle est habilitée à retirer à un accord le bénéfice de l'immunité<sup>896</sup> (b1). Il convient de se demander si le juge national dispose également de cette compétence (b2).

---

<sup>894</sup> Mlle **L. IDOT**, " L'interférence du droit français et du droit communautaire de la concurrence.", Petites affiches 30 mars 1988, p.21, § XXVI. Mademoiselle IDOT prend l'exemple du règlement automobile: *"Il est difficile de reprocher aux autorités françaises d'avoir refusé le sursis à statuer dans l'affaire des "pièces détachées automobiles", d'autant plus que le projet communautaire était loin de faire l'unanimité, et qu'il n'était pas certain que les pratiques examinées soient couvertes par le règlement "*. Cette affaire a été soumise à la Commission de la concurrence en 1983 et le règlement n'a été adopté que le 12 décembre 1984.

<sup>895</sup> C.J.C.E. 28 fév. 1991, aff. C 234/89, conclusions de l'avocat général VAN GERVEN, Rec. 91 - I - 935.

<sup>896</sup> Les développements qui vont suivre ne concernent que les exemptions catégorielles adoptées par la Commission européenne. Ils ne préjugent pas des conditions que pourraient poser le Conseil de la concurrence au maintien du bénéfice d'une exemption réglementaire. En l'état actuel de notre droit positif, précédemment décrit, rien ne permet de dire que le principe même d'un retrait de l'exemption, ou d'un maintien conditionnel, serait retenu.

b1: La compétence reconnue à la Commission de retirer le bénéfice de l'exemption catégorielle.

**364.** Tous les règlements d'exemption catégorielle autorisent la Commission à retirer le bénéfice de l'exemption <sup>897</sup>. Elle y procède lorsqu'elle constate qu'un accord exempté "*a cependant certains effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 85 § 3 du Traité*". Cette faculté est inhérente au principe même d'un règlement d'exemption dont nous avons déjà souligné l'impuissance à l'infailibilité. Le retrait constitue une sorte de soupape de sécurité, ayant pour objet de corriger les conséquences inacceptables d'une application systématique des exemptions par catégorie.

Le règlement d'exemption procède en réalité à une inversion du mécanisme de l'exemption individuelle <sup>898</sup>. Alors que le second interdit les ententes, sous réserve d'une autorisation par décision individuelle <sup>899</sup>, un règlement d'exemption fait présumer la conformité des accords relevant de la catégorie visée à l'article 85, sous réserve d'une décision individuelle de retrait d'exemption. Les entreprises n'ont pas à prouver la conformité de leur accord. Elles n'ont qu'à prouver le contenu des clauses de ce dernier ou l'objet de la pratique concertée. C'est à la Commission qu'il appartient le cas échéant d'apporter la preuve de faits susceptibles de priver l'accord du bénéfice de l'exemption : le retrait n'est donc pas automatique. Monsieur DECOCQ relève justement que ce déplacement de l'objet de la preuve est le propre de tout mécanisme de présomption <sup>900</sup>.

**365.** Une communication de la Commission en date du 13 avril 1984 <sup>901</sup> a posé que la décision de retrait "*a uniquement des effets pour l'avenir. Elle peut comporter une exemption individuelle assortie de conditions et charges, et, à la limite, la constatation d'une infraction et l'injonction d'y mettre fin.*" Ce texte contient de nombreuses informations.

---

<sup>897</sup> Articles: 6 du Règlement n°1983/83, 9 du Règlement 2349/84, 10 du Règlement 123/85, 8 du Règlement 417/85, 10 du Règlement 418/85, 8 du Règlement 4087/88, 7 du Règlement 556/89.

<sup>898</sup> Voir en ce sens le commentaire de M. **J.B. BLAISE** sur l'exemption par catégorie des accords d'exclusivité, à la R.T.D.E. 1984, p.659.

<sup>899</sup> Cf p. 252.

<sup>900</sup> M. A. **DECOCQ**, "Droit communautaire des affaires", T.II, p.146.

<sup>901</sup> Communication relative aux règlements n°983/83 et 1984/83, article 6, point 24, J.O.C.E. n°C. 101 du 13 avril 1984, p.2.



Il énonce tout d'abord que les entreprises sont préservées contre la remise en cause des effets déjà déployés par leur accord. Concrètement, cela signifie que la nullité de plein droit, consécutive à la constatation éventuelle de l'infraction, n'a pas d'effet rétroactif. Un tel particularisme mérite d'être souligné car il heurte la théorie générale du contrat. Car c'est bien de validité qu'il s'agit, non de rupture du contrat. On ne peut analyser le retrait assorti d'une condamnation comme une résiliation. On serait davantage tenté par la caducité. On pourrait alors considérer que le bénéfice de l'exemption catégorielle est offert sous la condition suspensive de la compatibilité de ses effets avec les prescriptions de l'article 85, §3<sup>902</sup>. Force est de constater que la Commission emploie expressément le terme de nullité<sup>903</sup>.

Le caractère non rétroactif du retrait ne peut assurer une totale sécurité juridique aux acteurs concernés. Il leur est difficile de prévoir dans quelle mesure leur accord va être frappé de censure. Les règlements, s'ils dressent systématiquement une liste des cas de retrait<sup>904</sup>, n'ont de ce point de vue qu'un caractère indicatif<sup>905</sup>. Des ententes qui satisfont aux conditions posées par les règlements, et qui ne comportent aucun des effets mentionnés dans la liste des cas de retrait, peuvent néanmoins se voir supprimer le bénéfice de l'exemption. On comprend mieux l'intérêt que revêt la notification d'un accord douteux.

L'absence de rétroactivité du retrait présente en revanche un avantage incontestable : les entreprises sont immunisées contre toute amende pour la période qui précède la décision de retrait. Les mécanismes réglementaires sont en cela assez proches des décisions individuelles d'exemption. Dans ce dernier cas, l'on sait qu'aucune amende ne peut être infligée aux entreprises pour la période comprise entre la date de la notification et la date où la Commission prend une décision<sup>906</sup>.

---

<sup>902</sup> En revanche, si le retrait ne s'accompagne pas d'une constatation d'infraction, il semble possible de l'analyser en une déchéance. Il n'emporte en effet alors pas inefficacité de l'acte mais seulement extinction d'un droit : celui de se prévaloir de l'immunité organisée par un règlement particulier.

<sup>903</sup> Cf affaire MARS du 23 décembre 1992 : après avoir signifié le retrait du bénéfice de l'exemption du règlement 1984/83 (celui-là même qui a fait l'objet de la communication citée supra), la Commission énonce que les parties sont tenues de communiquer le libellé des articles 1 et 2 du dispositif de sa décision à leurs revendeurs, en indiquant " *la nullité des accords concernés* ", J.O.C.E. n°L 183/1 et 19 du 26 juill. 1993.

<sup>904</sup> Le principe d'une telle liste avait été critiqué par **GOLDMAN**, qui estimait, à propos du règlement 67/67 (modifié depuis) que " *le caractère catégoriel de l'entente se trouve ainsi fortement compromis par ces prévisions d'examen 'cas par cas'* " ("Droit commercial européen", 2ème édition, p.338).

<sup>905</sup> Cf l'adverbe "notamment" précédant l'énumération des cas de retrait. Cf. également l'article 24 de la communication du 13 avril 1984: " *Les dispositions sus-mentionnées ont un caractère indicatif* ".

<sup>906</sup> Cf. § \*\* (p.235\*).

La communication de la Commission démontre également que le retrait du bénéfice de l'exemption n'est pas nécessairement pur et simple <sup>907</sup>. La Commission peut préférer subordonner le maintien de l'immunité au respect de conditions et charges diverses. Par ce biais, elle bénéficie d'une double prérogative.

D'une part, elle est maître de la survie du contrat. Lorsqu'elle estime que la convention et le contexte économique justifie son maintien, elle pose des conditions à celui-ci. Dans le cas contraire, elle lui refuse toute immunité, et l'accord anticoncurrentiel <sup>908</sup>, privé du bénéfice de l'exemption catégorielle sans avoir été racheté par une décision individuelle, est illicite et nul (caduc?) de plein droit.

D'autre part, en subordonnant la validité d'un contrat au respect de conditions particulières, la Commission a le pouvoir de corriger les contrats qui lui sont soumis. Il ne s'agit plus d'inciter les entreprises à se soumettre "spontanément" à un cadre contractuel prédéterminé, mais d'intervenir directement dans le contrat en le menaçant de "caducité".

**366.** On retrouve là un particularisme de l'action des autorités concurrentielles: plutôt déroger et contrôler qu'interdire. La remarque formulée à propos des exemptions individuelles est transposable ici : les mécanismes immunitaires constituent un instrument de contrôle entre les mains de la Commission. En matière d'exemption individuelle, la notification était le vecteur du contrôle. Dans l'hypothèse d'une exemption catégorielle, le contrôle dispose d'un double vecteur : d'une part le règlement lui-même, et les prescriptions qu'il édicte et auxquelles les entreprises ont une tendance naturelle à se conformer ; d'autre part la faculté de retirer l'exemption, ou de subordonner son maintien au respect de conditions et charges. Monsieur KOVAR énonce ainsi que "*(l')objet de ces règlements est double: en premier lieu, conformément à leur vocation, ils définissent les conditions de l'exemption ; en second lieu, ils organisent une surveillance constante des accords exemptés*"<sup>909</sup>. Cette surveillance est cependant hypothétique : la Commission n'est pas nécessairement avisée de l'accord. En ce sens, le règlement organise un système moins efficace que la décision individuelle d'exemption, laquelle est soumise à notification. En matière réglementaire, c'est uniquement dans l'hypothèse où l'accord serait dénoncé à la Commission par une entreprise concurrente ou par un Etat, ou encore porté à sa

---

<sup>907</sup> Pour un exemple récent de retrait sans possibilité d'exemption individuelle, cf affaire MARS, Commission 23 déc. 1992, précitée note 176. Dans cette affaire, la Commission a non seulement retiré aux sociétés Langnese et Shöller le bénéfice de l'exemption mais elle a aussi déclaré l'infraction constituée et elle a interdit aux sociétés de conclure de nouveaux accords d'exclusivité dans un délai de cinq années.

<sup>908</sup> L'accord est anticoncurrentiel puisque c'est son incompatibilité avec les conditions de l'article 85, §3, qui justifie le retrait de l'exemption.

<sup>909</sup> **R. KOVAR**. "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, 1985/86, p.157.

connaissance grâce à l'efficacité de ses services, que le règlement peut assumer réellement sa fonction de surveillance.

S'il ne s'agit pas, ainsi que nous le verrons, d'imposer aux entreprises un cadre contractuel contraignant, force est donc de constater que la fonction d'orientation impartie au règlement est des plus évidentes. On peut se demander si les instances nationales peuvent également se fonder sur un règlement communautaire pour modeler le contrat.

#### b2: Compétence des instances nationales en matière de retrait d'exemption catégorielle.

**367.** La présomption de conformité aux exigences de l'article 85 est-elle irréfragable dans le cadre d'un contentieux national? La réponse à cette question semble provoquer l'embarras d'une partie de la doctrine.

Monsieur LAURENT estime que le juge national dispose d'une faculté de retrait du bénéficiaire de l'exemption <sup>910</sup>. Deux observations servent de fondement à son analyse : la Commission ne dispose d'aucune compétence exclusive dans l'application de l'article 85, §1 ; les règlements produisent des effets directs et le juge dispose d'une compétence d'application les concernant. Rien ne fait obstacle, selon l'auteur, à ce que "*le juge national saisi vérifie (...) si (l')accord relève effectivement d'une catégorie définie par un règlement d'exemption .*" S'il constate, de lui-même ou après avoir posé une question préjudicielle à la Commission que "*le contrat litigieux (produit) des effets différents de ceux qui étaient présumés par le règlement d'exemption* ", il peut écarter la présomption et décider du retrait. Ce faisant, il "*ne prend aucune décision susceptible de contredire un acte émanant d'une autorité communautaire, si du moins aucune demande de retrait d'exemption n'a été présentée à la Commission .*"

On croit déceler une contradiction dans cette dernière remarque : soit la décision nationale ne peut, parce qu'elle ne fait qu'appliquer le règlement, contredire une analyse de la Commission, et cela ne souffre alors aucune réserve, soit la décision du juge est susceptible d'être contredite, parce qu'il ne s'agit pas en réalité d'appliquer la lettre du règlement mais bien de se prononcer sur la conformité aux conditions de fond posées par l'article 85,§3, et on peut alors reconnaître au juge la faculté de retrait. On pourrait alors chercher dans la détermination de la règle à appliquer la réponse à la question posée. S'agit-il du règlement *stricto sensu* ? La compétence d'application qu'il détient l'autoriserait à procéder au retrait. S'agit-il de revenir à la lettre de l'article 85, §3? Il serait dans ce cas incompétent.

---

<sup>910</sup> M. P. LAURENT, "Le retrait individuel de l'exemption par catégorie", Contrats-conc.-consomm., mai 1994, p. 1.

**368.** Il existe en réalité un obstacle dirimant à la reconnaissance au profit du juge d'une faculté de retrait. Il s'agit d'un argument de texte. Les règlements d'exemption énoncent que "*la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement*"<sup>911</sup>. Il s'agit à l'évidence d'une compétence exclusive. La solution est, sinon heureuse, du moins logique.

Nous avons vu que la Commission pouvait assortir la décision de retrait d'une constatation de l'infraction. Elle peut également subordonner le maintien du bénéfice de l'exemption à différentes conditions et charges. Cette possibilité est fermée au juge. Admettre le contraire serait lui reconnaître un pouvoir d'exemption individuel indirect, ce qui peut apparaître souhaitable, mais qui heurte à l'évidence la lettre du règlement 17.

La reconnaissance au profit du juge national d'un pouvoir de retrait d'une exemption catégorielle poserait en outre de délicats problèmes. Lorsqu'on leur retire le bénéfice d'une exemption catégorielle, les entreprises sont autorisées à solliciter l'octroi d'une exemption individuelle, sans notification préalable de leur pratique. Ceci constitue d'ailleurs une exception à l'exigence de notification. Reconnaître au juge national une faculté de retrait priverait les entreprises de cette possibilité. En effet, le juge est incompétent pour accorder une exemption individuelle. Il est par ailleurs inconcevable que la Commission accepte d'examiner la situation d'une entreprise, dont la pratique (non notifiée) rentre dans le champ d'application du règlement mais privée du bénéfice de celui-ci par un juge national.

On peut résumer ces propos en posant que les instances nationales sont incompétentes non seulement pour immuniser un accord mais également pour lever cette immunité, que celle-ci soit d'origine réglementaire ou individuelle. Dans les deux cas, il s'agit de confronter une pratique aux prescriptions de l'article 85, §3, ce qui relève de la compétence exclusive de la Commission européenne. C'est la logique du système d'exemption qui commande cette solution. Il est impossible de reconnaître au juge un pouvoir de retrait du bénéfice de l'exemption catégorielle sans lui reconnaître au préalable une faculté d'exemption. En l'état des textes, la stabilité du contrat qui bénéficie d'un règlement d'exemption par catégorie est parfaitement garantie en droit interne.

Etudions maintenant le sort des clauses non conformes, ou non visées, par un règlement d'exemption.

---

<sup>911</sup> *Souligné par nous.*

## **2/ Incidence des règlements d'exemptions sur les clauses non conformes aux prescriptions qu'ils édictent.**

**369.** Certaines clauses engendrent des restrictions de concurrence graves et non indispensables. Elles sont donc jugées non conformes au règlement. Leur incidence sur la validité d'un contrat est toutefois beaucoup plus indirecte que dans le cas précédemment envisagé. Aucune présomption d'invalidité ne leur est attachée (a). Faisant cependant obstacle au bénéfice de l'exemption catégorielle, leur validité doit être appréciée au regard du droit commun (b).

### **a/ L'absence de nullité automatique attachée aux clauses interdites**

**370.** La Cour de Justice des communautés a énoncé, dans un arrêt du 13 juillet 1966 <sup>912</sup>, que *"la définition d'une catégorie ne constitue qu'un cadre et ne signifie pas que les accords y entrant soient tous passibles de l'interdiction "*. Le règlement *" n'implique pas davantage qu'un accord relevant de la catégorie exemptée, mais ne répondant pas à toutes les conditions de la dite définition, doive nécessairement tomber sous l'interdiction. L'octroi d'une exemption par catégorie ne saurait donc comporter quelque préjugé que se soit, fût-ce implicitement, à l'encontre d'aucun accord individuellement considéré ."*

Un règlement d'exemption ne constitue donc qu'un simple cadre non contraignant offert aux entreprises <sup>913</sup>, édictant, ainsi que nous l'avons vu, une présomption de validité à l'égard des dispositions qui s'y conforment, mais ne préjugant pas de l'absence de licéité des autres.

Il en résulte que les clauses non conformes aux prescriptions des règlements ne sont pas *ipso facto* nulles. *A fortiori* n'emportent-elles pas la nullité du contrat dans lequel elles s'insèrent. Un auteur explique à ce propos qu'il n'a *"pas été question d'instituer une "seconde barrière" qui se juxtaposerait à celle de l'article 85 § 1, de sorte que les blocs dérogatoires demeurent des instruments transparents dans le processus de normalisation "*<sup>914</sup>.

---

<sup>912</sup> C.J.C.E. 13/07/1966 , Aff. 32/65, Italie c/ Conseil et Commission, Rec. p. 563.

<sup>913</sup> Nous serons amenés, dans la suite de nos développements, à relativiser cette affirmation.

<sup>914</sup> M. D. KERNION, "La liberté dans les contrats de distribution et l'article 85 du Traité de Rome", Petites affiches du 13 mai 1992, n°58, p; 33.

**371.** Les juridictions françaises ne tirent pas toujours les conséquences de cette affirmation. Certaines cours annulent des accords au motif qu'ils ne sont pas conformes aux prescriptions d'un règlement <sup>915</sup>, et notamment au règlement 123/85 relatif aux accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles. Les clauses litigieuses sont souvent des clauses d'objectif. Le règlement 123/85 immunise en effet les clauses par lesquelles le concessionnaire "s'efforce" d'atteindre un objectif déterminé. Certains juges en déduisent que les clauses qui instaurent une obligation de résultat à la charge du concessionnaire sont illicites. C'est faire produire au règlement des conséquences qu'il n'a pas : il deviendrait "*indirectement et a contrario un règlement d'interdiction de tout ce qui n'est pas exempté ; un tel pouvoir n'est pas de la compétence de la Commission, pas plus que le pouvoir de faire des attestations négatives par catégorie*"<sup>916</sup>. Les décisions d'annulation sont donc inévitablement censurées par la Cour de cassation, sur le visa de l'article 85 du Traité de Rome, des dispositions du règlement 123/85, et parfois par adoption expresse des motifs de l'arrêt "Vag Magne", déjà évoqué <sup>917</sup>.

Affirmer que les clauses interdites ne sont pas nécessairement nulles laisse irrésolu le problème de leur validité. C'est à celui-ci que nous allons nous attacher.

#### **b/ Appréciation de la validité des clauses non conformes. Retour au droit commun.**

**372.** La présence de ces clauses ne rend pas le contrat nul. Elle fait simplement obstacle au bénéfice du règlement d'exemption dont elles violent les prescriptions ; la Cour vient de le rappeler

---

<sup>915</sup> Pour exemple, Versailles, 5 mai 1988, Gaz. Pal. du 24 déc. 1988, JP. p. 876 et Paris, 4e ch. section B, 14 mars 1991, Contrats-conc.-consomm. 1991, n° 222 et 17 déc. 1992, Contrats-conc.-consomm. 1993, n° 134.

<sup>916</sup> **L. IDOT**, commentaire de l'arrêt VAG c/ MAGNE du 18 déc. 1986, J.D.I. 1987/2, p. 461.

<sup>917</sup> Cass. comm. 9 nov. 1993, ROVER FRANCE c/ garage BLANDAN BUFFOLI (cassant Paris 14 mars 1991, précité), Contrats-conc.-consomm. déc. 1993, n° 216 : "*Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la Cour de justice a dit pour droit que ce règlement n'établit pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité ou le contenu des clauses contractuelles (...) mais se limite à établir les conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction, et par conséquent, à la nullité de plein droit prévue par l'article 85, §2, du Traité et que si un accord ne remplit pas les conditions posées par ce règlement d'exemption, il n'est pas nécessairement nul, la Cour d'appel a violé les textes susvisés*" Cf également Cass. Comm 9 mai 1990, cassant Versailles 5 mai 1988, Dalloz 1990, I.R. p. 141.

La Cour se réfère à l'arrêt VAG. MAGNE de la Cour de Justice, en date du 18 déc. 1986, évoqué § \*\* (note 155 et 50).

à propos du règlement 1984/83<sup>918</sup>. Toutefois, c'est le contrat tout entier qui est privé de ce bénéfice. Il n'a pas été question de circonscrire le refus d'immunité aux seules clauses interdites.

Le règlement étant inapplicable, l'on revient au droit commun. Il appartient au juge de rechercher si la clause litigieuse a pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence communautaire.

Si la clause n'est pas anticoncurrentielle, elle peut, malgré sa non-conformité aux dispositions d'un règlement, servir de fondement à une sanction contractuelle<sup>919</sup>. Son irrespect par une partie est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

Si la clause est au contraire jugée anticoncurrentielle, il appartient au juge de rechercher si le contrat ne relève pas d'un autre règlement d'exemption. On est alors confronté au problème des conflits de régimes, traité de manière laconique par les différents règlements<sup>920</sup>. Il semble que les parties soient autorisées à choisir librement le règlement applicable à leur accord, dès lors qu'il satisfait aux conditions requises<sup>921</sup>. Elles ne peuvent en revanche faire une application cumulative de plusieurs règlements : elles doivent faire un choix. Certains règlements l'imposent de façon expresse<sup>922</sup>. Il n'est pas question de puiser dans différents textes des éléments d'immunité : cela ruinerait l'équilibre de chacun<sup>923</sup>.

---

<sup>918</sup> Arrêt SERGIO DELIMITIS du 28 fév.1991, Rec.1991, I, 935.

<sup>919</sup> En ce sens, cf Cass. Com. 9 nov. 1993, précitée, J.C.P. 1994, éd.G.I.n°3757, chronique **J. GHESTIN**.

<sup>920</sup> Sur cette question cf **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5e éd., n° 581.

<sup>921</sup> Pour exemples, cf. considérant 23 de l'exposé des motifs du règlement 1984/83 et article 17 du règlement 4087/88.

Toutefois, cette possibilité est en partie fermée par le règlement 418/85 relatif aux accords de recherche et de développement. Le point 17 de l'exposé introductif de ce règlement dispose que "*les accords visés par le présent règlement peuvent par ailleurs bénéficier des autres règlements d'exemption par catégories arrêtés par la Commission, à savoir...*" (suit une énumération des règlements d'exemption). Mais il est précisé que "*les règlements précités ne sont cependant pas applicables dans la mesure où le présent règlement prévoit des dispositions spécifiques*".

Cf. également point 3 de l'exposé introductif au règlement 556/89, relatif aux accords de licence de savoir-faire. De même, les contrats de bière et de station-service semblent obligatoirement régis par les dispositions du règlement 1984/83.

<sup>922</sup> Point 17 de l'exposé introductif du règlement 4087/88 relatif aux accords de franchise : "*Les accords peuvent bénéficier des dispositions du présent règlement ou d'un autre règlement, en fonction de leur nature particulière et à condition qu'ils remplissent les conditions d'application nécessaires ; ils ne peuvent pas bénéficier d'une combinaison des dispositions du présent règlement avec celles d'un autre règlement d'exemption par catégorie.*"

<sup>923</sup> Cf. en ce sens Mme **BOUTARD-LABARDE**, "Comparaison avec les autres règlements distribution", (à propos du règlement franchise du 30 nov. 1988), Cah. Dr. entr. 1989, p. 27.\*\*

Monsieur BERLIN se demande "*s'il appartient au juge national de rechercher, de lui-même, l'exemption applicable*"<sup>924</sup>. Cela est douteux : l'immunité catégorielle ne semble pas être un moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office par le juge national. Ce travail appartient aux parties. L'on peut, en revanche, admettre qu'elles invoquent le bénéfice d'un règlement donné à titre principal, et d'un autre à titre incident. Leur refuser cette possibilité les obligerait à introduire des procédures successives, et contraindrait en conséquence le juge ou l'autorité à se prononcer à plusieurs reprises sur le même accord. Ceci serait préjudiciable à la rapidité du contentieux.

Si la recherche d'un autre règlement applicable est vaine, il est encore possible de solliciter l'octroi d'une exemption individuelle. Cette dernière éventualité suppose que l'accord ait été notifié à la Commission des Communautés, et on retombe "*dans les méandres d'une procédure lourde, longue, et somme toute aléatoire*"<sup>925</sup>. Cette dernière procédure peut aboutir, éventuellement au prix de modifications apportées à l'accord, mais elle peut aussi échouer. La clause, par hypothèse anticoncurrentielle, est alors nulle de plein droit. Sa nullité n'emporte disparition de l'entier contrat que si elle est inséparable du reste de la convention, ou déterminante de l'engagement des parties<sup>926</sup>. Ce sont les règles du droit national qui retrouvent ici leur empire.

**373.** On mesure toute la complexité de la démarche judiciaire. Cet état de fait prive les règlements d'une partie de leur intérêt. Certains contrats peuvent être annulés alors qu'ils ne dérogent aux règlements que par quelques stipulations accessoires. Rappelons que les instances nationales ne sont pas autorisées à étendre le champ d'application de l'exemption à un contrat comportant une dérogation, "*fût-elle de peu d'importance*"<sup>927</sup>, aux conditions d'un règlement<sup>928</sup>. On peut certes imaginer que, dans une telle hypothèse, il sera fait une utilisation conditionnelle de l'exemption individuelle, mais la Commission n'y est pas obligée, et les juges nationaux n'y sont pas autorisés. Par conséquent, un accord répondant globalement aux conditions d'un règlement

---

<sup>924</sup> M. D. BERLIN, "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", R.T.D.E. 1991, p.1 et s., 211 et s., 379 et s.

<sup>925</sup> M. E. GASTINEL, "La procédure d'opposition et la franchise commerciale en droit communautaire des affaires.", R.T.D.E. juill.- sept. 1992, p.465, et spéc. p.477.

<sup>926</sup> Cf chapitre sur la nullité, §\*\*.

<sup>927</sup> Conclusions présentées par l'Avocat général M. W. van GERVEN dans l'affaire DELIMITIS, précité, § 26 . Cf développements p.\*\* du présent chapitre.

<sup>928</sup> Ce principe a été posé par la Cour de justice dans l'arrêt DELIMITIS précité du 28 fév. 1991 : "*Une juridiction nationale ne peut étendre le champ d'application du règlement (CEE) n°1984/83 à des contrats de fourniture de bière qui ne répondent pas explicitement aux conditions d'exemption de ce règlement*" (point 5 du dispositif de la décision, Rec. p. 996).



mais s'en éloignant par quelques clauses annexes non susceptibles d'exemption peut se voir interdire. La procédure de "non opposition" permet de remédier à cet inconvénient, mais nous verrons qu'elle n'est pas prévue par tous les règlements.

Pour remédier à cet état de fait, ne pourrait-on pas subordonner l'exemption réglementaire au retrait des clauses non conformes? Autoriser un traitement fragmentaire de l'accord est sans doute de nature à introduire une casuistique à laquelle les mécanismes catégoriels prétendaient échapper, mais la procédure de "non-opposition" n'aboutit pas à autre chose. C'est elle que nous allons maintenant étudier.

### **3/ Incidence des règlements d'exemption sur les clauses non visées par eux.**

**374.** Avant l'introduction d'une procédure particulière les concernant, le sort des clauses non visées par les règlements était largement indéterminé : elles neutralisaient le bénéfice des règlements lorsqu'elles étaient restrictives de concurrence ; elles n'y faisaient pas obstacle dans le cas contraire. Leur présence était source de grave incertitude juridique pour les parties. Celles-ci étaient condamnées à requérir une décision individuelle d'exemption dont nous avons déjà souligné la lourdeur et la précarité. C'est pour mettre un terme à ces aléas que le règlement 2349/84 a inauguré une procédure simplifiée, dite de "non-opposition". Nous la présenterons (a) avant d'en envisager la portée (b).

#### **a/ Exposé de la procédure de "non-opposition"**

**375.** Monsieur GASTINEL définit la procédure d'opposition comme *"une faculté offerte aux parties à un accord non expressément exempté par un règlement d'exemption par catégorie, ou dont elles ne sont pas certaines qu'il le soit, mais qui remplit certaines conditions de fond, de pouvoir néanmoins en bénéficier à l'issue d'une procédure de notification simplifiée destinée à permettre à la Commission, tout en assurant un contrôle de surveillance efficace, d'établir rapidement une appréciation de compatibilité juridique et concurrentielle du dit accord avec le règlement d'exemption par catégorie considéré"*<sup>929</sup>.

---

<sup>929</sup> Cf M. E. GASTINEL, "La procédure d'opposition et la franchise commerciale en droit communautaire des ententes", R.T.D.E. 1192, p.465

**376.** La légalité de ce mécanisme a été contestée. Monsieur J.S. VENIT a mis en doute la compétence de la Commission, car la procédure permet d'exempter des pratiques sans respect de la procédure formelle et sans publicité à l'égard des tiers <sup>930</sup>. La Commission elle-même était dubitative ; la procédure de non opposition, à laquelle elle avait songé dès 1962, lui semblait trop attentatoire au principe d'interdiction des accords anticoncurrentiels.

Cette nouvelle procédure présente pourtant certains avantages. Elle tempère la rigidité des règlements d'exemption en permettant leur adaptation à la diversité des situations contractuelles. Elle permet également d'alléger le travail lié à la procédure de notification traditionnelle. C'est pourquoi les règlements qui se sont succédés depuis 1984 l'ont adoptée, à l'exception toutefois du règlement 123/85, relatif à la distribution de véhicules automobiles, *vraisemblablement en raison du caractère hautement répétitif de cette catégorie d'accords* <sup>931</sup>, et du règlement 1534/91, applicable au secteur des assurances.

**377.** Les règlements 2349/84 (licence de brevets), 417/85 (accords de spécialisation), 418/85 (recherche et développement), 4087/88 (franchise), et 556/89 (savoir faire) permettent aux parties de notifier des clauses non mentionnées par le règlement à la Commission, dans les conditions prévues par les règlements n°17/62 et 27/62. L'absence de notification est un obstacle rédhibitoire à l'exemption. Une exception est cependant prévue au bénéfice des accords déjà notifiés à la date d'entrée en vigueur du règlement : ceux-ci doivent simplement être communiqués à la Commission.

Celle-ci dispose d'un délai de six mois, à compter de la notification ou de la communication, pour faire opposition à l'exemption. Passé ce délai, si la Commission ne s'est pas manifestée, l'exemption est réputée acquise <sup>932</sup>. Le bénéfice de l'exemption catégoriel est acquis à l'ensemble du contrat, au jour de la notification. Cette mesure est incontestablement protectrice des contractants.

**378.** La Commission peut faire opposition si elle estime que l'accord contient des clauses interdites, ou qu'il ne rentre pas dans le champ d'application matériel du règlement, ou encore que

---

<sup>930</sup> M. James S. VENIT, "The Commission's Opposition Procedure..." Common Market Law Review, 1985, p.167.

<sup>931</sup> E. GASTINEL, article précité.

<sup>932</sup> On parle pour cela de procédure de notification simplifiée.

Comparer avec

-le droit contractuel: le silence gardé par un contractant vaut refus de l'offre qui lui est faite.

- le droit administratif: certaines décisions de l'administration valent rejet de la demande (cas du silence gardé pendant quatre mois à la suite d'une réclamation d'un administré dans le cadre d'une procédure contentieuse), d'autres valent acceptation (octroi tacite du permis de construire).

les clauses additionnelles litigieuses constituent des entraves à la concurrence non susceptibles d'exemption... La Commission est libre de faire ou non opposition <sup>933</sup>, hormis dans un cas. Lorsqu'un Etat membre lui demande de faire opposition, elle est tenue d'y procéder dans un délai de trois mois à compter de la transmission de la notification (ou de la communication) de l'accord à cet Etat.

**379.** L'opposition n'est pas nécessairement faite à titre définitif : il est possible de la lever à tout moment, suite à une modification du contrat par l'entreprise, ou simplement suite à une négociation menée avec elle. Cependant, si l'opposition émane d'un Etat membre et que celui-ci la maintient, la Commission ne peut lever l'opposition qu'après avis du Comité consultatif en matière d'entente.

La levée éventuelle de l'opposition a un effet rétroactif variable. Si les entreprises ont démontré que les conditions de l'article 85, § 3, sont réunies, l'exemption prend effet à la date de la notification de l'accord. Si l'accord n'est rendu conforme aux exigences du même paragraphe qu'après modification, l'exemption prend effet à la date de la modification.

Si l'opposition n'est pas levée, la procédure utilisée est celle prévue par le règlement n°17. En application de l'article 15 de ce texte, aucune amende ne peut être encourue au titre de comportements postérieurs à la notification. Celle-ci est traitée comme une notification traditionnelle : l'entreprise peut obtenir une exemption individuelle si la convention, bien que ne répondant pas aux conditions du règlement d'exemption en cause, réunit les conditions prévues à l'article 85, § 3.

**380.** Le système retenu est hybride : il relève à la fois des mécanismes individuels et réglementaires. Il emprunte aux premiers la notification, instrument de surveillance, qui ne se commue pas ici réellement en contrôle puisque l'exemption ne peut pas être accordée conditionnellement. La Commission ne peut en effet subordonner sa non-opposition à de quelconques conditions et charges. Il emprunte aux seconds leur régime juridique et une relative simplification procédurale.

#### **b/ La portée devant le juge national de la procédure de non opposition**

**381.** La portée de la procédure a été sujette à controverses. Certains considèrent que le silence gardé par la Commission (valant non-opposition) n'a pas plus de valeur qu'une lettre administrative

---

<sup>933</sup> Mais la décision d'opposition peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de première instance.

de classement. Les partisans de cette thèse estiment que les juges seraient fondés à prononcer la nullité de plein droit d'un accord exempté selon cette procédure, s'ils estiment l'accord incompatible avec les exigences de l'article 85, § 3. Cela semble difficilement défendable. Les règlements d'exemption prévoient expressément que les accords bénéficiant de cette procédure sont couverts par l'exemption par catégorie qu'ils organisent <sup>934</sup>. C'est donc le règlement lui-même qui s'applique par extension <sup>935</sup>. Le juge national n'est pas habilité à constater la nullité de l'accord. A l'inverse, il lui est défendu de déclarer compatible un accord auquel la Commission s'est expressément opposée.

On peut en effet estimer que le sort de la clause litigieuse n'est indéterminé que de façon transitoire. Une fois soumise à l'appréciation de la Commission, cette clause atypique mue en clause autorisée en cas de non opposition (ou de levée d'opposition), et en clause non conforme dans l'hypothèse inverse. Elle emprunte le régime de l'une ou l'autre. Dans le cas qui nous intéresse, elle se teinte des couleurs de l'interdit. Comme la clause initialement non conforme, elle fait obstacle au bénéfice de l'exemption. Rien ne justifie un traitement différentiel. C'est le contrat dans sa globalité qui est marqué du sceau de la précarité. On ne peut pas davantage admettre en la matière le principe d'une immunité circonscrite <sup>936</sup>. Si l'accord ne peut prétendre au bénéfice d'aucune immunité (qui lui serait offerte par un autre règlement par catégorie ou par une décision individuelle), et si la clause litigieuse est fondamentale, il est également nul.

L'aléa est donc réel. Il est de nature à décourager les entreprises de trop s'éloigner des clauses expressément autorisées par les règlements. En témoigne la rareté des procédures d'opposition <sup>937</sup>. Celles-ci sont donc impuissantes à assouplir réellement les mécanismes réglementaires. Un règlement d'exemption demeure quoiqu'il en soit un instrument de normalisation. C'est ce que nous allons maintenant nous attacher à démontrer.

---

<sup>934</sup> Pour exemple, cf point 14 de l'exposé introductif du règlement 4087/88 du 30 novembre 1988, relatif à des catégories d'accords de franchise : *"Il y a donc lieu de considérer de tels accords comme couverts par l'exemption prévue au présent règlement lorsqu'ils sont notifiés à la Commission et que celle-ci ne s'oppose pas à l'application de l'exemption dans un délai déterminé"*

Voir également article 6.1 du règlement 4087/88 relatif aux accords de franchise : *"Bénéficient également des dispositions de l'article 1er les accords..."* auxquels la Commission ne s'est pas opposée à l'issue du délai de 6 mois.

<sup>935</sup> On ne peut cependant occulter le fait que, en l'absence de décision expresse de la Commission, les tiers n'ont pas connaissance du contenu de clauses litigieuses. Disposent-ils d'un droit de recours dans le cadre de cette procédure? Le silence gardé par la Commission peut-il être considéré comme une décision leur faisant grief?

<sup>936</sup> Il n'a jamais été question de déclarer les clauses interdites non écrites afin de sauver les autres dispositions de l'accord. Une telle conséquence contredirait le principe de l'absence de force contraignante des règlements. La seule solution serait d'adopter le principe d'une immunité conditionnelle en matière réglementaire: cf p. (284, \*\*)

<sup>937</sup> **B. BEAUCHESNE**, "La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence", précit., §28.

## **B - INCIDENCE DES REGLEMENTS D'EXEMPTION SUR LA REDACTION DES CONTRATS**

**382.** En théorie, un règlement n'oblige à rien ; les parties ne sont aucunement obligées de mettre leur accord en conformité avec les prescriptions qu'il édicte (1). Ceci résulte de son caractère non contraignant. En pratique, il en va autrement. La promesse d'absolution que contient le règlement incite très fortement les parties à calquer leur accord sur le modèle qu'il constitue. Le binôme promesse de validité - mise en conformité est ici encore opérant. Il est renforcé par le phénomène de standardisation qui s'attache au règlement. Plus qu'une décision individuelle, un règlement a pour vocation de servir de modèle. En ce sens, il constitue un instrument de normalisation (2).

### **1/ Les règlements d'exemption n'obligent pas les parties à mettre leur accord en conformité avec ses prescriptions**

**383.** Les autorités communautaires rappellent régulièrement que le règlement constitue, non pas un contrat-type, mais un simple cadre de référence. Notons que la même portée peut être conférée en droit français aux décrets susceptibles d'être adoptés par le ministre. Un commentateur de l'article 10 de l'Ordonnance observe que *"le décret ne s'analyse pas comme une sorte de contrat - type s'imposant aux entreprises, mais comme l'énoncé des restrictions de concurrence admissibles à partir de la réalité observée des contrats existants et de l'état de la jurisprudence"*<sup>938</sup>. Les parties sont libres de se conformer ou non au texte réglementaire : la liberté contractuelle demeure la règle (a). Le droit national peut cependant poser des bornes à cette liberté (b).

#### **a/ Le principe de liberté contractuelle. *L'absence de droit, ou d'obligation, à adaptation du contrat.***

**384.** La Cour de Justice a considéré que l'entrée en vigueur d'un règlement d'exemption n'emporte pas pour les parties obligation de mettre leur accord en conformité avec ses prescriptions. Il a été dit que le règlement 123/85, mais la remarque est généralisable, *"n'établit*

---

<sup>938</sup> M. J. LOVERGNE, "Les décrets d'exemption", R.C.C. 1984, n°37, p.14.

*pas de prescriptions contraignantes (...) obligeant les parties contractantes à adapter le contenu de leur contrat* <sup>939</sup>. La partie qui se refuserait à une telle adaptation ne pourrait voir sa responsabilité retenue. Il n'existe aucun droit à revendiquer une adaptation du contrat, pas plus qu'une obligation de substituer le contrat ancien par un nouveau conforme au droit communautaire (ou français dans l'hypothèse où un décret d'exemption serait adopté) <sup>940</sup>. Il ne saurait davantage être question d'une substitution de plein droit des dispositions du règlement à celles du contrat en cause.

Le règlement n'est donc pas directement attentatoire à la liberté contractuelle <sup>941</sup>. Alors que le principe d'une exemption individuelle ne laisse d'autre choix aux parties que de se soumettre aux conditions posées par la Commission ou de voir leur contrat anéanti, le règlement ne permet pas directement un modelage du contrat. Les parties ont le choix entre l'adapter ou le maintenir en l'état, sans encourir *ipso facto* la nullité.

**385.** La réception de ces principes en droit national a été mouvementée <sup>942</sup>. La Cour de Cassation a entériné la position de la Cour de Justice dans différents arrêts récents revendiquant clairement leur filiation à l'arrêt "Vag contre Magne". Elle a bien établi que le règlement n'affecte

---

<sup>939</sup> C.J.C.E. 18 déc. 1986, précité, aff. 10/86, aff. VAG c/ MAGNE, Rec. 4071.

<sup>940</sup> Cela est conforme à notre tradition juridique. En droit contractuel français, le principe applicable en cas de changement de législation est celui de la survie de la loi ancienne (article 2 du code civil). Il arrive cependant que le législateur énonce que la loi nouvelle s'applique aux contrats en cours. Le législateur prévoit parfois des mesures qui permettent la mise en harmonie des contrats avec la loi nouvelle. Le législateur communautaire opère de la même façon dans certains règlements d'exemption. Cf infra, §\*\*.

Sur ce problème, cf. **DEKEUWER-DEFOSSEZ**, "Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine", thèse LILLES II, éd. 1977.

<sup>941</sup> Il peut être intéressant de consacrer un court développement à une comparaison entre la portée d'un règlement et celle d'un plan. Nous choisirons comme modèle le plan de l'ancienne U.R.S.S., car il s'agit d'un plan "*omnipotent et impératif*" (...) *source suprême de droits et d'obligations*". M. S. **KHALIL** a montré en quoi l'ordre public planifié ne peut se contenter d'annuler les rapports juridiques qui lui sont contraires; "*il continue d'agir, afin d'adapter ces rapports juridiques à ces prescriptions*". Il crée ainsi une sorte de nullité de nature particulière, nullité qui produit "*non seulement son effet négatif, mais crée aussi et en même temps la possibilité ou l'obligation de modifier les droits ou les obligations sur lesquels s'exerce son effet négatif*", in " Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit comparé, France, Egypte, U.R.S.S.", Thèse Paris, 1966, p.30. L'adaptation impérative du contrat au plan apparaît dans ce système comme la sanction logique de l'absence de conformité du premier au second, dans la mesure bien sûr où le contrat est adaptable.

<sup>942</sup> La France n'est pas seule concernée. L'affaire G39/92, Pétroléos de Portugal, en témoigne. Cf conclusions de l'avocat général Otto Lenz, présentées le 3 juill. 93 (activités de la cour)

directement, ni les contrats en cours, ni les contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur.

De nombreux contentieux ont en effet agité la distribution automobile. Ils ont trait à la poursuite des contrats en cours et parfois au renouvellement de contrats arrivés à expiration. Suite à la publication du règlement 123/85 relatif à des catégories d'accords de distribution de véhicules automobiles, qui prévoit des délais de préavis sensiblement supérieurs à ceux habituellement pratiqués, de nombreux constructeurs jugèrent préférable de ne pas renouveler des conventions venant à expiration. Les concessionnaires prétendirent alors que l'entrée en vigueur du nouveau règlement faisait obligation à ces constructeurs de mettre les contrats en harmonie avec celui-ci<sup>943</sup>, avant de les assigner en annulation des dits contrats et en responsabilité. Nous avons vu que certaines Cours d'appel, telle que la Cour de Versailles, leur ont donné satisfaction<sup>944</sup> et ont été censurées par la Cour de Cassation.

Certains concessionnaires ont également cherché à obtenir le renouvellement ou la poursuite de leur contrat en mettant en cause la validité de celui conclu avec leur successeur au regard du règlement automobile. Cette demande a parfois été qualifiée d'anormale et faite de mauvaise foi<sup>945</sup>.

**386.** L'absence de droit à exiger une mise en conformité n'exclut cependant pas que les parties puissent s'efforcer d'adapter leur contrat pour tenter d'obtenir le bénéfice de l'exemption. Certains règlements prévoient des dispositions transitoires applicables aux contrats en cours<sup>946</sup>. Ces dispositions varient d'un règlement à l'autre et sont d'une lecture difficile. L'ensemble est infiniment complexe. Les dispositions généralement retenues sont approximativement les suivantes:

---

<sup>943</sup> Certains concessionnaires exigeaient également que leur contrat fût prorogé pour atteindre une durée de quatre années, durée minimale prévue par le règlement.

<sup>944</sup> Cf §\*\*

<sup>945</sup> Paris, 1ère ch. A, 23 avril 1990, Sté Nantes Sud Auto c/ sté Vag France, Dalloz 1990, I.R. p. 142.

<sup>946</sup> 5 règlements comportent des dispositions transitoires:

- Article 5 du règlement 67/67 relatif aux accords d'exclusivité,
- Article 7 du règlement 1983/83 relatif aux accords de distribution exclusive,
- Article 15 du règlement 1984/83 relatif aux accords d'achat exclusif,

(Les dispositions transitoires prévues par ces deux derniers règlements ont été explicitées et complétées par une communication en date du 22 juin 1983),

- Articles 7 et 8 du règlement 123/85 relatif aux accords de distribution et de services de vente et d'après vente de véhicules automobiles,

- Articles 6 à 8 du règlement 2349/84 relatif aux accords de licence de brevets,

- Article 11 du règlement 418/85 relatif aux accords de recherche et de développement.

Les règlements 417/85 relatif aux accords de spécialisation, 4087/88 relatif aux accords de franchise, et 2932/92 relatif au domaine des assurances ne comportent pas de dispositions transitoires.

- le règlement concerné s'applique de façon rétroactive aux accords notifiés à la date d'entrée en vigueur du règlement 17/62, et aux accords dispensés de notification, au jour où les conditions d'application du règlement sont remplies,

- tous les autres accords notifiés avant l'entrée en vigueur du règlement d'exemption sont exemptés de façon rétroactive à la date à laquelle les conditions du règlement concerné sont remplies, mais au plus tôt à la date de la notification;

- enfin, les ententes anciennes notifiées avant la date d'entrée en vigueur du règlement ou dispensées de notification, et qui ont été modifiées (en général) dans les six mois qui suivent la promulgation du règlement d'exemption, bénéficient de l'immunité à condition que les modifications aient été soumises à la Commission dans un délai fixé par le règlement.

Des dispositions transitoires sont également prévues pour les accords conclus par des entreprises ressortissant d'Etats nouvellement adhérents à la Communauté.

Certaines mesures transitoires spécifiques sont organisées pour les accords de fourniture de bière ou les accords de station service : il est alors prévu que ces accords, pour être immunisés, devront être adaptés, *"soit par la conclusion d'un accord modifiant l'accord initial, soit par un acte unilatéral du fournisseur qui libère de toutes les obligations qui feraient obstacle à l'exemption par catégorie après ce 1er janvier 1989 "*<sup>947</sup>.

Plusieurs remarques peuvent être formulées.

Seul le cas des accords notifiés est envisagé par ces dispositions transitoires. Les entreprises ayant des contrats, des décisions ou des pratiques en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur des règlements sont donc invitées à les notifier. En effet, une modification du contrat non notifiée semble inefficace. La situation est paradoxale, les règlements d'exemption ayant précisément pour fonction de limiter les notifications.

La notification concerne tous les accords, que ceux-ci soient originellement conformes ou qu'ils aient été modifiés en ce sens. Qu'en est-il alors des accords originellement conformes mais non notifiés? Doit-on considérer que le bénéfice du règlement leur est refusé? Cela signifierait qu'un même accord, selon qu'il a été conclu avant ou après la date d'entrée en vigueur du règlement, serait valable ou ne le serait pas. Ce résultat est imposé par le principe de non rétroactivité des actes administratifs, mais il est contestable. Ne pourrait-on pas admettre le principe d'une application immédiate du règlement à ces accords?<sup>948</sup> Il faudrait en outre étendre le bénéfice du règlement aux accords mis en conformité, mais non notifiés. Les entreprises seraient

---

<sup>947</sup> Article 65 de la communication relative aux règlements n° 1989/3/83 et 1984/83 de la Commission du 22 juin 1983, relative aux accords de distribution exclusive et d'accords d'achat exclusif, J.O.C.E. n° C 101 du 13.04.1984, p. 2.

<sup>948</sup> On pourrait même s'inspirer du droit pénal et prévoir une rétroactivité *in mitius* des règlements d'exemption. Ceux-ci améliorent en effet la situation des parties.



ainsi incitées à cette mise en conformité, sans que cela contribue à encombrer davantage les services de la Commission. Mais encore une fois, il ne s'agit là que d'une possibilité offerte aux entreprises. Leur liberté contractuelle n'est pas affectée par les règlements catégoriels. Le droit national peut cependant limiter cette liberté.

#### **b/ Le droit national peut apporter des restrictions à la liberté contractuelle.**

**387.** L'avocat général MISCHO désigné dans l'affaire "Vag contre Magne" justifie l'effacement du droit communautaire en rappelant que celui-ci n'a pas vocation de "*protéger l'un ou l'autre des contractants*", mais de "*limiter au maximum les restrictions au libre jeu de la concurrence qui sont généralement l'objet ou l'effet d'accords de ce type*"<sup>949</sup>.

Il en est différemment du droit national des contrats. L'absence de force contraignante des règlements n'exclut pas "*que le droit national applicable (...) ne limite, dans certaines hypothèses, la liberté contractuelle de l'une ou l'autre des parties. Il en résulte que les questions de savoir s'il est loisible à l'une des parties d'exiger le remplacement d'un contrat en cours par un nouveau contrat, de faire dépendre l'adaptation ou le renouvellement d'un accord de concession exclusive de la réalisation de résultats de vente satisfaisants obtenus par l'autre ou de demander le changement du caractère déterminé ou indéterminé de la durée d'un tel contrat, sont à apprécier au regard du dit droit national*"<sup>950</sup>. La Cour de Justice a suivi les propositions de son avocat général en énonçant que ces éventuelles exigences étaient effectivement à apprécier par les juridictions de l'Etat membre.

**388.** Les commentateurs se sont réjouis de voir la Cour de Justice reconnaître les prérogatives du juge national<sup>951</sup>. Les concessionnaires ont saisi cette opportunité et affûté leurs arguments. C'est ainsi qu'ont été invoqués:

- la privation délibérée par la Régie Renault de la chance pour son concessionnaire de voir son contrat se poursuivre au-delà du 31 décembre 1985<sup>952</sup>,

---

<sup>949</sup> C.J.C.E. 18 déc. 1986, aff. 10/86, VAG c/ MAGNE, Rec. 4081

<sup>950</sup> JCP Ed. G 1987, JP, n°20821.

<sup>951</sup> Cf note de **P. DURAND**, sous l'arrêt du 18 décembre 1986, JCP Ed. G., 1987, JP n°20821, et **B. SAINTOURENS**, "L'entrée en vigueur du règlement C.E.E. d'exemption du 12 décembre 1984 et le sort des contrats de concession automobile en cours", Actualités communautaires, fév. 1992, p.7..

<sup>952</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 23 mars 1989, cassé le 27/11/91 par la Cour de cassation, en annexe de la chronique de M. **SAINTOURENS**, citée supra". La perte de chance était également

- la faute délictuelle (sur le fondement de l'abus de droit) et la mauvaise foi de la société VAG (sur le fondement de l'article 1134 du code civil) pour avoir refusé de négocier la mise en harmonie du contrat de concession avec les prescriptions du règlement <sup>953</sup>,

- la violation d'un engagement ferme de la part de la Régie Renault de mettre le contrat de concession en conformité avec le règlement

- la responsabilité précontractuelle de cette dernière société (en application de l'article 1382 du code civil) pour avoir entretenu le concessionnaire, avant la signature du contrat, dans la certitude qu'elle s'était engagée à assurer le maintien de la validité du contrat en le mettant en conformité avec le futur règlement d'exemption <sup>954</sup>,

- le refus fautif de la part de la société Daret de mettre le contrat en conformité avec le règlement <sup>955</sup>.

On le voit, les moyens ne manquaient pour sanctionner la coïncidence troublante entre l'entrée en vigueur du règlement 123/85 et les nombreuses résiliations de contrats de concession automobile. La Cour de Cassation n'en reçoit aucun. Elle se contente tout au plus de relever l'absence de faute du concédant, ou le fait que *"l'obligation imposée au concessionnaire de satisfaire les objectifs commerciaux prévus au contrat ne dépendait pas de critères subjectifs unilatéralement fixés par le concédant mais était fonction des performances réalisées par la marque sur le marché national, la société H. n'alléguant pas avoir fait l'objet d'un traitement inéquitable ou d'une discrimination sans justification objective par rapport aux autres concessionnaires"* <sup>956</sup>.

**389.** L'attitude sévère de la Cour de cassation peut s'expliquer. Elle peut avoir eu le souci de conférer une portée absolue au principe d'absence de force contraignante des règlements, de ne pas offrir des rentes de situations aux concessionnaires, d'éviter toute atteinte supplémentaire au principe de liberté contractuelle... D'une façon générale, la Cour estime que les mécanismes

---

invoquée par les établissements Beaudoin devant la Cour d'appel d'Orléans le 21 juin 1989, mais cette dernière n'y a pas fait droit. Actualités communautaires fév. 1992, p.7.

<sup>953</sup> Pourvoi formé dans l'affaire Ets Magne/ S.A. V.A.G. rejeté par la Cour de cassation le 27/11/91 (même référence).

<sup>954</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 juillet 1989, cassé le 27/11/91 (même référence).

<sup>955</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 8 février 1990, cassé le 27/11/91 (même référence).

<sup>956</sup> Cass. com. 1er fév. 1994, Ets HERBAUT c/ Sté FIATGEOTECH France, Contrats-conc. consom. mai 1994, n°103. Ces conditions de non discrimination et d'absence d'arbitraire sont rappelées régulièrement par la Cour : cf arrêt du 7 déc. 1993, DROME AUTO c/ ALFA ROMEO France, Contrats-conc. consom. fév. 1994, n°29. Cf également Paris 4e ch. section B, 3 mars 1994, Contrats-conc. consom. mai 1994, n° 103.

d'exemption ne peuvent être utilisés aux fins de pérenniser des situations et de rigidifier le marché. Le principe demeure celui de la prohibition des engagements perpétuels et de la liberté de résiliation, hors abus manifeste, des contrats à durée indéterminée <sup>957</sup>. Il est également vrai que notre droit ne reconnaît pas à une partie le droit de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat. Une telle modification ne paraît possible que par consentement mutuel et celui-ci était manifestement absent dans les cas d'espèce.

Cette rigueur affichée à l'égard du concessionnaire, qui multiplie les tentatives pour se voir reconnaître un droit au renouvellement, apparaît néanmoins critiquable à certains auteurs. Ceux-ci dénoncent son caractère excessif, notamment dans une affaire "*où la Régie Renault, avait, au moyen de deux lettres successives, pris l'engagement de mettre le contrat de concession en conformité avec le règlement d'exemption, engagement non suivi après la publication du règlement et la demande du concessionnaire*" <sup>958</sup>. On peut en effet regretter que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de montrer la vigueur et la richesse de notre droit des contrats. Si évasion il y avait eu du principe de liberté contractuelle, ce n'aurait pas été sur le fondement du droit de la concurrence <sup>959</sup>, mais sur celui des principes issus de notre théorie générale : exécution de bonne foi des conventions, faute contractuelle ou pré-contractuelle, abus de droit... Loin de consacrer l'hégémonie du droit de la concurrence, elle aurait au contraire témoigné d'une possible et harmonieuse complémentarité entre les deux corps de normes, suggérée qui plus est par la Cour de Justice des Communautés. Souhaitons que la fougue communautaire de la Cour de Cassation, louable dans son principe, se conjugue avec le souci d'assurer la pérennité de la théorie générale du contrat.

---

<sup>957</sup> Cf **L. VOGEL**, La distribution automobile à l'épreuve du règlement d'exemption n°123/85, D.P.C.I. 1992/tome 18, p. 577-586.

<sup>958</sup> **B. SAINTOURENS**, chronique précitée.

<sup>959</sup> A l'inverse d'un autre contentieux célèbre: celui de la restitution en nature des cuves par les pompistes : cf chapitre 1 §\*\*.

Un auteur a bien tenté d'utiliser des notions du droit de la concurrence, telle l'abus de dépendance économique, pour justifier une mise en conformité obligatoire des contrats. Ainsi M. **JOURDAIN** note-t-il que "*plusieurs décisions récentes des juges du fond ont eu recours à ce concept pour stigmatiser les comportements abusifs ou déloyaux de contractants puissants* ." L'auteur déplore la dénaturation de ce concept, privé par les juges de sa composante technique. Mais, relève-t-il, même "*à supposer satisfaites les conditions relatives à l'état de dépendance, la responsabilité d'un constructeur pour ne pas avoir prononcé ou même accepté un contrat conforme représenterait une entorse colossale au principe de liberté contractuelle*", note sous Cass. Comm. 9 mai 1990, Dalloz 1990, J.P., p.509.

390. Le principe est acquis en droit communautaire et consacré en droit français qu'il n'est pas question de contraindre les opérateurs à adapter leur contrat. Il est cependant évident qu'une absence généralisée de conformité des contrats aux règlements priverait ceux-ci de leur raison d'être et signerait leur échec. Leur vocation est précisément de conduire à une mise en conformité. Ils constituent des instruments de normalisation.

## 2/ Les règlements d'exemption, instruments de normalisation

391. Les règlements, et peut-être les décrets français à venir, n'obligent pas les opérateurs à faire disparaître les clauses interdites de leur contrat. Ils se contentent de les inciter fortement à le faire.

Rappelons qu'un contrat comportant des clauses non conformes au règlement, s'il n'encourt pas automatiquement la nullité, ne peut prétendre bénéficier de l'exemption. On souligne à cet égard le caractère particulièrement renforcé de la protection organisée par le règlement n°123/85, qui fait désormais de lui un modèle pour tous les contrats de concession automobile. Les opérateurs hésitent à se priver de cette protection et à s'engager dans les liens d'un contrat qui risque d'être frappé d'illicéité. Ils savent qu'ils agiront alors à leurs risques et périls et *"la conscience de cette insécurité devrait paradoxalement motiver les parties à revenir à l'abri des dispositions éprouvées"* <sup>960</sup>. C'est à un modelage contractuel indirect que procède le règlement. Il donne aux parties le choix entre une adaptation - sécurité et une autonomie - insécurité. Les entreprises vont adapter leur contrat avec l'illusion d'un volontarisme éclairé. Monsieur KERNION se demande justement si *"sous cet aspect, l'exemption catégorielle ne serait pas, en dépit de sa portée avouée, un instrument détourné d'intégration, d'autant plus insidieux qu'il conduirait les contractants à rechercher d'eux-mêmes sa protection"*.

Ce *"procédé élégant"* <sup>961</sup> est en fait assez commun en matière d'ordre public libéral. L'on a affaire à un nouveau mode de dirigisme, non pas autoritaire, mais "incitatif". Il s'agit en quelque sorte d'une *"persuasion dirigiste"* <sup>962</sup>, conciliant liberté contractuelle et intérêt général. Il n'est pas question ici de contrat imposé, mais seulement *"(d')activité contractuelle suggérée"* <sup>963</sup>, d'un

---

<sup>960</sup> D. KERNION, article précité.

<sup>961</sup> G FARJAT, "L'ordre public économique", précité, p.202.

<sup>962</sup> Expression empruntée à M. M.S. KHALIL, Thèse précitée, p. 75.

<sup>963</sup> G.FARJAT, "L'ordre public économique", précité.

procédé agissant "*en les façonnant à son gré, sur les motifs déterminants*" <sup>964</sup> d'une décision que les acteurs croient libres. La volonté est tout à la fois libre et déterminée, et le règlement aboutit à ce paradoxe déjà relevé: "*la liberté et la contrainte se concilient.*" <sup>965</sup>.

**392.** Ce déterminisme s'opère par la promesse d'un avantage. Monsieur FARJAT a montré que l'octroi d'avantages ou le refus d'avantages prennent appui sur des dispositions de l'ordre public économique <sup>966</sup>. Ainsi, "*le législateur accordera un traitement "préférentiel" d'ordre juridique aux contractants qui répondent à certaines de leurs exigences, ou, plus souvent, refusera un avantage juridique à celui qui ne s'est pas soumis à ses prescriptions.*" La Cour de Justice ne fait pas autre chose lorsqu'elle énonce que le règlement "*se limite à établir des conditions qui si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévue par l'article 85 § 1 et 2, du Traité C.E.E.*" <sup>967</sup>.

Rappelons qu'en matière d'exemption individuelle, la Cour a expressément opposé à une entreprise sollicitant le bénéfice de l'exemption malgré une absence de notification que celle-ci n'est "*pas une formalité imposée aux entreprises mais seulement une condition indispensable pour obtenir certains avantages*" <sup>968</sup>. Ici encore l'identité d'objet entre les deux types d'exemption est patente. Seuls divergent les moyens mis à la disposition des instances communautaires.

**393.** C'est en quelque sorte à un "chantage légal" que se livrent les autorités, aussi dénommé "*prêt-à-porter réglementaire*" par Monsieur GASTINEL, "*correspondant dans son état brut à du "take it or leave it"*" <sup>969</sup>. Les autorités de la concurrence proposent aux parties un modèle susceptible de leur assurer une sécurité juridique enviable, modèle proche d'un contrat type. Monsieur LEAUTE a consacré aux contrats types des développements unanimement salués <sup>970</sup>. La

---

<sup>964</sup> M.S. KHALIL, Thèse précitée, p.75.

<sup>965</sup> Même auteur, thèse p.76.

<sup>966</sup> Op. cit., p.207.

<sup>967</sup> Arrêt du 18 décembre 1986, Rec. p.4081, précité, point 16.

<sup>968</sup> Arrêt MUSIQUE DIFFUSION FRANCAISE en date du 7 juin 1983, Rec. 1983, p.1825.

<sup>969</sup> "La procédure d'opposition et la franchise commerciale en droit communautaire des ententes", R.T.D.E. juil.sept. 1992, p.465, et spéc. p.475.

<sup>970</sup> J. LEAUTE, "Les contrats types", R.T.D.Civ. 1953, p.447.

parenté entre ceux-ci et les règlements a été parfois soulignée, parfois niée <sup>971</sup>. Cette dernière opinion nous semble le fruit d'une confusion: les auteurs réfutent toute filiation car ils assimilent les contrats types à un acte de contrainte <sup>972</sup>. Or, un contrat type n'est pas nécessairement impératif. Il n'est même en général que proposé. Monsieur LEAUTE écrit que " *l'administration se contente dans certains cas de proposer un modèle type de contrat. Elle ne l'impose pas, et les parties sont libres, si elles le veulent, de conclure à d'autres conditions.(...) Le contrat type est alors facultatif. Parfois, en revanche, les clauses du contrat type établi par l'administration ont un caractère impératif. Il est alors interdit de contracter en violation des clauses réglementaires.*" Le règlement d'exemption se situe à mi-chemin entre le facultatif et l'obligatoire. Non contraignant dans son principe, il l'est par la dangereuse précarité que son irrespect introduit. Les parties ne sont pas réellement libres de conclure à d'autres conditions.

Bien sûr, les règlements n'ont pas vocation de modeler l'ensemble des rapports contractuels entre les parties. Celles-ci ne sauraient se contenter d'apposer une signature au bas d'un règlement simplement personnalisé. Seules les clauses qui intéressent le droit de la concurrence sont mentionnées ; l'organisation de la vie quotidienne des parties est laissée à leur entière discrétion. Il s'agit donc en quelque sorte de contrats types partiels. Mais la majorité des auteurs souligne le pointillisme des règlements et s'inquiète du peu de liberté laissée aux entreprises. Le règlement 123/85 relatif aux accords de distribution automobile constitue un archétype : les clauses autorisées et les clauses interdites font l'objet d'une longue énumération et sont étudiées avec une minutie extrême ; les droits et obligations des parties sont soigneusement analysés... Ce règlement a fait l'objet de critiques sévères. Monsieur DAVERAT l'a qualifié, sans doute de manière excessive, de " *tentative de génocide économique* " <sup>973</sup>. Messieurs JEANTET et KOVAR ont, quant à eux, dénoncé la réduction considérable de la marge de négociation des parties <sup>974</sup>. On objectera que le détail des prescriptions édictées a pour contrepartie une plus grande prévisibilité de la réaction des autorités. La liberté de négociation des parties est, en quelque sorte, inversement proportionnelle à leur sécurité juridique.

---

<sup>971</sup> Cf § 132.

<sup>972</sup> Ainsi M. J. LOVERGNE écrit-il à propos des décrets d'exemption: " *Il s'agit en effet, non d'imposer aux entreprises une sorte de contrat type qui les priverait d'une liberté contractuelle qui est par ailleurs, étendue, mais bien leur proposer une solution pragmatique leur assurant une sécurité juridique non contestable.* " in: "Les décrets d'exemption", Rev.conc. cons° n°37, p.14.

<sup>973</sup> G. DAVERAT, " *Réflexions sur une tentative de génocide économique*" Gaz. Pal. 1984, I, doct. 84. L'auteur estime ainsi que le règlement contient " *un foisonnement de détails et de complications conduisant à un texte d'une extraordinaire complexité, d'ailleurs aggravée par de multiples contradictions et imprécisions. Nul ne peut donc voir un progrès dans une telle forme de réglementation, d'autant qu'elle marque une intervention, dénuée de la moindre limite, dans la pratique commerciale.* "

<sup>974</sup> F. C. JEANTET et R. KOVAR, "Les accords de distribution et de services de véhicules automobiles et L'article 85 du Traité CEE. Etude du projet de règlement de la Commission ds Communautés européennes", R.T.D.E. 1983, p.547.

394. Ce "pointillisme" est une spécificité de l'ordre public économique <sup>975</sup>. La chose est surprenante de la part d'un droit que l'on qualifie volontiers de plastique et d'opportuniste. Monsieur BLAISE s'étonne à cet égard qu'une "*étude détaillée des conditions d'application de l'article 85 §3, qui suppose une appréciation prudente des phénomènes économiques, a pu dicter des solutions aussi subtiles que catégoriques* " <sup>976</sup>. Enfermer un règlement dans un excès de détails peut en effet le priver de toute faculté d'adaptation aux nouveaux besoins. Cela lui fait au surplus encourir le risque d'être désavoué par les théories économiques les plus récentes<sup>977</sup>. Ce phénomène se conjugue avec l'interdiction faite aux instances nationales d'adopter une lecture compréhensive des règlements <sup>978</sup>. Cela peut aboutir à cet inconvénient, déjà évoqué, que les pratiques ne s'intégrant pas précisément dans le cadre réglementaire doivent être notifiées à la Commission. En résumé, le règlement conduit à un phénomène de standardisation <sup>979</sup> contractuelle tout en étant impuissant à garantir aux parties une sécurité juridique véritable. Du point de vue de l'efficacité économique, le procédé est assez probant. Du point de vue des acteurs économiques, ses avantages sont plus mesurés.

---

<sup>975</sup> **J. HAUSER** et **J.J. LEMOULAND**, "Ordre public et bonnes moeurs ", Encyclopédie Dalloz (avril 1993).

<sup>976</sup> **B. BLAISE**, commentaire du Règlement n°123/85 du 12 décembre 1984, RTDE 85 , p.569.

<sup>977</sup> C'est précisément le cas de la distribution automobile : cf **L. VOGEL**, La distribution automobile à l'épreuve du règlement d'exemption n° 123/85, D.P.C.I. 1994, tome 18, n°4, P. 557/586.

<sup>978</sup> Cf A 1) du présent paragraphe.

<sup>979</sup> Le terme de standardisation est ici entendu au sens commun d'unification, de "fabrication en série". Un règlement d'exemption n'est pas un standard au sens juridique du terme: "*mesure de conduite sociale correcte* " ( Roscoe Pound), "*norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* " (Vocabulaire juridique), "*instrument de mesure des comportements et situations en terme de normalité* " (S. Rials). Le règlement partage avec lui une fonction d'orientation de la conduite des particuliers mais s'y oppose par tous les autres aspects. Un standard est par nature exprimé de façon vague, imprécise, indéterminée ; le règlement est d'une précision pointilliste. Le standard postule un effort d'interprétation et d'application par le juge ( il est commun d'associer "standard" et "rôle et pouvoirs du juge") ; le rôle du juge est au contraire largement nié en matière de règlement d'exemption, réduit à une stricte compétence d'application...

Sur la notion de standard, voir l'étude de **M. S. RIALS**, "Le juge administratif français et la technique du standard ", et le numéro spécial de la Revue de la recherche juridique: "Les standards dans les divers systèmes juridiques.", 1988/4.

## CONCLUSION

**395.** L'exemption, qu'elle soit individuelle ou catégorielle, est un instrument d'intervention dans le contrat. Elle contrôle l'activité contractuelle et assure sa compatibilité aux exigences du marché. Elle sert les objectifs du droit de la concurrence. Sa précision en fait un procédé précieux, manifestation d'un ordre public libéral. Elle répond en effet parfaitement à ses impératifs : malléable, rétractable, proportionnée.

Elle partage avec l'injonction une certaine répugnance pour les solutions radicales, sans parvenir à les éviter tout à fait. Comme elle, l'exemption constitue un substitut à la nullité. Mais différemment d'elle, elle n'est pas une mesure directement autoritaire. Elle n'en est que plus efficace. La décision ou le règlement d'exemption n'ordonnent pas, mais subordonnent leur bénéfice à la docilité des entreprises. Les autorités gouvernent en donnant l'illusion du libre arbitre.

**396.** L'exemption reste toutefois un procédé imparfait. Lorsqu'elle intervient *a priori*, elle encadre jusqu'à la rendre rigide l'activité contractuelle. Une normalisation excessive peut aboutir à la sclérose. L'introduction d'une procédure d'opposition s'est révélée en partie impuissante à assouplir le mécanisme. Lorsqu'elle intervient *a posteriori*, elle rend précaire les situations acquises et prive le contrat d'une de ses fonctions essentielles : être un instrument de prévisibilité. Et lorsque les entreprises hésitent à venir à l'abri de l'immunité qu'elle promet, elle doit céder la place à des procédés plus autoritaires. L'ordre peut être donné aux parties de mettre fin aux pratiques illicites.



## - CHAPITRE II -

### L'INTERVENTION AUTORITAIRE DANS LE CONTRAT, L'INJONCTION

397. L'injonction est un *"ordre, prescription ou commandement émanant d'une autorité compétente"*<sup>980</sup>. Elle fut longtemps un procédé rare en droit français, largement cantonné au cadre du procès<sup>981</sup>. L'absence d'étude générale la concernant témoigne de sa marginalité. On a même dit que *"notre Droit ignore l'injonction en tant que catégorie juridique générale"*<sup>982</sup>. Cette remarque, formulée en 1952, n'a plus la même pertinence aujourd'hui. Notre droit s'est ouvert aux procédés d'exécution forcée. Les juges réservent l'application de l'article 1142, aux termes duquel *"toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur"*, aux seules hypothèses où l'exécution forcée porte véritablement atteinte à l'intégrité du contractant ou bien se révèle impossible. Un décret du 4 mars 1988 a en outre ajouté à la procédure d'injonction de payer une procédure d'injonction de faire<sup>983</sup>. L'exécution forcée tend donc à se développer. L'injonction concurrence s'inscrit dans ce processus.

398. Elle fut introduite en droit communautaire par le règlement n°17/62, lequel énonce en son article 3 : *"si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du Traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée."* La Commission en fait toutefois une application marginale.

L'ordonnance française du 30 juin 1945, dans sa rédaction originale, ignorait le procédé d'injonction. Il fut introduit par une loi du 19 juillet 1977, laquelle établissait une distinction entre les

---

<sup>980</sup> Vocabulaire juridique publié sous la direction de Monsieur **G. CORNU**.

<sup>981</sup> Elle peut être utilisée par le président de la juridiction en vertu de son pouvoir de police (maintenir l'ordre lors de l'instance) ou de son pouvoir d'instruction (ordre de communiquer des pièces ...).

<sup>982</sup> **R. CUNIN**, "L'injonction dans le droit anglais des contrats", Thèse Paris 1952, p.444.

<sup>983</sup> J.O. du 5 mars 1988, p. 3008. Cf notamment les commentaires de M. **P.ESTOUP**, "Le décret du 4 mars 1988", Gaz. Pal. 1988. 1. doctr. 280 ; **J. MIGUET**, "Procédure d'injonction de faire", Juris-class., Proc. civ., fasc. 991 ; **V. CHRISTIANOS**, "Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur", Dalloz 1990, chr. p.91 ; **J. FOYER**, "Injonction de faire", Encyclop. Dalloz, procéd. civ.

injonctions adressées aux entreprises coupables d'ententes illicites et les injonctions adressées aux entreprises abusant d'une position dominante <sup>984</sup>. L'actuel article 13 a uniformisé leur traitement et dispose désormais que *"le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières."* Il use fréquemment de cette possibilité.

**399.**La faculté d'imposer aux entreprises des conditions particulières témoigne bien de la force de l'injonction. Elle apparaît, sinon comme la forme la plus achevée (l'exemption pourrait lui disputer ce titre), du moins comme la forme la plus autoritaire d'interventionnisme contractuel. Les remarques que les auteurs formulent à son propos sont révélatrices. Il est dit que *"l'injonction intéresse au plus haut point les relations contractuelles"* <sup>985</sup>, qu'en effet *"elles permettent souvent de contrôler les contrats au regard des règles de concurrence"* <sup>986</sup>, et même qu'elles viennent *"bouleverser l'ordre contractuel"* <sup>987</sup> et *"s'immiscer dans les contrats"* <sup>988</sup>.

A l'instar de la nullité, l'injonction peut expurger le contrat du vice qui l'atteint ; à l'instar de l'exemption, elle peut modeler précisément une convention. Une comparaison entre ces différentes techniques est instructive. Empruntant à la fois au moderne et au classique, l'injonction constitue à l'évidence un procédé d'intervention dans le contrat parfaitement adapté à la nouvelle physionomie de l'ordre public. L'on décrira selon quelles modalités s'opère cette intervention (section I) avant de s'interroger sur ses nécessaires limites (section II).

#### SECTION I : L'INJONCTION, PROCEDE D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT

#### SECTION II : LIMITES AU POUVOIR D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT

---

<sup>984</sup> Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977.

<sup>985</sup> **A. PIROVANO** et **A. SALAH**, "L'abus de dépendance économique: une notion subversive?", Petites affiches 21 sept. 1990, p. 4

<sup>986</sup> **V. SELINSKY**, "Concurrence, contrôle des ententes et des abus de position dominante en droit français "..., Juris-class. Concurrence et consommation, fasc. 370.

<sup>987</sup> **M.S.E. HELALI**, "La CEDH et les droits français et communautaires de la concurrence", R.T.D.E. oct. déc. 1991, p.609, et **C. BABUSIAUX**, "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence", Petites affiches, 17 janv. 1990, p.64.

<sup>988</sup> **C. BABUSIAUX**, "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence", Petites affiches, 17 janv. 1990, p.64.

## **SECTION I: L'INJONCTION, PROCEDE D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT**

**400.** Nous avons établi un parallèle entre les mesures d'exécution forcée propres au droit des obligations et l'injonction concurrence. Ces différents procédés ont en commun leur caractère contraignant pour leur destinataire. Mais l'injonction concurrence présente une indéniable spécificité ; elle est en au service, non de la satisfaction d'un droit subjectif, mais d'un objectif concurrentiel (paragraphe 1). Pour restaurer une concurrence dont le jeu est par hypothèse perturbé, l'injonction emprunte différentes formes : tantôt injonction de ne pas faire, tantôt injonction de faire (paragraphe 2). Les premières bouleversent peu l'édifice contractuel ; les secondes autorisent en revanche un modelage du contrat beaucoup plus précis que les outils traditionnels.

### **PARAGRAPHE 1 : SPECIFICITE DE L'INJONCTION CONCURRENCE.**

**401.** La spécificité de l'injonction se traduit dans la finalité qu'elle poursuit de façon exclusive - le rétablissement d'une concurrence efficace - (A) et dans les procédés comminatoires qui l'accompagnent et qui en garantissent l'efficacité (B).

#### ***A - L'OBJECTIF D'UN RETABLISSEMENT D'UNE CONCURRENCE EFFICACE***

**402.** Le fait générateur de l'intervention des autorités régulatrices est, nous l'avons étudié, l'atteinte au jeu normal de la concurrence. L'injonction, qui constitue un des moyens mis à la disposition des autorités pour rétablir les conditions d'une concurrence efficace, est naturellement subordonnée à la démonstration d'une telle atteinte (1). On doit alors se demander si elle constitue une mesure correctrice, une mesure réparatrice, ou une sanction (2).

#### **1/ le constat préalable d'une infraction aux règles de concurrence.**

**403.** "L'injonction-concurrence" partage avec les injonctions civiles le fait qu'elle confère à une autorité un pouvoir de coercition. Elle est pourtant différente d'elles.

L'injonction civile ne tend qu'à contraindre un débiteur défaillant à exécuter ses obligations. Lorsqu'elle est prononcée sur le fondement de l'article 1425-1 à 9 du nouveau code de procédure

civile (injonction de faire), sa cause réside dans le contrat : *"l'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant peut être demandée au Tribunal d'instance..."*. On a pu écrire que *"la précellence du contrat, instrument du volontarisme, postule l'exécution forcée des obligations de faire"* <sup>989</sup>. C'est la nécessité de respecter la parole donnée, et donc le principe de la force obligatoire des conventions, qui justifie l'intervention judiciaire. Les stipulations contractuelles constituent d'ailleurs l'exacte mesure de ce type de commandement. Il est fait interdiction au juge de condamner le débiteur à exécuter une prestation qui ne serait pas mentionnée au contrat.

Toute autre est l'objectif de "l'injonction-concurrence". Il n'est pas de préserver les droits subjectifs des particuliers. Il est de maintenir, ou de restaurer, la concurrence <sup>990</sup>. L'atteinte à celle-ci est le fait générateur de l'injonction. C'est pourquoi l'on a pu dire : *"Ces injonctions viennent bouleverser des règles d'ordre contractuel, s'immiscer dans les contrats. (...) Il s'agit là d'un pouvoir exorbitant d'un organe administratif qui peut intervenir dans des contrats de droit privé au nom d'une logique qui n'est pas celle du contrat."* <sup>991</sup>.

La logique concurrentielle purement concurrentielle qui anime l'injonction se révèle dans les procédures au fond (a) comme dans les procédures conservatoires (b).

#### **a/ L'injonction dans une procédure au fond.**

**404.** Nous avons vu que les droits communautaire et français avaient adopté des dispositions organisant l'injonction dans le cadre d'une procédure au fond. Il résulte de l'article 3 du règlement n°17 que l'injonction est subordonnée à la constatation préalable d'une infraction. La Commission se borne parfois à cette constatation, sans prendre d'autres mesures. C'est le cas lorsque l'infraction a cessé au moment où la décision de condamnation intervient. Cette hypothèse n'est pas rare. En effet, la Commission a la possibilité, avant de prendre une décision contraignante, d'adresser des recommandations aux entreprises. On s'accorde à reconnaître l'efficacité de ces recommandations. Si elles sont suivies, l'injonction n'est plus nécessaire. La décision par laquelle la Commission se borne à constater une infraction qui a déjà cessé présente des vertus essentiellement "pédagogiques". Elle

---

<sup>989</sup> **W. JEANDIDIER**, "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire.", R.T.D.Civ. 1976, p.700.

<sup>990</sup> En ce sens, **A. TARGA** : *"Il ne s'agit ni d'une procédure civile classique qui organise la protection d'intérêts subjectifs, ni d'une procédure pénale qui vise la répression. Le caractère sui generis des procédures s'explique bien par un mixage. C'est une procédure conduite au nom de l'ordre public économique avec un objectif essentiel : le rétablissement du fonctionnement concurrentiel du marché."*, in "La notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français", R.C.C. juill./août 1993, p. 15.

<sup>991</sup> **C.BABUSIAUX**, "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence", Petites affiches du 17 janvier 1990, p.64.

"oeuvre en faveur d'une plus grande clarté du droit" <sup>992</sup>, et la Cour a expressément autorisé ce procédé <sup>993</sup>. Dans l'hypothèse cependant où l'infraction n'aurait pas cessé, la Commission va accompagner sa décision d'une injonction d'y mettre fin.

Les mêmes principes gouvernent l'injonction en droit français. Le Conseil de la concurrence n'utilise les pouvoirs que lui confère l'article 13 que lorsque l'infraction continue au jour où il statue, sauf s'il entend prévenir toute récidive <sup>994</sup>. Notons cependant qu'il ne dispose pas d'un pouvoir de recommandation.

## **b/ L'injonction dans une procédure d'urgence**

**405.** Aucun texte ne confère expressément à la Commission des Communautés le pouvoir d'adopter des mesures provisoires <sup>995</sup>. C'est une ordonnance de la Cour de justice en date du 17 janvier 1980 qui le lui a reconnu <sup>996</sup>. Des motifs d'opportunité semblent avoir guidé la Cour. Celle-ci invoque essentiellement deux arguments. Elle estime que le pouvoir de décision de la Commission, tel qu'il est énoncé à l'article 3 du règlement 17/62, est articulé en phases successives *"de manière qu'une décision constatant une infraction puisse être précédée de toutes dispositions préliminaires qui peuvent être nécessaires à un moment donné"* <sup>997</sup>. Ce pouvoir d'adopter des mesures préliminaires est justifié par la nécessité de sauvegarder l'effet utile de la décision finale : il faut *"éviter que l'exercice du droit de décision prévu par l'article 3 ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire, en raison de l'action de certaines entreprises."* La compétence ainsi reconnue à la Commission a été vainement contestée par certains auteurs <sup>998</sup>. Il est désormais bien établi que ce pouvoir fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire.

---

<sup>992</sup> Décision Commission du 19 déc. 1984, Importations d'aluminium d'Europe de l'Est, J.O.C.E. 30 mars 1985, n°L. 92, p.1.

<sup>993</sup> C.J.C.E., 2 mars 1983. Aff. 7/82, G.V.L., Rec. 1983, p.483.

<sup>994</sup> Il recourt alors à des injonctions de ne pas faire. Sur ce type d'injonction, cf. infra §\*\* (p.322)

<sup>995</sup> Le règlement n° 1284/91 du 14 mai 1991 a cependant expressément autorisé la Commission à adopter des mesures provisoires dans le domaine du transport aérien, J.O.C.E. n°L. 122 du 17 mai 1991.

<sup>996</sup> Aff. 729-79R, CAMERA CARE. Rec. C.J.C.E. 1980, p.119. .

<sup>997</sup> § 17 de l'ordonnance.

<sup>998</sup> **L. FOSCSANEANU**, "Une décision inquiétante de la Cour des Justice des communautés européennes", R.T.D.E., 1980, p.284.

En France, la légitimité de ces mesures n'est pas contestée. Le pouvoir de prendre des mesures provisoires est expressément reconnu au Conseil de la concurrence par l'article 12 de l'ordonnance du premier décembre 1986. L'introduction d'une procédure d'urgence spécifique au droit de la concurrence était préconisée par une partie de la doctrine <sup>999</sup>. Ce pouvoir se juxtapose à celui reconnu au juge civil par l'article 36 de l'ordonnance dans le contexte de la lutte contre les pratiques restrictives <sup>1000</sup>, qui lui-même s'ajoute au référé de droit commun <sup>1001</sup>.

**406.** Dans le contentieux de l'urgence, une constatation préalable d'une infraction aux règles de concurrence s'impose également mais les règles sont assouplies. Les autorités se contentent d'une présomption très forte d'illicéité <sup>1002</sup>. Les conditions posées à l'octroi des mesures conservatoires tendent à devenir moins rigoureuses. Cela se traduit en droit communautaire par l'exigence d'une infraction "*prima facie*", et non plus d'une infraction très, voire "*hautement vraisemblable*" <sup>1003</sup>, comme c'était le cas à l'origine. La Cour de justice estime que "*(l'on) ne saurait assimiler, dans le cadre d'un recours portant sur la légalité d'une décision concernant l'octroi de mesures provisoires, l'exigence d'une infraction prima facie avec l'exigence de certitude à laquelle doit satisfaire une décision finale*" <sup>1004</sup>. Une évolution est également perceptible en France, mais la position du Conseil reste ambiguë <sup>1005</sup>. Celui-ci oscille entre exiger des comportements ou accords "*manifestement susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées*" <sup>1006</sup>,

---

<sup>999</sup> **V.SELINSKY**, "A propos de la réforme du droit de la concurrence: et si l'on pensait aux victimes" ?, Petites affiches 11 juin 1986, p.13.

<sup>1000</sup> Cf article de **Mme MALAURIE**, "Le référé concurrence", J.C.P. éd.G., 1993, doct. n°3637.

<sup>1001</sup> Pour une étude comparative des différents mécanismes, cf.. **A. GUILLOTIN**, "Les mesures conservatoires en droit de la concurrence", R.J.Comm. août 1993.

<sup>1002</sup> **A. PIROCHE**, "Les mesures provisoires de la Commission des Communautés dans le domaine de la concurrence", R.T.D.E. 1989, p.439.

<sup>1003</sup> Voir notamment les conclusions de l'avocat général Gordon SLYNN dans l'affaire FORD du 28 fév. 1984, aff. jointes 228 et 229/82, Rec. 1129.

<sup>1004</sup> T.P.I. C.E. 24 janvier 1992 , Aff. T44/90, La Cinq SA, in "Les activités de la Cour" 1992-2, p.6. Cf **C. BOLZE**, chronique de droit communautaire de l'entreprise, R.T.D.Comm. 1992, p.935; **L. IDOT**: "Les affaires de la Cinq : de nouvelles précisions sur les conditions d'octroi des mesures conservatoires en droit communautaire et français de la concurrence", Europe, mars 1992, p.1.

<sup>1005</sup> En ce sens, cf. **L.IDOT**, "Les mesures provisoires en droit de la concurrence : un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence", R.T.D.E. 1993/4, p. 581.

<sup>1006</sup> Décision 93-MC-05 en date du 7 septembre 1993, VIIe rapport d'activité, annexe 74, p.485. Une des dernières décisions en date fait état de "*trouble manifeste et intolérable dans l'exercice de la libre concurrence.*" (décision 94-MC-02 du 30 mars 1994, B.O.C.C.R.F. du 18 mai 1994, p.187).

et exiger des comportements qui "*apparaissent susceptibles*"<sup>1007</sup> d'en constituer. Même si la seconde formulation tend à l'emporter, le droit français reste plus restrictif que le droit communautaire.

## 2/ Nature et fonction de l'injonction concurrence.

407. La Commission de la concurrence considérait l'injonction non comme une sanction mais comme une mesure corrective destinée à normaliser le fonctionnement de la concurrence sur le marché de référence<sup>1008</sup>. Son successeur affirme également que ce procédé a un aspect correctif<sup>1009</sup>. Certains auteurs en déduisent qu'elle constitue, comme la nullité, un mode de réparation en nature "*adapté à l'effacement des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles et abus de position dominante*"<sup>1010</sup>. Cette conclusion nous semble contestable. Il convient en effet de bien identifier le dommage réparable. Seul le préjudice à l'économie intéresse les autorités de la concurrence<sup>1011</sup>. Celui causé à l'entreprise plaignante est secondaire. L'entreprise qui alléguerait avoir subi un dommage, mais qui serait impuissante à démontrer une atteinte au marché, n'obtiendra jamais du Conseil de la concurrence ou de la Commission européenne qu'ils prononcent une injonction. La seule réparation qu'elle puisse obtenir dans cette hypothèse sera l'allocation de dommages et intérêts par le juge civil, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, ou de l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 si son préjudice est causé par une des pratiques visées par cet article (conditions discriminatoires, refus de vente injustifié, ventes liées)<sup>1012</sup>. Le droit communautaire quant à lui, même

---

<sup>1007</sup> Décision 94-MC-01, en date du 5 janv. 1993, annexe 70, p. 474. Le Conseil se contente même parfois d'énoncer qu'" *il ne peut pas être exclu que les pratiques dénoncées soient susceptibles d'être visées par* " les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance : cf. décision 94-MC-01, B.O.C.C.R.F. du 29 mars 1994, p. 137; et 93-MC-01, 93-MC-02, 93-MC-03, 94-MC-05.

<sup>1008</sup> **J.M. MOUSSERON** et **V. SELINSKY**, "Le droit français nouveau de la concurrence", 2ème édition, n°232, p.199.

<sup>1009</sup> Par opposition aux amendes qui ont un caractère dissuasif et aux avis, publications, rapports qui ont un aspect pédagogique. Cf les rapports d'activité annuels du Conseil de la concurrence.

<sup>1010</sup> **E. COLMANT**, "Les sanctions aux règles de concurrence en droit communautaire.", Thèse Paris, 1990, p.897.

<sup>1011</sup> Un raisonnement similaire peut d'ailleurs être appliqué à la nullité. Alors que la nullité pour vice de consentement ou incapacité a pour finalité première la protection du contractant, la nullité pour illicéité de l'objet ou de la cause est protectrice de l'ordre public. On peut même affirmer qu'à la différence de l'injonction, ce type de nullité ne profite normalement pas, même de façon indirecte, à un contractant.

<sup>1012</sup> En Allemagne, le Bundesgerichtshof a jugé en 1980 que les articles 85 et 86 constituaient une loi protectrice des intérêts privés. La victime d'une pratique anticoncurrentielle peut donc désormais engager la

s'il *fait naître, au profit des justiciables, des droits individuels que les tribunaux doivent sauvegarder* <sup>1013</sup>, n'offre aucune possibilité de réparation *stricto sensu* <sup>1014</sup>.

En résumé, s'il est indéniable que l'injonction profite à l'entreprise victime, force est d'admettre que ce n'est pas là la finalité première de la mesure. C'est le rétablissement d'une concurrence efficace qui constitue cette finalité.

Le préjudice à l'économie est-il réparé par l'injonction? Il ne semble pas. L'injonction ne vaut que pour le futur. Elle ne supprime que la source du préjudice à venir. Les conséquences néfastes qu'ont pu avoir les pratiques anticoncurrentielles sur le marché concerné ne sont pas effacées <sup>1015</sup>. En un sens et paradoxalement, l'amende qui accompagne souvent le prononcé de l'injonction a une nature réparatrice plus évidente. Elle est en effet calculée en fonction de divers paramètres, dont le préjudice à l'économie <sup>1016</sup>. Quoiqu'il en soit le principe qui gouverne le droit de la réparation est celui de la réparation intégrale. Ni l'amende (qui est plafonnée), ni l'injonction (qui ne vaut que pour l'avenir) ne répondent à cette exigence. Il est donc juste de dire que l'injonction a des vertus correctrices, puisqu'elle fait disparaître l'illicite. Mais elle n'a pas de finalité réparatrice directe.

---

responsabilité extra-contractuelle de l'auteur de celle-ci, sur le fondement de l'article 35 de la loi sur la concurrence, lequel dispose: "*Celui qui, intentionnellement ou par négligence, enfreint une disposition (...aux règles fixées par la loi), est tenu, dans la mesure où la disposition ou la décision a pour but la protection d'une tierce personne, de réparer les dommages qu'elle a subis en raison de l'infraction.*"

En Angleterre, la Chambre des lords a reconnu en 1983 que la violation des règles communautaires pouvait donner lieu à une action privée. Les tribunaux tendent à recourir aux injonctions plutôt qu'à l'octroi de dommages et intérêts. Le procédé d'injonction a toujours été développé en Grande Bretagne : cf. **R. CUNIN**, Thèse précitée, note 3.

<sup>1013</sup> C.J.C.E. 20 janv. 1974, aff. 127/73, B.R.T. - SABAM, Rec. 51.

<sup>1014</sup> Sur le problème de la réparation du préjudice concurrentiel, cf. notamment "La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du Traité instituant la C.E.E", Etudes de la Communauté économique européenne, série concurrence, 1966, Bruxelles. Dans le cadre plus spécifique de l'article 36, cf. **L. AYNES**, "La sanction de la faute", Publications de l'A.F.E.C. du 1er avril 1992, p.17. La nécessité de développer les actions civiles en réparation a été relevée en droit communautaire. Un auteur avait même préconisé en 1981 que soit adoptée une directive pour harmoniser les recours en indemnités dans les différents Etats membres, mais aucune réflexion n'a abouti.

<sup>1015</sup> L'affirmation peut être discutée en certaines hypothèses. L'injonction de reprendre des livraisons a par exemple un caractère réparateur. On peut alors souscrire à l'analyse développée par un auteur en matière contractuelle. **M. CUNIN**, auteur de "L'injonction dans le droit anglais des contrats" (Thèse Paris, 1952, p. 182), énonce "*Nous avons soigneusement évité d'appeler l'injonction une "réparation". c'est que non seulement elle répare un dommage déjà causé par une violation consommée du contrat, mais encore - l'histoire montre que c'est là sa fonction essentielle- pare préventivement à une menace de violation future. L'injonction a donc une double fonction, réparatrice et préventive*".

<sup>1016</sup> Cf **G. CANIVET** et **L. VOGEL**, "Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit de la concurrence", R.J.D.A. 8-9/93, p.599. La loi du 31 décembre 1992 a officialisé les critères d'appréciation du montant de l'amende qu'avaient dégagé les autorités de la concurrence françaises: loi n° 92-1442, J.O. du 1er janvier 1993, p.10.



**408.** Cette fonction correctrice n'exclut pas que l'injonction soit une sanction. Il faut en effet distinguer la fonction et la nature d'une mesure. L'injonction est très certainement ressentie par la ou les entreprises auxquelles elle est destinée comme une sanction. A l'évidence cet argument n'est pas déterminant. Il nous faut revenir à la définition de la sanction : *"tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation"*<sup>1017</sup>. L'injonction s'y intègre sans difficulté.

Elle n'est en effet prononcée qu'en cas de violation d'une norme juridique (ou de forte probabilité d'une telle violation). Cette norme est la norme concurrentielle, énoncée aux articles 85 et 86 du Traité de Rome, et 7 et 8 de l'ordonnance française. Madame DECOOPMAN estime à ce propos que le rôle des autorités s'apparente à celui d'un juge<sup>1018</sup>: *" Dans les deux cas, la démarche intellectuelle est la même : interprétation de la règle de droit, contrôle de son application, constatation de la violation éventuelle de la règle et ses conséquences "*<sup>1019</sup>.

L'auteur estime cependant que l'injonction se situe en-deçà de la sanction. Nous ne partageons pas son point de vue. Seule une réduction de la sanction à la répression permet de réfuter la nature "sanctionnatrice" de l'injonction. Or, la sanction ne s'identifie pas à la seule répression. Parce qu'elle n'est prononcée qu'en cas de violation de la norme concurrentielle, et parce qu'elle tend à assurer l'efficacité de cette norme, l'injonction est une sanction<sup>1020</sup>. L'efficacité de la norme est d'autant mieux assurée que l'injonction est accompagnée de procédés comminatoires.

---

<sup>1017</sup> Voc. Juridique publié sous la direction de **G. CORNU**. Cf également 1ère partie, titre 2, chap.2, p.\*\*.

<sup>1018</sup> En ce sens, voir également **F.C. JEANTET** qui qualifie les injonctions prononcées par le Conseil dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles d'injonctions juridictionnelles, par opposition aux injonctions prononcées par le ministre dans l'hypothèse de concentrations, qui, elles, sont qualifiées d'injonctions administratives, in "Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence", J.C.P. Ed.G. , 1988, n°3348.

<sup>1019</sup> **N. DECOOPMAN**, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes," J.C.P. Ed. G., 1987, doct., n°3303.

<sup>1020</sup> En ce sens, cf. **C. BABUSIAUX**, qui intègre formellement l'injonction dans la typologie des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil de la concurrence, in "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence", Petites affiches du 17 janv. 1990, p.64. Voir également **E. COLMANT**, Thèse précitée, p.84.

***B- MESURES COMMUNAUTAIRES ACCOMPAGNANT L'INJONCTION, GARANTIES DE SON EFFICACITE.***

**409.** Pour être efficace, l'injonction doit être menaçante. Deux procédés sont envisageables : soit l'injonction est directement assortie d'une astreinte, soit son irrespect est sanctionné (répression). Le droit communautaire a adopté la première solution (1), le droit français la seconde (2).

**1/L'astreinte en droit communautaire .**

**410.** L'article 16 § 1 du règlement n°17/62 énonce que "*La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes à raison de cinquante à mille unités de compte par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre (...) à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 3 du présent règlement .*"

L'astreinte est donc une condamnation pécuniaire prononcée par la Commission, destinée à vaincre la résistance de l'entreprise récalcitrante afin de l'amener à exécuter la décision d'injonction<sup>1021</sup>. Elle est accessoire à l'injonction et conditionnelle : elle ne prend effet que si l'entreprise n'a pas obtempéré à l'injonction à la date fixée par la Commission dans sa décision.

Un principe d'opportunité gouverne l'astreinte<sup>1022</sup>. La Commission est libre d'y condamner ou non, sous réserve de motiver sa décision. Ce pouvoir lui est reconnu dans le cadre de mesures provisoires comme dans celui d'une procédure au fond. Ainsi dans une affaire "Eco-System/Peugeot" du 26 mars 1990<sup>1023</sup>, la Commission a-t-elle fait injonction aux entreprises d'adresser, dans un délai de deux semaines, une lettre suspendant l'exécution d'une circulaire à des concessionnaires et agents, sous une astreinte de 1000 écus par jour.

L'astreinte dont il est question doit être bien distinguée de l'amende que peut prononcer la Commission lorsque des entreprises participent, de propos délibérés ou par négligence, à une entente

---

<sup>1021</sup> Cette définition est inspirée de celle proposée par **F. CHABAS** en droit commun, in "Astreintes", Encycl. Dalloz., proc. civ., 1/01/93.

<sup>1022</sup> **J. SHAPIRA, G. Le TALLEC, J.B. BLAISE**, "Droit européen des affaires", p.332.

<sup>1023</sup> Affaire T. 23/90, Rec. p. 195. De la même façon, dans une affaire MARS, sur laquelle nous reviendrons, la Commission a assorti les deux injonctions prononcées de façon conservatoire d'une astreinte de 1000 écus par jour ( décision du 25 mars 1992, XXIIe Rapport sur la politique de la concurrence, p. 190.)

prohibée (article 15.2 du règlement <sup>1024</sup>). Ces deux sanctions peuvent d'ailleurs être cumulées <sup>1025</sup> et la Cour de Justice contrôle leur montant respectif.

L'efficacité de ce procédé n'est plus à démontrer. En effet *'il n'y a pas de fortune qui puisse résister à une pression continue et sans cesse accentuée . La capitulation est fatale '* <sup>1026</sup>. Il n'existe aucune échappatoire pour l'entreprise condamnée, qui ne peut invoquer sa législation nationale pour faire échec à une injonction communautaire. Par ailleurs, l'article 192 du Traité énonce que les décisions des institutions communautaires comportant, à la charge des personnes autres que les Etats, une obligation pécuniaire, forment titre exécutoire. Les autorités nationales sont tenues d'y apposer la formule exécutoire sans autre contrôle que celui de l'authenticité du titre.

**411.** Le droit français, pourtant familier de l'astreinte <sup>1027</sup>, n'a pas retenu ce procédé en matière de pratiques restrictives. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le Conseil n'est autorisé à assortir sa décision d'une astreinte, ni dans le cadre d'une procédure au fond, ni dans le cadre de mesures conservatoires. Un auteur en a déduit la supériorité du référé de droit commun <sup>1028</sup>. Il ne faut cependant pas en conclure que le droit français de la concurrence ignore les procédés comminatoires <sup>1029</sup>.

---

<sup>1024</sup> Des amendes peuvent également être infligées aux entreprises qui donnent à la Commission des renseignements inexacts dans le cadre d'une procédure d'enquête ou de notification, ou lorsqu'elles contreviennent à une charge qui leur était imposée.

<sup>1025</sup> De la même façon qu'en droit contractuel interne, l'astreinte et les dommages et intérêts peuvent se cumuler.

<sup>1026</sup> **W. JEANDIDIER**, "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire", R.T.D.Civ. 1976, p.701 (précité).

<sup>1027</sup> L'astreinte en droit français est une création purement prétorienne (Req. 29 janv. 1834, DP 34, I, 81). Son admission a fait l'objet de discussions très vives. Sa consécration législative n'est intervenue qu'en 1972. La loi du 5 juillet 1972 a été abrogée et remplacée par la récente loi du 9 juillet 1991 (art. 33 à 37). Pour une comparaison fructueuse entre l'astreinte communautaire et le droit français, l'on peut inviter à se reporter à cette loi ainsi qu'aux différents travaux doctrinaux consacrés à ce procédé. Cf. notamment **D. DENIS**, "L'astreinte judiciaire, nature et évolution", thèse Paris 1973, et **E.A. ABUDA**, "L'astreinte et l'exécution des obligations contractuelles", thèse Poitiers 1982.

<sup>1028</sup> **F.C. JEANTET**, article précité.

<sup>1029</sup> On peut encore ici établir un parallèle avec l'injonction de faire civile, telle qu'elle a été organisée par la réforme de 1988. En effet, à la différence de l'injonction concurrence, il n'existe aucune sanction propre en cas d'inexécution de l'injonction civile.

## 2/ Le contrôle du respect de l'injonction en droit français .

412. S'agissant d'une matière intéressant l'ordre public économique, il ne serait pas acceptable de laisser au bénéficiaire d'une décision émanant du Conseil de la concurrence le soin de veiller, de façon discrétionnaire, à son exécution <sup>1030</sup>. Ce pouvoir est donc conféré au ministre de l'économie par l'article 15 de l'ordonnance. Mais le Conseil ne saurait "*se désintéresser du suivi des décisions qu'il prend*" <sup>1031</sup>. Différentes procédures ont donc été aménagées pour faciliter ce suivi (a). Comparée à d'autres disciplines juridiques, l'étude de la pratique décisionnelle révèle l'ampleur du contrôle qu'autorise le suivi de l'injonction (b).

### a/ Les procédés de contrôle

413. Le Conseil de la concurrence prévoit quelquefois dans ses injonctions un délai pour les respecter. Celui-ci peut-être prorogé par la Cour d'appel. Au terme de ce délai les entreprises doivent, sous peine d'amende, s'être conformées aux prescriptions de l'injonction <sup>1032</sup>. Il fut ainsi donné un délai de trois mois à l'entreprise AGFA pour supprimer les clauses anticoncurrentielles figurant dans les contrats de distribution de ses matériels <sup>1033</sup>. Le conseil peut assortir directement sa décision d'une disposition infligeant cette amende en cas d'inexécution de l'injonction (article 13 al.2 de l'ordonnance). Il peut également ne condamner les entreprises qu'après avoir constaté l'inexécution (article 14) <sup>1034</sup>.

La première procédure est en réalité assez proche de l'astreinte. Elle partage avec elle son caractère comminatoire et conditionnel. Mais à sa différence, elle est d'un montant plafonné et

---

<sup>1030</sup> En ce sens, I. KRIMMER, "La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris, un nouvel ordre juridictionnel ?", J.C.P., Ed. E, 1991, n°82, §41.

<sup>1031</sup> Rapport d'activité pour 1991, p. LII.

<sup>1032</sup> Il est intéressant de noter qu'il a été jugé que ces délais ne sont pas opposables aux tiers et "*n'ont pas pour effet de maintenir l'application des contrats jugés illicites par ailleurs*", Trib. com. Antibes, référé 9 mai 1988, Petites affiches 1988, n°6, Petites affiches 27 juin 1988, p.7.

<sup>1033</sup> Décision 93-D-50 du 23 nov. 1993, B.O.C.C.R.F. du 28 janv. 1994, p.25.

<sup>1034</sup> Pour un exemple récent d'application de cette procédure à un contentieux célèbre, cf. décision n°93-D-35 du Conseil du 21 sept.93, concernant l'exécution de la décision n° 87-D-15 du 9 juin 1987 relative à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, B.O.C.C.R.F. du 6/11/93, p.303.

prédéterminé. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos <sup>1035</sup>.

En pratique, le Conseil utilise davantage la seconde procédure, celle-ci permet d'éviter que le contrevenant ne puisse calculer, en comparant le montant de l'amende et les profits attendus de l'opération, s'il est intéressant pour lui de persister dans un comportement anticoncurrentiel <sup>1036</sup>. Cette procédure a surtout l'avantage d'être plus malléable. La bonne volonté de l'entreprise (et éventuellement l'exécution partielle de l'injonction) peut-être prise en considération. On constate cependant que le conseil se montre très sévère vis à vis des entreprises ; celles-ci doivent multiplier les gages de bonne volonté pour bénéficier d'une certaine indulgence <sup>1037</sup>. Il est impératif, pour éviter l'amende, que l'injonction ait été respectée à l'expiration du délai fixé par le Conseil, ou à la suite immédiate de sa décision en l'absence d'un tel délai <sup>1038</sup>. Le contrôle du respect d'injonctions prononcées dans un cadre conservatoire est tout aussi sévère. La Cour a opposé à une entreprise qui se retranchait derrière la brièveté du délai qu'il lui était imparti pour se conformer à l'injonction "*qu'il lui appartenait de se donner les moyens nécessaires pour exécuter l'injonction du Conseil, les prétendues difficultés auxquelles (elle) se serait heurté(e), qui ne consistent nullement en une impossibilité absolue, ne pouvant être prises en compte que pour la détermination de la sanction*" <sup>1039</sup>.

---

<sup>1035</sup> Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 10 millions de francs.

<sup>1036</sup> En ce sens, **LUCAS De LEYSSAC** et **C. GAVALDA**, commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

<sup>1037</sup> Dans une affaire relative à des pratiques de la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique et du Syndicat national de l'édition phonographique, le Conseil avait infligé une sanction de 1 200 000 francs à la principale contrevenante, pour non respect de l'injonction prononcée quatre ans plus tôt (décisions 89-D-24 et 93-D-26). Saisie d'un recours contre cette décision, la cour a estimé que la gravité de la faute de l'entreprise était "*tempérée par les obstacles rencontrés au cours des négociations avec ses nombreux interlocuteurs, notamment les producteurs de phonogrammes*". Elle a donc réformé le montant de la sanction, tout de même fixée à 500 000 francs (arrêt du 26 avril 1994, S.D.R.M., B.O.C.C.R.F. du 18 mai 1994, p. 182).

<sup>1038</sup> Cf décision 93-D-26 du 22 juin 1993 : "*qu'en admettant même que cette discrimination ait pris fin ou doive prendre fin du fait de la signature par les sociétés Dial et France Loisirs de contrats (...), cette circonstance est sans effet sur l'appréciation que doit porter le conseil de la Concurrence sur le point de savoir si l'injonction ordonnée par lui a été respectée dès lors que ces contrats ont été conclus avant l'expiration du délai fixé pour exécuter l'injonction du Conseil de la concurrence*". Cette sévérité a été quelque peu tempérée par la Cour d'appel dans un arrêt du 26 avril 1994, B.O.C.C.R.F. du 18 mai 1994, p. 182.

<sup>1039</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 déc. 1992, Syndicats des producteurs de films publicitaires, BOCCRF du 15 janvier 1993, p. 11. Cette décision atteste également du souci des autorités de vérifier la réalité de l'exécution : "*... ces commentaires traduisent la volonté délibérée du syndicat de paraître se conformer à l'injonction en donnant simplement aux destinataires une information au sujet de la décision du conseil qu'il était censé exécuter et en laissant planer un doute sur le bien fondé de cette décision (...)*".

**414.** Les éléments qui déterminent le montant de l'amende sont désormais précisés. Sous l'influence conjuguée de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris <sup>1040</sup>, une loi du 31 décembre 1992 a réformé l'article 13 de l'ordonnance pour y introduire des critères explicites. L'article 14 énonçant que les amendes encourues en cas de non respect de l'injonction doivent respecter les limites fixées à l'article 13, les autorités de la concurrence prennent parfois soin de préciser dans leurs décisions *"qu'en cas de non respect des injonctions prévues aux articles 12 et 13 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné"* <sup>1041</sup>. L'on peut être satisfait de la référence ainsi faite à la condition de proportionnalité. L'on peut aussi se réjouir de la volonté manifestée par la Cour de contrôler le respect des critères ainsi dégagés.

Il est néanmoins singulier de calquer ainsi l'amende qui sanctionne le non-respect d'une injonction sur le régime de l'amende qui sanctionne l'infraction elle-même. Cela est d'autant plus surprenant que, à notre sens, la lettre de l'article 14 ne l'implique pas. Cet article renvoie aux limites fixées par l'article 13, c'est-à-dire au montant maximum de la sanction ; il ne renvoie pas aux critères de détermination de l'amende. Autant l'on comprend que l'on plafonne le montant de la sanction, sans distinction du fait générateur de celle-ci, autant il paraît surprenant de prendre en considération l'importance du dommage causé à l'économie lorsqu'il s'agit de sanctionner le non-respect d'une injonction <sup>1042</sup>. Que sanctionne-t-on en effet : le non-respect du commandement ou le dommage causé à l'économie? Voilà qui est de nature à renforcer la critique parfois faite aux décisions du Conseil de sanctionner une infraction nouvelle distincte du non respect de l'injonction. Nous reviendrons sur ce point <sup>1043</sup>.

**415.** Il est également loisible au Conseil d'enjoindre directement aux entreprises en cause de lui rapporter la preuve de la bonne exécution des injonctions formulées. L'affaire "Groupement des cartes bancaires" en constitue un bon exemple <sup>1044</sup>. Différentes injonctions avaient été faites au Groupement, chacune étant assortie d'un délai visant à tenir compte des difficultés de mise en oeuvre des mesures

---

<sup>1040</sup> C'est la Cour d'appel de Paris qui a, la première, soumis l'amende sanctionnant le non respect de l'injonction au principe de proportionnalité (Paris 21 mai 1990, B.O.C.C.R.F. du 1er janvier 1990). La Cour de cassation l'a consacré dans un arrêt du 10 mars 1992, B.O.C.C.R.F. 21 mars 1992, p.103 .

<sup>1041</sup> Arrêt du 26 avril 1994, précité supra note 58. Cf également décision 93-D-36 du Conseil.

<sup>1042</sup> Dans la dernière décision adoptée à ce jour par le Conseil tendant à vérifier le respect d'une injonction, celui-ci n'a d'ailleurs fait allusion qu'au seul chiffre d'affaires de l'entreprise : décision 93-D-35 du 21 sept. 1993, Rapport d'activité pour 1993, annexe 42, p.258 (réformation partielle par Paris 17 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 7/06/94).

<sup>1043</sup> Cf infra, § 416

<sup>1044</sup> Décision n° 88-D-37 du 11 octobre 1988, B.O.C.C.R.F. n°21, du 15 octobre 1988.

nécessaires à leur respect. Ainsi, la première injonction devait être respectée avant le 1/12/88, la deuxième avant le 1/05/89, et la troisième avant le 31/12/89. Or, l'article 4 du dispositif de la décision prévoyait que "*Le Groupement des cartes bancaires fera connaître au Conseil de la concurrence, à l'expiration des délais fixés aux articles 1er à 3 ci-dessus, les mesures qu'il aura adoptées en vue d'exécuter les injonctions contenues dans ses articles, sous peine de se voir infliger une sanction pécuniaire en application des dispositions de l'article 14 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.*"

Cette menace n'était pas de pure forme. Le Conseil, au terme d'une procédure assez mouvementée <sup>1045</sup>, a constaté, dans une décision du 30 octobre 1990, que le Groupement avait d'abord inexécuté l'injonction, puis l'avait imparfaitement exécuté. Il l'a condamné pour cela à une amende de six millions de francs <sup>1046</sup>.

**416.** Cette affaire atteste de l'efficacité du suivi opéré par le Conseil, lequel surveille, pendant plusieurs années consécutives, le comportement des entreprises. Un constat semblable peut être fait dans "l'affaire des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle" <sup>1047</sup>. Le Conseil de la concurrence, après un premier contrôle opéré par la Cour d'appel en 1989, a vérifié en 1993 que les entreprises *continuaient de se conformer* aux injonctions prononcées. Dans cette affaire, 6 ans séparent l'injonction du Conseil de la décision infligeant une amende pour non respect de celle-ci. Dans celle des droits de reproduction mécanique, ce délai est de quatre ans <sup>1048</sup>. Les entreprises ont aussi l'obligation de rendre compte, périodiquement, des modifications apportées à leur contrat, ou, à défaut d'une telle obligation, restent étroitement surveillées. On retrouve ici une certaine parenté avec l'exemption : on sait que l'exemption individuelle est fréquemment assortie de la charge d'informer la Commission de toute modification apportée au contrat exempté <sup>1049</sup>. Ces différents mécanismes

---

<sup>1045</sup> Le 3 mai 1989, le Conseil constatait, au vu des informations données par le Groupement, que les modifications apportées ne rendaient pas le système conforme à l'art.2 de l'injonction du 11 octobre 1988. Dans un arrêt du 16/11/89, la Cour d'appel annula cette décision pour vice de forme. Saisie à nouveau le 26 avril 1990, la Cour estima que le Groupement ne s'était pas conformé à l'article 2 de l'injonction ( B.O.C.C.R.F. 5/05/90, p.172). Suite à cet arrêt, le Groupement apporta d'autres modifications. C'est sur celles-ci que le Conseil était appelé à se prononcer dans sa décision 90-D-41 du 30 octobre 1990, Rapport d'activité pour 1990, annexe 48, p. 121.

<sup>1046</sup> Décision n° 90-D-41 , B.O.C.C.R.F. du 9 nov. 1990.

<sup>1047</sup> Décision 93-D-35 du 21 sept. 1993, précitée, B.O.C.C.R.F. du 6/11/93, p.303.

<sup>1048</sup> Décision n° 93-D-26, du 22 juin 1993 concernant l'exécution de la décision n°89-D-24 du 4 juillet 1989 relative à des pratiques de la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique et du Syndicat national de l'édition phonographique. Le Conseil a infligé une amende de 1 200 000 Fr. à la société, B.O.C.C.R.F. du 11 août 1993, p.217.

<sup>1049</sup> Cf chapitre sur l'exemption.

placent le contrat sous le contrôle vigilant et parfois conjoint des autorités de la concurrence française et communautaire, et ce pendant plusieurs années.

Le problème de la durée des injonctions est délicat, particulièrement lorsque le Conseil a enjoint, non pas la suppression d'une clause, mais la cessation d'une pratique, telle que la diffusion de barème de prix. Dans ce type d'injonction, aucun délai n'est jamais précisé. Jusqu'à quelle date les entreprises sont-elles tenues de se soumettre à cet ordre? Si elles persistent de longues années dans leur comportement anticoncurrentiel, ou qu'elles s'y conforment quelque temps, puis réitèrent leur comportement, y a-t-il non respect de l'injonction ou nouvelle infraction? Où finit la résistance aux mesures ordonnées, où commence la récidive? Les parties reprochent parfois expressément au Conseil d'avoir *"sanctionné une infraction nouvelle, distincte de la procédure d'injonction"*<sup>1050</sup>. On pourrait croire que la remarque a peu d'intérêt pratique, la circonstance que l'entreprise contrevenante a déjà été sanctionnée apparaissant comme une circonstance aggravante susceptible de majorer le montant de la sanction. Le résultat final n'est donc pas très dissemblable. Il existe pourtant une différence essentielle entre ces deux infractions : s'il s'agit d'un problème de respect de l'injonction, le Conseil est seulement tenu de vérifier la conformité de l'attitude effective des parties à celle par lui prescrite ; s'il s'agit d'une nouvelle infraction, il doit au contraire démontrer en quoi le comportement est anticoncurrentiel. La seconde décision est, sinon "factuellement", du moins juridiquement, plus motivée. Il importerait donc d'enfermer l'injonction dans un délai raisonnable, au terme duquel la réitération par les entreprises d'un comportement anticoncurrentiel sera qualifiée de récidive.

**417.** En revanche, la Cour d'appel veille à ce que le Conseil ne profite pas de la procédure pour étendre le champ de son contrôle. Une mesure d'instruction demandée à la Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes fut annulée sur ce chef. : " (...) *si, ayant des raisons de craindre que des atteintes à la concurrence se sont perpétrées sur le marché en cause, le Conseil peut s'en saisir d'office et faire procéder aux investigations nécessaires, il ne peut pour autant incorporer à la décision par laquelle il se prononce sur des pratiques antérieures distinctes une mesure totalement étrangère à cette décision ordonnant pour l'avenir une surveillance systématique du secteur*"<sup>1051</sup>. On voit que la procédure d'injonction fait l'objet en France d'un contrôle plus vigilant que ne le fait en droit communautaire la procédure d'exemption. Nous avons relevé que la Commission utilisait parfois la procédure d'imposition de charges pour contrôler tout le marché pertinent, et par là même les

---

<sup>1050</sup> Argument développé dans l'affaire des droits de reproduction mécanique, Paris 26 avril 1994, B.O.C.C.R.F. du 18 mai 1994, p. 182.

<sup>1051</sup> Cour d'appel de Paris 17 juin 1992, VIDEOCOMMUNICATION (statuant sur recours contre la décision 91-D-51), B.O.C.C.R.F. du 4 juillet 1992, p. 217.



opérations de concentration <sup>1052</sup>. De tels débordements paraissent difficilement concevables en droit français.

Malgré les quelques précautions qui l'entourent, le contrôle autorisé la procédure d'injonction apparaît d'une particulière ampleur. La confrontation avec d'autres disciplines juridiques confirme ce constat.

### **b/ Confrontation de l'injonction concurrence avec d'autres disciplines**

**418.**La procédure d'"injonction-concurrence" est en premier lieu totalement exorbitante du droit commun des contrats. Aucun procédé civiliste ne permet un tel contrôle des conventions. L'injonction de faire dont nous avons déjà parlé est circonscrite aux engagements originellement souscrits par le débiteur défaillant. Il n'est donc tenu à rien qu'il n'ait préalablement accepté. Dans le cadre du contrôle des clauses abusives, s'il est loisible au juge, saisi par une association de consommateurs, *"d'ordonner au défendeur ou est prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite"* <sup>1053</sup>, rien ne l'autorise en revanche à opérer un contrôle analogue à celui exercé par le Conseil.

**419.**D'autres droits connaissent l'injonction, sans pourtant autoriser une telle immixtion dans la vie des acteurs concernés. Il en est ainsi du droit administratif, qui reconnaît ce pouvoir au Médiateur, institué en France par une loi du 3 janvier 1973. Celui-ci a notamment pour mission de résoudre les conflits entre une administration parfois accusée d'inertie et de mauvaise foi et un administré mécontent. Lorsqu'est intervenue une décision passée en force de chose jugée condamnant l'administration, mais non exécutée, le Médiateur peut enjoindre à l'autorité responsable de s'y conformer dans le délai qu'il fixe. Mais si cette dernière n'obtempère pas, le Médiateur ne peut que mentionner cette inexécution dans un rapport spécial publié au Journal officiel <sup>1054</sup>. Il ne peut

---

<sup>1052</sup> Cf chapitre sur l'exemption, §319.

<sup>1053</sup> Art. 3 de la loi du 5 janv. 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs.

<sup>1054</sup> Cette faculté de dénonciation publique d'un comportement blâmable est reconnue également à la Commission européenne et au Conseil de la concurrence, qui en usent assez fréquemment. M. **E. COLMANT** estime que *"il s'agit, en s'assurant de ce que le partenaire de l'entreprise contrevenante soit dûment informé de la levée de la restriction qui pesait sur lui, de vaincre une force d'inertie qui peut résulter des habitudes antérieures. La Commission en arrive ainsi à une certaine immixtion dans les relations entre entreprises puisque la communication de l'interdiction aura un effet semblable à celui d'une annulation ou tout au moins d'une résiliation. Cette communication, outre qu'elle est assez vexatoire pour l'entreprise visée par la décision, s'apparente ainsi à une sanction d'ordre privé."*, in "Les sanctions aux règles de concurrence en droit

contraindre l'administration. Le Conseil d'Etat, qui peut lui aussi être saisi par l'administré de ce défaut d'exécution, peut prononcer une astreinte contre la personne publique récalcitrante. Mais là encore, rien de comparable au pouvoir reconnu au Conseil de la concurrence. Il est d'ailleurs remarquable que le Conseil, et en conséquence la Cour d'appel de Paris <sup>1055</sup>, disposent d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration, pouvoir qui est refusé au juge administratif <sup>1056</sup>. Le droit administratif n'offre donc pas d'exemple d'atteinte à la liberté (même si c'est celle de l'administration qu'il s'agit) aussi poussée qu'il en existe en droit des pratiques anticoncurrentielles.

Le droit pénal connaît en revanche des procédures semblablement "inquisitoriales". On peut citer le contrôle judiciaire, le sursis avec mise à l'épreuve ou la libération conditionnelle. Le contrôle judiciaire est une mesure de sûreté prononcée avant toute décision de condamnation de l'individu <sup>1057</sup>. Ce contrôle "*prend place entre la liberté pure et la simple détention : sorte de "liberté surveillée, elle soumet l'inculpé à une surveillance et à des obligations qui sont de nature à éliminer les inconvénients d'une liberté conditionnelle, mais elle évite les conséquences souvent néfastes d'une incarcération*" <sup>1058</sup>.

Au cours de cette période de contrôle judiciaire, plusieurs obligations sont imposées à la personne mise en examen, qui vont de l'obligation de se présenter régulièrement à des autorités désignées par le juge, à l'obligation de remettre son permis de conduire ou son passeport, à l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles ou encore à l'interdiction de sortir de certaines limites géographiques. Si l'intéressé ne respecte pas ses obligations, le juge peut délivrer un mandat de dépôt ou d'arrêt et le placer en détention provisoire.

Le sursis avec mise à l'épreuve <sup>1059</sup> est une mesure assez comparable, à cette nuance fondamentale qu'elle constitue une modalité de la sanction pénale : l'individu a été déclaré coupable.

---

communautaire," Thèse Paris 1988, p.116. Chacun s'accorde à reconnaître que la publication d'une décision constitue une sanction. Pourtant le Conseil estime qu'il s'agit là d'une mesure pédagogique. Il est vrai que les deux caractères ne sont pas exclusifs. Certaines entreprises refusent de s'y plier : pour exemple, refus du Président directeur général de la société Troc de l'île de procéder à la publication ordonnée dans la décision 93-D-43.

<sup>1055</sup> Cf la remarque de M. **I. KRIMMER** : "*Le pouvoir d'injonction, qui donne son efficacité au Conseil de la concurrence (...), profite ainsi à la Cour d'appel de Paris, une juridiction de l'ordre judiciaire, qui ne dispose qu'exceptionnellement de ce moyen de coercition!*", in "La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris : un nouvel ordre juridictionnel ? ", J.C.P. Ed. E., 1991, n°82.

<sup>1056</sup> Cf arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 1993 , Société du Journal télévisé contre Ministère de l'équipement, B.O.C.C.R.F. du 26 mars 1993, p.102, et R.J.C. oct.1993, n°1375, obs. **DRAGO** : dans cet arrêt la Cour d'appel a enjoint à la Météorologie nationale de cesser la pratique anticoncurrentielle constatée.

<sup>1057</sup> Art. 138 du Code Proc.Pénale (modifié par la loi du 4/O1/93)

<sup>1058</sup> **R. MERLE, A. VITU**, "Traité de droit criminel procédure pénale", 4ème édition, p. 447. L'extrait qui est proposé a donc été rédigé antérieurement à la réforme du code de procédure pénale.

<sup>1059</sup> Loi du 17 juillet 1970, art. 739 à 747 du code de procédure pénale (modifié par les lois du 16/12/92 et du 19/07/93).

Au cours du délai d'épreuve, compris entre dix huit mois et trois années, le condamné doit satisfaire à différentes mesures de surveillance, d'assistance, et à différentes obligations, sous le contrôle du juge de l'application des peines. Leur non-respect peut entraîner une incarcération de l'individu dans l'établissement pénitencier le plus proche.

La libération conditionnelle enfin, est accordée aux condamnés ayant accompli la moitié de leur peine et "*présentant des gages sérieux de réadaptation sociale*"<sup>1060</sup>. La liberté de l'individu est ici encore conditionnée au respect de différentes mesures d'assistance et de contrôle<sup>1061</sup>. La décision peut donc être révoquée en cas de nouvelle condamnation, d'inconduite notoire, d'infractions aux conditions ou d'inobservation des mesures énoncées.

Toutes ces procédures ont donc en commun de soumettre l'individu, pendant un laps de temps déterminé, au contrôle d'une autorité, et à l'assujettir à différentes obligations. La précarité qui s'y attache est jugée garante de leur respect. On les qualifie de mesures visant à la fois la réadaptation sociale de la personne et la neutralisation de son état dangereux. On pourrait dire que l'injonction concurrence a les mêmes finalités.

Toutefois, en droit pénal, c'est la sécurité publique qui est en jeu et qui justifie l'atteinte portée à la liberté individuelle. En droit de la concurrence, ce n'est que l'ordre des marchés qui la justifie. Il est donc permis de s'interroger sur un outil qui autorise, au nom d'une théorie économique, une surveillance aussi poussée des acteurs concernés. Plus que tout autre procédé, l'injonction fait s'affronter le principe de liberté contractuelle et la recherche de l'efficacité de la répression. Il sacrifie le premier au second. Ce n'est certes pas la prison qui menace l'entreprise contrevenante<sup>1062</sup>, mais on reconnaîtra qu'une amende de six millions de francs n'est pas une sanction légère.

**420.**L'efficacité de l'injonction est donc garantie. Les entreprises n'ont d'autre choix que de se conformer à l'injonction ou de renoncer au contrat. En fait, l'alternative est illusoire. Compte tenu des sommes déjà engagées dans l'opération et de l'imbrication de différents contrats, la renonciation n'est guère envisageable. Dans l'hypothèse d'un réseau de distribution, les entreprises ne peuvent

---

<sup>1060</sup> Art. 729 et suivants du code de procédure pénale (modifié par les lois du 16/12/92 et du 19/07/93).

<sup>1061</sup> Le condamné a cependant le droit de ne pas accepter les restrictions qui assortissent sa mise en liberté et de demander à exécuter intégralement sa peine d'emprisonnement.

<sup>1062</sup> Une peine de prison est cependant encourue lorsqu'une personne physique a pris, "*frauduleusement, une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles 7 et 8*" (article 17 de l'ordonnance du 1er décembre 1986). Une loi du 16 décembre 1992 a en outre rendu les personnes morales pénalement responsables des infractions définies aux articles 7 et 8 (article 17.1 de l'ordonnance). Cf **M.C BOUTARD-LABARDE**, "Responsabilité pénales des personnes morales et droit de la concurrence", Petites affiches du 6 oct. 1993, p.599.

évidemment pas faire le choix de l'abandon. L'injonction est donc un procédé qui réalise une atteinte inévitable et irrésistible à la liberté contractuelle des entreprises. Le Rapport du ministre de l'économie sur le suivi des décisions rendues par le Conseil en 1993 révèle que toutes les injonctions de faire ont été respectées <sup>1063</sup>. L'ampleur de l'atteinte est cependant fonction du type d'injonction prononcée.

## **PARAGRAPHE 2 : TYPOLOGIE DES INJONCTIONS .**

**421.** Les injonctions susceptibles d'être prononcées peuvent atteindre le contrat dans son principe ou dans certaines de ses stipulations. Le but poursuivi est de rendre le contrat conforme aux exigences de l'ordre public. Il est jugé illusoire par certains, qui estiment que *"les facteurs qui interviennent pour déterminer les avantages et les inconvénients relatifs aux diverses solutions d'organisation commerciale sont si nombreux et dépendent tellement de circonstances spécifiques liées à des éléments eux-mêmes souvent on ne peut plus contingents, qu'il est bien difficile d'imaginer qu'une instance humaine, même partiellement éclairée, puisse jamais accumuler la somme de savoirs et de connaissances qu'il lui faudrait pour prétendre dicter aux agents économiques le contenu ou même tout simplement les limites de leurs contrats"* <sup>1064</sup>.

C'est pourtant à cela que tendent les autorités de la concurrence, qui recourent à deux grands types d'injonctions: les injonctions de ne pas faire , c'est-à-dire les injonctions de s'abstenir de se livrer aux pratiques dénoncées (A) et les injonctions de faire, c'est-à-dire les ordres de prendre toutes mesures destinées à faire cesser ces pratiques (B). Les secondes suscitent davantage de difficultés.

### **A - LES INJONCTIONS DE NE PAS FAIRE.**

**422.** Ces injonctions sont communes au droit communautaire et au droit français. On constate cependant que le droit communautaire y recourt plus volontiers sur le fondement de l'article 86 <sup>1065</sup>

---

<sup>1063</sup> 7ème Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, annexe 87, p. 562.

<sup>1064</sup> **H. LEPAGE**, "La théorie économique de la franchise", R.C.C. juill./ août 1987.

<sup>1065</sup> Ex: décision Commission du 19/12/90 , CARBONATE DE SOUDE, SOLVAY, ICI: *"Il importe donc, conformément à l'article 3 du règlement n°15, d'obliger ICI et Solvay à mettre fin immédiatement à l'infraction. Il y a lieu, en outre, de leur enjoindre de s'abstenir de tout accord ou pratique concertée ayant un effet équivalent"*, J.O.C.E. n°L 152/13 du 15/06/91, p.21.

que sur celui de l'article 85. Elles consistent à interdire aux entreprises contrevenantes de poursuivre leur pratique, ou de s'abstenir de les mettre en oeuvre dans le futur. Elles sont la conséquence directe de la décision d'interdiction. Le Conseil de la concurrence a indiqué qu'il recourait à ce type d'injonction lorsqu'il craint la répétition de telles pratiques <sup>1066</sup>. Il tend à le faire moins fréquemment qu'à ses débuts <sup>1067</sup>.

Les exemples de ce type d'injonction sont néanmoins nombreux : injonction de mettre fin à la diffusion de barèmes de prix et de rémunérations <sup>1068</sup>, à l'exigence d'une exclusivité de distribution <sup>1069</sup>, à un boycott <sup>1070</sup>, à une discrimination <sup>1071</sup>, à une concertation tarifaire <sup>1072</sup> ...

**423.** Les autorités régulatrices ont généralement le souci de préciser le sens et la portée de l'obligation faite aux entreprises. Ainsi dans une affaire Grundig contre Consten, la Commission a-t-elle interdit aux parties contractantes *"toute mesure tendant à gêner ou à entraver l'acquisition par des entreprises tierces, à leur gré, auprès de grossistes, ou de détaillants établis dans la Communauté européenne, des produits visés au contrat, en vue de leur revente dans le territoire du contrat."*<sup>1073</sup>.

Cette remarque est encore plus pertinente pour le Conseil de la concurrence, dont les injonctions sont généralement assez précises, au moins quant au but à atteindre. Pour exemple, on peut citer l'affaire "Société Nouvelle Messagerie de la Presse Parisienne, dans laquelle le Conseil a enjoint " *cesser d'établir, sous quelque forme que ce soit, un lien entre, d'une part, la procédure de création et de mutation des points de diffusion de la presse et, d'autre part, l'acquisition*

---

<sup>1066</sup> Rapport d'activité pour 1987, p.XXVII.

<sup>1067</sup> En 1988, 7 injonctions de cesser furent prononcées contre 1 injonction de modifier des clauses. Elles furent 7 contre 5 en 1989, 2 contre 6 en 1990, 3 contre 8 en 1991, 3 contre 4 en 1992, 3 contre 4 en 1993.

<sup>1068</sup> Décision 93-D-30 du 7 juillet 1993, VIIe rapport d'activité, annexe 37, p. 244.

<sup>1069</sup> Décision 91-D-45 du 29 octobre 1991, Ve Rapport, annexe 82, p. 109.

<sup>1070</sup> Décision 92-D-38, du 9 juin 1992, G.I.T.E.M., VIe Rapport, annexe 45, p. 342.

<sup>1071</sup> Décision 89-D-24 du 4 juill. 1989, B.O.C.C.R.F. du 28 juill. 1989.

<sup>1072</sup> Décision 92-D-41 du 17 juin 1992 : injonction faite à un syndicat professionnel de s'abstenir de toute pratique de concertation ou d'échange d'informations portant sur un prix de location de matériel nautique. Rapport pour 1992, annexe n°48, p.366.

<sup>1073</sup> Décision du 23 septembre 1964, J.O.C.E. n°L. 161, p. 2545. Notons cependant que la Cour a considéré que l'étendue de cette injonction, qui visait tout le contrat de concession, était excessive; *"il appartenait à la Commission, ou bien de se limiter dans le dispositif de la décision attaquée, à constater l'infraction aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, ou bien de préciser les raisons pour lesquelles ces éléments ne lui apparaissaient pas séparables de l'ensemble de l'accord ."*, C.J.C.E. 13 juillet 1966, aff. jointes 56 et 58/64, Rec. 429.

*auprès d'elles de mobilier d'agencement.* <sup>1074</sup>. Cette précision est délibérée. Le Conseil indique lui-même qu'il veille à ne pas formuler l'injonction de ne pas faire *"en termes si généraux qu'elle reviendrait purement et simplement à enjoindre d'appliquer la loi"* <sup>1075</sup>. Ce faisant, il échappe au grief d'édicter *"une injonction, générale et indéterminée, de caractère réglementaire"* <sup>1076</sup>, excédant ses pouvoirs. La Cour veille cependant à ce que l'injonction *"indique précisément la pratique à laquelle il est ordonné de mettre fin, les dispositions contractuelles visées et qu'elle désigne nommément les opérateurs tenus d'y déférer"* <sup>1077</sup>. Ce souci est une preuve supplémentaire du contrôle exercé par la Cour d'appel sur le pouvoir d'injonction du Conseil. A la différence de la Cour de Justice des Communautés, la Cour d'appel ne se contente pas de censurer les erreurs manifestes d'appréciation. Elle dispose d'un pouvoir de réformation et d'annulation qu'elle exerce pleinement.

**424.** En principe, l'injonction "négative" n'apparaît pas exorbitante du droit commun <sup>1078</sup>. Elle ne vise qu'à faire disparaître l'illicite. Elle se rapproche en cela de la sanction de nullité, en même temps qu'elle la complète.

N'étant pas subordonnée à l'existence d'un acte juridique, l'injonction va permettre de remédier à des situations purement comportementales. Pourront ainsi être appréhendées les formes les moins formalisées de pratiques concertées.

En outre, l'injonction peut être prononcée dans le cadre de mesures provisoires, ce que n'autorise évidemment pas la nullité, dont les effets sont définitifs. Le procédé, même s'il est peu utilisé <sup>1079</sup>, est précieux.

Il existe enfin des différences quant au champ d'application temporel des deux sanctions. L'injonction de ne pas faire est tournée vers l'avenir, alors que la nullité est tournée vers le passé. Cela signifie, d'une part, que cette injonction n'a aucun caractère rétroactif : les conséquences déjà déployées par le contrat ne sont pas remises en question. Les effets déployés pendant la période précédant l'injonction ne peuvent être effacés. En l'absence de décision judiciaire entérinant sur un plan civil la décision du Conseil (c'est-à-dire une annulation), aucune fiction n'autorise les parties à revendiquer la restitution de ce qui a été reçu en vertu des clauses ou du contrat condamnés par les

---

<sup>1074</sup> Décision du 28 avril 1987, B.O.C.C.R.F. du 15 mai 1987.

<sup>1075</sup> Rapport 1993, p. 76.

<sup>1076</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 juin 1992, B.O.C.C.R.F. du 4 juillet 1992, p. 217.

<sup>1077</sup> Même référence (cf. note 96).

<sup>1078</sup> Hormi le fait que c'est un organisme administratif qui organise la disparition de l'illicite.

<sup>1079</sup> Cf section 2 du présent chapitre.

autorités de la concurrence. Cela signifie d'autre part que l'injonction de ne pas faire donne aux autorités une emprise sur les relations contractuelles des parties. L'ordre de s'abstenir de mettre en oeuvre dans le futur les pratiques condamnées, ou celles "*ayant le même objet*"<sup>1080</sup> garantit l'efficacité du contrôle : il permet de se prémunir contre toute manoeuvre des entreprises visant à contourner l'ordre qui leur est fait. Les entreprises se savent surveillées et sous la menace permanente d'une amende : la récidive est découragée. Le Conseil relevait d'ailleurs en 1992 que "*le pourcentage d'entreprises ayant été sanctionnées dans le passé pour avoir mis en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles et renouant postérieurement avec de telles pratiques apparaît pour l'instant relativement faible*"<sup>1081</sup>. La nullité d'une convention ne garantit pas de la même façon la cessation des comportements anticoncurrentiels. En effet, l'efficacité de l'annulation repose largement sur la bonne volonté des parties. Dans l'hypothèse où l'action en nullité est intentée par un tiers, rien n'oblige véritablement les parties, si elles ont intérêt à la poursuite du contrat, à tirer les conséquences de l'annulation<sup>1082</sup>. Un tel aléa est inconcevable dans un contentieux concurrentiel. Dans la mesure où l'injonction n'a pas pour finalité la défense de droits subjectifs, mais tend à préserver l'ordre du marché, on ne saurait tolérer qu'elle soit inefficace. C'est pourquoi des mesures comminatoires accompagnent souvent le prononcé de cette mesure, ou succèdent à celui-ci.

L'injonction de ne pas faire est donc en quelque sorte le pendant à la sanction de nullité, mais elle a un champ d'application plus large et elle est davantage coercitive.

**425.** En outre, ce type d'injonction recèle souvent une obligation de faire, exprimée ou implicite. Elle peut impliquer de façon immédiate la modification de certains contrats, voir leur rupture. Tel est le cas des injonctions de mettre fin à des engagements d'exclusivité. Le fait que l'injonction ne vaille que pour le futur n'autorise pas les parties à maintenir un contrat conclu avant la décision le condamnant. Cette rupture de contrat s'analyse certainement en une résiliation. C'est d'ailleurs l'analyse retenue par le Tribunal dans l'affaire Mars.

---

<sup>1080</sup> Décision 92-D-38 du 9 juin 1992, annexe 45, p.342. La formulation très générale de ce type d'injonction fait cependant douter de leur licéité. Les entreprises ne sont plus exactement avisées de ce qu'il leur est interdit de faire. En outre, aucun délai n'accompagne l'injonction.

Dans une affaire Mars qui sera étudiée infra, la Commission européenne, après avoir condamné des contrats d'exclusivité, a interdit aux entreprises d'en conclure de nouveaux dans un délai de cinq années (décisions du 23 déc. 1993, J.O.C.E. n°L.183 du 26 /07/93). Celles-ci ont fait valoir, au soutien d'une demande de sursis à exécution, que ce type d'injonction de contracter n'avait aucun fondement légal. Le Président du Tribunal n'a pas répondu à cet argument (ordonnance du 19 fév. 1996, Rec. II-131). L'on attend avec intérêt l'analyse que développera le Tribunal lorsqu'il étudiera l'affaire sur le fond. Une condamnation de ce type "d'injonction prospective" serait de nature à compromettre la possibilité pour le Conseil de donner ordre de s'abstenir de mettre en oeuvre dans le futur les pratiques "*ayant le même objet*" que celle condamnée.

<sup>1081</sup> Rapport 1992, p. 71.

<sup>1082</sup> L'astreinte n'accompagne jamais le prononcé d'une annulation. Ceci serait incompatible avec la nature de la nullité, qui, si elle n'affecte pas l'acte lui-même, tend à le priver d'efficacité juridique. L'injonction est de nature différente : elle oblige à un certain comportement.

La société Mars a saisi la Commission d'une plainte tendant à voir déclarés illicites des contrats d'exclusivité liant les sociétés Langnese et Schöller à un grand nombre de détaillants de glaces. Après une première décision ayant adopté des mesures conservatoires au bénéfice de la société Mars <sup>1083</sup>, la Commission a statué sur le fond de l'affaire <sup>1084</sup>. Elle a déclaré des accords d'exclusivité illicites au regard de l'article 85, § 1, du Traité. Elle a également enjoint aux deux sociétés de faire connaître à leurs différents contractants la nullité des dits accords et leur a interdit de conclure de nouveaux accords du même type pendant cinq ans. Celles-ci ont introduit un recours en annulation de cette décision et, par acte séparé, une demande tendant à obtenir un sursis à exécution. Dans son ordonnance, le Président du Tribunal de première instance a admis que *"l'exécution immédiate des décisions litigieuses, en ce qu'elle implique la résiliation de tous les accords de distribution mis en place depuis de nombreuses années sur le marché allemand, est susceptible de créer sur celui-ci une évolution dont il existe des raisons sérieuses de croire qu'il serait très difficile, voir impossible, de la renverser ultérieurement au cas où il serait fait droit au recours principal."* <sup>1085</sup>. Le Tribunal n'a pas décidé qu'il soit sursis à exécution de la décision de la Commission ; il s'est contenté d'en circonscrire le champ d'application : les sociétés Langnese et Schöller doivent renoncer à l'exclusivité qui les lie aux détaillants, mais elles sont autorisées à la maintenir entre elles: *"Langnese et Schöller pourront continuer à faire valoir, l'une vis à vis de l'autre, les clauses relatives à l'exclusivité de leurs points de vente, jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur les recours au principal."*

Cette ordonnance semble assez satisfaisante pour les deux requérantes. On peut néanmoins s'interroger sur ses conséquences pour les détaillants. Sont-ils autorisés à engager la responsabilité des concertants ou à dénoncer les contrats de distribution? Un contrat dont on supprime l'exclusivité voit sa nature modifiée. Or, les mesures provisoires ne peuvent normalement pas porter un préjudice grave et irréparable à une entreprise. Il est par ailleurs surprenant de considérer une exclusivité opposable à certains contractants seulement. Juridiquement, le procédé est difficilement admissible. Soit la clause est résiliée, et elle l'est à l'égard de tous, soit elle est maintenue.

**426.** De façon plus indirecte, une injonction de ne pas faire <sup>1086</sup> peut impliquer une obligation de contracter. Nous verrons que la Commission ne s'est pas vue reconnaître le pouvoir d'enjoindre

---

<sup>1083</sup> Décision du 25 mars 1992, aff. IV/34.072.

<sup>1084</sup> Décisions du 23 décembre 1992, aff. IV/31.533, SCHOLLER LEBENSMITTEL GmbH, J.O.C.E. L. 183/1 du 26 juillet 1993, et IV/31.072, LANGNESE- IGLO, J.O.C.E. L. 183/19 du 26 juillet 1993.

<sup>1085</sup> Point 40 de l'ordonnance du Président du T.P.I. C.E. du 19 février 1993, Rec. II-131. (*Le passage en gras est souligné par nous*).

<sup>1086</sup> Ex : décision du Conseil n° 92-D-32 du 5 mai 1992 relatives à des pratiques mises en oeuvre par le Syndicat des producteurs de films publicitaires, B.O.C.C.R.F. du 16 juin 1992, p.205.



directement à des entreprises de contracter<sup>1087</sup>. L'injonction de ne pas faire peut, d'une certaine façon, permettre de contourner cette interdiction. On pense au commandement de mettre fin au boycott d'une entreprise. L'injonction faite aux fabricants de produits cosmétiques de cesser de subordonner l'agrément de leurs distributeurs à la détention de la qualité de pharmaciens d'officine<sup>1088</sup> en offre un autre exemple. Elle impose aux fabricants de contracter avec d'autres personnes que les pharmacies, dès lors que ces personnes répondent aux conditions de l'agrément. Ce constat avait d'ailleurs justifié l'octroi d'un sursis à exécution de cette décision<sup>1089</sup>. C'est la liberté de choisir son cocontractant qui est ici remise en cause, et cette remarque est généralisable à tout le contentieux de la distribution sélective. L'injonction formulée dans l'affaire de la parapharmacie obligeait en fait les fabricants à *"une réorganisation en profondeur de leur réseau de distribution et donc une redéfinition préalable de leur stratégie commerciale"*<sup>1090</sup>. C'était d'ailleurs l'objectif officiellement poursuivi par le Conseil puisque celui-ci énonçait que *"ce faisant (...), il n'entendait pas contraindre ces fabricants à renoncer à toute forme de distribution sélective mais les obliger à adopter des critères de sélection compatibles avec le jeu de la concurrence..."*<sup>1091</sup>. L'injonction de ne pas faire est donc incontestablement plus dirigiste que l'annulation<sup>1092</sup>. Ce trait est encore plus marqué pour les injonctions de faire.

---

<sup>1087</sup> T.P.I. C.E. 18 sept. 1992, aff. T-24/90, AUTOMECC c/ Commission, Rec. 1992, II. 2223.

<sup>1088</sup> Décision n° 87-D-15 du Conseil de la concurrence en date du 9 juin 1987, relatif à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, B.O.C.C.R.F. n°15 du 17 juin 1987; Rapport pour 1987, p.43.

<sup>1089</sup> Paris 11 sept. 1987 : *"L'exécution immédiate par les sociétés précitées de ce chef de la décision contraindrait ces mêmes sociétés à répondre immédiatement aux commandes (déjà exprimées) pouvant émaner de multiples firmes ou commerçants avant que ne soit mise en place par voie de négociation et de concertation une nouvelle politique commerciale de distribution, aussi bien dans la perspective d'une utilisation rationnelle et contrôlée des produits adaptés que dans celle d'une présentation organisée de produits concourant nécessairement à la création d'une image de marque évidemment liée au mode de diffusion des produits et à l'importance des investissements publicitaires."*, Gaz. Pal. 1987.2.731 (note **J.P. MARCHI**)

<sup>1090</sup> MM. C. GAVALDA et C. LUCAS de LEYSSAC, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 janvier 1988, chronique de droit français et communautaire de la concurrence, Dalloz 1988, somm. comm. p.291.

<sup>1091</sup> Rapport d'activité pour 1987, p.XXVI.

<sup>1092</sup> G. FARJAT : *la sanction n'est pas libérale mais dirigiste. La sanction libérale eût consisté à annuler totalement ou partiellement une entente portant atteinte à la concurrence*, in "Droit économique", 2ème éd., 1982, p. 540.

## ***B/ LES INJONCTIONS DE FAIRE.***

**427.** Les injonctions ne se limitent pas à des interdictions ; elles peuvent aussi prendre la forme d'un ordre d'adopter un comportement déterminé. Nous leur consacrerons quelques développements généraux (1) avant d'étudier leur typologie (2).

### **1/ Remarques générales sur les injonctions de faire**

L'on s'interrogera successivement sur la possibilité d'enjoindre un comportement positif (a) et sur la nature des injonctions de faire (b).

#### **a/ Sur la possibilité d'enjoindre un comportement positif.**

**428.** Le droit français autorise sans ambiguïté les injonctions de faire. L'article 13 de l'ordonnance prévoit en effet que le Conseil peut "*imposer des conditions particulières aux intéressés* ." Leur admission en droit européen avait, plus d'une décennie auparavant, suscité l'émoi d'une partie de la doctrine. En 1972 Monsieur WAELBROECK se demandait, sans s'y déclarer hostile "*si le pouvoir d'ordonner la cessation de l'infraction comprend celui de prescrire une conduite déterminée* <sup>1093</sup>." La réponse fut parfois radicale, certains contestant en leur principe toute prescription de mesures positives. Les auteurs hostiles à ce procédé faisaient valoir que les articles 85 et 86 se bornent à interdire les pratiques illicites et que l'article 3 du règlement n°17 ne permet que d'obliger, par voie de décision, à mettre fin à l'infraction. L'injonction délivrée par la Commission dans sa première décision d'application de l'article 86, cristallisa les critiques. Elle y prescrivait différentes mesures positives, Monsieur FOCSANEANU estima que l'autorité communautaire s'était "*substituée aux parties intéressées pour établir en leur lieu et place la teneur de certaines clauses des statuts ou des contrats de cession. Il ne semble pas qu'elle puisse trouver dans le Traité ou dans ses règlements d'application un fondement pour des décisions de cette nature qui constituent des empiétements sur le domaine de la liberté contractuelle des parties* <sup>1094</sup>". La remarque eut été transposable à l'article 85. Elle témoigne des inquiétudes et des résistances qu'a suscité (que suscite

---

<sup>1093</sup> J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES et M. WAELBROECK, "Le droit de la Communauté économique européenne", éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, p.75

<sup>1094</sup> L. FOCSANEANU, "Première application de l'article 86 du Traité de Rome par la Commission de la CEE. La décision GEMA du 2 juin 1971", R.M.C. 1971, 476.

encore?) le droit de la concurrence. D'autres auteurs se montraient en revanche favorables à ce type d'injonction <sup>1095</sup>.

La Cour de Justice a pris clairement position sur ce problème dans une affaire ZOJA. Elle posa, sans distinguer entre les articles 85 et 86, que l'article 3 du règlement n°17 "*peut aussi bien comporter l'ordre d'entreprendre certaines actions ou prestations, illégalement omises, que l'interdiction de continuer certaines activités ou situations, contraires au Traité* <sup>1096</sup>."

La question n'est pas cependant pas totalement épuisée aujourd'hui. La récente affaire Automec témoigne au contraire d'une méfiance persistante à l'égard des injonctions de faire <sup>1097</sup>. Celle-ci s'explique facilement : ces injonctions sont davantage attentatoires à la liberté contractuelle que ne l'étaient les précédentes.

## **b/ Sur la nature des injonctions de faire**

**429.** Les injonctions de faire sont essentiellement des injonctions de comportement. On les oppose aux injonctions relatives à la structure des entreprises, lesquelles sont plus fréquemment adoptées dans le cadre du contrôle des opérations de concentrations. La remarque est cependant moins fondée en droit communautaire.

**430.** Dans le passé, il était arrivé que la Commission des Communautés se fonde sur les articles 86 <sup>1098</sup> et 85 <sup>1099</sup> du Traité pour enjoindre à des entreprises de procéder à des déconcentrations. On

---

<sup>1095</sup> Ainsi en est-il de M. **DERINGER** (cf. Rapport fait au nom de la Commission du Marché intérieur, documents de séance de l'Ass. parlementaire européenne du 7 septembre 1961, n°57).

<sup>1096</sup> Arrêt du 6 mars 1974, C.S.C. et I.C.I., Aff. n° 5 et 7/73, Rec. p.223.

<sup>1097</sup> Cf section II du présent chapitre.

<sup>1098</sup> Pour exemple, affaire CONTINENTAL CAN, Commission 9 décembre 71, J.O.C.E. n°L. 7 du 6/01/72, p. 25.

<sup>1099</sup> Le droit communautaire est sur ce point tourmenté. Dans un mémorandum du 1er décembre 1965 sur la concentration, la Commission avait déclaré que l'article 85 était inapplicable aux concentrations. Elle a ensuite tenté de se dégager de cette interprétation à propos des filiales communes en distinguant entre les filiales concentratives et les filiales coopératives. En outre, la Commission, approuvée par la Cour, a déclaré l'article 85 applicable aux opérations de prise de participation minoritaire dans le capital d'un concurrent (affaire "PHILIP MORRIS" du 17 nov. 1987, Rec. 4487). Ce sont donc bien les modifications affectant la structure du capital des sociétés qui sont contrôlées.

pouvait penser qu'avec l'adoption du règlement relatif au contrôle des concentrations <sup>1100</sup>, l'injonction de structure serait prononcée exclusivement sur cette nouvelle base. Tel n'a pas été le cas. Dans une affaire Gillette du 10 novembre 1992, elle a appliqué cumulativement les articles 85 et 86 à une opération de concentration <sup>1101</sup>. Sur ces deux fondements, la Commission a ordonné à Gillette, producteur américain de rasoirs, de céder à un tiers sa participation dans Eemland, société mère de Wilkinson Sword et concurrent de Gillette, et de rétrocéder à Eemland les activités de Wilkinson Sword dans les pays européens situés à l'Est de la CEE. En faisant ainsi obligation à la société américaine de se désengager, la Commission procède à une injonction de structure. Le Conseil lui a, il est vrai, réservé cette possibilité dans les développements introductifs de son règlement <sup>1102</sup>.

**431.**Le droit français opère, quant à lui, une distinction assez tranchée entre les deux branches du contrôle (Titre III et Titre V de l'ordonnance) et cette distinction se retrouve en matière d'injonctions. La D.G.C.C.R.F a précisé que le *"contrôle des concentrations s'attache aux structures; par conséquent, les engagements ou injonctions retenus doivent, dans la mesure du possible, se limiter à des mesures structurelles. Il faut éviter de s'engager dans la voie d'injonctions de comportement ou d'accepter de tels engagements de la part des entreprises"* <sup>1103</sup>. Une conclusion inverse s'impose en droit des ententes. Le contrôle de celles-ci s'attachant davantage aux comportements, les injonctions susceptibles d'être prononcées devraient être davantage des injonctions de comportement que des injonctions de structure.

Une décision récente paraît effectivement constituer un indice du refus des autorités françaises de procéder à des injonctions de structure dans le cadre général des pratiques anticoncurrentielles. Dans une affaire "G.I.E. Géosavoie", la Cour d'appel a énoncé *"qu'il n'entre pas dans la compétence ni du Conseil, ni de la Cour de prononcer la dissolution d'un groupement d'intérêt économique"* car *"l'application de l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relève de la compétence des juridictions du fond appelés à statuer sur la validité de toute convention se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8"* <sup>1104</sup>. Lorsque l'injonction aboutit à la dissolution d'un groupement - ici d'un groupement d'intérêt économique mais

---

<sup>1100</sup> Art. 9 al. 3 du Règlement 4064/89 du Conseil du 21 déc. 1989: *"Si une opération de concentration a déjà été réalisée, la Commission peut ordonner (...) la séparation des entreprises ou des actifs regroupés ou la cessation du contrôle commun ou toute autre action appropriée pour rétablir une concurrence effective."*, J.O.C.E. L. 395 du 30 déc. 1989, Rect. L. 257 du 21 sept. 1990, p. 13.

<sup>1101</sup> Décision de la Commission du 10 nov. 1992, IV/33-440, WARNER-LAMBERT / GILLETTE et IV/33-486, BIC GILLETTE et autres, J.O.C.E. L 116 du 12 mai 1993, p. 21.

<sup>1102</sup> Point 6 de l'introduction.

<sup>1103</sup> Etude de la D.G.C.C.R.F. consacrée à la "Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations", publiée en juillet 1992, p.54.

<sup>1104</sup> Paris 1ère ch. sect. conc. 17 sept. 1992, G.I.E. GEOSAVOIE, B.O.C.C.R.F. 3/10/92, p.312.

la solution est transposable aux autres formes sociales- les autorités de la concurrence françaises s'estiment donc incompétentes.

On peut cependant s'étonner de la justification invoquée. Selon la Cour, c'est la compétence exclusive des juridictions judiciaires en matière d'annulation qui impose cette solution. Pourtant le Conseil était invité à appliquer les prérogatives qu'il détient au titre des articles 13 et 14 de l'ordonnance. Pourquoi modifier ainsi le fondement de la demande et invoquer l'article 9 ? On comprend mal pour quel motif l'ordre de dissoudre un groupement s'analyserait en une annulation et pas l'ordre de mettre fin à une pratique ou à une convention. Dès lors que l'ordre émane d'une autorité de la concurrence, que l'objet du commandement soit une simple clause contractuelle ou un contrat de société, il s'agit toujours d'injonction. Et cette injonction s'apparente **dans tous les cas** au pouvoir d'annulation judiciaire, mais s'y apparente seulement. C'est la nature de l'organe compétent qui conditionne la nature du procédé d'intervention utilisé, et non l'objet du commandement. La justification invoquée nous semble donc contestable. Il existe peut-être une justification non-dite à la solution adoptée. Ce ne semble pas être le souci de respecter la liberté contractuelle, mais ce peut-être la volonté de ne pas procéder à des injonctions de structure dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles <sup>1105</sup>.

---

<sup>1105</sup> Ceci à condition de considérer que l'injonction de dissoudre un groupement est une injonction de structure, ce qui apparaît avec moins d'évidence que dans l'hypothèse, par exemple, d'une déconcentration. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil s'estime incompétent. Lorsqu'un abus de position dominante est facilité par une concentration, et qu'il convient de procéder à la déconcentration (et donc d'agir cette fois véritablement sur la structure de l'entreprise), le Conseil renvoie, conformément aux textes, au Ministre de l'économie. La répartition de leurs compétences respectives peut cependant s'avérer délicate.

## 2/ Typologie des injonctions de faire

432. Il existe différents types d'injonctions de faire. A chacune correspond une gradation dans la limitation à la liberté contractuelle. Les deux premières sont d'usage assez fréquent : il s'agit des injonctions de supprimer une clause (a) et des injonctions de modifier une clause ou un contrat (b). La troisième est plus rarement utilisée dans le cadre du contrôle des ententes : il s'agit des injonctions de contracter (c).

### a/ Les injonctions de supprimer une clause .

433. La Commission recourt assez rarement à ce type d'injonction lorsqu'elle adopte une décision d'interdiction fondée sur l'article 85, §1<sup>1106</sup>. Il existe différentes explications à ce phénomène. L'injonction de supprimer une clause, par définition, ne vise pas à la disparition de l'entier contrat. Elle a une fonction d'amendement, d'éradication de l'illicite. Or, la Commission dispose pour cela de procédures moins autoritaires et tout aussi efficaces. Elle peut proposer aux entreprises certaines modifications, qui, si elles sont acceptées, leur permettent de bénéficier d'une lettre administrative de classement<sup>1107</sup> ou d'une décision d'exemption<sup>1108</sup>. Ainsi, lorsque les entreprises ont notifié leurs accords, il existe des mécanismes de substitution à l'injonction qui rendent celle-ci partiellement inutile. En l'absence de notification, la Commission peut se contenter de déclarer que les clauses litigieuses constituent une infraction à l'article 85, §1, du Traité, ce qui emporte leur nullité de plein droit. Ici encore, sous réserve de ce qui a été dit à propos des procédés comminatoires qui l'accompagnent, l'injonction est d'un intérêt limité. La décision Mars du 23 décembre 1992 illustre ce fait<sup>1109</sup>. La Commission a estimé qu'il fallait "*obliger (Langnese-Iglo-GmbH) à renoncer à ses droits contractuels portant sur l'exclusivité des points de vente et à communiquer cette renonciation à ses cocontractants*". Pour ce faire, elle n'a pas recouru aux injonctions de supprimer une clause. Elle s'est limitée à déclarer les accords d'exclusivité constitutifs de l'infraction à l'article 85, paragraphe 1, du Traité CEE (article 1er de sa décision) et à leur retirer le bénéfice de

---

<sup>1106</sup> Cf cependant Commission 5 oct. 1973, DEUTSCHE PHILIPS, J.O.C.E. n°L. 293 du 20 oct.73, p.40, et 11 déc.1980, HENNESSY - HENKEL, J.O.C.E. n° L.383, du 31 déc.83.

<sup>1107</sup> Décision CARLSBERG / COURAGE, XXIIe Rapport sur la politique de la concurrence, p.95.

<sup>1108</sup> Cf supra chapitre sur l'exemption, section I, § \*\*.

<sup>1109</sup> Précitée note 101 et 105.

l'exemption par catégorie (article 2) <sup>1110</sup>. Ordre a par ailleurs été donné à la société Langnese de faire connaître sous trois mois à ses revendeurs la nullité des accords concernés (article 3). On voit cependant que cette injonction recèle implicitement celle de supprimer les clauses d'exclusivité. Les pures injonctions de ne pas faire sont donc rares en droit communautaire.

**434.**C'est le droit français qui a véritablement institutionnalisé cette pratique. La situation est exactement inverse à celle qui existe en droit communautaire. Le Conseil n'a jamais recouru aux exemptions conditionnelles et, juridiquement, ses décisions ne s'imposent pas aux juges. La nullité des clauses qu'il condamne n'est donc pas assurée. Il recourt donc volontiers aux injonctions de supprimer les stipulations illicites <sup>1111</sup>. Les clauses organisant une discrimination <sup>1112</sup>, limitant la liberté des revendeurs en matière de prix <sup>1113</sup>, ou la liberté commerciale des adhérents à un groupement <sup>1114</sup>, ou opérant un partage de clientèle <sup>1115</sup> sont inévitablement condamnées. Il en est de même des clauses de nature à rigidifier le marché <sup>1116</sup>, à se le répartir <sup>1117</sup>, à limiter son accès <sup>1118</sup>, ou plus généralement à restreindre la concurrence <sup>1119</sup>.

---

<sup>1110</sup> Décisions du 23 décembre 1992, aff. IV/34.072, SCHÖLLER LEBENSMITTEL GmbH, J.O.C.E. n°L. 183/1 du 26 juillet 1993, et LANGNESE - IGLO, J.O.C.E. n°L. 183/19 du 26 juillet 1993.

<sup>1111</sup> Ce type d'injonctions tend même à supplanter les injonctions de ne pas faire. Cf supra note 88.

<sup>1112</sup> Décision n°89-D-43 (chaussure de sport), B.O.C.C.R.F. 3/01/86 : injonction de supprimer la clause limitant la liberté des grossistes de livrer certains distributeurs, notamment les grandes surfaces.

<sup>1113</sup> Décision n°92-D-39, du 16 juin 1992 (agents privés de recherche) : injonction de supprimer dans une charte professionnelle un paragraphe faisant référence à l'établissement de barèmes indicatifs préconisés par les organisations syndicales (Rapport pour 1992, annexe 46, p. 354).

<sup>1114</sup> Décision n°92-D-38 du 9 juin 1992 (produits électroménagers et d'électroniques): injonctions de supprimer des statuts et règlements intérieurs toutes clauses:

- visant à interdire les relations commerciales entre commerçants adhérents et fournisseurs offrant de meilleures conditions,

- ne permettant à chaque adhérent d'ouvrir un nouveau point de vente ou un nouveau rayon, de vendre dans tous ses points de vente et de rétrocéder ses marchandises qu'à la condition de ne pas faire concurrence à un autre adhérent (Rapport 1992, annexe 45, p. 342).

<sup>1115</sup> Décision n°92-D-20 du 10 mars 1992 (distribution de boissons) : injonction de supprimer les clauses de non-concurrence (Rapport pour 1992, annexe 27, p.221).

<sup>1116</sup> Décision n° 89-D-07, du 21 mars 1989 (contrôle technique) : injonction de supprimer la clause prévoyant des temps de référence pour accomplir certaines prestations, de nature à dissuader les entreprises à répercuter aux clients les gains éventuels de productivité (B.O.C.C.R.F. du 8 avr. 1989).

<sup>1117</sup> Décision n° 91-D-49, du 13 nov. 1991, (marché du granit en Ille et Vilaine): injonction de supprimer les clauses relatives à une tarification commune et à une répartition de commandes (Rapport pour 1991, annexe p.121).

<sup>1118</sup> Décision n°87-D-34, du 29 sept. 1987 (clause de restitution des cuves) : cette clause contraignait les distributeurs à engager des frais importants pour défoncer les pistes et remettre en état leur station service ; elle

Le Conseil accorde parfois un délai aux entreprises pour supprimer les clauses qu'il condamne  
1120.

**435.** A l'instar des exemptions conditionnelles, ces injonctions modèlent le contenu du contrat. La détermination de celui-ci est partiellement l'oeuvre des autorités de la concurrence. Les exemples susmentionnés montrent l'extrême diversité des clauses censurées : clauses de prix, clauses d'exclusivité, clauses de non-concurrence, clause limitative de responsabilité, clauses interdisant la revente sous certaines conditions... : il y a bien modelage du contrat. Les entreprises ne sont pas libres d'organiser à leur gré leurs rapports contractuels et leurs obligations respectives. Les injonctions, comme les exemptions, peuvent rompre l'équilibre de la convention, voire en modifier la nature. Des conflits peuvent donc également surgir entre les parties favorables à l'abandon pur et simple du système et celles favorables à son maintien dans les conditions dictées par les autorités. Le champ des personnes concernées par l'injonction peut être très large : le contrat examiné par les autorités de la concurrence est souvent un contrat type.

Il existe cependant entre les deux procédés une nuance d'ordre psychologique: l'injonction est un ordre, l'exemption conditionnelle une "proposition". Dans la première hypothèse, l'entreprise a le sentiment de subir, elle est contrainte à l'obéissance sous peine d'une condamnation pécuniaire. Dans la seconde elle a l'illusion de se soumettre volontairement à la volonté de la Commission.

**436.** Pourtant la suppression d'une clause n'est pas exorbitante du droit commun. Seules les clauses illicites ont vocation à disparaître. Or, seules les conventions légalement formées ont force de loi. L'article 6 du code civil, qui interdit de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs, ne distingue pas en fonction du type d'ordre public concerné. C'est l'ordre public économique qui est en cause.

Toutefois, l'illicéité d'une clause contractuelle est normalement sanctionnée par la nullité. L'annulation est l'oeuvre du juge <sup>1121</sup> ; l'injonction est celle des autorités de la concurrence. Ce

---

constituait donc un frein à la poursuite de l'exploitation au sein d'un autre réseau de distribution (Rapport pour 1987, annexe p.80). Pour une étude de cette affaire, cf. 1ère partie, titre1, ch.2, §\*\*. Cf également décision condamnant les clauses de protection territoriale absolue et d'interdiction d'exporter: décision 93-D-50 du 23 nov. 1993, Rapport pour 1993, annexe 57, p.350.

<sup>1119</sup> Décision 89-D-34 , du 24 et 25 oct. 1989, relative à des pratiques d'ententes dans le secteur des travaux routiers: injonction de supprimer certaines clauses d'exclusivité (B.O.C.C.R.F. du 3/12/89).

<sup>1120</sup> Décision n° 91-D-51, en date du 19/11/91 (programmes de télévision réservés à la diffusion des réseaux cablés) : le Conseil accorde un délai de six mois pour supprimer les clauses d'exclusivité thématique figurant dans différents contrats de diffusion de programmes (Rapport pour 1991, annexe n°58 p. 130); décision 93-D50, précitée, délai de trois mois pour procéder à la suppression.

<sup>1121</sup> Cf chapitre précédent.



pouvoir d'injonction supplée leur incompétence en matière d'annulation <sup>1122</sup>. On retrouve le parallèle entre les deux sanctions, déjà effectué à propos des injonctions de ne pas faire, mais encore plus évident ici. Le résultat obtenu est similaire : il s'agit d'organiser la disparition de l'illicite <sup>1123</sup>. L'injonction de supprimer une clause constituerait une sorte de nullité partielle. L'assimilation est tentante <sup>1124</sup>, mais contestable.

Comme le juge de l'annulation, le Conseil de la concurrence et la Commission européenne peuvent organiser la disparition de l'illicite, mais ils ne sont pas tenus par les règles gouvernant l'étendue de la nullité.

En droit des obligations, la nullité d'une clause est toujours susceptible d'entraîner la disparition du contrat lorsqu'elle présente un caractère déterminant <sup>1125</sup>. Seul le recours au procédé de la clause réputée non écrite permet de limiter l'éradication à la seule clause illicite, indépendamment de sa portée sur le reste du contrat. En droit des pratiques anticoncurrentielles, si seule une clause d'un contrat ou d'un ensemble contractuel a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence, seule cette clause est visée par l'injonction. Bien plus, la Commission des Communautés est tenue d'opérer cette délimitation, sans quoi elle encoure la censure de la C.J.C.E. <sup>1126</sup>. Les parties ne peuvent pas faire valoir devant les autorités de la concurrence son caractère subjectivement déterminant.

Cette situation n'est pas dommageable lorsque la clause est jugée essentielle par toutes les parties : il leur est loisible de renoncer au contrat. Si une seule une partie est concernée, elle va être indirectement contrainte par l'injonction à se maintenir dans les liens d'un contrat qui ne l'intéresse plus. Le mécanisme de la nullité ne peut avoir un tel effet. L'unique voie qui reste ouverte à cette partie est précisément la voie judiciaire. Confrontée à une injonction émanant du Conseil ou de la

---

<sup>1122</sup> **N. DECOOPMAN** : "*Les autorités administratives se sont parfois plaintes de ne pas disposer d'instruments juridiques leur permettant d'imposer le respect de la réglementation qu'elles édictent : l'octroi d'un pouvoir d'injonction pallie cette carence* ", in " Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", J.C.P. Ed. G. 1987, n°3303.

<sup>1123</sup> L'injonction a cependant une portée plus large: cf. p.323

<sup>1124</sup> Cf F. **DREIFUSS-NETTER** : "*on peut se demander si, par le biais de injonctions, le Conseil ne peut en fait constater, sinon prononcer, la nullité des conventions contraires aux articles 7 et 8* ", in "Droit de la concurrence et droit commun des obligations", R.T.D.Civ. 1990/4, p.369.

<sup>1125</sup> Nous verrons que le droit de la concurrence ne semble pas déroger pas à cette règle : cf. infra chapitre consacré à la nullité, §\*\*.

<sup>1126</sup> Cf. arrêt Grundig du 13 juillet 1966, Rec. 429 dans lequel la Cour reproche à la Commission de ne pas s'être limitée, dans le dispositif de sa décision, à constater l'infraction aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, ou bien de n'avoir pas précisé dans ses motifs les raisons pour lesquelles ces éléments ne lui apparaissaient pas séparables de l'ensemble de l'accord (arrêt précité note 93)

Commission de supprimer une clause illicite capitale pour elle, elle n'a d'autre choix que de solliciter du tribunal qu'il prononce la nullité du contrat tout entier.

Une telle action peut se heurter à différents obstacles. D'une part, le juge n'est, officiellement, pas lié par l'analyse du conseil : il peut estimer la clause valable <sup>1127</sup>. D'autre part, l'appréciation du caractère déterminant de la clause relève de son pouvoir souverain. Enfin, cette procédure parallèle risque d'être longue ; le délai éventuellement imparti par le Conseil pour procéder à l'amputation du contrat a toutes les chances d'échoir avant le résultat de l'action en nullité. Les remèdes sont en conséquence assez limités.

**437.** En résumé, si le principe d'enjoindre la suppression d'une clause illicite n'est pas dérogoire au droit commun, les effets de l'injonction le sont incontestablement. Que dire alors lorsque l'injonction ne se limite pas à la suppression d'une clause, mais organise précisément la modification du contrat ?

#### **b/L'injonction de modifier une clause ou un contrat .**

**438.** A l'évidence, l'injonction de supprimer une clause modifie déjà l'économie du contrat. Cette hypothèse a été envisagée. Seront seulement visées ici les décisions qui tendent à dicter assez précisément le contenu de la convention. De telles injonctions sont inconcevables dans le cadre des mesures provisoires, lesquelles ne sauraient aboutir à créer de nouveaux rapports de droit entre les parties <sup>1128</sup>. Les injonctions examinées dans les développements qui vont suivre auront donc toujours été prononcées au cours de procédure au fond.

**439.** Aucune injonction de modification au sens préalablement défini n'a été adoptée par le Conseil au cours des années 1991, 1992 et 1993. Une seule l'a été à ce jour en 1994. Le Conseil a enjoint à France Télécom et à l'O.D.A. (Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom), de *"modifier le texte de la recommandation insérée dans les prochaines éditions des annuaires officiels à destination des annonceurs de manière à ce que ces derniers soient informés, sans équivoque, que les agences de publicité peuvent assurer, comme l'O.D.A. (...) la prospection des annuaires officiels à paraître dans les annuaires officiels de France Télécom "*<sup>1129</sup>.

---

<sup>1127</sup> Sur ces risques de contradiction d'analyse et ses conséquences, cf. chapitre sur la nullité, §\*\*\*.

<sup>1128</sup> cf. aff. LA CINQ, T.P.I.C.E. 24 janvier 1992, aff. T44/90, Rec. II.1.

<sup>1129</sup> Décision n° 94-D-21 en date du 22 mars 1994, B.O.C.C.R.F. du 7 juin 1994, p; 205.

De la même façon, en 1990, le Conseil avait enjoint à un groupe de producteurs de tuiles d'inclure dans ses conditions générales de vente des critères précis et objectifs d'attribution des remises sur les prix par les négociants de tuiles et briques <sup>1130</sup>. L'injonction était double : à l'ordre de supprimer la clause discriminatoire s'ajoute l'ordre d'inclure de nouveaux critères d'attribution. Il y a éradication de la clause illicite et obligation de lui substituer une clause licite. Le procédé est intéressant, mais pas encore totalement révélateur. En effet, dans ces deux décisions, seules les conditions de validité de la clause de substitution sont indiquées, mais le contenu même de la clause n'est pas dicté. Le modelage est indirect. La même remarque peut être faite dans une affaire "Marché de la chaussure de sport...", où il était enjoint à différentes sociétés de se limiter dans leurs contrats de distribution sélective à des critères objectifs de nature qualitative <sup>1131</sup>. Tout le contentieux français et communautaire de la distribution sélective est en réalité nourri de ce type d'injonctions.

**440.** Une décision célèbre offre l'exemple d'une immixtion plus poussée dans le contrat. Ainsi dans l'affaire dite du "Groupement des cartes bancaires", a-t-il été enjoint au groupement, en des termes qui méritent d'être reproduits, notamment de :

*"- modifier l'article 8 des conditions générales du contrat d'adhésion des commerçants au système national de paiement par carte afin qu'un **délai raisonnable, qui ne saurait être inférieur à un mois**, soit imparti au commerçant pour accepter la modification des conditions particulières de son contrat.*

*- modifier les articles 7 et 9 du contrat constitutif **en y incluant l'obligation de motiver les décisions prises en application de ces articles*** <sup>1132</sup>.

On voit ici que le Conseil ne se contente plus d'indiquer le résultat à atteindre, il définit précisément certaines modalités des modifications à apporter aux contrats examinés <sup>1133</sup>. Le point notable est qu'un organisme administratif, et non le législateur, dictent aux parties certaines stipulations de leur convention. L'exemption individuelle assortie de conditions et l'exemption catégorielle tendent elles aussi à ce résultat, mais rappelons-le, n'édicte pas de prescriptions contraignantes. Ici, il y a contrainte, puisque menace de sanctions pécuniaires en cas d'inexécution.

---

<sup>1130</sup> Décision n° 90-D-27 du 11 septembre 1990, relative à des pratiques relevées sur le marché des tuiles et des briques en Alsace, Rapport pour 1990, annexe 34, p.87.

<sup>1131</sup> Décision 89-D-43 du 5 décembre 1989, Rapport 1989, annexe 50, p.156. Cette décision a été partiellement infirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 juin 1990, B.O.C.C.R.F. du 20 juin 1990, p.213.

<sup>1132</sup> Décision n° 88-D-37 du 11 octobre 1988, Rapport pour 1988, annexe 42, p.85. (*Souligné en gras par nous*).

<sup>1133</sup> Certains auteurs ont cependant déploré que le Conseil ne soit pas davantage précis encore : cf. **L. VOGEL**, note sous décision 90-D-41 du Conseil, précitée, Contrats-conc.-consomm. févr. 91, n°38. Nous reviendrons sur ce point dans la section 2 du présent chapitre.

Le juge civil ne dispose pas de telles prérogatives. Un pouvoir modérateur, et donc de modification des termes du contrat, a certes été reconnu aux instances judiciaires, mais ceci s'inscrit dans ce que Monsieur CORNU a appelé "*une poussée autonomiste*"<sup>1134</sup>. Le pouvoir du juge de modérer une clause pénale ou de réduire des honoraires excessifs a un caractère compensatoire, elle vise à rétablir un équilibre rompu à l'origine. Rien de tel dans l'intervention des autorités de la concurrence : celle -ci n'est pas "*ordonnée à la valeur du consentement*"<sup>1135</sup>.

**441.** C'est cependant l'affaire des cuves, chronologiquement la plus ancienne, qui offre l'exemple de la prescription la plus intéressante<sup>1136</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer cette décision aux termes de laquelle la clause de restitution *in specie* des cuves mises à la disposition des pompistes par les compagnies pétrolières a été jugée anticoncurrentielle. Dans cette affaire, le Conseil a enjoint aux sociétés de renégocier leurs contrats afin que "*les détaillants ne soient plus tenus de restituer en nature les cuves et matériels mis à leur disposition* ." Cette injonction de renégocier un contrat est totalement exorbitante du droit commun. L'on oblige les parties, au nom d'une logique contraire à celle des contrats, à revenir sur leurs engagements. Le principe de la liberté contractuelle est ici complètement bouleversé, l'immixtion dans le contrat patente. En effet, l'ordre de négocier ainsi enjoint ne porte pas sur la faculté de supprimer ou non la clause litigieuse: celle-ci, condamnée sur le fondement de l'article 7, est impérativement nulle. L'ordre ne peut porter que sur le remplacement des dispositions condamnées<sup>1137</sup>. Les parties doivent refaire leur contrat. Le conseil suggère des solutions : il propose ainsi de laisser une option au profit du pompiste, le prix de vente de la cuve étant au moins égal à la valeur résiduelle de l'installation: "*(...) En particulier, l'adoption d'une clause prévoyant la possibilité pour les distributeurs concernés de racheter les cuves et matériels dans des conditions analogues à celles négociées dans le cadre de l'accord interprofessionnel du 4 octobre 1982 serait de nature à lui permettre de récupérer la partie non amortie des frais qu'elle a engagés sans pour autant créer un obstacle artificiel au jeu de la concurrence* ." Le procédé en cause tend donc à substituer à la clause illicite une clause licite. On sait que la société a été sanctionnée pour non respect de l'injonction<sup>1138</sup>.

---

<sup>1134</sup> G. CORNU, in " L'évolution du droit des contrats en France", Archives de philosophie du droit, 1979, p.447.

<sup>1135</sup> Selon l'expression de M. CORNU, article cité supra.

<sup>1136</sup> Décision n° 87-D-34, du 29 sept.1987 , B.O.C.C.R.F. du 20 octobre 1987, annexe n°43 du Rapport du Conseil pour 1987. Décision citée supra note 138 et étudiée infra 1ere. partie, Titre 1, Chap.1, §51.

<sup>1137</sup> En ce sens, cf. F. PEROCHON, "L'adieu aux cuves: à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987", Cah. Dr. entr. 1987, n°6, p.4.

<sup>1138</sup> Cf. Chap.1, §62.

Le droit communautaire procède de même, mais il le fait davantage dans le cadre des exemptions conditionnelles ou sur le fondement de l'article 86 du Traité <sup>1139</sup>.

**442.** Comme dans le cas des injonctions de ne pas faire, il y a tentative d'adapter le contrat. Celle-ci est également révélatrice du caractère d'ordre public du droit de la concurrence. Monsieur CARBONNIER estime que, dans la logique d'une conception dirigiste, et non plus libérale, "*l'action ne devrait plus tendre à l'annulation du contrat (contraire à l'ordre public), mais partout où cela serait possible, à sa révision, à sa réadaptation*"<sup>1140</sup>. Une remarque d'un auteur, formulée à propos du pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes, fait exactement écho à cette réflexion. Madame DECOOPMAN relève en effet que la "*mission de régulation dépasse largement le cadre du contrôle de l'application des règles de droit et l'objet des injonctions n'est pas simplement de critiquer et de sanctionner la violation des normes juridiques, il est de façon plus positive mais aussi plus interventionniste de parvenir au redressement d'une situation ou d'une pratique*"<sup>1141</sup>.

Si telle est bien la finalité de l'injonction, il faut tout de même relever qu'en général, le Conseil oblige à la réadaptation, mais ne réalise pas lui-même la substitution. Il indique le résultat qui doit être obtenu. Au plus, il suggère les procédés susceptibles d'être utilisés. L'essentiel est la disparition de l'illicite; les parties restent libres d'organiser cette disparition comme elles l'entendent. On se situe en général au milieu de l'alternative libéralisme / dirigisme. Il faut en outre relever que ce type d'injonction est assez rare. Il a été dit que le Conseil n'y avait pas eu recours pendant trois années. On constate donc une certaine réticence à s'immiscer trop profondément dans les relations contractuelles. C'est encore plus évident lorsqu'il s'agit d'enjoindre de contracter.

---

<sup>1139</sup> Dans une affaire GEMA, la Commission a indiqué assez précisément de quelle façon la modification du contrat devait être exercée, suggérant d'abrégé un délai de vingt à cinq ans, et établissant de son propre chef sept catégories de droits d'auteur devant pouvoir être cédés (décision du 2 juin 1971, J.O.C.E. n°L. 134, du 2 juin 1971, p.134). Pour un commentaire très critique de cette décision, cf. **L. FOCSANEANU**, "Première application de l'article 86 du Traité de Rome par la Commission de la CEE", R.M.C. 1971, p. 476, précité. Voir également décision du 17 déc. 81, NAVÉWA- ANSEAU, J.O.C.E. n°L. 167, du 15 juin 1982, et décision du 19 déc. 1990, IV/33-133-C, CARBONATE DE SOUDE SOLVAY et IV/33-133-D, CARBONATE DE SOUDE ICI, J.O.C.E. n°L. 152 du 15 juin 1991, p. 21 et 45. Commentant cette décision, M. **BOLZE** remarque que la Commission "*s'arroge un véritable droit d'immixtion dans la stratégie contractuelle*" et s'interroge sur la justification de ce pouvoir, R.T.D.Co. 1993/4, chronique de droit communautaire de l'entreprise. On voit que, quelque soit le fondement de l'intervention, une ingérence trop profonde dans le contrat suscite des inquiétudes.

<sup>1140</sup> Droit Civil, coll. Thémis, PUF., T. II, p.394, cité par **M.S. KHALIL**, "Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit comparé, France, Egypte URSS", Thèse 1967, p.281;

<sup>1141</sup> **N. DECOOPMAN**, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", précité, J.C.P. Ed. G, 1987, I, n°3303.

### c/Les injonctions de contracter .

443. On rencontre principalement les injonctions de contracter dans le contexte de la répression des abus de position dominante. Il peut y avoir refus abusif de nouer des relations d'affaires ou rupture abusive d'un contrat. Le droit communautaire en offre quelques exemples <sup>1142</sup>. En France, l'article 8.2 de l'ordonnance française, relatif à l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, a suscité autant d'espoirs <sup>1143</sup> que de craintes <sup>1144</sup>. Certains ont cherché une voie de conciliation en distinguant, parmi les potentialités de ce texte, le "possible" du "souhaitable" <sup>1145</sup>. Il a encore été peu exploité par le Conseil <sup>1146</sup>.

Les exemples d'injonctions de contracter dans le cadre de la répression des ententes sont rares. On en rencontre dans le cadre de l'octroi de mesures provisoires. L'objet de l'injonction n'est alors pas d'obliger une entreprise à nouer des relations d'affaires avec une autre ; ceci serait contraire au caractère intérimaire et conservatoire de ces mesures. Mais l'objet de l'injonction peut être de reprendre des relations interrompues, et notamment des livraisons. La récente affaire "Peugeot / Eco-System" illustre bien cette possibilité <sup>1147</sup>. Eco-System se plaignait d'une circulaire par laquelle Peugeot avait ordonné à ses concessionnaires de ne plus lui livrer de véhicules . Saisie par Eco-System d'une demande de mesures conservatoires, la Commission enjoignit à Peugeot de reprendre les livraisons, dans les mêmes proportions qu'auparavant.

---

<sup>1142</sup> Cf "affaire des Bananes Chiquita", C.J.C.E. 14 fév. 1978, aff. 27/76, UNITED BRAND COMPANY, Rec. 207. La Cour approuve ici la Commission d'avoir enjoint à UCB, accusée d'avoir abusé de sa position dominante en refusant de vendre, de "*mettre fin sans délai à l'infraction constatée* ", ce qui l'obligeait en fait à livrer.

<sup>1143</sup> C. ROBIN, "L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique", Petites affiches 2 août 1989, p.15.

<sup>1144</sup> F.C. JEANTET, article précité.

<sup>1145</sup> J. AZEMA, " Franchise et abus de domination", Cah. Dr. Entr. 1987, n°2, p.4 et, dans une moindre mesure, J. THREAD et C. BOURGEON, *Dépendance économique et droit de la concurrence*, Cah. Dr. Entr. 1987, n°2, p.20.

<sup>1146</sup> Pour un exemple d'application dans le cadre de l'octroi de mesures conservatoires : cf. décision 87-MC-03 du Conseil de la concurrence. Ordre a été fait à la société J.V.C. de "*revenir, pour l'exécution des commandes en cours de la société S.E.D.A., à l'état antérieur aux refus de vente* " qu'elle avait opposé à cette dernière, Rapport pour 1987, annexe 66, p. 88.

<sup>1147</sup> T.P.I. C.E. 12 juill. 1991, Aff. 23/90, Rec. II-653. Affaire évoquée supra dans l'étude de la notion de concours de volontés, cf. § \*\*.

**444.**En dehors du contentieux de l'urgence, il n'existe, à notre connaissance, pas d'exemple où l'objet même d'une injonction prononcée était d'obliger une entreprise à contracter avec une autre. Cela peut tout au plus constituer la conséquence de l'ordre donné : il a été dit, dans l'hypothèse où le comportement répréhensible consiste en une omission ou en un refus, que la condamnation de ce comportement implique logiquement une obligation de contracter <sup>1148</sup>. Différentes hypothèses sont visées : le refus de vendre à une personne non membre d'un réseau de distribution, le boycott d'une entreprise... De fait, toutes les injonctions de cesser ce type de comportement valent indirectement injonctions de livrer ou de vendre, et donc de contracter. Mais cela ne supplée pas l'absence de pouvoir d'injonction direct. Car c'est d'une absence de pouvoir qu'il peut s'agir. Il existe différentes limites au pouvoir reconnu aux autorités de la concurrence d'intervenir dans le contrat.

## **SECTION II : LES LIMITES AU POUVOIR D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT.**

**445.**Bien qu'extrêmement efficace, l'intervention dans le contrat qu'autorise l'injonction ne peut être sans limite. Certaines limites sont déjà consacrées (paragraphe 1) ; d'autres sont empruntées au droit contractuel (paragraphe2).

### **PARAGRAPHE 1 : LES LIMITES ACQUISES AU POUVOIR D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT.**

**446.**Il peut sembler paradoxal et même contradictoire d'ériger la liberté contractuelle en limite de l'atteinte portée à cette même liberté. C'est pourtant de cela qu'il s'agit, au moins théoriquement. L'injonction autorise et réalise une ingérence dans le contrat, mais le principe fondamental de liberté contractuelle reste opposable aux autorités régulatrices, au travers deux séries de limitations. Les premières sont propres aux mesures provisoires (A). Les secondes sont communes à toutes les injonctions susceptibles d'être prononcées (B).

---

<sup>1148</sup> Cf § \*\* (p.326). Il convient de préciser que ceci n'est que la conséquence indirecte de l'injonction ; cela ne constitue pas l'objet de celle-ci. En droit communautaire, le T.P.I refuse à la Commission le pouvoir d'obliger les parties à contracter. Cf. arrêt AUTOMECH du 18 septembre 1993, étudié infra § \*\*.

#### ***A- LIMITES PROPRES A UX MESURES PROVISOIRES***

**447.** En droit français et communautaire, les autorités de la concurrence n'accordent des mesures conservatoires qu'avec parcimonie. Depuis l'adoption de l'ordonnance du 1er décembre 1986, 8 décisions accordant des mesures conservatoires ont été adoptées en droit français <sup>1149</sup>, contre près de 70 décisions les refusant <sup>1150</sup>. Cet état de fait est parfois critiqué par la doctrine, qui s'inquiète de constater que le référé de l'article 12 "*impose des exigences sensiblement plus restrictives que le référé de droit commun*", ce qui "*semble aller à l'encontre du rôle préventif qu'implique l'interprétation*" de cet article, "*aboutissant en fait à le vider de sa substance*" <sup>1151</sup>. Les décisions communautaires ne sont pas plus nombreuses <sup>1152</sup>. Il existe, dans les deux ordres juridiques, une double série de conditions à l'octroi de mesures conservatoires.

**448.** Les conditions posées s'attachent tout d'abord aux acteurs (contrevenant et victime). L'entreprise contre laquelle les mesures sont requises doit être "probablement contrevenante" : le droit français requiert que soit établi le caractère manifestement illicite des pratiques ou que celles-ci soient susceptibles d'être appréhendées par la prohibition ; le droit communautaire se contente d'une infraction *prima facie* <sup>1153</sup>. L'entreprise qui réclame les mesures doit être capable d'établir l'existence d'un préjudice grave et irréparable à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Cette condition est intimement liée à celle de l'urgence en droit communautaire <sup>1154</sup>. Cela semble également être le cas en droit français puisque c'est la gravité

---

<sup>1149</sup> Décisions 87-MC-03, 90-MC-09, 90-MC-12, 91-MC-01, 92-MC-08, 92-MC-10, 93-MC-02, 93-MC-03, 94-MC-05.

<sup>1150</sup> Ne sont pas comptabilisées ici les décisions d'irrecevabilité (comptes arrêtés du 30/09/94).

<sup>1151</sup> **A. GUILLOTIN**, Les mesures conservatoires en droit de la concurrence, R.J.Comm. Août 1993, p.1.

<sup>1152</sup> 5 décisions de mesures provisoires ont été adoptées depuis l'ordonnance Camera Care : déc. FORD du 18 août 1982, J.O.C.E. n°L. 256 du 2 sept. 1982 ; déc. AKZO du 29 juillet 1983, J.O.C.E. n° L.252 du 13 sept. 1983, déc. BBI c/ BOOSEY, 29 juill. 1987, J.O.C.E. n°L.286 du 9 oct. 1987 ; déc. PEUGEOT du 26 mars 1990 ; décision MARS du 25 mars 1992, J.O.C.E. n°L.. Il faut en outre mentionner l'arrêt. du T.P.I.C.E. 24 janv. 1992, LA CINQ S.A., aff. 24/90, Rec.II.1.

<sup>1153</sup> Sur ce point, cf. p. 406.

<sup>1154</sup> A la différence de la Commission, le Tribunal de première instance refuse de distinguer les deux conditions : cf. affaire "LA CINQ SA" du 24 janv. 1992, point 67. Cf également **M.C. BOUTARD-LABARDE**, "Enquêtes en vue de l'application des articles 85 et 86 : droits et devoirs des entreprises", FEDUCI, Editions Larcier, Bruxelles, § 153, p. 93. Cf. cependant ,en droit français, la décision 90-MC-02 du 6 mars 1990, Rapport pour 1990, annexe 60, p.148.



de l'atteinte qui justifie le prononcé de mesures d'urgence <sup>1155</sup>. Le préjudice est considéré comme irréparable dès lors qu'il est établi qu'une décision ultérieure serait inefficace. Ce préjudice ne peut être constitué par un simple manque à gagner, il doit être actuel et non purement hypothétique <sup>1156</sup>, et doit en outre être uni à la pratique par un lien direct et exclusif.

**449.**La seconde série de conditions s'attache aux mesures susceptibles d'être prononcées. Ce sont elles qui nous intéressent. Ces mesures doivent être de caractère intérimaire et conservatoire, limitées à ce qui est strictement nécessaire pour faire face à l'urgence (condition de proportionnalité), et susceptibles d'être prises dans le cadre d'une décision finale.

Le caractère intérimaire et conservatoire de la mesure impose qu'elle soit limitée dans le temps (en général jusqu'à l'adoption de la décision définitive) et s'oppose à ce que les autorités de la concurrence modifient de façon définitive la situation juridique des opérateurs. Cette condition fait obstacle à ce que la mesure conservatoire ordonnée puisse établir de nouveaux rapports de droit entre les parties <sup>1157</sup>. Il convient en effet de ne pas préjuger de la décision sur le fond, de ne pas priver celle-ci de son "effet utile". Tout au plus peut-on revenir au *statu quo ante*.

On peut citer plusieurs exemples d'application de ce principe en droit français. Dans une affaire "Semavem", le Conseil a rappelé *"(qu'en) raison de la nature des mesures conservatoires, telle qu'elle est définie à l'article 12 de l'ordonnance, le Conseil ne peut, par cette voie de droit, imposer à un producteur d'établir avec un distributeur avec lequel il est déjà en relations commerciales, de nouveaux rapports de droit relatifs à une activité que ce distributeur n'exerce pas encore"* <sup>1158</sup>. De la même façon, dans une affaire "Applicam", a-t-il déclaré qu'en application de l'article 12, il *"ne saurait imposer au titulaire de droits de propriété industrielle de contracter avec une entreprise candidate à un contrat de licence de brevets en la faisant bénéficier de conditions contractuelles spécifiques"* <sup>1159</sup>.

De même en droit communautaire, les autorités prennent-elles soin de limiter leurs injonctions au rétablissement de la situation qui existait avant l'adoption du comportement litigieux. Ce fut le cas notamment dans l'affaire "Peugeot", précitée<sup>1160</sup>.

---

<sup>1155</sup> Cf décision 94-MC-02 en date du 30 mars 1994, B.O.C.C.R.F. du 18 mai 1991, p. 187.

<sup>1156</sup> Le fait que le demandeur soit encore *in bonis* au moment de l'action ne constitue cependant pas un obstacle à l'octroi des mesures conservatoires.

<sup>1157</sup> En ce sens, **L. IDOT**, "L'activité du Conseil de la concurrence en 1990", Dalloz 1991, chr. p.289.

<sup>1158</sup> Décision n° 90-MC-04, en date du 14 mars 1990, Rapport 1990, Annexe 63.

<sup>1159</sup> Décision 91-MC-06, en date du 10 décembre 1991, Rapport 1991, Annexe 73.

<sup>1160</sup> Cf. supra note 167.

**450.** La condition de proportionnalité oblige les autorités de la concurrence à n'enjoindre que "*les mesures strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* " (article 12 al.3 de l'ordonnance du 1er décembre 1986) ou "*limitées à ce qui est nécessaire dans la situation donnée* " (ordonnance du 17 janvier 1980 dans l'affaire "Camera Care"). En prenant soin de respecter cette condition, le Conseil entend éviter que la faculté d'immixtion qui lui est reconnue ne "*débouche sur un interventionnisme injustifié et contradictoire avec l'esprit de l'ordonnance* " <sup>1161</sup>. Une demande émanant d'un professionnel tendant en 1987 "*à revenir à des modalités d'approvisionnement en vigueur de 1975 à 1980* " ne respectait pas cette condition. Elle a donc été rejetée <sup>1162</sup>. En droit communautaire, on constate que la Commission, pour apprécier le caractère proportionné de la mesure sollicitée, met en balance les intérêts en présence. Elle veille à ce que la décision d'injonction ne cause pas un préjudice grave et irréparable à l'entreprise destinataire. Les mesures provisoires décidées par la Commission dans l'affaire Peugeot n'ont pas été jugées de nature à causer un tel préjudice au fabricant, car leur impact sur le nombre total de ventes Peugeot en France était limité à 0, 24%.

**451.** L'injonction prononcée dans un cadre conservatoire doit enfin "*être de la nature de celles qui peuvent être accordées dans le cadre de la décision finale* " <sup>1163</sup>. Il existe en droit communautaire deux illustrations célèbres de cette condition.

La première est offerte par l'arrêt "Ford" du 28 février 1984 <sup>1164</sup>. La Cour censure la décision de la Commission ayant obligé Ford à reprendre la livraison de véhicules de conduite à droite sur le marché allemand. La Commission analyse son injonction en un simple rétablissement du *statu quo* existant avant l'adoption de la circulaire faisant interdiction aux concessionnaires de livrer le marché allemand. La Cour développe une analyse différente. Elle constate que la décision provisoire concerne uniquement le refus de Ford de livrer des voitures alors que l'objet de la procédure principale est relatif au contrat de concession. Elle en déduit que la Commission a excédé les limites de sa compétence. L'autorité administrative ne peut qu'enjoindre la cessation de la relation contractuelle telle qu'elle résulte de la circulaire, ou subordonner l'octroi d'une exemption individuelle à la reprise des livraisons. Elle ne peut pas ordonner directement cette reprise, car cela priverait l'entreprise contrevenante du choix des moyens pour faire cesser l'illicite. Nous verrons que les autorités communautaires sont particulièrement attachées à cette liberté de choix laissée aux opérateurs.

---

<sup>1161</sup> Rapport pour 1989, p. 16.

<sup>1162</sup> Décision 87-MC-09 du 2 sept. 1987, Rapport pour 1987, annexe 72.

<sup>1163</sup> **M.C. BOUTARD-LABARDE**, "Enquêtes en vue de ...", précité.

<sup>1164</sup> Arrêt du 28 fév. 1984, FORD c/ Commission, aff. jointes 228 et 229/82, Rec. 1129.

La seconde affaire est plus récente. Elle aussi a déjà été envisagée. Il s'agit de l'affaire "Peugeot". Dans cette espèce, le Tribunal réaffirme la solution posée, mais cette fois sans censurer la décision de la Commission. Est soumise à son appréciation la circulaire par laquelle Peugeot demande à ses concessionnaires de ne plus livrer la société Eco System. Le Tribunal estime qu'il était loisible à la Commission d'enjoindre à Peugeot d'envoyer une missive à ses distributeurs les avisant de la suspension de la dite circulaire, dans la mesure où l'objet de la procédure principale portait sur la validité de celle-ci <sup>1165</sup>.

---

<sup>1165</sup> T.P.I. C.E. 12 juillet 1991, aff. T-23/90, AUTOMOBILES PEUGEOT SA, Rec. II-653.

## ***B- LIMITES TENANT A LA LIBERTE CONTRACTUELLE : L'ARRET AUTOMEC***

**452.**Le souci de ne pas totalement brimer la liberté contractuelle des parties s'exprime notamment dans le principe du choix des moyens laissés à l'entreprise pour parvenir au résultat prescrit par l'injonction. Ce principe n'est inscrit dans aucun texte. Il semble s'être imposé de lui-même aux autorités de la concurrence, tant la notion de liberté contractuelle imprègne l'ensemble des droits des Etats membres. Le droit de la concurrence ne peut faire totalement abstraction de cet axiome fondamental sans encourir le risque d'être rejeté par les différents acteurs. C'est paradoxalement en droit communautaire, dans l'arrêt *Automec*, que le principe de liberté contractuelle a reçu une consécration expresse (1). Le choix des moyens laissés à l'entreprise n'est pas le seul enseignement de cet arrêt, mais il en est un des plus remarquables (2).

### **1/ Présentation de l'arrêt *Automec* .**

**453.**Le Tribunal de première instance des Communautés a rendu, le 18 septembre 1993, un arrêt riche d'enseignements. Une SARL italienne, la société *Automec*, a conclu avec la société *BMW Italia* un contrat de concession pour la distribution de véhicules automobiles dans la ville et la province de Trévise. La société *BMW* ayant avisé la SARL de son intention de ne pas renouveler le contrat arrivant à expiration, cette dernière engage une procédure devant les tribunaux italiens afin d'obtenir la poursuite des rapports contractuels. Cette procédure échoue. La SARL se tourne alors vers la Commission des Communautés. Elle fait valoir devant cette dernière que le comportement de la société *BMW* constitue une violation de l'article 85 du Traité CEE. Estimant répondre aux critères qualitatifs requis par le fournisseur, la société considère que *BMW* est obligée de l'agréer et demande en conséquence à la Commission de prendre une décision visant à l'y contraindre. La Commission lui fait savoir au cours de différents échanges qu'elle s'estime incompétente pour ordonner le rétablissement des relations contractuelles. L'affaire est portée devant le Tribunal de première instance <sup>1166</sup>.

L'essentiel des argumentations développées devant lui s'articule autour de la distinction entre les pouvoirs reconnus à la Commission sur le fondement des articles 85 et 86 du traité. A la différence de l'article 86 visant les comportements unilatéraux d'entreprises, l'article 85 ne régit que les accords (plus exactement les concours de volontés) entre entreprises. L'intervention de la Commission est donc, selon celle-ci, subordonnée à l'existence d'un tel accord. Or, la société *BMW* a résilié l'accord de distribution. Etant entendu qu'un cocontractant n'a pas le droit d'empêcher l'autre de procéder à la

---

<sup>1166</sup> T.P.I.C.E. 18 septembre 1992, aff. T-24/90, *AUTOMECS Srl c/ Commission*, Rec. 1992-II, p. 223.

résiliation du contrat, dès lors que le délai de préavis est respecté, les deux sociétés ne sont plus unies par aucun lien contractuel. La Commission en déduit que le refus émanant de BMW d'agréer à nouveau la SARL constitue un acte unilatéral, non susceptible d'être appréhendé par l'article 85. La seule possibilité éventuellement offerte à la Commission sur ce fondement est de constater l'incompatibilité du système de distribution en cause avec les dispositions de l'article 85, §1.

Le Tribunal approuve la Commission en ces termes:

*" L'article 85, paragraphe 1, interdit certains accords ou pratiques anticoncurrentiels. Parmi les conséquences, sur le plan du droit civil, que peut avoir une infraction à cette interdiction, une seule est prescrite expressément à l'article 85, paragraphe 2, à savoir la nullité de l'accord. C'est au droit national qu'il incombe de définir les autres conséquences attachées à la violation de l'article 85 du Traité, telles que l'obligation de réparer le préjudice causé à un tiers ou une éventuelle obligation de contracter. (...) C'est donc le juge national qui, le cas échéant, peut enjoindre à un opérateur économique de contracter avec un autre.*

*La liberté contractuelle devant demeurer la règle, l'on ne saurait en principe, reconnaître à la Commission, dans le cadre des pouvoirs d'injonction dont elle dispose en vue de faire cesser les infractions à l'article 85, paragraphe 1, le pouvoir d'enjoindre à une partie de nouer des relations contractuelles, dès lors qu'en règle générale, la Commission dispose de voies appropriées pour imposer à une entreprise la cessation d'une infraction.*

*En particulier, une justification pour une pareille restriction à la liberté contractuelle ne saurait être reconnue dès lors qu'il existe plusieurs voies pour mettre fin à l'infraction. Tel est le cas des infractions à l'article 85, paragraphe 1, du Traité qui résultent de l'application d'un système de distribution. En effet, de telles infractions peuvent être éliminées également par l'abandon ou par une modification du système de distribution. Dans ces circonstances, la Commission a certes le droit de constater l'infraction et d'ordonner aux parties d'y mettre fin, mais il ne lui appartient pas d'imposer aux parties son choix parmi les différentes possibilités de conduite toutes conformes au Traité "*

## **2/ Les enseignements de l'arrêt Automec.**

**454.** On peut tirer cinq enseignements de cet arrêt.

**a/ Le premier est l'absence de pouvoir d'injonction de contracter reconnu à la Commission sur le fondement de l'article 85.**

455. La Commission avait déjà soutenu une position semblable dans une affaire Demo-Studio-Schmidt <sup>1167</sup>. Elle avait alors considéré qu'une discrimination reprochée au fabricant à l'encontre d'un distributeur était constitutive d'une infraction à l'article 85 mais ne donnait au distributeur aucun droit à être livré. La Commission faisait valoir différents arguments. D'une part, la discrimination résidait, non dans le refus de livrer, mais dans le refus d'agréer. D'autre part, cette discrimination n'était susceptible que de rendre le système de distribution incompatible avec les exigences communautaires, ce qui entraîne son interdiction (conséquence non souhaitée par le distributeur qui prétend au contraire intégrer le réseau) mais en aucun cas l'obligation d'agréer le vendeur discriminé. Il n'existe *"aucune base juridique permettant d'intervenir dans la liberté contractuelle des opérateurs économiques"*. La motivation développée en 1992 n'est pas exactement identique, mais la solution finale est réaffirmée. Le Tribunal l'approuve.

Il ne s'agit que d'un principe et rien ne permet d'affirmer que le Tribunal ne l'assortira un jour de tempéraments. Ses développements laissent au contraire ouverte cette possibilité. C'est parce que l'article 85 offre, dans l'hypothèse de contrats de distribution, d'autres possibilités d'action à la Commission que l'injonction est refusée. En l'absence de telles possibilités, le tribunal serait-il aussi scrupuleux ?

On peut s'interroger sur la réalité des solutions alternatives dans le cas d'espèce. Le Tribunal fait allusion à la modification ou à l'abandon du système de distribution. La seconde proposition n'apparaît pas très réaliste. Il est peu probable que l'entreprise préfère sacrifier son système plutôt que renouveler son agrément à son ancien distributeur. La première n'est guère plus intéressante. Le fournisseur peut à l'évidence choisir de modifier les conditions de son agrément, de façon à décourager le distributeur gênant. Mais le principe de non discrimination qui conditionne la licéité des réseaux de distribution sélective lui imposera d'agir de la même façon à l'égard de tous ses distributeurs, ce qui risque d'entraîner leur désertion. Aucune autre voie ne semble ouverte, la sélection quantitative des distributeurs étant jugée anticoncurrentielle, sauf pour le fournisseur à justifier de sa nécessité dans le cadre d'une demande d'exemption individuelle <sup>1168</sup>.

---

<sup>1167</sup> Décision de la Commission en date du 11 mai 1981, approuvée par la Cour dans un arrêt du 11 octobre 1983, aff. 210-81, Rec. p.3045.

<sup>1168</sup> En ce sens, cf. C.J.C.E. 3 juillet 1985, aff. 243/83, SA BINON, § 34 de la décision : *" Il faut rappeler (...) que l'application d'un critère d'ordre quantitatif rend un système de distribution sélective contraire à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Seule la Commission a compétence pour examiner, dans le cadre d'une demande d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, si un tel critère peut être justifié au regard des exigences posées par cette disposition."*, Rec. 2034.

**b/ Le deuxième enseignement est le particularisme assez marqué reconnu à l'article 85 du Traité.**

456. La limitation du pouvoir d'injonction semble circonscrite à l'article 85. Sans reprendre textuellement l'analyse de la Commission, selon laquelle l'injonction de contracter serait au contraire compatible avec la lettre de l'article 86 <sup>1169</sup>, le Tribunal la fait implicitement sienne. Cela ne doit pas surprendre. La Commission avait usé de cette possibilité pour réprimer des abus de position dominante. Ainsi dans l'affaire "ZOJA" du 14 décembre 1972, avait-elle enjoint, sous astreinte, aux sociétés C.S.C. et I.C.I. de *"fournir immédiatement 60 000 kg de nitropropane ou 30 000 kg d'aminobutanol à un prix ne dépassant pas le prix maximum qu'elle pratiquent pour ces deux produits"* à la société ZOJA <sup>1170</sup>. Elle avait depuis réitéré ce type d'injonctions <sup>1171</sup>.

Il ne faut pas déduire des deux premières observations que ce type d'injonction est systématiquement exclu dans le cadre de l'article 85. La Commission recouvrerait sans doute toute latitude si la condition première de mise en jeu de cet article, le concours de volontés, était satisfaite. Ainsi Madame BOUTARD-LABARDE précise-t-elle que l'injonction de faire peut rester nécessaire dans ce cadre <sup>1172</sup>. Ainsi en est-il lorsque *"le refus de contracter est l'objet même d'une entente, comme par exemple dans l'affaire Peugeot. Le constructeur avait adressé à ses concessionnaires une circulaire leur interdisant la livraison de véhicules à l'intermédiaire Ecosystem. Qualifiée d'entente en raison de l'acceptation tacite des concessionnaires, la circulaire a été jugée contraire à l'article 85 du Traité et la Commission a enjoint à Peugeot,*

---

<sup>1169</sup> La Commission avait déjà opéré cette distinction dans les conclusions qu'elle avait déposées dans l'affaire Demo -Studio Schmidt : *"La Commission poursuit en affirmant que ce ne serait que dans l'hypothèse où la Société Revox exploiterait de façon abusive une position dominante au sens de l'article 86 du Traité, qu'elle pourrait arrêter des mesures contraignant Revox à respecter l'égalité de traitement entre les opérateurs du marché en cause."*, Arrêt du 11 octobre 1983, Rec. 3045, précité, note 188.

<sup>1170</sup> Décision Commission du 14 décembre 1972, ZOJA / CSC - ICI, aff. IV / 26,911, J.O.C.E. n°L. 299/51, du 21/12/73.

<sup>1171</sup> Cf décision du 8 décembre 1977, HUGIN, J.O.C.E. n°L. 22 /23, du 27 /01/78. Dans une affaire plus récente (21 décembre 1988, aff. IV. 31.851, MAGILL TV GUIDE, J.O.C.E. n°L. 78 du 21 mars 1989), la Commission a néanmoins laissé aux entreprises *"un espace de liberté et de négociation qui tempère la rigueur de la solution de principe "* (chronique C. BOLZE à la R.T.D.Comm. 1993/4, p. 763) : confrontée à un refus abusif de fourniture, elle a enjoint aux entreprises incriminées d'autoriser des tiers à publier leur grille de programmes hebdomadaires, mais elle leur a laissé un choix quant aux modalités de respect de cette obligation de divulgation. Le Tribunal de première instance a approuvé cette décision ; T.P.I. C.E. 10 juillet 1991, aff. T-69/89, 70/89, 76/89, Rec. II, p. 535.

<sup>1172</sup> Mme BOUTARD-LABARDE, note sous l'arrêt Automec, Chr. de droit communautaire, J.C.P.Ed. G. 1993, I, n°3666, p.159.

à titre de mesure provisoire, de suspendre l'interdiction de livrer les véhicules commandés par l'intermédiaire "<sup>1173</sup>.

Il demeure que la distinction faite par les autorités de la concurrence paraît bien artificielle car s'il y a effectivement une entente à l'origine du refus de livrer dans l'affaire "Peugeot", il n'y a pas concours de volonté entre Peugeot et Ecosystem. Le refus est le fruit de la collusion mais il est opposé à un tiers à l'entente.

**c/ Le troisième enseignement est que le refus opposé à la société de délivrer l'injonction sollicitée est justifié par le principe de liberté contractuelle .**

457. Selon les propres termes du Tribunal, "*la liberté contractuelle doit demeurer la règle*". C'est la justification principalement invoquée à l'appui de sa décision. On ne peut que se réjouir de cette affirmation, sans que l'on comprenne bien pourquoi l'on ne lui reconnaît pas une portée plus générale. Il y a quelque hypocrisie à consacrer solennellement le principe de la liberté contractuelle dans un cas, sans s'émouvoir de sa transgression dans d'autres. Ainsi que le relève Mademoiselle IDOT, "*qui oserait nier aujourd'hui que le principe du droit de la concurrence conduisent à malmener les principes du droit des obligations* ?"<sup>1174</sup>. L'injonction de contracter est attentatoire au principe de liberté contractuelle, que l'entreprise à laquelle elle est destinée soit indépendante sur le marché, concertante, ou dominante. On comprend le scepticisme affiché par certains auteurs <sup>1175</sup>.

---

<sup>1173</sup> Dans l'affaire Demo -Studio Schmidt précitée, la Commission avait pris soin de relever que "*l'interdiction contenue à l'article 85, paragraphe 1, a pour but de garantir la liberté d'action des entreprises contre des restrictions résultant d'une coordination contractuelle ou extracontractuelle de leur comportement.*" Cette restriction existe " *dans l'hypothèse où le fabricant contraint les revendeurs agréés à respecter les clauses de leur contrat d'agrément, afin d'interdire l'accès au détaillant non agréé, objet de la discrimination, aux produits du fabricant*".

<sup>1174</sup> **L. IDOT**, in "La situation "des victimes de pratiques anticoncurrentielles après les arrêts Asia Motor et Automec II", Europe, déc. 92, chr.p.1. L'auteur ajoute : " *invoquer la nécessité de limiter les atteintes portées à la liberté contractuelle dans le contexte de l'affaire n'apparaît pas pertinent. Comme le relevait, nous semble-t-il, à juste titre l'avocat général, l'argument basé sur l'absence de pouvoir d'injonction n'est pas convaincant. (...) Il faut, en effet revenir à l'objet d'une plainte. Une plainte a pour but d'attirer l'attention de la Commission sur une violation des règles de concurrence communautaires. Que la Commission ne puisse pas adopter des mesures qui auront pu être maladroitement présentées par le plaignant devrait être sans incidence sur la suite à donner à celle - ci !*".

<sup>1175</sup> Faisant écho à Mlle IDOT, Madame **SANSON-HERMITTE** estime que "*la Commission s'est trop peu préoccupée jusqu'à ce jour, de la liberté contractuelle pour qu'on puisse la suivre sur ce terrain*", J.D.I. 1993/2, p. 445.



**d/ Il est par ailleurs notable qu'une fois encore une autorité communautaire renvoie au juge national.**

**458.** Selon le tribunal, c'est le juge national seul qui, *"le cas échéant, peut enjoindre à un opérateur économique de contracter avec un autre"*. Il serait intéressant de savoir si l'autorité nationale concernée est uniquement l'autorité judiciaire ou si elle englobe également l'autorité administrative.

Si le tribunal de première instance renvoie au juge, hypothèse la plus probable compte tenu de la terminologie employée, son invitation est sans portée en droit français. Le juge ne dispose en effet d'aucun pouvoir d'injonction de ce type. On sait pourtant que *"dans un droit contemporain fortement épris de pérennité contractuelle"*, la liberté de ne pas renouveler un contrat *"n'est plus perçue, même hors de tout cadre légal, comme discrétionnaire"*<sup>1176</sup>. Certaines décisions de jurisprudence ont stigmatisé le caractère abusif du non renouvellement, soit du fait de la malveillance et de la désinvolture d'un concédant vis à vis de son ancien concessionnaire<sup>1177</sup>, soit du fait de la brutalité de la rupture compte tenu de l'importance des stocks que le concessionnaire avait dû constituer pour faire face aux exigences de son cocontractant<sup>1178</sup>. Un concédant, qui refusait de fournir son concessionnaire au motif que son contrat était parvenu à échéance, a même été sanctionné pour refus de vente<sup>1179</sup>. On connaît enfin la tentation des juges d'utiliser la notion d'abus de dépendance économique en l'expurgeant de sa composante concurrentielle (l'atteinte au marché)<sup>1180</sup>. La sanction encourue dans tous les cas n'est cependant que l'allocation de dommages et intérêts au profit du distributeur évincé. En dehors d'une procédure de référé<sup>1181</sup>, le juge ne peut enjoindre de

---

<sup>1176</sup> **J. MESTRE**, chronique de jurisprudence française en matière de droit civil, R.T.D.Civ. 1992, n°2, p.395.

<sup>1177</sup> Paris 1ère ch. A, 13 mai 1991, R.J.D.A. 1991, n°911.

<sup>1178</sup> Cass. Comm. 7 janvier 1992 (mais l'arrêt d'appel ayant refusé l'indemnisation du concessionnaire n'a été cassé que pour défaut de réponse à conclusion), Lettre de la distribution, fév. 1992, 2.

<sup>1179</sup> Cass. Comm. 27 avril 1993, SA Honda France c/ SARL Europ. Auto, R.J.D.A. 8-9/93, n°691.

<sup>1180</sup> Paris 3ème ch. A, 21 fév. 1989, Société anonyme Esso c/ Me Pagniez et Paris 4ème ch. b, 23 mars 1989, Société Euro garage c/ Régie Renault, R.T.D.C. 1989/3, p.536, chronique J. Mestre. Sur la "récupération" de la notion par les juges de droit commun, cf. **F. PEROCHON**, "Responsabilité et dépendance économique", Cah. Dr. Entr. 1989, n°4, p.16.

<sup>1181</sup> Sur le fondement de l'article 36 de l'ordonnance, le juge des référés a enjoint dans plusieurs affaires la reprise de livraisons interrompues : pour exemples, Paris 18 décembre 1987, 2 arrêts, Dalloz 1988, somm. p. 299, obs. **C. GAVALDA** et **C. LUCAS DE LEYSSAC**, et Paris 20 oct. 1988, lettre de la distribution, 1988, n°11. Cf également **M. MALAURIE**, "Le référé-concurrence", J.C.P. éd. G. 1993-I, n° 3637.

livrer. Tout au plus peut-il faire interdiction, sous astreinte, de continuer les pratiques illicites. La Cour d'appel a usé de cette possibilité dans une affaire remarquable <sup>1182</sup>.

Le fait d'interpréter largement la formule du TPI, en y englobant les autorités régulatrices, n'est pas plus porteur. L'on se doit en effet de transposer l'analyse développée par la Commission au Conseil de la concurrence : l'article 7 de l'ordonnance, comme l'article 85 du traité de Rome, postule un accord de volontés entre entreprises. Hors du cadre contractuel, entendu au sens large, la seule voie d'action est l'article 8. Le distributeur auquel on refuse le reconduction de son contrat est condamné à démontrer que ce refus constitue, soit un abus de position dominante de son ancien partenaire, soit l'exploitation abusive de sa propre dépendance économique. Cette dernière notion, dans laquelle, nous l'avons vu, certains auteurs avaient placé beaucoup d'espoirs <sup>1183</sup>, est interprétée strictement pas les autorités spécialisées <sup>1184</sup>.

Le Conseil de la concurrence exige la réunion simultanée de quatre critères

- la notoriété de la marque du fournisseur pour certains produits
- l'importance de la part du fournisseur sur le marché de ces produits
- la part de ces produits représentent dans le chiffre d'affaires du revendeur ou encore la part des livraisons du fournisseur considérées dans ses approvisionnements
- la possibilité ou l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs ou de grossistes des produits équivalents à des conditions identiques.

Aucune décision du Conseil n'a à ce jour reconnu à un distributeur un droit à renouvellement de son contrat dans ce cadre <sup>1185</sup>. Ce n'est pas directement le souci de préserver la liberté du fournisseur qui anime le Conseil, mais cette préoccupation n'est peut-être pas étrangère à la rigueur des conditions qu'il pose.

---

<sup>1182</sup> Paris 1ère section A, 19 mai 1993, Sté MORS et Sté WESTLAND AEROSPACE, J.D.I. 1993/4, p. 965, note **L. IDOT**. Cette décision est également remarquable en ce qu'elle a reconnu l'arbitrabilité des litiges de concurrence communautaire. Sur ce point, cf. Nullité §\*\*.

<sup>1183</sup> **C. ROBIN**, "L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique", Petites affiches 28 juillet 1990, p.15, **J. THREARD** et **C. BOURGEON**, "Dépendance économique et droit de la concurrence", Cah. Dr. Entr. 1987, n°2, p.20.

<sup>1184</sup> L'affaire dite "de la publicité" constitue la dernière illustration, remarquable, de l'impuissance de la notion de dépendance économique à protéger les victimes de certaines pratiques, ici d'une politique de remises et ristournes leur portant préjudice (décision 93-D-59, B.O.C.C.R.F. du 29 mars 1994, p. 107 à 128). Ceci explique la tentative de "déverrouillage" effectuée par certains juges du fond, mentionnée supra, § . (note 188)

<sup>1185</sup> La notion de dépendance économique n'est pas applicable qu'aux seuls distributeurs. Il peut y avoir dépendance du fournisseur. Dans l'affaire CORA, c'est l'abus de puissance d'achat qui était incriminé. On sait qu'elle n'a pas abouti (Conseil de la concurrence 93-D-21, BOCCRF du 25 juillet 1993, et Paris 25 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p.236). Affaire précitée au chapitre 1er de cette étude, 1ere. partie, titre 1, chap. 1, §19..

**e/ Enfin, le Tribunal rappelle le principe du libre choix des moyens qui doit être laissé à l'entreprise pour parvenir au résultat prescrit par l'injonction.**

**459.** Deux principes s'affrontent : celui de la liberté contractuelle et celui de la sécurité contractuelle. Le premier impose que l'entreprise à laquelle il est fait injonction de cesser tout comportement de nature à fausser la concurrence puisse avoir le choix des moyens pour y parvenir. A l'inverse, le second principe milite en faveur d'une grande précision des termes de l'injonction, une solution contraire ayant des effets pernicioeux. Les entreprises peuvent en effet rencontrer de grandes difficultés dans la mise en oeuvre des injonctions et s'exposent, nous l'avons vu dans l'affaire du "Groupement des cartes bancaires", à des amendes élevées si elles ne recourent pas aux moyens adéquats. Un auteur a ainsi relevé que : *"cette définition de moyens est particulièrement délicate lorsqu'elle doit tenir compte des conditions posées à l'article 10 de l'ordonnance. Selon ce texte, les atteintes à la concurrence ne sont en effet tolérables que si elles sont partielles, contribuent à l'efficacité économique, sont indispensables au fonctionnement du système et profitent aux utilisateurs. En pratique, le respect de ces conditions par une entente peut exiger des aménagements délicats de la structure de l'accord concerné. Peut être conviendrait-il que les autorités de contrôle définissent elles-mêmes avec plus de précision la signification concrète de ces exigences au moment où elles exercent leur pouvoir d'injonction"*<sup>1186</sup>

Cette difficulté avait déjà été stigmatisée en 1974 par l'avocat général désigné dans l'affaire "ICI-CSC", lequel estimait *"qu'il ne faut pas perdre de vue qu'il est généralement peu équitable envers une personne de lui adresser une injonction lui imposant de faire quelque chose de positif sans préciser exactement dans cette injonction ce qu'elle doit faire pour s'y conformer"*<sup>1187</sup>.

Ici encore la similitude avec l'exemption est patente. Nous avons relevé que, plus un règlement d'exemption était précis dans ses prescriptions, plus grande devrait être la sécurité juridique des entreprises, mais moindre leur liberté contractuelle<sup>1188</sup>.

**460.** Le droit de la concurrence est réellement prisonnier d'impératifs contradictoires. S'il entend respecter strictement le principe de liberté contractuelle, il diminue nécessairement l'efficacité de son intervention et mécontente certains acteurs (ainsi, dans l'hypothèse de l'arrêt "Automec", le

---

<sup>1186</sup> L. VOGEL, note sous décision 90-D-41 du Conseil, précitée, Contrats-conc.-consomm. févr. 91, n°38.

<sup>1187</sup> Avocat général Warner, affaire du 6 mars 1974 précitée, Rec. 1974, p.223, et plus spéc. p.277.

<sup>1188</sup> Cf chapitre 1 du présent titre, p.38.

distributeur évincé). S'il sacrifie ce principe, on le soupçonne de saboter l'édifice contractuel. Force est donc pour lui d'adopter des solutions de compromis.

La liberté contractuelle n'est pas la seule limite à l'intervention des autorités de la concurrence. On peut se demander si elles ne seront pas amenées à tenir compte également des limites traditionnelles à l'exécution forcée, qui tiennent à l'impossibilité de la mesure.

## **PARAGRAPHE 2 : LES LIMITES TRADITIONNELLES A L'EXECUTION FORCEE .**

**461.** Il existe des limites traditionnelles à l'exécution forcée des obligations contractuelles de faire. L'article 1142 du code civil énonce que "*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêt en cas d'inexécution de la part du débiteur*". Cet article est la transcription de l'adage "*Nemo praecise cogi potest ad factum.*" (Pas de contrainte directe dans l'obligation de faire<sup>1189</sup>). La portée de l'impossibilité d'ordonner l'exécution forcée a été réduite par la jurisprudence. Elle a été limitée aux seules hypothèses où l'exécution met en oeuvre les qualités propres du débiteur, porte atteinte aux droits d'un tiers, ou s'avère impossible matériellement du fait de l'irréversibilité du processus engagé<sup>1190</sup>. Pour se soustraire à ses obligations, le débiteur doit invoquer un obstacle insurmontable à l'exécution *ad factum*. Il faut s'interroger sur la possibilité de transposer ces limites au droit des ententes. L'on envisagera successivement l'hypothèse des contrats conclus *intuitus personae* (A), la protection des droits des tiers (B) et l'impossibilité matérielle d'exécution (C).

### ***A - L'IMPOSSIBILITE "HUMAINE" : LE RESPECT DE L'INTEGRITE DE LA PERSONNE. HYPOTHESE DES CONTRATS CONCLUS INTUITUS PERSONAE.***

**462.** Le principe du respect de l'intégrité de la personne avait été à la source de l'adoption de l'article 1142 du code civil. Ainsi qu'il l'a été dit, la jurisprudence a circonscrit la solution posée par cet article aux seules hypothèses où l'exécution forcée porte véritablement atteinte à la liberté de la personne.

---

<sup>1189</sup> **H. ROLAND** et **R. BOYER**, "Adages du droit français", LITEC, 3ème éd., 1992, p.515.

<sup>1190</sup> Sur l'ensemble de la question, cf. **W. JEANDIDIER**, "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire", R.T.D.Civ.1976, p. 701.

Plusieurs considérations gouvernent la matière : la liberté physique et intellectuelle de la personne, le caractère *intuitus personae* des relations entre les contractants. Ces considérations contrarient l'idée d'une exécution forcée. Elles ne semblent pas étrangères au droit de la concurrence, même s'il ne s'agit pas, on l'aura compris, de contraindre au respect d'un lien d'obligation. Ainsi les contrats de distribution sélective <sup>1191</sup> (en particulier lorsque les qualités professionnelles du distributeur figurent parmi les critères de sélection), et *a fortiori* les contrats de franchise (qui se caractérisent par la transmission d'un savoir-faire), semblent être typiquement des contrats conclus *intuitus personae*. Il a été jugé que "*le contrat de fabrication sous licence d'exploitation d'un brevet et, à plus forte raison un tel contrat lorsqu'il accorde une exclusivité dans une aire territoriale donnée et plus encore quand la marchandise est commercialisée sous et le nom du donneur de licence, est chargé d'un maximum d'intuitus personae*"<sup>1192</sup>.

Ce caractère ne suffit-il pas à interdire que l'on contraigne, par exemple, un fabricant à agréer un distributeur qui ne lui convient pas? On pourrait le penser puisque le refus d'agréer est assimilé par la jurisprudence à un refus de vente <sup>1193</sup>. Or, la prohibition du refus de vente ne joue pas dans les contrats conclus en considération de la personne <sup>1194</sup>. Il serait dès lors inutile de distinguer entre les ententes et les abus de position dominante et de faire une application contestable, car distributive et parcellaire, du principe de liberté contractuelle. Il suffirait de se fonder sur le caractère *intuitus personae* du contrat de distribution pour refuser l'injonction.

**463.** Ce raisonnement pêche par simplicité. Les critères de sélection, pour être licites, doivent être **objectifs** et justifiés par les nécessités de la distribution du produit concerné. Il n'est pas question de fonder son choix sur les qualités subjectives des candidats. Etre une personne de confiance, travailleuse, sympathique, ne constituent pas des références en droit de la distribution. De plus, les droits français et communautaire condamnent les fabricants faisant une application discriminatoire des critères retenus. Or, la discrimination semble de l'essence même des contrats *intuitus personae*, dans la mesure où ce sont souvent des considérations subjectives, donc non contrôlables, qui les gouvernent.

---

<sup>1191</sup> Ce caractère est admis en jurisprudence. La Cour d'appel de Paris a jugé qu'une clause de résiliation de plein droit en cas de cession de fonds de commerce était conforme à l'article 1165 du code civil et n'était interdite, ni par les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ni par celles du Traité de Rome (Paris 3 juillet 1992, J.C.P. Ed. E 1992, pan. n°1193, p.383. Or, l'on sait que le propre de l'*intuitus personae* est de faire obstacle à la substitution d'une partie au contrat par une autre. Sur ce point, cf. **A. BENABENT**, "Droit civil. Les obligations", n° 206, p.110.

<sup>1192</sup> T.G.I. Paris 7 mars 1974, J.C.P. Ed. G 1976, II, n°18219, note **R. PLAISANT**.

<sup>1193</sup> Paris 23 mars 1989, Dalloz 1989, I.R. p.128.

<sup>1194</sup> **Y. SERRA**, "Le droit français de la concurrence", Connaissance du droit, Dalloz, 1993, p.111.

Les contrats de distribution sont donc des contrats d'un type particulier : *intuitus personae*, puisque conclus en considération de la personne, mais originaux, car les critères de choix échappent presque au sélectionneur. En réalité, l'alternative est simple. Soit le candidat distributeur ne répond pas aux critères de sélection requis, et sa demande est anormale : il ne saurait solliciter une injonction qui ne se justifie pas. Soit il y répond, et le caractère *intuitus personae* du contrat est impuissant à faire obstacle à sa demande. Il faut donc trouver une autre justification au refus de prononcer l'injonction.

***B - L'IMPOSSIBILITE JURIDIQUE : LE RESPECT DES DROITS DES TIERS, L'INDISPONIBILITE DU BIEN.***

**464.** Le droit des obligations s'efforce généralement de respecter les droits que les tiers ont acquis de bonne foi. Ce souci notamment les conséquences du caractère rétroactif de la nullité. Il est également pris en compte pour s'opposer à une exécution forcée qui s'effectuerait en violation des droits des tiers. Ainsi, l'on ne saurait contraindre le débiteur d'une promesse unilatérale de vente à s'exécuter dès lors qu'il a vendu le bien objet de la promesse à un tiers ignorant cet engagement préalable. Il y a ici impossibilité juridique.

**465.** Cette impossibilité est-elle susceptible de constituer un obstacle à l'injonction dans un contentieux concurrentiel? Il n'est pas aisé de tenter une transposition. On pourrait penser à un fabricant qui opposerait à un entrepreneur désireux de distribuer ses produits une clause d'exclusivité le liant à un autre. Mais cette clause, à la supposer licite <sup>1195</sup>, rendrait la demande irrecevable. Il ne saurait donc simplement y avoir ordre de contracter. Il est préférable de s'inspirer d'une injonction réellement prononcée. Du fait de la rareté des décisions d'injonction de contracter, l'affaire "Peugeot" servira ici encore d'illustration. Dans l'hypothèse, certes improbable, où la société Peugeot aurait, à la suite de l'envoi de la circulaire, réorganisé ses chaînes de distribution afin de diminuer sa production, cette circonstance ne pourrait-elle pas faire obstacle à l'injonction de revenir à l'état antérieur? Un exemple plus plausible, mais issu du contentieux de l'abus de domination, peut être tiré de l'affaire "ZOJA". La Commission a ordonné aux sociétés I.C.I. et C.S.C., qui avaient abusé de leur position dominante, de livrer 60 000 kg de nitropropane à la société ZOJA. En admettant que le nitropropane soit un bien difficile à se procurer, les destinataires de l'injonction auraient-elles pu objecter avoir vendu tout leur stock à une société tierce? Il ne saurait à l'évidence être question de mettre en cause la

---

<sup>1195</sup> Car validée sur le fondement d'une règle de raison ou d'une décision (ou d'un règlement) d'exemption.

vente effectuée au profit de cette dernière. Les autorités de la concurrence ne peuvent être totalement insensibles à ce problème.

**466.** En témoigne l'arrêt "Pioneer" du 7 juin 1983. Quatre sociétés faisant partie du réseau européen de distribution sonore de haute fidélité fabriqué par Pioneer, s'étaient entendues pour entraver les importations de ce matériel vers la France, de façon à y maintenir un niveau de prix plus élevé. Cette pratique concertée s'était manifestée en un refus de répondre à une commande passée par un groupe d'achat français. Elle avait été condamnée par la Commission des Communautés. Une des requérantes avait fait valoir devant la Cour qu'elle avait connu un problème de livraison justifiant son refus. Il lui fut répondu *"qu'il est (...) constant que Melchers pouvait livrer immédiatement une grande partie des marchandises commandées sans vraiment mettre ses stocks en péril "* et que *" l'état des stocks ne saurait donc être accepté comme une explication suffisante de la non exécution de la commande "*<sup>1196</sup>. Cela révèle bien *a contrario* qu'une insuffisance des stocks de l'entreprise, aboutissant à ce qu'une livraison l'eût mis en danger, aurait été prise en considération par la Cour. Il est toutefois difficile de supputer la solution qui aurait été retenue dans une telle hypothèse. La sanction prononcée à l'encontre des entreprises n'ayant été qu'une simple amende (ce qui conforte l'idée d'une réticence à recourir à l'injonction dans le cadre de l'article 85), c'est probablement le principe de l'amende qui aurait tout au plus été remis en cause.

Qu'en serait-il dans l'hypothèse d'une demande d'injonction? A priori, la seule incidence de l'indisponibilité matérielle du bien serait la faculté pour la société destinataire de l'injonction de solliciter l'octroi d'un délai pour la respecter. Et l'on peut même supposer que celui-ci ne serait que difficilement accordé. Ce problème n'a du reste vocation à se poser que dans le cadre d'une procédure principale. Dans celui des mesures conservatoires, la condition de proportionnalité suffit à éviter ce type de difficulté : une atteinte trop manifeste aux intérêts de l'entreprise destinataire de l'injonction, ou aux droits des tiers, rendrait la mesure disproportionnée.

#### ***C-L'IMPOSSIBILITE MATERIELLE : L'IRREVERSIBILITE DU PROCESSUS***

**467.** C'est ici l'inanité de la contrainte qui est en cause. La mesure d'exécution forcée n'a plus de sens, parce que la prestation devait être exécutée pendant un laps de temps qui est écoulé, ou parce qu'on ne peut plus revenir sur ce qui a été fait.

---

<sup>1196</sup> Arrêt C.J.C.E. du 7 juin 1983, MUSIQUE DIFFUSION FRANÇAISE, Melchers, Pioneer c/ Commission, aff. jointes 100 à 103/80, R.T.D.E. 1984, p.180, note **A. VANDENCASTEELE**

**468.** On peut imaginer en droit de la concurrence une hypothèse semblable à celle qui existait dans l'affaire "la Cinq", transposée au contentieux des ententes : des entreprises de radiodiffusion se seraient entendues pour refuser à une chaîne le droit de retransmettre en direct un match de football capital. Une fois la rencontre terminée, l'injonction n'a plus de sens. On objectera que les mesures conservatoires ont précisément pour fonction d'empêcher qu'une atteinte ne soit irréversible. Mais on sait combien il est difficile d'en obtenir. On pourrait donc opposer à une entreprise sollicitant l'injonction, dans le cadre d'une procédure au fond, l'inutilité de la mesure. Il s'agit cependant là d'une hypothèse d'école : on voit mal une entreprise solliciter une injonction à laquelle elle n'a plus d'intérêt.

Au total, il semble bien que les limites traditionnelles à l'exécution forcée des obligations contractuelles soient de peu d'intérêt pour ceux qui tenteraient de s'en prévaloir dans le cadre d'un contentieux concurrentiel.



## Conclusion

**469.** Manifestation d'un pouvoir de commandement, l'injonction est une sanction au service d'un objectif concurrentiel. A la différence des procédés d'exécution forcée du droit civil ou du droit administratif, elle ne tend pas à préserver les droits subjectifs des particuliers. Elle n'est donc pas subordonnée à l'action de ceux-ci : l'autorité qui la prononce peut s'auto-saisir.

Son efficacité est garantie en droit communautaire par l'astreinte qui l'accompagne parfois, et en droit français par la condamnation à (ou la menace d'une) amende qui peut être très importante. Les entreprises sont condamnées à s'y soumettre. Les autorités régulatrices veillent à cette obéissance. Elles ne se contentent pas de surveiller ponctuellement le comportement des entreprises. Elles peuvent les accompagner pendant plusieurs années, surveillant avec vigilance leurs efforts de réadaptation. Cette possibilité n'a d'équivalent qu'en droit pénal, et l'on peut être surpris que la défense de l'ordre public économique justifie l'emploi de moyens de coercition et de surveillance aussi efficaces et élaborés que la défense de la sécurité publique. Il importe de poser des bornes temporelles à la surveillance ainsi organisée.

L'injonction tend à l'éradication de l'illicite. Elle est en ce sens assez proche de la nullité. C'est pourquoi l'on a pu dire qu'elle conférait à des autorités qui en sont normalement dépourvues un pouvoir d'annulation indirect.

La parenté entre les deux mesures se réduit cependant à la finalité qu'elles poursuivent. L'injonction est un procédé spécifique. Parce qu'elle est un ordre donné par une autorité administrative et non pas judiciaire, parce qu'elle vise autant les actes juridiques que les simples comportements, qu'elle se conçoit aussi bien dans le cadre d'une procédure au fond que dans un cadre conservatoire, parce qu'enfin elle n'a aucun caractère rétroactif et qu'elle échappe aux règles gouvernant l'étendue de la nullité, elle ne peut lui être assimilée. Malléable, adaptable, inscrite dans la durée et accompagnée de moyens de coercition efficace, l'injonction est une sanction typique de l'ordre public économique.

En tant que telle, elle s'insinue dans les rapports contractuels. Injonction de ne pas faire et injonction de faire contrarient diversement la loi des parties, mais toutes concourent à entamer un peu plus le principe de liberté contractuelle. Ne visant parfois qu'à faire cesser l'infraction, elles peuvent aussi imposer la modification du contrat, soit en l'expurgeant simplement d'une clause illicite, soit en tendant assez précisément à en dicter le contenu. Elles sont alors sans conteste dérogatoires au droit commun. Ce caractère se précise encore lorsqu'ordre est donné aux entreprises de contracter.

On ne peut cependant en conclure que le principe de liberté contractuelle est inopposable aux autorités régulatrices. De même qu'il fut rappelé qu'un règlement d'exemption n'établissait pas de prescriptions contraignantes à l'égard des entreprises, il fut précisé qu'en matière d'injonction, le principe de liberté contractuelle devait rester le règle. C'est paradoxalement des juges luxembourgeois que sont venus ces rappels à l'ordre. Parce qu'elle reste soumise à ce principe, l'injonction n'est qu'un

ordre de parvenir à un résultat conforme aux objectifs d'une concurrence efficace, qui laisse aux entreprises le choix des moyens pour ce faire. Le pouvoir d'injonction n'est pas sans limite. Même encadré, il reste un instrument de modelage extrêmement efficace.

La nullité, sanction traditionnelle de l'ordre public, paraît moins adaptée. C'est sans doute parce qu'elle ne poursuit pas la même finalité.

## TITRE II : INADAPTATION DE LA SANCTION TRADITIONNELLE, LA NULLITE

**470.** La nullité sanctionne les ententes anticoncurrentielles. Elle est expressément prévue par le Traité de Rome (article 86, paragraphe 2) et par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (article 9). Le choix de cette sanction semble logique et nécessaire, mais, paradoxalement, inadapté.

La nullité s'impose comme sanction naturelle de la violation de l'ordre Public. Il n'existe pas de motifs apparents de soustraire à son emprise le droit de la concurrence. Sa mention dans le corps de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 semble une redondance de l'article 6 du code civil, qui dispose qu' *"on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs"*. Cette mention peut cependant être interprétée comme le signe d'un intérêt particulier porté à cette sanction. On peut également la concevoir comme l'expression d'un vœu : celui de voir se développer le contentieux civil et de transformer les parties en acteurs de la politique de concurrence.

La nullité est une sanction nécessaire car elle est complémentaire des sanctions administratives. Elle constitue le point de jonction du droit de la concurrence et du droit des contrats : elle permet de tirer les conséquences civiles d'une déclaration d'illicéité. C'est par le biais de la nullité que le droit de la concurrence peut pénétrer l'édifice judiciaire et, partant, échapper à la technicité et se banaliser. L'on pourrait donc croire qu'elle est fréquemment invoquée. Il n'en est rien. La nullité est une sanction en jachère. La complexité de son régime n'a d'égalé que la rareté de son prononcé.

On peut se demander si la faiblesse du contentieux est la résultante de l'inadaptation de la sanction ou si elle en est à l'origine. La nullité est en effet inadaptée au droit des ententes. On pourrait cependant soutenir que c'est le droit de la concurrence qui n'est pas en harmonie avec elle. C'est peut-être en ce domaine que le particularisme de la matière, sa difficulté à se fondre dans les mécanismes de droit commun, s'exprime avec le plus de force. A chaque étape du processus juridictionnel se manifeste cette dysharmonie.

Certaines difficultés ne sont qu'apparentes. Ainsi, la référence du droit communautaire à la nullité de plein droit nous semble sans conséquence. La définition de l'illicéité bouscule en revanche l'édifice contractuel. Prétendre annuler un contrat au motif qu'il déploie des effets

anticoncurrentiels contrarie une des règles de base de la nullité, traditionnellement présentée comme la sanction des conditions de formation du contrat.

L'application des règles de la notification et de la validation contribuent à rendre plus complexe encore une sanction qui a abrité, et abrite encore, de multiples théories et débats. Le contrat est tronçonné en phases de validité successives, ce qui ne laisse pas de surprendre un esprit civiliste. En outre, cela compromet la sécurité juridique des acteurs, ce qui est assurément plus grave. Il n'y a plus adéquation entre licéité et validité. Les règles de la rétroactivité sont également malmenées, sans utilité apparente.

La tâche des autorités compétentes pour constater la nullité est donc complexe, d'autant qu'elles ne sont pas nécessairement celles qui ont établi l'illicite. Une rupture est ainsi consommée entre le fait générateur de la sanction et son prononcé. Le juge n'est pas libre de sa décision. C'est vrai du moins lorsqu'il a la charge d'appliquer le droit communautaire. L'articulation des compétences administratives et judiciaires n'est pas sans poser de délicats problèmes. Comment ne pas comprendre que la multiplicité des obstacles rencontrés détourne les particuliers et les entreprises de la seule sanction susceptible d'organiser le sort de leur contrat ?

**471.** Eviter la procédure judiciaire n'est pourtant pas le meilleur moyen de résoudre les difficultés. Quelques solutions seront proposées. Elles ne sont sans doute pas exemptes de cette partialité qui colore inévitablement l'étude de la nullité. Elles sont en outre ponctuelles et d'ambition mesurée. Ce n'est pas faire preuve de démission que de prétendre que le temps apportera les solutions que le présent ne détient pas. La multiplication des contentieux doit permettre au juge de concilier des objectifs et des règles contradictoires.

La nullité doit s'épanouir tout en gardant sa singularité. Il n'est pas question d'en faire un succédané de sanction administrative. A la différence de l'injonction ou de l'exemption, elle n'est pas un pur instrument de politique économique. Le juge, saisi d'une action en nullité ou d'une exception de nullité, doit prendre en considération tout à la fois la défense de l'ordre public et la préservation des droits subjectifs.

**472.** L'on comprendra que la nullité appliquée au contentieux concurrentiel mérite quelques développements. Les nôtres ne prétendent pas envisager toutes les questions que soulève cet emprunt du droit de la concurrence de la sanction reine du droit des obligations. ; la question est inépuisable. Elle sera traitée de manière largement prospective. Du fait de la rareté du contentieux, il s'agit davantage d'imaginer les difficultés, au risque de les exagérer, que de les recenser.

Il aurait été possible d'articuler nos développements de façon traditionnelle, en envisageant tout d'abord la mise en oeuvre de la nullité, puis ses effets. Ce n'est pas le plan retenu. Il importait d'envisager de façon préalable les principes directeurs de la sanction.. La nullité est encourue de plein droit, elle est absolue, et déploie des effets rétroactifs. Chacun de ces attributs est source de difficultés pour les instances qui vont avoir la charge d'appliquer la sanction. Il est par exemple impossible de montrer la complexité de la mission du juge, les contradictions qu'il doit résoudre, si l'on n'a préalablement démontré le particularisme de la rétroactivité en droit communautaire. Seront donc étudiés en premier lieu les principes directeurs de la nullité (Chapitre 1), et en second lieu la compétence judiciaire (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA NULLITE

CHAPITRE 2 : L'INTERVENTION DES INSTANCES JUDICIAIRES

## - CHAPITRE 1 -

### LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA NULLITE EN DROIT DES ENTENTES

473. Les principes directeurs de la nullité en droit communautaire et en droit français sont très proches. Cet attendu de la Cour de Justice explique ce phénomène :

*"Qu'ainsi, par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du Traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct du droit communautaire";*

*"que dès lors, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales de recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne peuvent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires, de nature interne.";*

*Qu'à défaut de (...) mesures d'harmonisation, les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale <sup>1197</sup>".*

Aucune mesure d'harmonisation n'ayant été adoptée en ce domaine, c'est le droit français qui, en grande partie, organise la sanction. Il ne faut pas en déduire que la théorie générale des nullités est parfaitement respectée. Erigée en sanction des ententes illicites, les caractères de la nullité (Section 1) et ses effets (Section 2) sont marqués, sinon bouleversés, par l'ordre public national et, plus encore, communautaire.

#### SECTION 1 : LES CARACTERES DE LA NULLITE

#### SECTION 2 : LES EFFETS ATTACHES A LA NULLITE

---

<sup>1197</sup> C.J.C.E. 16 déc. 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, 2043.

## SECTION 1 : LES CARACTERES DE LA NULLITE

475. Aux termes de l'article 85, § 2, du Traité de Rome, les ententes anticoncurrentielles sont nulles "de plein droit". La notion nous est peu familière : elle a pratiquement disparu de l'ordonnancement juridique français. Cette référence à une terminologie un peu surannée mérite que l'on s'y arrête (Paragraphe 1). Le choix, commun aux deux ordres juridiques, de la nullité absolue pour sanctionner les ententes anticoncurrentielles soulève moins de difficultés (Paragraphe 2).

### PARAGRAPHE I : LA NULLITE DE PLEIN DROIT, FORME DE NULLITE SPECIFIQUE AU DROIT COMMUNAUTAIRE?

476. Une différence évidente oppose l'article 85, § 2, du Traité de Rome et l'article 9 de l'Ordonnance française du 1er décembre 1986. Alors que le premier énonce que *'les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit'*, le second se contente d'affirmer qu'*'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8'*. Doit-on déduire de cette différence terminologique une différence de nature entre les nullités française et communautaire (B)? Pour l'apprécier, il convient de rechercher le sens traditionnellement imparti à la notion de nullité de plein droit (A).

#### A - SENS TRADITIONNELLEMENT ATTACHE A LA NULLITE DE PLEIN DROIT.

477. Dans l'ancien droit <sup>1198</sup>, était qualifiée de nullité de plein droit (ou nullité légale) celle qui opérait d'elle-même, sans qu'une décision judiciaire soit nécessaire. Si une telle décision intervenait cependant, elle n'avait qu'un caractère déclaratif. Le juge constatait la nullité, il ne la prononçait pas. On opposait cette sanction à la simple annulabilité (ou nullité judiciaire) nécessitant un recours en justice et résultant seulement de la sentence.

Cette distinction entre nullité de plein droit et annulabilité a été reprise lors de la codification. L'article 1117 du Code civil en témoigne, qui énonce que *"la convention contractée par erreur,*

---

<sup>1198</sup> Originellement, il existait une distinction entre la nullité et la rescision. La nullité sanctionnait la violation des règles instituées par les ordonnances ou la coutume et la rescision sanctionnait la violation des dispositions héritées du droit romain. Pour une étude de l'évolution de la théorie des nullités, cf. **R. JAPIOT**, "Des nullités en matière d'actes juridiques," T. II, Thèse Dijon 1909. V. également **A. PONSARD** et **P. BLONDEL**, "Nullité", Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil, 1973.

*violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision "*.

L'expression a ensuite changé de signification <sup>1199</sup>. Nul ne pouvant se faire justice à soi-même, on a fait valoir qu'une action en justice était toujours nécessaire pour prononcer, ou constater, la nullité, et ce, quel que soit son fait générateur <sup>1200</sup>. Une action en justice n'est inutile que dans une seule hypothèse : celle où chaque partie à l'acte est d'accord pour reconnaître la nullité et en tirer les conséquences légales. L'absence de décision de justice peut, même dans cette hypothèse, soulever des difficultés lorsque l'on prétend opposer la nullité aux tiers.

On ne parle plus désormais de nullité "de plein droit" mais de nullité "de droit" <sup>1201</sup>. Le droit moderne réserve cette dernière qualification aux hypothèses où aucun pouvoir d'appréciation n'est laissé au juge : celui-ci n'a plus qu'à établir les faits constitutifs d'illicéité. La nullité de droit s'oppose ainsi à la nullité facultative <sup>1202</sup>.

Il faut se demander s'il en est de même en droit communautaire ou si la nullité "de plein droit" constitue au contraire un vestige de l'ancien droit.

#### ***B - SENS ET ETAT DE LA NOTION EN DROIT DE LA CONCURRENCE.***

**478.** Les droits communautaire et français de la concurrence ont pratiqué un mouvement que l'on peut qualifier de pendulaire. Sous l'empire de l'Ordonnance de 1945, les actes constitutifs d'entente et d'abus de position dominante étaient nuls de plein droit (article 50.3). L'ordonnance de 1986 ne fait plus référence qu'à leur nullité (article 9). Le Traité de Rome de 1957 a au contraire opté, cela a été évoqué, pour la nullité de plein droit. La signification qui s'attache à la pérennité de l'expression en droit communautaire (1) et à sa disparition en droit français (2) est difficile à dégager. Les deux droits défendent-ils des conceptions différentes de la nullité?

---

<sup>1199</sup> En ce sens, **J. GHESTIN**, "Le contrat : Formation", 2e éd. 1988, n°739, p.776.

<sup>1200</sup> En ce sens, **A. BENABENT**, "Les obligations", 3è éd., n°176, p.93.

<sup>1201</sup> **P. MALAURIE** et **A. AYNES**, "Les obligations", 1994, n°557, p.304, **B. STARCK**, **H. ROLAND** et **L. BOYER**, "Contrat", 4e éd., n°885, p.373. Il est intéressant de noter que le vocabulaire juridique publié sous la direction de G. CORNU ne mentionne ni l'une, ni l'autre forme.

<sup>1202</sup> On peut trouver un exemple de cette distinction dans le droit des incapacités : les actes passés par un incapable après le jugement de tutelle sont nuls de droit (article 502. C.C.), les actes qui lui sont antérieurs "pourront être annulés" (article 503 C.C.).

Ceci semble correspondre à la distinction existant en droit anglais entre les actes *void* et les actes *voidable*. Sur ce point, cf. **P. MALAURIE** et **L. AYNES**, op. cit. n°557, p.305.



## 1/ Sens de la nullité de plein droit en droit communautaire.

**479.** Aux termes de l'article 85, §2, du traité de Rome, les accords et conventions anticoncurrentiels sont nuls de plein droit, mais la règle n'est pas d'application générale. Il faut réserver le cas des ententes anciennes. Au terme de l'article 5 du règlement 17/62, il s'agit des ententes existant avant le 12 mars 1962, date d'entrée en vigueur du règlement. Des ententes encore en vigueur aujourd'hui peuvent être considérées comme antérieures à cette date dès lors que le contrat actuel est l'exacte reproduction du contrat conclu avant le 12 mars 1962 et notifié <sup>1203</sup>. On doit aussi intégrer dans cette catégorie les ententes émanant d'entreprises "ressortissantes" d'un Etat nouvellement adhérent à la Communauté, et ce pendant la période transitoire qui précède l'applicabilité du règlement n°17 à cet Etat <sup>1204</sup>.

Ces ententes bénéficient d'une validité provisoire <sup>1205</sup>, à condition, semble-t-il, d'avoir été notifiées <sup>1206</sup>. Cela signifie qu'elle déploient tous leurs effets juridiques tant qu'une décision de la Commission n'est pas intervenue <sup>1207</sup>. Jusqu'à cette date, il est fait interdiction aux juridictions nationales de constater leur nullité, même si elles sont manifestement anticoncurrentielles. La Cour de Justice a énoncé à leur propos que *"la sécurité générale des contrats exige que, notamment lorsque l'entente a été notifiée conformément aux dispositions du règlement n°17, le juge ne constate la nullité de plein droit qu'après que la Commission a pris une décision en vertu de ce règlement"* <sup>1208</sup>. Pour des raisons de sécurité juridique, les ententes anciennes font donc exception au principe de nullité de plein droit des accords anticoncurrentiels.

---

<sup>1203</sup> CJCE 28 févr. 1991, DELIMITIS c/ HENNIGER BRAÛ AG, aff. V 234/89, Rec. I. 935

<sup>1204</sup> Pour un rappel de cette réalité souvent méconnue: cf § 31 de la communication du 13 février 1993.

<sup>1205</sup> On a qualifié le problème de la validité provisoire de *"question maudite"* : **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5ème éd. 1994, p.268.

<sup>1206</sup> L'hésitation reste permise. A l'origine, la validité provisoire profitait aux ententes anciennes notifiées et à celles dispensées de notification. Des décisions assez récentes de la C.J.C.E. ont pourtant semblé poser une exigence globale de notification : CJ.C.E. 14 déc. 1977, Aff. 59/77, DE BLOOS / BOUYER, Rec. 2359, et C.J.C.E. 10 juill. 1980, Aff.99/79 LANCOME, Rec. 2511.

<sup>1207</sup> C.J.C.E. 6 avril 1962, Aff. 13/61, BOSCH (DE GEUS), Rec. 89 ; C.J.C.E. 9 juill. 1969, aff.10/69 PORTELANGHE c/ SMITH Corona Marchant international et autres, Rec. p.309. Une mesure de classement suffit à mettre un terme à cette validité provisoire : V. décision LANCOME, précitée.

<sup>1208</sup> CJCE 6 février 1973, S.A. BRASSERIE DE HAECHE II, Rec. 1973, p.77, Cah. dr. entr. 1974, p.165, note M. **WAELEBROECK**.

**480.** Le Traité C.E.E. ne définit pas la notion de nullité de plein droit. Dans le silence des textes, deux conceptions s'affrontent : on peut soutenir qu'il s'agit d'une notion communautaire ou d'une notion nationale. La disparité des législations internes rend impossible l'admission de la seconde thèse <sup>1209</sup> : il ne peut s'agir que d'une notion communautaire qu'il appartient à la Cour de Justice d'interpréter. Aucune décision n'a, à ce jour, véritablement rempli cet office.

Nous avons noté que la différence opposant originairement nullité de plein droit et annulabilité était la nécessité de recourir au juge. On doit se demander si une décision judiciaire est ou non nécessaire pour que soit invoquée la nullité communautaire.

L'article 1er du règlement n°17 offre un élément de réponse : il précise que les accords et décisions visées à l'article 85, § 1, sont interdits "*sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet*". La nullité étant elle-même encourue de plein droit, HOUIN en déduit par analogie l'inutilité d'une décision préalable à l'invocation de la nullité <sup>1210</sup>. Cette dernière "*peut donc être invoquée dans tout litige et devant toute juridiction, même si l'interdiction de cette entente n'a été constatée ni par la Commission de Bruxelles, ni par une "autorité" nationale....*"

Les auteurs sont unanimes sur ce point <sup>1211</sup>. Ils en déduisent le caractère déclaratif, et non pas constitutif, des décisions des autorités nationales ou communautaires. Une partie peut refuser d'exécuter une convention manifestement illicite au regard de l'article 85, § 1, sans avoir besoin de faire reconnaître ce droit en justice <sup>1212</sup>. A la différence de la validation d'un contrat, qui suppose une décision expresse d'exemption (ou la conformité exacte de la convention aux dispositions d'un règlement), la nullité opère automatiquement. La nullité de plein droit de l'article 85, § 2, semble donc correspondre à l'ancienne conception française de cette sanction.

---

<sup>1209</sup> En ce sens, **J.A. VAN DAMME**, "La politique de la concurrence dans la C.E.E.", Bruxelles, p. 254 s.; **M. CIENFUEGOS MATEO**, "L'application de la nullité de l'article 85, §2, du Traité C.E.E par les juridictions nationales ...Conséquences dans l'ordre juridique interne" ; **J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK**, "Le droit de la Communauté économique européenne", vol. 4, p.174 ; **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit., p.630.

<sup>1210</sup> <sup>1210</sup>**R. HOUIN**, "Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence", Annales de la faculté de droit de Liège, 1963, p. 45.

<sup>1211</sup> Cf. **C. GAVALDA** et **G. PARLEANI**, "Traité de droit communautaire des affaires", 1992, p. 540 ; **J. STOUFFLET** et **Y. CHAPUS**, Pratiques restrictives de concurrence, Juris-classeur Europe, 1990, fasc. 1430, p.16 ; **M. CIENFUEGOS MATEO**, article précité, p. 317 ; **J. B. BLAISE**, "Ententes", Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 1993, n°366, 5ème éd., p. 630.

<sup>1212</sup> En ce sens, cf Paris 4 mai 1961, J.C.P. 1962, II, 1253.

**481.** Ces développements paraissent cependant bien théoriques <sup>1213</sup>. Ils encourent la même critique que celle formulée plus haut : le recours au juge n'est inutile que s'il n'y a pas conflit et si le contrat n'a encore déployé aucun effet. Dans l'hypothèse où celui qui invoque la nullité a déjà versé une somme ou transmis un bien et exige leur restitution, la situation est bloquée s'il se voit opposer un refus de la part de son cocontractant. Il faut alors recourir à la force publique. Mais le juge peut-il condamner le contractant récalcitrant à restituer le bien, sans avoir constaté préalablement la nullité du contrat ? Cela semble une hypothèse d'école. On peut également douter que le contractant lésé puisse solliciter des mesures d'exécution forcée. Une saisie suppose un titre exécutoire. La simple incompatibilité du contrat aux prescriptions communautaires, incontestable mais non constatée en justice, suffit-elle à conférer à celui qui l'invoque un titre exécutoire ? Il est permis d'en douter. L'article 192 du Traité de Rome reconnaît aux décisions emportant une obligation pécuniaire la valeur d'un titre exécutoire. Ce n'est pas ici d'une obligation pécuniaire qu'il s'agit ici mais l'on peut considérer d'une façon plus générale que la formule exécutoire ne peut s'attacher qu'aux décisions de justice.

En pratique, il est donc préférable que la nullité soit constatée par les autorités nationales compétentes <sup>1214</sup>. Elle peut être invoquée par voie d'action ou par voie d'exception. Dans notre hypothèse, la partie qui refuse d'exécuter une convention et qui est appelée en responsabilité contractuelle pour inexécution peut soulever l'exception de nullité. En revanche, elle peut difficilement se borner à opposer à son cocontractant une nullité de plein droit, sans qu'une action judiciaire soit engagée.

**482.** En résumé, la nullité communautaire renvoie peut-être à la distinction originaire entre nullité de plein droit et annulabilité. Il semble toutefois que, si l'action en justice n'est théoriquement pas nécessaire, elle l'est en pratique. En conséquence, l'on est tenté de conférer un autre sens à cette notion. La nullité de plein droit peut être synonyme de nullité de droit. Conformément à l'interprétation actuellement retenue de cette dernière notion, cela signifierait que le juge national ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation pour constater la nullité communautaire. Confronté à une

---

<sup>1213</sup> En ce sens, cf. **Y. LOUSSOUARN** et **J.D. BREDIN**, pour qui "*la distinction des nullités prononcées ou constatées demeure largement théorique.*", in "La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire", Dalloz 1963, p.34.

<sup>1214</sup> En ce sens, V. **J. GUYENOT**, "Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le Marché Commun.", Thèse Paris 1971, p.335. Cf. également **J. STOUFFLET** et **Y. CHAPUT**, pour lesquels "*foi étant due au titre, il est pratiquement nécessaire que la nullité soit déclarée par une autorité qualifiée pour produire effet s'il y a contestation*", in "Pratiques restrictives de concurrence", Juris-class. Droit international, fasc. 164, G, 2ème cahier, p.16. Dans le même sens encore, V. **B. GOLDMAN**, **A. LYON-CAEN**, **L. VOGEL**: " ... il va de soi que la nullité n'en doit pas moins être constatée par une autorité, ne serait-ce qu'en raison de la nécessité d'une constatation préalable de l'infraction, soit par la Commission, soit par les autorités des Etats membres, et de l'absence de dérogation." Op. cit., p. 614 ; **C. GAVALDA** et **R. PARLEANI**, op. cit. n°664.

convention manifestement illicite au regard de l'article 85 du Traité de Rome, il est tenu de la déclarer nulle. Il lui est interdit d'en ordonner l'exécution.

Si l'on adopte cette proposition, l'on doit analyser l'emploi de la formule "nullité de plein droit" dans le Traité de Rome comme une façon d'exprimer solennellement, au stade de la sanction, la primauté du droit communautaire. L'expression n'aurait d'autre signification que de rappeler au juge qu'il est tenu de s'incliner devant l'analyse éventuellement développée par les instances européennes. Cela serait inutile si ce principe de primauté était parfaitement respecté. La nullité de plein droit, synonyme de nullité de droit, manifesterait donc l'allégeance du juge français au droit communautaire. Si cela était, la disparition de l'expression en droit français n'aurait aucune incidence réelle. Vérifions le bien fondé de cette allégation.

## **2/ Disparition de la nullité de plein droit en droit français.**

**483.** L'ordonnance du 1er décembre 1986, qui a abrogé le texte de 1945, a substitué à la "nullité de plein droit" prévue par l'ancienne ordonnance une nullité simple. Les auteurs suggèrent plusieurs explications à la disparition de la nullité de plein droit. Monsieur BRILL en émet trois <sup>1215</sup>:

*"- Y voir une consécration législative de la disparition de cette catégorie de nullité critiquée par une grande partie de la doctrine moderne.*

*- Y voir la volonté du législateur de souligner le pouvoir d'appréciation des tribunaux en la matière.*

*- Enfin, cette suppression peut encore signifier que la nullité ne peut être constatée et produire ses effets que si l'accord est contraire aux articles 7 et 8 sans pouvoir être justifié par l'article 10."*

Monsieur MOUSSERON apporte une réponse claire et univoque : *la formulation actuelle laisse (...) au juge un pouvoir important d'appréciation* <sup>1216</sup>.

Pour notre part, nous ne voyons pas très bien de quel pouvoir d'appréciation il s'agit. Le juge a certes la liberté d'apprécier si les conditions légales de la prohibition sont remplies mais, une fois l'illicéité établie, incontestable, a-t-il le choix entre constater la nullité et ne pas la constater? Il s'agit de choisir entre le maintien de l'illicéité et sa suppression, et force est de reconnaître que la première éventualité est improbable. C'est en effet l'ordre public qui a été violé. Le juge est tenu de constater la

---

<sup>1215</sup> **J. P. BRILL**, "Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986.", Gaz. Pal. 1er décembre 1986, doct. p. 775

<sup>1216</sup> **J.M. MOUSSERON** et **V. SELINSKY**, "Le droit français nouveau de la concurrence", LITEC 1988, p. 211.

nullité, quel que soit le fondement, national ou communautaire, invoqué. Il est lié par la sanction mentionnée dans les textes. Même cette sanction n'avait pas été prévue, elle s'imposerait comme sanction de principe de la violation de l'ordre public.

La disparition de cette expression dans l'ordre juridique français nous semble ainsi sans portée réelle. Le juge français a toujours été libre d'apprécier l'existence et l'étendue de l'illicite ; il ne l'a jamais été de prononcer ou non l'annulation d'une clause ou d'une convention illicite. Le texte actuel ne paraît pas en retrait par rapport au texte ancien. La nullité est également puissante dès lors que l'illicite est établi. La suppression du caractère de plein droit de la nullité n'est sans doute qu'une consécration de l'obsolescence de cette notion. Nous souscrivons donc à la première proposition de Monsieur BRILL.

Ainsi, en dépit de leur différence d'appellation, les nullités françaises et communautaires sont de même nature : elles sont toutes deux des nullités de droit. Ce sont également des nullités absolues.

## **PARAGRAPHE 2 : LA NULLITE ABSOLUE, CARACTERE COMMUN AUX ORDRES JURIDIQUES FRANÇAIS ET COMMUNAUTAIRE**

**484.** On oppose traditionnellement nullité absolue et nullité relative. JAPIOT et GAUDEMET ont présenté la nullité comme la sanction de la violation d'une règle légale. Ils estiment que le critère de distinction entre nullité relative et nullité absolue est le but de la nullité. La thèse de JAPIOT débute en ces termes : "*La nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient*"<sup>1217</sup>. Ce critère de la finalité de la règle n'a pas été remis en question depuis : la nullité absolue sanctionne la violation des règles d'intérêt général, tandis que la nullité relative sanctionne les règles d'intérêt particulier<sup>1218</sup>.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles relève incontestablement de la première catégorie. Etant une émanation de l'ordre public de direction, sa violation est sanctionnée par une nullité absolue. Les auteurs sont unanimes sur ce point. Certains ont cependant recours au concept de nullité d'ordre

---

<sup>1217</sup> Thèse précitée p. 12.

<sup>1218</sup> D'autres Etats membres adoptent le même critère. Le droit allemand distingue entre la nullité absolue (Nichtigkeit) et la nullité relative (Anfechtbarkeit), le droit italien distingue entre la nullité et l'annulabilité. Sur le droit comparé en matière de nullité, V. **R. PLAISANT, R. FRANCESCHELLI, J. LASSIER**, "Droit européen de la concurrence, article 85 à 89 du Traité de Rome" , 1968, p.295 s.

public <sup>1219</sup>. L'expression est ambiguë <sup>1220</sup> car elle peut laisser supposer que le caractère d'ordre public d'un droit suffit à conférer ce trait à la nullité qui le sanctionne. Il n'en est rien : l'on sait que l'ordre public se dédouble en ordre de protection et en ordre de direction. La nullité absolue est réservée à la violation du second.

Il n'y a pas lieu ici d'opérer une distinction entre le droit français et le droit communautaire. Dans un arrêt "Béguelin" du 25 novembre 1971, la Cour de Justice a reconnu le caractère absolu de la nullité prévue par l'article 85, paragraphe 2 <sup>1221</sup>. Les mêmes conséquences s'attacheront donc à la constatation de la nullité dans les deux ordres juridiques.

**485.** Le caractère absolu de la nullité emporte d'importantes conséquences. L'acte étant contraire à l'intérêt général, il faut multiplier les chances de dénonciation de l'illicite. Toutes les personnes intéressées doivent pouvoir critiquer l'acte <sup>1222</sup> (A) et les possibilités d'extinction de l'action doivent être raréfiées (B).

#### ***A - CONSEQUENCES DU CARACTERE ABSOLU DE LA NULLITE SUR LA TITULARITE DU DROIT DE CRITIQUE***

**486.** JAPIOT a critiqué la conception classique de la nullité, état de l'acte, pour lui substituer une nullité entendue comme un droit de critique : *"la nullité n'est pas in actu, elle est (...) in personis*

---

<sup>1219</sup> **M. CIENFUEGOS MATEO** : "Ainsi, si on tient compte du fait que l'article 85 du Traité de Rome relève de l'ordre public communautaire, la nullité prévue par son paragraphe second est, sans aucun doute, une nullité d'ordre public...", in "L'application de la nullité de l'article 85 § 2 du Traité de Rome par les juridictions nationales...", Cah. dr. entr. 1991, n°314, p.317

<sup>1220</sup> En ce sens, **J. GHESTIN**, "Traité de droit civil", T. 1, 1988, § 743.

<sup>1221</sup> Aff. 22/71, § 29, de la décision, Rec. 949 et R.T.D.E. 1972, p.411, note **JOLIET**.

<sup>1222</sup> Le terme même d'action en nullité a été contesté par JAPIOT qui estimait que l'action en justice tendait vers une autre fin que la nullité elle-même, celle-ci n'étant invoquée que comme un moyen pour parvenir à cette fin : "... le droit de critique ne tend pas en soi à la réalisation d'un intérêt positif: par essence et comme son nom l'indique, son but direct est purement destructif; on ne l'exerce qu'afin d'exercer un autre droit." Nous emploierons cependant cette terminologie commode, qui n'a d'ailleurs jamais été abandonnée.

"<sup>1223</sup>. Elle se traduit par le droit qu'on a de l'invoquer. La nullité n'est qu'une "*attaquabilité*" dirigée contre les effets de l'acte <sup>1224</sup>.

La nullité relative, protégeant un intérêt particulier, ne peut être invoquée que par les personnes qu'elle protège. A l'inverse, la nullité absolue, sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général, peut être invoquée par toute personne intéressée <sup>1225</sup>. Une solution contraire compromettrait les chances de priver l'acte de son efficacité. Les personnes intéressées sont en principe les parties au contrat, les tiers justifiant d'un intérêt particulier, et le ministère public. Ces principes sont transposables au droit des pratiques anticoncurrentielles.

**487.** En droit communautaire, c'est l'article 3 du règlement n°17 qui a servi de fondement à la détermination des acteurs concernés. Cet article habilite les "*personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime* " à saisir la Commission d'une demande tendant à la constatation d'une infraction à l'article 85. Or, la nullité est la conséquence nécessaire de l'interdiction. HOUIN en déduit qu'il faut admettre que "*toutes les personnes qui ont un intérêt légitime à demander l'interdiction, l'ont aussi à demander la nullité et il peut s'agir aussi bien d'un membre de l'entente, que d'un membre exclu, d'un tiers contractant avec un membre de l'entente ou d'un tiers lésé par l'existence de l'entente* " <sup>1226</sup>.

La possibilité reconnue aux parties à l'accord d'invoquer sa nullité a été critiquée. On a fait valoir "*(qu')en définitive, il est singulier que des entreprises ayant passé un contrat en pleine connaissance de cause et l'ayant appliqué, invoquent ensuite l'article 85, § 2, pour échapper à son application* " <sup>1227</sup>. Cette possibilité a pourtant été consacrée par la jurisprudence dès 1967. La Cour d'appel de Paris énonce à cette date que "*(la) règle nemo auditur... ne rend point irrecevable à invoquer la nullité du contrat auquel (elles) sont parties, alors qu'(elles) se fondent sur la violation des dispositions de l'article 85 du Traité de Rome qui sont d'ordre*

---

<sup>1223</sup> Thèse citée supra, p.285.

<sup>1224</sup> Selon JAPIOT, la nullité ne remet pas en cause l'acte lui-même. Telle qu'elle est présentée, la solution a pu sembler trop radicale. Elle fait sans doute trop abstraction de la cause de la nullité, du vice qui entache l'acte et justifie la sanction. Nous retiendrons cependant la notion de droit de critique pour en déterminer les titulaires.

<sup>1225</sup> La règle "*pas d'intérêt, pas d'action* " (art. 31 du N.C.P.C.) s'applique aux nullités absolues. Cf. **ROLAND** et **BOYER**, "Adages", n°304.

<sup>1226</sup> **R. HOUIN**, "Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence", Annales de la faculté de droit de Liège, 1963, p. 45.

<sup>1227</sup> **R. PLAISANT**, **R. FRANCESCHELLI**, **J. LASSIER**, op. cit., p.309.

*public* " 1228. La Cour de cassation l'a également rappelé en 1985 1229. Cette solution s'impose : l'adage "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans* " ne peut faire obstacle à une action en nullité intentée, quel que soit l'auteur de cette action ; il ne fait obstacle qu'aux répétitions des prestations faites en exécution du contrat annulé 1230.

La jurisprudence admet que les *penitus extranei* puissent avoir un intérêt suffisant à l'annulation. Le contrat leur étant opposable en tant que fait, ils peuvent vouloir se soustraire aux effets indirects qui résultent de cette opposabilité 1231. Toutefois, les tiers devront justifier d'un intérêt né et actuel, ayant un lien étroit avec la nullité, et personnel 1232 : le simple fait d'invoquer la violation du droit communautaire est en soi insuffisant. Cette exigence s'inscrit dans une jurisprudence constante des tribunaux français selon laquelle l'intérêt particulier du demandeur ne se confond pas avec l'intérêt général.

**488.** Les solutions ainsi dégagées en droit communautaire s'appliquent en droit français. Bien que l'article 9 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 n'ait pas repris textuellement la disposition de l'article 50 al.2 de l'ancienne ordonnance selon laquelle "*la nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers* ", on doit considérer que la solution est toujours valable 1233. L'incidence de la règle *nemo auditur* a été précisée depuis longtemps 1234. En droit français comme en droit communautaire, il faut multiplier les chances de dénonciation de l'illicite. Ceci emporte des conséquences sur les causes d'extinction de la nullité.

---

1228 CAP 22 fév.1967, JCP 1967, II, 15233, note **ROBERT**. Cf également Paris 5e ch., 1er octobre 1980, D. 1983, I.R. p.222, obs. **C. GAVALDA** et **C. LUCAS DE LEYSSAC** ; R.T.D.Co. 1981, p.791, obs. de messieurs **ALFANDARI** et **JEANTIN**.

1229 Civ 1ère, 3 déc.1985, J.C.P. 1986, IV, 63. Voir aussi Paris 20 déc. 1971, Gaz. Pal. 1972, II, p.702.

1230 **J. GHESTIN**, "Le contrat : formation", 2ème éd., p.913. V. Section II, §2, du présent chapitre. V. SSection II. La doctrine est sur ce point unanime. Cf. notamment **A. BENABENT**, "Droit civil, Les obligations", n°199, p.104.

1231 **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, "Les obligations", 5è éd., Précis Dalloz, n°371, p.285.

1232 C.A.P. 19 juin 1974, Gaz. Pal. 1974, II, 636.

1233 **Contra**, **A. DECOCQ** et **M. PEDAMON**, "L'ordonnance du premier décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence", Juris-class. comm. 1987 n°1 bis, n°32.

1234 Cf. **LE TOURNEAU**, "La règle *nemo auditur*", L.G.D.J. 1971, et les références citées note 34.



**B - CONSEQUENCES DU CARACTERE ABSOLU DE LA NULLITE SUR LES CAUSES  
D'EXTINCTION DE CELLE-CI.**

**489.** Le droit d'invoquer la nullité n'existe pas à titre définitif : il arrive que ce droit s'éteigne. Il peut s'éteindre avec le temps, afin de ne pas fragiliser à l'excès les situations acquises. Mais parce que la nullité est d'intérêt général, le délai de prescription de l'action doit être assez long (1). La volonté des parties peut également être à l'origine de l'extinction du droit de critique, mais, pour les mêmes raisons que précédemment, la confirmation n'est en principe pas possible (2).

**1/ La prescription de l'action en nullité.**

**490.** L'action en nullité fondée sur la violation du droit français de la concurrence est prescriptible. La théorie classique, qui considérait la nullité comme un état de l'acte, et déduisait de la notion d'inexistence l'imprescriptibilité de l'action, a été majoritairement abandonnée <sup>1235</sup>.

C'est encore le caractère relatif ou absolu de la nullité qui dicte la durée de la prescription. Dès lors que l'ordre public économique a été violé, il faut multiplier les chances d'anéantissement du contrat. On retient donc le principe d'une prescription trentenaire des actions en nullité des ententes anticoncurrentielles <sup>1236</sup>. Le point de départ de la prescription est difficile à déterminer. En droit commun, le point de départ du délai se situe au jour du contrat. On admet cependant que "*si la situation qui cause la nullité dure au-delà, le délai ne commence à courir que du jour où elle cesse*" <sup>1237</sup>. Cette précision est intéressante en matière concurrentielle car "l'infraction" est souvent continue. Sont nulles non seulement les ententes ayant pour objet de fausser le jeu de la concurrence, mais également les ententes ayant un tel effet. Dans le second cas, le point de départ du délai de prescription peut difficilement courir au jour où l'acte constitutif d'entente est adopté. Il faut donc

---

<sup>1235</sup> Cf. cependant **P. MALAURIE** et **L. AYNES**, op. cit. n° 545.

Des résurgences de la notion d'inexistence se manifestent encore ponctuellement en jurisprudence. En témoigne un arrêt de la Cour de Cassation, ch. comm., du 7 avril 1992, dans lequel on relève cet attendu surprenant : "*Attendu que les actes dont la nullité est absolue étant dépourvus d'existence légale ne sont pas susceptibles de confirmation...*", R.J.D.A. 5/92, n° 442, p.354. Voir déjà Cass. comm. 28 avril. 1987 (non publié), R.T.D.Civ. 1987, 746, obs. **J. MESTRE**. Ce dernier arrêt n'admettait, sur le fondement de l'inexistence, ni la confirmation, ni la prescription.

Selon certains auteurs, seule l'action en restitution est prescriptible, l'action en nullité elle-même ne l'étant pas : cf **B. STARCK**, **H. ROLAND** et **L. BOYER**, "Le contrat", 1993, n°896, p.377. Ces auteurs ne considèrent pourtant pas l'inexistence comme une sanction juridique, mais uniquement comme une situation de fait, op. cit. n°879, p.371.

<sup>1236</sup> Cette règle de principe connaît quelques exceptions (prescription triennale en matière de nullité de sociétés, prescription décennale en matière de copropriété...).

<sup>1237</sup> **A. BENABENT**, "Les obligations", n° 182, p.96.

admettre que le délai court à compter du moment où l'entente cesse de déployer des effets anticoncurrentiels.

**491.** Le problème de la prescription de l'action en droit communautaire est encore plus délicat. Il a fait l'objet d'un vaste débat doctrinal. Il n'est d'ailleurs pas certain que la controverse soit éteinte.

D'éminents auteurs, dans le silence du Traité et de ses textes d'application, estiment que "*force sera bien à l'autorité nationale d'appliquer ici sa propre loi, en y puisant le régime de la prescription des nullités fondées sur l'ordre public*"<sup>1238</sup>. Si l'on adopte cette position, la durée de la prescription de l'action variera en fonction de la loi nationale applicable au contrat. Dans notre hypothèse où cette loi est française, elle sera donc de trente ans<sup>1239</sup>.

D'autres auteurs réfutent cette analyse. Messieurs STOUFFLET et CHAPUS considèrent qu'à la différence des actions en responsabilité, l'action en nullité trouve son fondement dans l'article 85, paragraphe 1, du Traité, lequel ne fixe aucune limite dans le temps à la nullité de plein droit. Ils en déduisent l'imprescriptibilité de l'action<sup>1240</sup>.

Cette conclusion s'inscrit dans la logique répressive du Traité de Rome. Elle nous semble néanmoins contestable.

On peut d'abord lui opposer que c'est le régime de la nullité, dans sa globalité, qui est ignoré par le Traité et les actes dérivés. Dans le silence des textes, on l'abandonne généralement aux législations nationales<sup>1241</sup>. L'on applique par exemple la loi nationale pour déterminer l'étendue de la nullité. Rien ne justifie de réserver un sort particulier à la prescription. Le risque de divergences entre les droits nationaux est général ; il n'est pas spécifique à ce problème.

Admettre une prescription de l'action est conforme au principe de sécurité juridique, érigé par la Cour de Justice au rang de principe général du droit<sup>1242</sup>. C'est ce principe qui a présidé à l'adoption, le

---

<sup>1238</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit. p.632. Dans le même sens, voir **R. KOVAR**, "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, Bruges, 1985/1986, p.116 ; **C. GAVALDA et R. PARLEANI**, op. cit., p.503 ; **J. B. BLAISE**, "Ententes", Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 1993, p.34, § 365.

<sup>1239</sup> Il n'en n'est pas de même dans tous les Etats membres. En Italie par exemple, la nullité est imprescriptible (art. 1422 du Code civil italien).

<sup>1240</sup> Article précité, § 155. Dans le même sens, cf **M. CIENFUEGOS MATEO**, "L'application de la nullité de l'article 85 § 2.2 du Traité de Rome par les autorités nationales..." Cah. dr. entr. 1991, n°3/4, p.317 ; **J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK** "Le droit de la Communauté économique européenne", 1972, p.176.

<sup>1241</sup> Cf. introduction de ce chapitre, §473..

<sup>1242</sup> Voir notamment C.J.C.E. 13 juil.1961, **MERONI c/ HAUTE AUTORITE DE LA CECA**, aff. jointes 14-16-17-20-24-26-27/60, et 1/61, Rec, 319. Pour une étude de ce principe, V. article de **J. BOULOUIS**, "Principes généraux", Encyclopédie Dalloz, droit communautaire, 1992.

26 novembre 1974, d'un règlement relatif à la prescription des poursuites en droit des transports et en droit de la concurrence <sup>1243</sup>. Les poursuites se prescrivent par trois ans à compter du jour où l'infraction a été commise, et, pour les infractions continues, au jour où elles ont pris fin (article 1, § 2 du règlement). Seules les sanctions pécuniaires sont concernées par ce règlement, mais celui-ci atteste de l'attachement des autorités communautaires au principe de la prescription. Il semble en outre qu'un délai trentenaire est suffisamment long pour ne pas compromettre à l'excès l'efficacité des mécanismes communautaires.

L'on ajoutera enfin que refuser toute prescription à l'action en nullité fondée sur l'article 85, paragraphe 2, aboutit à créer une discrimination entre celle-ci et l'action en nullité des actes constitutifs d'abus de position dominante. Un auteur remarque justement que *"puisque'il est admis que la nullité d'un acte contraire à l'article 86 est régie par la loi nationale, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour celle d'un acte contraire à l'article 85 (...)* On a expliqué que si les auteurs du Traité n'ont pas mentionné nommément la nullité, c'est parce qu'à première vue un abus de position dominante est un fait juridique..."<sup>1244</sup>.

Les articles 85 et 86 relèvent tous deux de l'ordre public communautaire. La nullité des actes qui organisent leur violation est de même nature : c'est une nullité absolue. Elle doit être soumise au même régime. Un renvoi préjudiciel en interprétation paraît cependant souhaitable pour lever définitivement le doute <sup>1245</sup>.

**492.** Si l'action en nullité semble prescriptible, l'exception de nullité est perpétuelle. La nullité de l'acte constitutif d'une entente peut toujours être opposée à la partie qui exigerait l'exécution d'une convention illicite ou qui demanderait réparation en raison de sa non exécution. Cette survie de l'exception est justifiée par le *statu quo* dont elle assure le maintien. Elle fait en effet obstacle à l'exécution d'un contrat qui, par hypothèse, n'a pas été exécuté <sup>1246</sup>. L'imprescriptibilité de l'exception de nullité revêt une importance particulière en droit de la concurrence. Il est possible en effet qu'elle soit plus souvent excipée que ne sera intentée une action en nullité. L'expérience révèle, nous l'avons dit, qu'une telle action est relativement rare <sup>1247</sup>.

---

<sup>1243</sup> Règlement n°2988/74 du Conseil, J.O.C.E. n°L. 319/1, entré en vigueur le 1er janv. 1975. Ce règlement a été adopté sous la pression de la Cour de Justice, laquelle avait fait connaître son attachement au principe d'une prescription. Elle considérait en effet que le principe de sécurité juridique ne pouvait tolérer que la Commission sanctionne les entreprises sans limitation de durée. C.J.C.E. 14 juill. 1972, aff. 48//69, Rec. 619.

<sup>1244</sup> **E. COLMANT**, "Les sanctions aux règles de concurrence", thèse Paris, 1988, p.816.

<sup>1245</sup> En ce sens, **M. CIENFUEGOS MATEO**, article précité.

<sup>1246</sup> **J. GHESTIN**, op. cit., 1988, p.1005, § 868.

<sup>1247</sup> Cf **F. SERRAS**, qui remarque que *"Le plus souvent, l'illicéité du comportement au regard des articles 85 et 86 est invoquée comme moyen de défense face à un demandeur qui réclame l'exécution d'un contrat ou la*

Tout aussi délicat est le problème de la confirmation des actes nuls.

## 2/ La confirmation des actes nuls

**493.** La définition de la confirmation a connu une évolution parallèle à celle de la théorie générale des nullités dans laquelle elle s'intègre, emportant par là même une mutabilité de son régime. Cette évolution est essentiellement le fruit d'une certaine doctrine, qui fait dépendre de la distinction entre nullité absolue et nullité relative la possibilité d'une confirmation. Ces auteurs retiennent généralement une définition dualiste de la confirmation, alliant renonciation et réparation. C'est ce courant qui a été consacré par la Cour de Cassation en droit de la concurrence (a). Une doctrine plus offensive préfère voir dans la finalité de la norme violée le critère de détermination du régime applicable. Ce dernier courant, qui revendique sa parenté aux idées de JAPIOT et GAUDEMET, retient de la confirmation *stricto sensu* une définition moniste, excluant toute idée de réparation <sup>1248</sup>. Si cette dernière analyse conforte la thèse de l'absence de confirmation possible, elle le fait sur d'autres fondements. C'est l'indisponibilité du droit de critique qui est invoqué. L'indisponibilité ainsi affirmée n'est cependant pas définitive. Dans certaines circonstances, la confirmation peut redevenir possible (b).

### a/ Le caractère absolu de la nullité, érigé en obstacle de principe à la confirmation.

**494.** La doctrine classique définissait la confirmation comme un "*acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation, contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision*"<sup>1249</sup>.

Cette définition joint deux éléments : une réparation du vice et une renonciation à se prévaloir du vice. Elle implique l'impossibilité de confirmer un acte frappé de nullité absolue. La confirmation

---

*sanction de son inexécution. Le problème de droit communautaire devient alors une question préalable à laquelle le juge doit répondre, et la Cour de cassation a souvent cassé les arrêts d'appel qui avaient refusé de procéder à une telle appréciation.*", in "L'application du droit communautaire de la concurrence par les juridictions nationales", R.C.C. n°53, p.19.

<sup>1248</sup> MM. MALAURIE et AYNES, qui demeurent favorables à une conception dualiste de la confirmation, énoncent que "*naguère, une autre analyse a été proposée ; la confirmation serait une renonciation au droit de critiquer l'acte nul*".

V. G. COUTURIER, "La confirmation des actes nuls", Thèse Paris, L.G.D.J. 1972, préf. J. FLOUR) et singulièrement vivace : cf les références citées infra notes 63 s.

<sup>1249</sup> AUBRY et RAU, t. IV, 4ème édition, § 337 ; A. BRETON, V. "Confirmation", Encyclopédie Dalloz, 1971.

ayant pour effet de restituer rétrospectivement toute son efficacité à l'acte, elle ne se conçoit que dans la mesure où l'acte remplit, dès l'origine, toutes ses conditions d'existence; *"on ne guérit, n'est-ce pas, que les vivants"*<sup>1250</sup>. La confirmation n'est donc possible que pour les actes encourant une nullité simple. Pour les autres, seule est envisageable une réfection du contrat. La conception anthropomorphique du contrat a été abandonnée, mais la conséquence attachée au caractère absolu de la nullité a survécu dans la doctrine<sup>1251</sup> et la jurisprudence modernes.

**495.** La doctrine unanime transpose ces règles au droit communautaire des ententes. Ainsi Monsieur KOVAR déduit du caractère absolu de la nullité le fait qu'elle ne peut pas être couverte<sup>1252</sup>. Les autres auteurs lui font écho<sup>1253</sup>.

Ce principe a reçu une application remarquable dans une affaire "Fabry" du 26 mars 1976<sup>1254</sup>. Les faits de l'espèce sont assez complexes. Les parties sont liées par une convention de licence de brevets. L'entreprise licenciée, la société A.C.C., s'engage à ne pas contester la validité de ces brevets. Un différent intervient entre les parties, qui se résout par une transaction : est introduite dans le contrat de licence une clause par laquelle la société s'interdit de résilier ce contrat. La société A.C.C. engage pourtant une action en nullité de ces différentes clauses sur le fondement de l'article 85 du Traité de Rome. Elle fait valoir que la législation relative à la concurrence étant une matière d'ordre public, elle ne peut faire l'objet d'une transaction. La Cour d'appel de Douai refuse d'examiner la validité des clauses. Elle justifie ce refus par le fait que la nullité alléguée se trouve couverte par la transaction intervenue entre les parties et a acquis autorité de la chose jugée. La Cour de Cassation la censure en ces termes: *"Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le droit interne ne peut prévaloir sur les dispositions du Traité instituant la Communauté économique européenne, la Cour d'appel, qui n'a pas recherché si la clause litigieuse avait pour objet ou pour effet d'affecter d'une façon sensible le commerce entre les Etats membres du Marché commun et le jeu de la concurrence, n'a pas donné de base légale à sa décision."*

---

<sup>1250</sup> Rapport général de M. **J. CHEVALLIER** au colloque organisé par les Travaux de l'association Capitant, sur le thème: "Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques", 1964, p.513.

<sup>1251</sup> **G. MARTY** et **P. RAYNAUD**, "Droit civil, Les Obligations", T. 2 "Le régime" Sirey, 1989, n°220 ; **H L J MAZEAUD**, "Obligations", 7ème édition, n°309; **A. BRETON**, Confirmation, Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil, 1971.

<sup>1252</sup> "Droit européen de la concurrence", Cours au collège d'Europe, précité p. 115.

<sup>1253</sup> **C. GAVALDA** et **G. PARLEANI** Op. cit. p.541, **J. MEGRET**, op. cit. p.176 ; **M. CIENFUEGOS**, article précité p.322, **R. PLAISANT**, **R. FRANCESCHELLI**, **J. LASSIER**, op. cit. p. 295, **B. GOLDMAN**, **A. LYON-CAEN**, **L. VOGEL**, op. cit. p.565...

<sup>1254</sup> Cass. Com. 26 mars 1979, Société des Ateliers de Construction de Compiègne c/ Fabry, J.C.P. 1979, II, n°19249, note **F.C. JEANTET**.

Un commentateur n'a pas manqué de relever le caractère sibyllin de l'argumentation de la Cour de cassation <sup>1255</sup>. Il tire cependant, et la plupart des auteurs à sa suite, différents enseignements de la terminologie employée. Selon lui, l'affirmation selon laquelle la nullité devait être "*recherchée*" est l'indice du caractère "d'ordre public" de la nullité, "*et d'un ordre public qu'aucune règle de droit interne ne peut écarter.*"

On doit admettre la même solution sur le fondement du droit français. La nullité absolue de l'article 9, "*en l'absence de précision légale contraire, ne devrait pouvoir être, ni confirmée, ni couverte, ni régularisée.*"<sup>1256</sup>.

**496 .** Seule la confirmation expresse, c'est-à-dire résultant "*d'une volonté manifestée en termes exprimant formellement l'intention de confirmer*"<sup>1257</sup> a été envisagée. C'est à ce type de renonciation que font allusion les auteurs. Mais la renonciation peut également être tacite : elle résulte alors de l'attitude de la partie à laquelle il appartient de se prévaloir de la nullité <sup>1258</sup>. L'article 1338, al.2 du Code civil prévoit expressément cette possibilité : "*A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement exécutée ou ratifiée*". Un auteur s'est demandé si l'accord exprès des parties à la notification de leur accord en vue de l'octroi d'une exemption valait renonciation tacite à demander la nullité de l'entente <sup>1259</sup>. Selon l'auteur, admettre cette renonciation serait permettre de couvrir une nullité initiale, ce à quoi le caractère absolu de la nullité semble s'opposer. De la même façon, Monsieur BRILL déduit de ce caractère que le respect par les parties d'une décision assortie d'injonction émanant du Conseil de la concurrence ne les prive pas de leur droit d'invoquer ensuite la nullité de l'accord.

Certains auteurs ont contesté que le fondement de cette impossibilité de confirmer soit le caractère absolu de la nullité. Selon eux, c'est le caractère d'intérêt général de la nullité qui la justifie. Cet autre fondement s'avère plus souple que le précédent.

---

<sup>1255</sup> M. F.C. JEANTET, note citée supra.

<sup>1256</sup> J.P. BRILL, "Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986", Gaz. Pal. 1987, doct. 775. Des tribunaux étrangers ont également eu à connaître de ce genre de litiges et y ont apporté des réponses similaires. Pour un exemple de contentieux allemand, cf. arrêt du Bundesgerichtshof en date du 27 février 1969, Gaz. Pal. 1970, II, J.P. p.139.

<sup>1257</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit. n°380.

<sup>1258</sup> A. BRETON, "Confirmation", article précité.

<sup>1259</sup> E. COLMANT, "Les sanctions aux règles de concurrence en droit communautaire.", Thèse Paris 1988, p.734.

## **b/ Le caractère d'intérêt général de la nullité, obstacle non définitif à la confirmation.**

b1: Le principe d'indisponibilité du droit de critique dans l'hypothèse d'une nullité d'intérêt général.

**497.** Ici encore JAPIOT et GAUDEMET ont fait figure de précurseurs. Pour ces auteurs, la confirmation n'est rien d'autre que la renonciation au droit de critiquer l'acte. Leur proposition a été reprise et théorisée par Monsieur COUTURIER. Cet auteur considère que *"la confirmation ne saurait s'analyser tout à la fois comme une renonciation au droit d'invoquer la nullité et comme un ajout rectificatif à l'acte originaire"*. Il réfute ainsi la conception dualiste de la confirmation. Celle-ci n'entraîne pas validation de l'acte nul, *"la meilleure preuve de la survivance du vice résidant dans le fait que l'annulation peut encore être demandée par un autre titulaire de l'action en nullité qui n'y aurait pas renoncé"*<sup>1260</sup>. La renonciation n'a qu'un *"effet abdicatif"*, propre au renonçant<sup>1261</sup>.

**498.** L'abdication n'est pas laissée à l'entière liberté du renonçant potentiel. De même que la finalité de la règle détermine la titularité du droit de critique, elle détermine la disponibilité de ce droit. Lorsque la règle violée a une finalité d'intérêt général, la nullité de l'acte s'impose avec une urgence et une force particulière. L'ordre public ne saurait tolérer que les titulaires du droit de critique s'abstiennent de l'exercer. Ce droit devient indisponible, non susceptible de renonciation.

Si l'on adopte cette conception, l'on peut estimer que celui qui agit en nullité, tout en poursuivant un intérêt propre, sert l'intérêt général. Il joue un rôle social. Sans aller jusqu'à reconnaître une sorte d'action populaire<sup>1262</sup>, on peut se demander avec un auteur si l'action en nullité d'ordre public dirigiste ne se présente pas moins comme une sanction d'un droit subjectif que comme une sanction du droit objectif<sup>1263</sup>.

---

<sup>1260</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, "Nullité, restitutions et responsabilité", Thèse Paris 1992, n° 583. La confirmation ne se confond pas avec la régularisation, laquelle suppose un acte réparateur. Le domaine de la confirmation est, en France, assez réduit.

<sup>1261</sup> Cf. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *"La confirmation est l'acte par lequel celui qui a qualité pour demander la nullité y renonce. Il s'agit donc d'un acte unilatéral qui dépend, en principe, de la seule volonté du renonçant"*, V. "Contrat", 4e éd., n°908, p.381. Voir également F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, "Les obligations", n°373, p.286.

<sup>1262</sup> Cf. G. COUTURIER, qui explique: *"on ne pourrait parler d'action populaire que si toute dénonciation de l'illicite, quel'en soit l'auteur, avait exactement les mêmes conséquences : il n'en est pas ainsi, parce que la nullité est prononcée dans le cadre d'un litige déterminé, et que seules les conséquences qui en soient immédiatement déduites sont celles relatives aux effets de l'acte nul intéressant les plaideurs en cause."* In "La confirmation des actes nuls", Thèse Paris, 1972, n°316, p.282.

<sup>1263</sup> M. S. KHALIL, "Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit comparé France-Egypte-U.R.S.S.", Thèse Paris, 1967, n°474, p.303.

Un parallèle avec l'action répressive des autorités de la concurrence conforte cette analyse. Ces dernières n'interviennent que si l'ordre des marchés est perturbé. Elles sanctionnent alors, soit au moyen d'injonctions, soit au moyen d'amendes. Elles n'accordent jamais de dommages et intérêts. La sanction n'a pour but direct que le rétablissement de la concurrence. La personne qui saisit le Conseil pour faire cesser une infraction et obtenir une condamnation, agit donc en même temps en tant qu'agent de l'ordre public concurrentiel.

L'on parvient à la même conclusion que celle précédemment énoncée sur le fondement du caractère absolu de la nullité : la renonciation à se prévaloir d'une nullité fondée sur les règles de concurrence est impossible. Si, dans l'affaire "Fabry", la Cour de Cassation avait statué sur le fondement de la finalité d'intérêt général de la norme communautaire, elle aurait pareillement censuré la Cour d'appel.

Pour autant, la recherche du fondement exact de l'impossibilité de confirmer n'est pas inutile. En effet, une impossibilité déduite du caractère absolu de la nullité semble définitive. Au contraire, une impossibilité découlant de l'indisponibilité du droit de critique peut être provisoire : il arrive que la confirmation devienne possible.

## b2/ Les limites au principe d'indisponibilité.

**499.** La doctrine classique concevait la nullité comme un état de l'acte. La nullité ne pouvait donc jamais être confirmée. Ce caractère définitif est encore défendu <sup>1264</sup>. Pourtant, il peut advenir que la confirmation cesse de se heurter, en raison d'une modification législative, à un obstacle d'ordre public <sup>1265</sup>. JAPIOT exposait le problème en ces termes: *"Les changements intervenant dans le milieu peuvent d'abord résulter d'une réforme législative: un acte qui a été passé sous l'empire d'une loi qui le frappe d'une nullité d'ordre social; ensuite cette loi est abrogée, de telle sorte que l'acte, s'il eût été passé sous l'empire de la loi nouvelle mais, en dehors de cela, dans des conditions identiques à celles de sa passation originaires, eût été valable"* <sup>1266</sup>. Selon Monsieur FARJAT, admettre que la disparition du vice puisse résulter d'une modification législative ou réglementaire est un moyen de modeler les rapports contractuels sur la variabilité de l'ordre public

---

<sup>1264</sup> Ph. MALAURIE, "L'ordre public et le contrat (Etude de droit comparé France, Angleterre, U.R.S.S.) ", Thèse 1953, n° 373, p. 241.

<sup>1265</sup> J. CARBONNIER, thèse précitée, n°321, p. 286.

<sup>1266</sup> JAPIOT, thèse précitée, p.760.



économique <sup>1267</sup>. L'anéantissement de l'acte, nécessaire avant la modification législative, devient ensuite "*inutile et inopportun*" <sup>1268</sup>.

Cette analyse n'est pas sans intérêt dans une matière qui touche à l'ordre des marchés. Le droit de la concurrence est particulièrement révélateur des caractères de l'ordre public économique. Il est traditionnel de dénoncer sa "*variabilité dans le temps*" <sup>1269</sup>. Il ne faut bien sûr pas exagérer ce trait. Même s'il relève du droit économique, le droit de la concurrence ne saurait renoncer à une certaine permanence, gage de stabilité et de sécurité. En outre, la matière est (devrait être) peu sujette à manipulation. La définition de l'illicite est contenue dans l'adjectif "anticoncurrentiel", au contenu originellement assez flou mais que la jurisprudence et la pratique des autorités de contrôle ont contribué à préciser. L'hypothèse d'une évolution jurisprudentielle est donc plus plausible que celle d'une modification des textes. Mais des modifications ponctuelles dans le corps de l'Ordonnance <sup>1270</sup> ou dans les actes dérivés du Traité ne sont pas à exclure. On peut envisager qu'une clause interdite par un règlement d'exemption soit réhabilitée par un autre règlement. Certes, la présence d'une clause interdite n'emporte pas *ipso facto* nullité du contrat dans lequel elle s'insère. Elle entraîne cependant un risque sérieux d'annulation <sup>1271</sup>. De façon plus improbable mais plus caractéristique, une évolution législative qui tendrait à ne plus condamner que les accords ayant pour objet de porter atteinte à la concurrence aboutirait à valider ceux qui n'avaient que pour effet de le faire.

Sauf dérogation expressément prévue par le législateur, le principe de non-rétroactivité des lois s'oppose à une validation des contrats en cours. La jurisprudence refuse donc d'admettre la confirmation consécutive à une modification législative <sup>1272</sup>. On a cependant soutenu que le principe de non-rétroactivité ne s'opposait pas à l'abandon de l'indisponibilité du droit de critique. Monsieur COUTURIER a donné à cette proposition son expression la plus aboutie.

C'est la finalité d'intérêt général de la règle violée, et l'urgence consécutive de la dénonciation de l'illicite, qui justifient l'indisponibilité du droit de critique. Dans la mesure où une modification législative fait disparaître cette urgence, où l'ordre public n'est plus intéressé par la disparition de

---

<sup>1267</sup> "L'ordre public économique", n° 545, p.437.

<sup>1268</sup> **G. COUTURIER**, thèse précitée, p.141.

<sup>1269</sup> **G. FARJAT**, "L'ordre public économique", n°544, p.534.

<sup>1270</sup> L'ordonnance de 1986 a d'ailleurs été réformée à plusieurs reprises. V. notamment les articles 15 (recours devant la Cour d'appel de Paris), 17 et 52 (responsabilité pénale des personnes morales) 31 (règles de facturation), 32 (transparence tarifaire), 35 (délais de paiement) et 56 (compétence en matière d'application du droit communautaire à titre principal).

<sup>1271</sup> V. chapitre sur l'exemption, 2ème partie, titre 1, chap.1, § 391 et s.

<sup>1272</sup> Req. 19 fév. 1929, DH 1929, p.162. La jurisprudence, dans cette hypothèse, semble favorable à une réfection du contrat : cf notamment Civ. 1ère, 12 décembre 1961, Bull. civ I, n°603, p.480 (à propos des pactes sur succession future). V. également **J. GHESTIN**, qui fait état de décisions de jurisprudence contradictoires, in "Le contrat. Formation", 2ème éd., n° 845, p.987 s.

l'acte, ne doit-on pas admettre que l'indisponibilité cesse? "*Ce qui importe, c'est l'état actuel du contrat eu égard à l'ordre public*"<sup>1273</sup>. Cette observation de Monsieur FARJAT résume le problème. La nullité, entendue comme la sanction des règles de formation du contrat, subsiste dans son principe ; il n'est pas question de prétendre le contrat valable. Une affirmation contraire serait sans fondement et priverait notre propos de sens : là où il n'y a plus de droit de critique, il n'y a plus lieu de confirmer. Mais la nullité cesse d'être nécessaire. Son régime se modifie. JAPIOT y faisait allusion: "*L'intérêt social, qui peut s'attacher à une nullité dans son principe, n'en constitue pas une qualité indélébile; le caractère de la nullité peut ainsi en certains cas se modifier selon certaines circonstances*"<sup>1274</sup>... "L'exécution d'un contrat originairement illicite, mais qui ne heurte plus désormais l'intérêt supérieur, devient concevable, et la confirmation de l'acte possible"<sup>1275</sup>. Toutefois, conformément à la conception moniste de la confirmation que nous avons retenue, elle n'a d'effet que pour le seul renonçant : "*Seul celui qui confirme se dépouille de ce droit*"<sup>1276</sup>. Les autres intéressés conservent leur droit de critique<sup>1277</sup>.

Monsieur GHESTIN a fait valoir différents arguments à l'encontre de cette analyse<sup>1278</sup>. Selon lui, le législateur qui abroge une règle ne désavoue pas nécessairement cette règle : il "*peut persister à vouloir l'inefficacité totale de l'acte pendant la période de prohibition*". De plus, même si la confirmation est limitée au seul renonçant, elle développe en tant que telle des effets rétroactifs, ce qui est une façon indirecte de donner un effet rétroactif à la loi nouvelle. L'auteur estime que cela n'est possible que si le législateur a clairement manifesté sa volonté en ce sens.

**500.** On peut pourtant considérer que droit de la concurrence offre un exemple d'une validation non dite d'un accord qu'il n'est plus opportun d'annuler. Nous avons vu que rares sont les hypothèses de modification législative significative dans cette matière, parce que la définition de l'illicite y est sommaire et très générale. Le droit positif évolue néanmoins. L'appréhension du phénomène d'entente par exemple n'est plus le même aujourd'hui qu'il y a quelques décennies. La notion de bonne entente

---

<sup>1273</sup> **G. FARJAT**, thèse précitée, n° 546, p.437.

<sup>1274</sup> Thèse précitée, p. 595, note 1.

<sup>1275</sup> En ce sens, **B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER** : "*...le principe de l'interdiction de la confirmation par la nullité absolue ne va pas sans tempérament. Lorsque le manquement générateur de nullité cesse d'être reprochable, la défense de l'intérêt général ne commande plus le maintien indéfini de l'action en nullité. L'exemple type est celui d'une réforme législative qui vient autoriser ce qui était précédemment prohibé (...). Dans de telles circonstances, la logique impose que la confirmation soit autorisée.*", op. cit. § 912, p.383.

<sup>1276</sup> **G. COUTURIER**, thèse précitée, p.289.

<sup>1277</sup> Dans le même sens, voir **C. GUELFUCCI-THIBIERGE**, thèse précitée, n°583.

<sup>1278</sup> **J. GHESTIN**, op. cit. 1988, n° 845, p.989.

est beaucoup plus développée. Les mécanismes d'exemption des ententes <sup>1279</sup> et la règle de raison <sup>1280</sup> ne sont-ils pas des moyens détournés de tenir compte du fait que l'annulation n'est plus opportune? Sans doute la règle de raison nécessite-t-elle un traitement différencié en ce qu'elle évite la déclaration d'illicéité elle-même. Elle intervient en quelque sorte en amont. Mais elle a bien cet effet de valider un accord qui, auparavant, rentrait dans la définition de l'illicite.

**501.** L'on résumera ainsi les développements qui précèdent. Parce que la norme est d'intérêt supérieur, il faut généraliser le droit de critique et favoriser la dénonciation de l'illicite en rendant ce droit indisponible. Les parties à un accord anticoncurrentiel ne peuvent transiger sur le droit d'agir en nullité. Le fait qu'elles sollicitent une exemption ou se soumettent à une injonction ne peut davantage être interprété comme valant renonciation implicite à faire valoir la nullité de l'accord. Toutefois, dans la mesure où, suite à une modification du droit positif, l'intérêt général n'est réellement plus concerné, l'indisponibilité ne se justifie plus. Les mécanismes d'exemption réglementaire et la règle de raison attestent de l'inopportunité de la sanction.

Cette possibilité, certes circonscrite, de confirmation, revêt une importance capitale : les conséquences d'un jugement d'annulation sont redoutables pour les entreprises. L'acte ou la clause annulés ne sont plus susceptibles de produire aucun effet. Ils sont inefficaces : *Quod nullum est nullum effecit product* <sup>1281</sup>. Ce sont donc aux effets de la nullité que nous allons maintenant nous intéresser.

---

<sup>1279</sup> Pour une étude du droit transitoire en matière d'exemption catégorielle, cf. supra, §286, 2ème partie, titre 1, chap.1.

<sup>1280</sup> Pour une étude de la notion de règle de raison, V. supra 1ère partie, titre 1, chap. 2, § 92 à 112.

<sup>1281</sup> Cf **A. PIEDELIEVRE**, "Quelques réflexions sur la maxime Quod nullum, nullum effecit product", Mélanges VOIRIN, 1967, p.638.

## **SECTION II : LES EFFETS ATTACHES A LA NULLITE. Inefficacité et remise en l'état.**

**502.** Une fois l'annulation prononcée, il faut en tirer les conséquences qui s'imposent. C'est même là l'intérêt attaché au choix de cette sanction : régler les conséquences civiles de l'illicéité d'un acte. Par le biais des injonctions et exemptions, les autorités de la concurrence se contentent d'assurer la conformité du contrat aux exigences de l'ordre public. Elles se désintéressent du sort des relations contractuelles. C'est au juge qu'il appartient de les régler, en tentant d'adapter la théorie générale des nullités à la matière concurrentielle. Le juge doit organiser l'inefficacité de l'acte

L'acte est d'abord inefficace pour l'avenir. L'action en exécution est refusée au créancier d'une obligation condamnée par les autorités de la concurrence. Toute responsabilité contractuelle pour inexécution est également exclue. L'application de cette règle ne soulève pas de grandes difficultés.

L'anéantissement des effets déjà déployés par l'acte nul est une tâche plus délicate. Tout le régime de la nullité est gouverné par la rétroactivité qui s'y attache. Il convient de s'interroger sur le fondement de celle-ci (Paragraphe 1), avant d'étudier ses effets (Paragraphe 2).

### **PARAGRAPHE 1 : LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA REMISE EN L'ETAT. Nullité rétroactive et nulité *ab initio*.**

**503.** La rétroactivité efface normalement un acte auquel il manque dès sa formation une des conditions de validité : il est *originairement nul*. Cette hypothèse de base est contredite en droit de la concurrence. Celui-ci frappe de nullité des actes *originairement valides* qui déploient à un moment donné des effets illicites. Se pose ici le problème de la date de naissance de l'illicite (A). L'on pourrait croire qu'il existe en droit communautaire un autre trait dérogatoire au droit commun : la nullité prévue par l'article 85, paragraphe 2, ne serait pas rétroactive ; elle existerait *ab initio*. L'on s'intéressera donc aux relations entre ces deux concepts (B).

## A - LA NAISSANCE DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE.

**504.** En droit communautaire et en droit français, sont nuls les accords ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence <sup>1282</sup>. La première hypothèse s'intègre sans difficulté dans l'édifice contractuel : la nullité sanctionne un vice originaire, c'est-à-dire concomitant à la formation de l'acte. La seconde, qui occupe une fonction théoriquement subsidiaire, est plus délicate : l'acte est annulé uniquement parce qu'il s'est révélé avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence ou que l'on estime susceptible de déployer un tel effet. Deux interprétations sont possibles, qui, en fait, coexistent. L'on peut tout d'abord estimer que l'objet existe, mais ne peut être prouvé. Dans cette conception, l'entente devrait toujours avoir pour objet de porter atteinte à la concurrence, mais en cas de difficulté à prouver cet objet, l'on se contentera d'une illicéité manifestée, ou augurée. L'effet ferait en quelque sorte présumer, ou révélerait, l'objet. En vertu d'une seconde interprétation, littérale cette fois, l'on peut considérer qu'une entente, à l'origine parfaitement licite car sans objet anticoncurrentiel, est nulle parce qu'elle a déployé à un certain moment de tels effets illicites. Le contexte devient alors fondamental. Citons pour exemple une prise de participation minoritaire dans une entreprise. La célèbre affaire "British american Tobacco" en constitue un bon exemple. La Cour de Justice y affirme que la prise de participation n'a pas, en soi, un objet anticoncurrentiel mais qu'elle peut avoir un tel effet <sup>1283</sup>. La pratique décisionnelle française offre également différents exemples de ce type. Est parfois mis en cause, non la création d'un G.I.E., mais le fait que "*dans son cadre, les producteurs ont, par exemple, concentré l'offre, unifié les prix de vente et tenté de canaliser les importations*"<sup>1284</sup>.

**505.** Dans ce second cas, la nullité ne sanctionne plus un vice originaire. Elle ne trouve pas son origine dans un vice de l'acte mais dans les effets de celui-ci. Le particularisme est intéressant si on le confronte à l'analyse de JAPIOT. Selon cet auteur, la nullité n'est pas un état de l'acte mais un droit de critique dirigé contre ses effets. Il demeure que l'auteur n'a pas remis en question la concomitance entre la période de formation du contrat et celle de la survenance de l'illicite. Or, en droit civil

---

<sup>1282</sup> Sur le fait générateur de la sanction, V. 1<sup>ère</sup> partie, titre 1, ch.1, § 28 à 34.

<sup>1283</sup> Arrêt dit PHILIP MORRIS, C.J.C.E. 17 nov. 1987, Aff. 142 et 156 /84, Rec.4487. Cette distinction n'est pas sans rappeler la jurisprudence française en matière de sociétés qui distingue, elle aussi, pour en apprécier la licéité, l'objet statutaire et l'objet réellement exercé par une société. L'hypothèse est pourtant différente : si le juge annule la société au nom de l'objet réellement exercé, c'est parce qu'il estime que l'objet statutaire n'était que pure façade : il était en fait frauduleux. L'illicite est en réalité concomitant à l'adoption du contrat social mais il est dissimulé.

<sup>1284</sup> G. CAS et R. BOUT, Lamy, Droit économique, 1993, n°555, p.171 (à propos de l'avis de la Commission de la concurrence du 4 juillet 1985, Boulonnerie-visserie, Rapport pour 1985, p.21.

français, la perte d'un élément de validité en cours d'exécution du contrat n'est pas sanctionnée par la nullité mais par la caducité, laquelle n'est pas rétroactive. A notre connaissance, aucune décision n'est intervenue pour sanctionner civilement une entente n'ayant qu'un effet anticoncurrentiel, mais il semble qu'elle ne ferait l'objet d'aucun traitement spécifique. La généralité des termes des articles 85, paragraphe 2, du traité et 9 de l'Ordonnance impose au contraire une sanction identique : il s'agit bien de nullité et non de caducité. Le contrat est donc anéanti dès sa formation, et non au jour de la survenance de l'illicite, alors même que ces deux événements ne coïncident pas nécessairement.

Ils peuvent coïncider. La prise de participation minoritaire en constitue un exemple : la C.J.C.E. a énoncé que l'opération a un effet anticoncurrentiel lorsqu'elle confère à l'entreprise qui prend une participation le contrôle de fait ou de droit sur le comportement commercial de l'autre entreprise. Le contrôle de droit est apparemment concomitant à la prise de participation. Il en est autrement du contrôle de fait, lequel peut intervenir bien postérieurement à la prise de participation.

La sanction de nullité est donc contestable en son principe puisque désolidarisée de ses quatre causes traditionnelles - consentement, capacité, objet, cause. La prise en considération de l'effet d'un contrat, ou de sa potentialité d'effet, ne nous semble pas pouvoir être interprétée comme introduisant un cinquième cas de nullité, ou comme une conception extensive du troisième. Il s'agit de bien plus que cela. Est ici remis en cause un des fondements de la sanction. On ne peut banaliser cette dissociation entre l'avènement de l'illicite et le moment où la nullité déploie ses effets par le biais de la rétroactivité. L'équilibre, la cohérence du régime de la sanction s'en trouve bouleversés. Nous analyserons ce fait au long de ces développements.

**B - LA RETROACTIVITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE. Etude particulière du droit communautaire**

**506.** Le trait dérogatoire au droit commun dont il vient d'être fait état est étroitement lié à la définition de l'illicite. Cette définition est très proche en droit français et communautaire et ne suscite pas de difficulté spécifique à l'un des deux ordres juridiques <sup>1285</sup>. Il faut en revanche se demander si les deux ordres juridiques ont fait le choix d'une nullité rétroactive.

La réponse s'impose en droit français : l'on connaît son attachement à la nullité rétroactive : *Quod nullum est, nullum producit effectum*. L'adage a déjà été évoqué. Il est en revanche difficile de savoir si le droit communautaire a fait le même choix : le Traité de Rome, et les actes dérivés, gardent le silence sur le régime de la nullité. Or, le droit communautaire pourrait être interprété comme présentant un certain particularisme, lié au caractère de plein droit de la nullité. On pourrait soutenir que la nullité prévue par le Traité de Rome est, non pas une nullité rétroactive, mais une nullité *ab initio*.

**507.** Parce que la nullité s'impose du fait même de la contrariété de l'acte aux prescriptions de l'article 85, paragraphe 1, le jugement qui la constate n'a qu'un caractère déclaratif. La terminologie employée, nullité de plein droit, constitue une parfaite illustration du principe selon lequel la nullité préexiste à sa constatation judiciaire.

On pourrait en déduire qu'il n'est pas besoin d'un mouvement pendulaire entente / juge / rétroactivité. La nullité serait une réalité immédiate et concomitante à l'illicite, quasiment indépendante de toute décision judiciaire (alors qu'en droit français, la rétroactivité trouverait sa source dans la décision judiciaire <sup>1286</sup>). Le recours au concept de rétroactivité serait, en fait, inutile : la nullité existerait dès l'origine. Cela expliquerait pourquoi la Commission peut accorder l'exemption avec effet rétroactif. A la différence du droit français, il s'agirait d'une nullité *ab initio*, et non d'une nullité rétroactive.

---

<sup>1285</sup> On sait que le droit français ajoute à la définition de l'illicite la simple possibilité d'effet anticoncurrentiel. Le droit communautaire ne l'a pas expressément prévu. Les autorités européennes prennent néanmoins en considération la "*possibilité raisonnable d'effet anticoncurrentiel*". Nous avons déjà souligné le caractère plus protecteur de la jurisprudence communautaire sur ce point. Cf. 1ère Partie, Titre 1, chapitre 1, § 31.

<sup>1286</sup> Si l'on avait accepté l'idée que l'abandon de la notion de nullité de plein droit en droit français consacrait un retour au concept d'annulabilité, l'on aurait pu considérer que la nullité n'existe qu'en germe. La convention ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence ne serait que "potentiellement nulle" : la nullité devrait être prononcée par le juge. La rétroactivité découlerait alors de la décision d'annulation.

L'opposition entre les deux notions et, par suite, l'opposition entre droits français et communautaire, nous semble injustifiée. En effet, nullité rétroactive et nullité *ab initio* sont à envisager dans un rapport de causalité et non d'identité ou d'opposition.

Il faut revenir à la définition de la rétroactivité : *"Il y a rétroactivité, en matière d'actes juridiques, que la situation soit valable ou non, chaque fois que celle-ci est effacée dès l'origine ou que ses conséquences sont effacées, à l'égard de certaines personnes, dans le passé et non pas seulement dans l'avenir"* <sup>1287</sup>. La rétroactivité a pour fonction d'effacer les conséquences passées produites par l'acte nul. Elle s'attache moins à la nullité elle-même qu'à ses effets, c'est-à-dire au *"fait juridique volontaire consistant dans l'accomplissement de sa prestation par l'une des parties"* <sup>1288</sup>. Affirmer que la nullité communautaire n'est pas rétroactive serait faire abstraction de *l'apparence* créée par l'acte. Que ce soit dans l'ordre juridique français ou dans l'ordre juridique communautaire, l'acte a manifesté son existence. Il l'a fait au sein du rapport contractant mais également à l'égard des tiers. Parce qu'*"il y a rétroactivité dès lors que l'on détruit un acte qui a manifesté son existence, quel que soit sa force ou sa validité"* <sup>1289</sup>, la nullité communautaire est une nullité rétroactive <sup>1290</sup>. Et elle est également une nullité *ab initio*.

C'est en effet parce que l'acte est nul *ab initio* que la nullité opère rétroactivement. Selon JAMBU-MERLIN, *"la rétroactivité se déduit de l'analyse de la situation juridique"* <sup>1291</sup>. Or, la situation juridique de base est la même dans les deux ordres juridiques : l'acte est contraire aux règles gouvernant la concurrence. Il n'existe pas d'opposition entre droit français et droit communautaire. Le jugement d'annulation fondé sur l'article 9 de l'Ordonnance n'est pas plus constitutif que celui fondé sur l'article 85 du Traité de Rome. Dès lors que l'illicite est antérieur au jugement d'annulation, la nullité préexiste tout autant à sa constatation. La décision judiciaire ne fait que prendre acte de la situation. Elle officialise l'illicite. Il s'agit donc dans les deux cas d'une nullité *ab initio*, dont les effets opèrent rétroactivement. La seule difficulté réside, encore une fois, dans l'application de la sanction à

---

<sup>1287</sup> R. JAMBU-MERLIN, "La rétroactivité dans les actes juridiques", R.T.D.Civ. 1948, p.271.

<sup>1288</sup> C. GUELFUCCI-THIEBERGE, "Nullité, Restitutions et responsabilité", Thèse Paris 1992, §393.

<sup>1289</sup> R. JAMBU-MERLIN, article précité, p. 275. Cf. également B. STARCK, H. ROLAND, R. BOYER : *"dès l'instant que l'acte, quoique vicié in ovo, revêt extérieurement l'aspect d'un acte juridique, il y a là une apparence qu'il est nécessaire de détruire"*, op. cit. , n°883, p.373.

<sup>1290</sup> Certains auteurs lient rétroactivité et nullité de plein droit. Pour exemple, cf R. HOUIN : *"En soi cette rétroactivité est indiscutable car elle est le corollaire du caractère de plein droit de la nullité..."* , in "Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence", Annales de la Faculté de droit de Liège, 1963, p.46. Cette explication nous semble contestable, du fait de la discrimination qu'elle introduit entre la nullité des ententes illicites et la nullité des actes constitutifs d'abus de position dominante. Aucune nullité de plein droit n'est textuellement attachée à ces derniers. On ne peut en déduire que leur nullité n'a pas d'effet rétroactif. La rétroactivité est liée à la nullité, quelque soit le fondement de celle-ci et l'ordre juridique, français ou communautaire, à laquelle elle se rattache .

<sup>1291</sup> L'auteur oppose la rétroactivité déduction à la rétroactivité fiction, cette dernière ne dépendant d'aucune nécessité de logique interne.



des ententes ayant simplement pour effet de porter atteinte à la concurrence : la nullité n'existant plus *ab initio*, on peut douter de la légitimité de la rétroactivité. L'étude de la jurisprudence conforte cette analyse.

**508.** Avant 1973, le principe semblait acquis que la nullité n'était pas rétroactive. C'était du moins le cas des ententes anciennes. On sait que ces ententes jouissent d'une validité provisoire qui prend fin avec la décision de la Commission statuant sur leur sort. Cette validité provisoire a soulevé une série de problèmes complexes, que la jurisprudence mouvante de la Cour n'a pas contribué à simplifier.

L'arrêt "Bosch" de 1962, qui posa le principe de la validité provisoire des ententes anciennes, laissa en suspend la question de la portée de la nullité à l'expiration de la période de validité <sup>1292</sup>. Un arrêt "Bilger" du 18 mars 1970 vint compléter l'édifice mais également jeter le trouble <sup>1293</sup> : la Cour y excluait la rétroactivité attachée à la nullité des accords dispensés de notification qui seraient ultérieurement reconnus illicites par une juridiction nationale. Elle ajoutait que la règle s'appliquait, que ces accords "*soient conclus avant ou après le 13 mars 1962*". C'était régler du même coup le sort des ententes illicites anciennes et celui des ententes nouvelles ; toutes étaient considérées comme nulles, d'une nullité rétroactive. C'est un souci de sécurité juridique qui a présidé à l'adoption de cette solution. D'aucun ne contestait, estimant la solution contraire à l'efficacité du droit <sup>1294</sup>. Restait en outre en suspend le sort, d'une part, des accords notifiés et, d'autre part des accords dispensés de notification et déclarés illicites, non par une juridiction nationale, mais par la Commission des Communautés. Cette incertitude provoqua une vive controverse doctrinale.

C'est dans ce contexte qu'intervint l'arrêt "Brasserie de Haecht" du 6 février 1973 <sup>1295</sup>. Le contentieux s'appliquait aux ententes dispensées de notification, mais la généralité des termes employés par la Cour incite à reconnaître une portée elle-même générale à la solution <sup>1296</sup>. Selon certains, la formule va jusqu'à englober les ententes anciennes comme les ententes nouvelles <sup>1297</sup>. A la question posée par la requérante relative la date à partir de laquelle la nullité constatée par la Commission était effective, il fut en effet répondu :

---

<sup>1292</sup> C.J.C.E. 6 avril 1962 , Aff. 13/61, DE GEUS c/ BOSCH GMBH, Rec. p.89.

<sup>1293</sup> C.J.C.E. 18 mars 1970 , Aff. 43/69, BILGER, Rec. 127.

<sup>1294</sup> **J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK** "Le droit de la Communauté économique européenne", 1972, p.170-171.

<sup>1295</sup> C.J.C.E. 6 fév. 1973, aff. 48/72, Rec.77.

<sup>1296</sup> En ce sens, **M. WAELBROECK**, note sous l'arrêt, Cah. dr. entr. 1974, p.169, et **R. SAINT ESTEBEN**, note à la R.T.D.E. 1973, p.279..

<sup>1297</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit., p.627.

*"Attendu que cette question tend à savoir si la nullité en vertu de l'article 85, paragraphe 2, des accords dispensés de notification est censée être constatée à la date où l'une des parties contractantes l'a régulièrement invoquée ou seulement à la date du jugement ou de la décision de la Commission qui la constate ;*

*attendu qu'il résulte des considérations générales ci-dessus que l'article 85, paragraphe 2, frappe les accords et décisions interdits en vertu de cet article de nullité de plein droit;*

*que, dès lors, cette nullité est susceptible d'affecter tous les effets, passés ou futurs, de l'accord ou de la décision:*

*qu'en conséquence, la nullité visée par l'article 85, paragraphe 2, produit des effets rétroactifs".*

Revenant sur sa jurisprudence "Bilger", la Cour consacrait ainsi le principe de la rétroactivité de la nullité. La solution n'a pas été remise en cause depuis.

## **PARAGRAPHE 2 : LES EFFETS ATTACHES A LA NULLITE . LE PRINCIPE DE LA REMISE EN L'ETAT.**

**509.** En droit des pratiques anticoncurrentielles, les décisions d'annulation sont rares. Celles traitant des restitutions plus encore. C'est donc dans le droit commun qu'il faut puiser les solutions éventuellement applicables au contentieux concurrentiel. La théorie générale des contrats offre un double soutien : c'est elle qui pose le principe des restitutions (A) et les limites à celui-ci, sur lesquelles se greffent les limites propres au droit de la concurrence (B).

### ***A - LE PRINCIPE DE LA REMISE EN L'ETAT (LE JEU DES RESTITUTIONS).***

**510.** Lorsque la convention constitutive d'entente a été totalement ou partiellement exécutée, les choses doivent être remises en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation de l'acte. La situation des parties contractantes s'en trouve évidemment bouleversée (1). Mais la rétroactivité affecte également les droits des tiers (2).

## 1/ Les restitutions entre les parties .

**511.** A la suite de l'annulation du contrat, chaque partie doit restituer à l'autre ce qu'elle a reçu en exécution de celui-ci. Les restitutions sont, dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique, réciproques et interdépendantes. Cela justifie qu'une partie, confrontée à la léthargie de son (ancien) cocontractant, invoque l'exception d'inexécution pour bloquer ses propres restitutions <sup>1298</sup>. Cette règle doit s'appliquer à notre matière, dans laquelle il existe peu de contrats unilatéraux <sup>1299</sup>.

**512.** Le contrat de vente constitue l'exemple-type de contrat synallagmatique. Lorsqu'il est annulé, le vendeur doit restituer le prix perçu et le vendeur le bien acquis. Ces contrats sont rarement stigmatisés en droit de la concurrence. Il faut cependant réserver le cas des contrats de distribution. Les parties sont généralement unies par un contrat cadre, qui définit leurs obligations respectives essentielles, et des contrats d'application, qui sont généralement des contrats de vente. L'annulation des contrats d'application oblige le distributeur à restituer la marchandise et le fournisseur le prix. Quant à l'annulation des contrats cadres, elle produit des conséquences encore plus redoutables. Un arrêt de la Cour de Cassation en témoigne.

La société Esso a confié l'exploitation d'une station service à la société Bertron. Après la rupture de leurs relations, la société Bertron assigne son ancien partenaire en annulation des conventions conclues sur le fondement de l'article 1129 du Code civil. Dans un arrêt du 23 juin 1992, la Cour de Cassation censure la Cour d'appel :

*"Vu l'article 1234 du Code civil*

*Attendu qu'après avoir prononcé la nullité des conventions conclues les 7 et 14 avril 1983 ainsi que les 6 et 23 août 1984, la Cour d'appel, pour "limiter les effets de cette nullité à ces seuls contrats cadres" et pour rejeter les demandes tendant à l'annulation "des diverses opérations successives réalisées entre les sociétés Bertron et Esso", retient que la nullité "des contrats litigieux ne saurait priver rétroactivement de toute efficacité les diverses opérations effectuées successivement dans le cadre de la gérance et dans celui du mandat, alors que lesdits contrats sont normalement arrivés à leur terme, après une exécution sans réserve de ses obligations par chacune des parties."*

---

<sup>1298</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., §614, p.467.

<sup>1299</sup> Il peut y avoir exclusivité unilatérale dans un contrat de distribution, mais la partie qui en bénéficie assume d'autres obligations, qui ont toutes les chances d'être affectées par une annulation de la clause d'exclusivité. Cette clause apparaît en effet comme un élément essentiel du contrat, dont la nullité emporte nullité de l'ensemble. Cf. supra, ch. 2, § 584 s.

*Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en raison de la nullité dont les contrats cadres étaient affectés, le société Esso était fondée à obtenir paiement, non pas du prix au tarif qu'elle demandait et qui aboutissait à l'exécution des contrats nuls, mais de la valeur réelle des produits livrés, en excluant tout bénéfice pour elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé* <sup>1300</sup>.

L'arrêt est une parfaite illustration, non seulement du principe de rétroactivité, mais également du calcul des sommes à restituer lorsque la restitution en nature est impossible. Le principe est acquis qu'une restitution en valeur se substitue à elle. Il s'agit de la valeur du bien au jour du contrat, laquelle ne correspond pas nécessairement au prix de vente <sup>1301</sup>. La justification en est simple et clairement rappelée par la Cour : une solution contraire aboutirait à exécuter le contrat nul . La solution est intéressante car elle est susceptible de s'appliquer à toutes les hypothèses d'annulation d'un contrat de distribution contraire aux prescriptions de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 ou du Traité de Rome.

**513.** Les relations verticales entre entreprises offrent d'autres exemples de remises en état consécutives à l'annulation. On peut envisager le cas de clauses d'exclusivité d'approvisionnement illicites. Leur nullité implique que les choses soient remises en l'état où elles se trouvaient, soit avant que les parties aient contracté, soit avant l'insertion de la clause dans le contrat. L'application de celle-ci a logiquement empêché la partie débitrice de l'engagement d'exclusivité de contracter en dehors du réseau. Si la clause n'avait pas été stipulée, elle aurait pu contracter ailleurs. Doit-on prendre ce fait en considération pour allouer une éventuelle indemnisation au distributeur? La réponse est négative car admettre cette solution aboutirait à substituer à la relation contractuelle censurée une autre relation contractuelle, ce qui, on vient de le voir, n'est pas l'objet de la nullité. Si le contrat a été l'occasion d'un enrichissement pour l'une des parties, l'autre ne peut lui demander une indemnité de ce chef en se fondant sur la rétroactivité de la nullité <sup>1302</sup>.

---

<sup>1300</sup> Cass. Com. 23 juin 1992 , Epoux Bertron et autre c/ Sté Esso SAF et autre, R.J.D.A. 11/92, n°985, p.815.

<sup>1301</sup> Cf **A. BENABENT**, "Droit civil, les obligations", 3ème éd. n°197, p.103.

<sup>1302</sup> En ce sens, cf **E. COLMANT**, "Les sanctions aux règles de concurrence en droit communautaire", Thèse Paris 1988, p.808. L'auteur cite un arrêt de l'ancienne Cour suprême fédérale Allemagne, ayant censuré la décision de la Cour d'appel de Munich. Cette dernière avait ratifié la sentence arbitrale qui obligeait un fabricant de jus de fruits italien à payer à son concessionnaire allemand une indemnité en compensation du bénéfice procuré par l'implantation du produit réalisé par celui - ci en Allemagne : "*de même qu'il y aurait eu violation de l'article 85 du Traité de la CEE si l'on avait admis la demanderesse au bénéfice de l'exécution d'un contrat qui est nul en vertu de ce même article 85, § 2, de même il y a infraction à l'article 85 de Traité de la C.E.E. si on admet au bénéfice de dommages et intérêts au lieu de l'exécution du contrat*", Arrêt du 27 février 1969, Gaz. Pal. 1970, JP p.139.

La partie qui s'estimerait lésée par la clause d'approvisionnement exclusif peut éventuellement engager la responsabilité délictuelle de son ancien partenaire <sup>1303</sup>. Lorsque la nullité est imputable à un des contractants, l'autre peut lui demander réparation de son préjudice, lequel peut être constitué par les frais engagés inutilement mais également par le fait que la conclusion du contrat nul a pu le conduire à écarter d'autres offres plus rentables, hypothèse qui nous intéresse ici. Mais l'on se heurte ici à une difficulté d'évaluation.

## 2/ Effets de la nullité à l'égard des tiers .

**514.** La rétroactivité de la nullité a d'importantes incidences sur les tiers qui ont traité avec les parties à l'acte nul. L'affirmation peut surprendre. Si l'on admet que la nullité a un caractère sanctionnateur, elle *'ne devrait, en principe, frapper d'autres personnes que les responsables que l'on veut atteindre...'* <sup>1304</sup>. Avant d'envisager les conséquences de la rétroactivité à l'égard des tiers, il faut donc s'interroger sur le principe même de l'opposabilité de cette sanction aux tiers.

**515.** Le droit français avait adopté une position originale en la matière. L'article 50, al.2, de l'Ordonnance de 1945 interdisait aux parties d'opposer la nullité de leur accord aux tiers. Ceux-ci avaient le choix entre invoquer la nullité ou considérer l'entente comme valable. Cette disposition n'a pas été reprise par la nouvelle ordonnance. Monsieur BRILL en déduit que *"il s'agit là d'un recours au droit commun favorisant la dénonciation de l'illicite"* <sup>1305</sup>. Il est en effet contestable qu'un intérêt particulier puisse décider de la survie d'un accord contraire à l'ordre public. Le caractère absolu

---

<sup>1303</sup> Le fondement de la responsabilité encourue a été discutée. Deux thèses principales s'affrontaient. La première soutenait le caractère contractuel de la responsabilité, en se fondant sur un accord tacite précontractuel des parties (thèse *De la culpa in contrahendo* de Ihering). Cette thèse paraissait artificielle et a donc été abandonnée au profit de la seconde, favorable à un fondement délictuel (V. notamment Marie MALAURIE, "Les restitutions en droit civil" thèse Paris II, Cujas, 1991). Certains auteurs adoptent cependant une position de compromis. Estimant que le juge ne peut faire abstraction des rapports ayant existé entre les parties, MM. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER suggèrent que soient appliquées *'par analogie'* les règles de la responsabilité contractuelle, op. cit. § 947, p. 400.

<sup>1304</sup> R. JAMBU-MERLIN, "Essai sur la rétroactivité des actes juridiques", R.T.D.Civ. 1948, p.271, et spéc. p. 286.

<sup>1305</sup> J. P. BRILL, "Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986", Gaz. Pal. du 1er décembre 1987, doctr. p.775. Dans le même sens, cf G. CAS et R. BOUT, Lamy conc. consom., 1993, n°778.

En sens contraire, cf A. DECOCQ et M. PEDAMON, "L'ordonnance du 1er décembre relative à la liberté des prix et de la concurrence", Juris-Class. comm. 1987 n°1 bis, n°32 ; MOUSSERON et SELINSKY, op.. cit, p.210..

de la nullité implique une large ouverture du droit de critique et une opposabilité de la nullité à l'égard de tous <sup>1306</sup>. Il en est de même en droit communautaire.

**516.** Sur ce point encore le Traité de Rome est muet. Dans l'arrêt "Béguelin" du 25 novembre 1971 <sup>1307</sup>, la Cour de Justice a estimé que les accords et décisions contraires à l'article 85, § 1, ne pouvaient produire aucun effet de droit dans les rapports entre les entreprises liées par eux et n'étaient pas opposables aux tiers. Cela ne résout pas réellement le problème de l'opposabilité de la nullité. L'avocat général nommé dans cette affaire avait été plus explicite : "*la nullité de plein droit prévue à l'article 85, paragraphe 2, est susceptible d'avoir des effets aussi bien entre les cocontractants qu'à l'égard des tiers* " <sup>1308</sup>. La doctrine entérine cette solution. HOUIN et GOLDMAN estiment que la nullité peut être opposée *erga omnes*, et d'autres auteurs leur font écho <sup>1309</sup>.

Deux règles traditionnelles s'opposent à une discrimination entre les parties et les tiers : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* <sup>1310</sup>, et celle, plus fréquemment invoquée, *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* <sup>1311</sup>. Tous les droits des tiers issus de l'acte annulé vont disparaître. Si l'on garde l'exemple du contrat de distribution, l'annulation du contrat cadre, emportant l'annulation des contrats d'exécution, emporte également annulation de la revente consentie à un consommateur ou à une entreprise, lesquels doivent théoriquement restituer le bien. Les inconvénients de cette règle apparaissent avec évidence ; de nombreux correctifs lui ont donc été apportés, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.

---

<sup>1306</sup> Il faut cependant noter que la nullité relative est également opposable aux tiers.

<sup>1307</sup> CJCE 25 nov. 1971, Aff. 22/71, BEGUELIN c/ Import Export, Rec. 949, R.T.D.E. 1972, 27 (note **R. JOLIET**).

<sup>1308</sup> Avocat général **A. DUTHEILLET de La MOTTE**, Rec. C.J.C.E. 1971, p. 949,

<sup>1309</sup> **J. STOUFFLET** et **Y. CHAPUT**, "Pratiques restrictives de concurrence", Juris -classeur Europe, Fasc. 1430, p.18, n°151.

<sup>1310</sup> Littéralement, cela signifie que le droit de celui qui a reçu est résolu de plein droit du fait de la résolution du droit de celui qui a donné.

<sup>1311</sup> "Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même". Cf. **H. ROLAND** et **L. BOYER**. "Adages", p.511.

## ***B - LES ATTENUATIONS AU PRINCIPE DE LA RETROACTIVITE.***

**517.** Une application rigoureuse du principe de rétroactivité serait extrêmement préjudiciable à la sécurité juridique et contraire à l'équité, notamment lorsqu'elle remet en cause les droits d'un tiers de bonne foi. Il existe donc des limites subjectives (prenant en considération la bonne foi des personnes concernées) et des limites objectives (tendant à éviter la remise en question de situations consolidées) au principe. Elles sont issues du droit commun et sont donc bien connues (1). Il existe d'autres limites, temporelles cette fois, à la rétroactivité. Elles tiennent au particularisme du droit des ententes, et singulièrement du droit communautaire (2).

### **1/ Limitations de droit commun à la rétroactivité.**

**518.** Avant d'envisager les différentes limites susceptibles d'être apportées à la rétroactivité (b), il convient de s'interroger sur le principe même de l'applicabilité de ces limites au droit communautaire de la concurrence. Celle-ci a en effet été contestée (a).

#### **a/ Sur l'applicabilité des limites issues du droit commun au droit communautaire de la concurrence**

**519.** Messieurs GOLDMAN, LYON-CAEN et VOGEL sont défavorables à une application des limites issues du droit commun au contentieux concurrentiel communautaire. Ils estiment en effet que "*si des exceptions devaient être apportées à la rétroactivité de la nullité, elles ne pourraient provenir que d'une autre règle communautaire*"<sup>1312</sup>. Il est indéniable que ces limites diminuent l'efficacité de la sanction.

Cette conclusion semble contestable car formulée en termes trop généraux. Certaines limites peuvent être le reflet d'une politique législative interne ; on peut admettre qu'elles ne s'appliquent qu'à une nullité fondée sur la loi nationale. Mais il existe des limites objectivement nécessaires, hors toute contingence étatique. Celles-ci nous paraissent applicables à une nullité communautaire, car également justifiées dans ce cadre. Il en est ainsi des limites tenant au caractère successif de l'exécution d'un contrat. Affirmer le caractère *sui generis* de la nullité communautaire ne peut, selon nous, suffire à dénier toute possibilité de limiter la sanction. D'une part une telle approche devrait conduire à refuser

---

<sup>1312</sup> Op. cit. § 785, p. 362.

le principe d'une prescription de l'action, solution à laquelle les auteurs précités sont pourtant favorables. D'autre part l'affirmation semble réduire à l'excès le rôle de la législation nationale en matière de nullité. Le droit communautaire se désintéresse des conséquences civiles. Dès lors qu'il n'a pas pris soin de définir le régime de la nullité, le droit national doit y suppléer. La compétence nationale ne doit certes pas aboutir à priver la sanction communautaire de toute efficacité, mais cela ne semble pas être le cas <sup>1313</sup>.

## **b/ Exposé des limitations traditionnellement posées à la rétroactivité de la nullité**

**520.** Il a été rappelé dans l'étude de la nullité que cette sanction devait s'adapter à la finalité qu'elle poursuit. Parce que l'intérêt général est concerné, il faut ouvrir largement le droit de critiquer l'acte, et rendre ce droit indisponible tant que l'intérêt général l'exige. Cette adaptation de la sanction doit être assurée à tous les stades de son application. La rétroactivité ne doit pas faire exception à la règle. Il a ainsi été énoncé que :

*"Le but et le milieu de la nullité imposent parfois l'atténuation de ces principes. Le but doit être atteint. Or il arrive que le mécanisme de la nullité ne puisse l'atteindre que moyennant certaines modifications. Le but ne peut être dépassé. Or il le serait en certains cas, si l'on s'en tient aux conséquences logiques de l'annulation. Il convient, au surplus, de mettre en balance les avantages inhérents à ces conséquences et certains intérêts généraux ou particuliers spécialement dignes de protection. On peut être amené ainsi soit à supprimer certaines conséquences de la nullité entre les parties, soit à considérer que certains de ces effets sont inopposables aux tiers "*<sup>1314</sup>.

### b1 : Limitations entre les parties

**521.** Quatre obstacles à la restitution sont généralement invoqués : la protection des incapables, la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la disparition ou l'aliénation de la chose et le caractère successif de l'exécution du contrat annulé (ou, plus généralement, le caractère permanent de la situation créée). Seuls ceux qui présentent un intérêt significatif en droit des ententes seront étudiés. La protection des incapables ne sera donc pas envisagée.

---

<sup>1313</sup> Si l'on ne peut excluC'est le cas notamment en droit allemand.

<sup>1314</sup> Extrait d'un rapport présenté par MM. **RENARD** et **VIENJEAN** aux journées de Turin de l'Association Henri Capitant, Travaux, T. XIV, p.520.



**522.** La règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nul ne peut être entendu qui allègue sa propre turpitude) est traditionnelle en droit français, bien que non inscrite dans le Code civil. Elle répond à un souci de moralisation du droit : la personne dont l'immoralité est reconnue ne peut revendiquer la restitution des biens et des sommes qu'elle a pu verser en exécution du contrat annulé. Le champ d'application de la règle a été discuté. On considère généralement qu'elle ne concerne que les contrats immoraux, c'est-à-dire caractérisant indécence ou malhonnêteté. Certains juges l'ont cependant appliquée en cas de simple illicéité du contrat <sup>1315</sup>. En outre, la distinction entre l'illicite et l'immoral a même été contestée <sup>1316</sup>. Cependant, telle qu'elle est généralement appliquée, la règle *Nemo auditur* ne semble pas devoir faire obstacle aux restitutions en droit de la concurrence, sauf bien sûr si l'entente porte sur des choses dont le commerce est immoral <sup>1317</sup>.

**523.** L'impossibilité matérielle de restituer en nature, due à la disparition ou à l'aliénation de la chose, soulève des problèmes plus délicats. Ils sont résolus de la même manière en droit de la concurrence qu'en droit commun : la restitution se fait en valeur. Ainsi dans l'hypothèse de l'annulation d'un contrat de distribution, le distributeur qui aura vendu tout son stock ne restituera au fabricant que la valeur de celui-ci. Nous avons déjà évoqué ce fait <sup>1318</sup>.

Le caractère successif de l'exécution du contrat annulé (ou plus généralement le caractère permanent de la situation créée) mérite qu'on lui consacre plus de développements.

**524.** JAMBU-MERLIN écrit qu'il est "*des circonstances où s'est nouée entre les parties ce que l'on pourrait appeler une situation permanente, soit que les parties aient entendu créer un organisme qui les dépasse et qui prend une vie indépendante de la leur propre (famille, institution, société), soit simplement que les parties aient prévu entre elles une longue suite d'opérations juridiques, un échange de services prolongé, dont chaque élément devait comporter, pour l'une ou l'autre partie, une utilité intrinsèque (contrats à exécution successive)*" <sup>1319</sup>.

---

<sup>1315</sup> Pour exemple Civ. 1ère, 16 juill.1959 , Bull. civ. I, n°358, et Paris 29 mai 1986 , Dalloz 1986, IR, 308.

<sup>1316</sup> **C. GUELFUCCI-THIBIERGE**, Thèse précitée, n° 907 s. ; **B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER**, op. cit. § 939, p. 396.

<sup>1317</sup> En ce sens, **E. COLMANT**, thèse précitée, p.807.

<sup>1318</sup> Pour une application de cette règle, cf arrêt de la Cour de cassation en date du 23 juin 1992, Epoux Bertron c/ Sté Esso SAF, citée supra, note 103.

<sup>1319</sup> Article précité, p.295.

Les contrats à exécution successive foisonnent en droit de la concurrence. On pense ici encore aux contrats de distribution. C'est l'annulation du contrat cadre qui est visée car lui seul est à exécution successive <sup>1320</sup>. Son annulation a naturellement un rayonnement très large.

Elle emporte avec elle l'anéantissement de tous les contrats d'exécution qui ont précédé la décision d'annulation. Les restitutions qui s'ensuivent rencontrent peu d'obstacles théoriques. Les contrats d'application instaurent à la charge réciproque des parties des obligations de donner : le distributeur doit rendre le bien acheté, en nature ou en équivalent s'il l'a consommé ; le fournisseur doit, quant à lui, restituer l'argent du prix de la vente.

L'on sait que le contrat cadre donne également lieu à différentes prestations. Celles-ci consistent essentiellement en des obligations de faire <sup>1321</sup>. A la charge du fournisseur peuvent exister des obligations d'aide à l'installation et d'assistance commerciale, voire de transfert de savoir-faire s'il s'agit d'un contrat de franchise, une obligation de mise à disposition de signes de ralliement de clientèle... Le distributeur doit pour sa part aménager son local d'une manière déterminée, se plier à la politique commerciale du distributeur, éventuellement respecter une exclusivité d'approvisionnement... La remise en l'état est ici impossible : l'annulation rétroactive du contrat cadre ne peut obliger à restituer les prestations issues du contrat.

Le recours au droit commun permet de résoudre cette difficulté. Il aurait été possible de décider, en présence de contrats à exécution successive, d'une nullité non rétroactive <sup>1322</sup>. La solution actuellement retenue est différente ; elle est d'exiger la restitution de ce qui peut être restitué et le versement d'une indemnité compensatrice pour ce qui ne peut pas l'être. En effet, la plupart des contrats mettent à la charge d'une partie une obligation de donner, dont l'objet est restituable, et à la charge d'une autre une obligation de faire, dont l'objet ne l'est pas. Ainsi dans l'hypothèse du bail, le bailleur doit restituer les loyers et le preneur doit payer une indemnité d'occupation, laquelle correspond à la valeur locative réelle et non pas nécessairement au loyer contractuel.

Le contrat cadre de distribution ne s'inscrit pas exactement dans ce cas de figure : chaque partie est en effet débitrice d'une obligation de faire et est en conséquence tenue à indemnisation. Cette indemnité est de nature délictuelle puisque le contrat est censé n'avoir jamais existé. Comme en droit commun, il faut reconnaître au juge un pouvoir souverain d'appréciation quant à son montant. Sa tâche ne sera pas facile. Autant l'évaluation de la valeur locative d'un appartement ne semble pas soulever de difficultés particulières, autant l'évaluation de la mise à disposition d'une enseigne commune semble

---

<sup>1320</sup> Chacun des contrats d'application étant d'exécution instantanée, l'application à ceux - ci du principe de rétroactivité n'est pas discutable. L'annulation a alors un rayonnement limité : il ne dépasse pas la sphère de ce contrat particulier et des contrats en dépendant (revente à tiers...).

<sup>1321</sup> Cf tout le contentieux relatif à la détermination du prix dans les contrats de distribution et notamment Com. 9 nov. 1987, Bull. civ. IV, p.177, n°237.

<sup>1322</sup> C'est la solution retenue en droit des sociétés. Nous l'envisageons plus loin.

très complexe. On pourrait concevoir une "compensation" entre les indemnités respectivement dues. L'admission de ce principe serait un facteur de simplification et correspondrait souvent à la réalité économique : on peut estimer que les avantages retirés par chacune des parties correspondent globalement à ceux retirés par l'autre, le but de ces différentes obligations étant d'optimiser le chiffre d'affaires de la société distributrice dans l'intérêt des deux parties. Le principe serait en outre susceptible d'exceptions : il est des cas où le distributeur est assujéti à de nombreuses obligations, sans grande contrepartie. Dans ce cas, le pouvoir d'appréciation du juge aurait réellement à s'exercer.

**525.** La seconde hypothèse de situation permanente créée par les parties vise essentiellement les sociétés. En droit de la concurrence, sont visés tous les cas où une entente anticoncurrentielle est "*juridiquement structurée*"<sup>1323</sup>, c'est-à-dire où l'entente s'appuie sur une structure organique. Plusieurs formes de structure sociale ont fait l'objet de l'attention des autorités de la concurrence : les G.I.E., les filiales communes et les coopératives. Toutes se caractérisent par le fait qu'elles ne constituent pas, en elles-mêmes, des restrictions de concurrence. Toutefois, par la coopération qu'elles instaurent entre les sociétés qui les composent, elles peuvent constituer une cadre concertant illicite. Le Tribunal de première instance des Communautés l'a rappelé à propos des coopératives :

*"Il convient (...) pour le tribunal, d'examiner la pertinence de l'argumentation de la requérante et des parties intervenantes relatives à la conciliation des principes régissant le secteur coopératif et des règles communautaires de la concurrence. A cet égard, il y a lieu de remarquer que, si l'organisation d'une entreprise sous la forme juridique spécifique d'une société coopérative ne constitue pas en elle-même un comportement restrictif de concurrence, un tel mode d'organisation peut, compte tenu du contexte dans lequel opère la coopérative, constituer néanmoins un moyen apte à influencer sur le comportement commercial des entreprises membres de la coopérative, de manière à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché où ces entreprises déploient leurs activités commerciales"*<sup>1324</sup>.

La même remarque fut formulée par le Conseil de la concurrence à propos des G.I.E. et entreprises communes :

*"Considérant que la constitution, par des entreprises indépendantes, d'un G.I.E. ou d'une entreprise commune ne constitue pas en soi une entente prohibée au sens de l'article 7 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 ; que, cependant, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article précité lorsqu'il est établi qu'elle*

---

<sup>1323</sup> Formule empruntée à MM. CAS et BOUT, Lamy droit économique, Concurrence, distribution, consommation, n°1261.

<sup>1324</sup> T.P.I.C.E. 2 juill. 1992, DANSK PELS DYRAVLERFORENING c/ Commission, aff. T-61/89, Contr.-conc.-consomm. oct. 1992, n°83.

*a été utilisée pour mettre en oeuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence sur un marché* <sup>1325</sup>.

L'analyse est transposable aux filiales communes <sup>1326</sup>.

Tous ces groupements sont susceptibles de faire l'objet d'une décision d'interdiction ou d'exemption. Si cette dernière est refusée, il peut être donné ordre aux entreprises de mettre fin à leur pratique, mais cela relève de l'étude de l'injonction <sup>1327</sup>. Il peut aussi y avoir annulation du contrat de société. S'il est démontré que l'objet même de la constitution du groupement, quelle que soit sa forme, est anticoncurrentiel, c'est le contrat de société lui-même qui devrait être annulé <sup>1328</sup>. Le droit français des sociétés ne l'admet pas.

**526.** Le droit français des sociétés a retenu en matière de nullité du contrat social un principe de nullité textuelle. L'article 360 al.1 de la loi de 1966 dispose que *"la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats"*. Dans notre hypothèse, la nullité résulte de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel du contrat de société. Elle ne résulte pas d'une disposition expresse de la loi de 1966. Il n'est pas certain qu'elle se rattache à une cause de nullité contractuelle. L'on a vu en effet que la notion d'effet anticoncurrentiel s'intégrait difficilement à l'article 1108 du Code civil. L'on ne peut cependant en déduire l'impossibilité de constater la nullité. L'article 360 de la loi de 1966 ne saurait faire échec aux dispositions des articles 9 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 et 85,§2, du

---

<sup>1325</sup> Conseil de la concurrence, décision n°91-D-47 en date du 5 novembre 1991, Rapport d'activité pour 1991, annexe n°54, p.114.

<sup>1326</sup> Le droit communautaire distingue les filiales concentratives et les filiales coopératives. Seules les secondes relèvent du droit des ententes. Sur la question, cf. notamment **M. JEANTIN**, "La filiale commune", Thèse Tours, 1975 et **J.P. BRILL**, "La filiale commune", Thèse Strasbourg 1975 ; du même auteur "Filiales communes et article 85 CEE. Etude des décisions récentes de la Commission des communautés européennes", R.T.D.Comm. 1992/2, p.87 ; **D. PANTZ**, "Filiales communes et droit interne de la concurrence", Cah. dr. entr. 1989, n°4, p.11 ; **L. VOGEL**, "Filiales communes et droit communautaire de la concurrence", J.C.P. éd.E, 1993, II, n°254 ; **L. IDOT**, "Un nouveau traitement pour les entreprises communes coopératives?", Europe, Août -sept. 1993, chr. p.1, **C. POULEAU**, "Les entreprises communes et le droit européen de la concurrence", Rev. int. dr. éco. 1992, p.205 ...

<sup>1327</sup> Pour exemple, cf affaire G.I.E. GEOSAVOIE. Dans cette affaire, le Conseil s'était contenté d'enjoindre la suppression d'un article du règlement intérieur du G.I.E. au terme duquel les entreprises membres du groupe se répartissaient des marchés (décision 91-D-59). La position de la Cour fut plus sévère. Elle estima que le G.I.E. lui-même avait *"pour seul objectif le partage des marchés entre ses membres, il (portait) atteinte à la concurrence quel que soient les modifications apportées aux dispositions qui le régissent"*. Il fut donc fait interdiction aux membres du G.I.E. de *"mettre en oeuvre, sous couvert de celui-ci, toute pratique contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986"*, arrêt de la Cour d'appel de Paris (1ère chambre, section concurrence), en date du 17 sept. 1992, B.O.C.C.R.F. du 3 oct. 1992, p.312.

<sup>1328</sup> Pour un exemple d'action en nullité (non accueillie) du contrat de société pour illicéité au regard des règles de concurrence, cf jugement du T.G.I. de Castres du 13 mai 1970, Dalloz 1970, II, p. 750 et Revue des sociétés 1970, p.318.

Traité de Rome <sup>1329</sup>. Le principe de la nullité étant admis en matière sociale, quelle va être la portée de celle-ci ?

La loi du 29 juillet 1966 a supprimé la rétroactivité qui s'attachait naturellement à la nullité du contrat social. La nullité existe *ex nunc*, même si elle a été prononcée pour objet ou pour cause illicite <sup>1330</sup>. La solution profite aux membres de la société comme aux tiers. On peut s'interroger sur l'opportunité de la règle lorsqu'est en cause une infraction aux règles de concurrence. Le caractère d'ordre public de ce droit ne met-il pas en échec la loi de 1966? La question ne reçoit pas la même réponse selon que la norme violée est française ou communautaire.

On sait que l'article 9 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 se contente de prévoir la sanction de nullité des accords anticoncurrentiels, sans mention du régime de celle-ci. Dans le silence des textes, on considère que l'Ordonnance renvoie implicitement au droit commun. La loi de 1966 constituant une dérogation à celui-ci, l'on peut considérer que la règle spéciale l'emporte sur la règle générale. La nullité du contrat de société pour infraction aux règles de concurrence n'est donc pas rétroactive.

Le problème est plus délicat lorsque la nullité trouve sa source dans la violation des textes communautaires. L'on a contesté que la primauté du droit communautaire puisse faire obstacle à toute limitation d'origine interne à la rétroactivité <sup>1331</sup>. Ces limitations ne doivent être mises en échec que si elles portent une atteinte grave à l'efficacité de la répression des ententes anticoncurrentielles. Si tel avait été le cas de l'absence de rétroactivité attachée à la nullité sociale, on peut penser que le législateur de 1966 ne l'aurait pas retenue. La loi de 1966 a en effet prévu deux dérogations à la non-rétroactivité : la première est relative à la nullité obtenue pour vice de consentement, la seconde à la

---

<sup>1329</sup> L'interprétation communautaire des causes de nullité sociales suscite quelques difficultés.

Une directive CEE du 9 mars 1968 a inauguré un processus d'harmonisation des législations nationales en matière de droit des sociétés. Elle dresse une liste des causes de nullité sociale. Parmi celles-ci figure l'illicéité de l'objet social.

Cette directive soulève différents problèmes. Dans un arrêt préjudiciel en interprétation (arrêt du 13 nov. 1990, Marleasing SA, Bull. Joly 1991, p.192, § 60), le Cour de justice a précisé que l'énumération des causes de nullité était limitative. Elle a en outre énoncé que l'objet social, dont le caractère illicite ou la contrariété à l'ordre public était cause de nullité, devait s'entendre de l'objet tel que défini dans les statuts sociaux, et non de l'objet réellement poursuivi par la société. Un problème évident de compatibilité de cette interprétation avec les dispositions de l'article 85, § 2, du Traité de Rome se pose alors. En effet, il est peu probable que les statuts laissent transparaître la finalité anticoncurrentielle de la société. De plus, cela exclut toutes les hypothèses où la société a seulement un effet anticoncurrentiel. Doit-on renoncer à constater la nullité de la société? Cela serait bien facilement faire échec aux dispositions d'ordre public du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Ceci ne saurait être admis : les dispositions de l'article 85 du Traité priment celles d'une directive. L'illicéité de l'objet de la société (ou le fait qu'elle déploie des effets anticoncurrentiels) est une cause de nullité sociale, que cette illicéité résulte des dispositions expresses des statuts ou non.

Dès lors que l'on admet le principe de la nullité en droit des sociétés, il faut s'interroger sur sa portée.

<sup>1330</sup> Art. 368 de la loi du 24 juill. 1966 et art. 1844.15 du Code civil.

<sup>1331</sup> Cf infra § 519.

nullité pour incapacité. L'illicéité de l'objet du contrat social n'a jamais été jugé susceptible d'en constituer une troisième, même lorsque c'est l'ordre public qui est violé. On veut penser que le problème n'a pas échappé au législateur. S'il avait cru nécessaire de réserver ce cas, il l'aurait fait expressément.

La limitation dont il vient d'être fait état tient compte de la situation permanente créée par l'acte nul. Elle tient compte également, cela a été évoqué, de la nécessité de protéger les tiers. Il existe au profit de ces derniers des correctifs spécifiques à la rétroactivité.

#### b2 : Correctifs à l'égard des tiers.

**527.** Les inconvénients de la nullité sont à ce point fâcheux pour les tiers qu'il a été proposé de ne pas leur appliquer le principe de rétroactivité<sup>1332</sup>. Ce n'est pas la position actuelle de la jurisprudence. D'importants correctifs ont néanmoins été aménagés. Certains sont prévus par la loi, d'autres sont d'origine jurisprudentielle. La bonne foi du tiers occupe une place essentielle dans tous ces mécanismes.

L'article 2279 du Code civil protège le tiers de bonne foi contre toute revendication en matière mobilière : "*En fait de meuble, possession vaut titre*". Dans l'hypothèse d'un contrat de distribution, le tiers peut donc conserver les biens qu'il a achetés au distributeur.

Une question annexe a été soulevée. Dans l'hypothèse où un tiers a acheté un bien plus cher du fait de la présence d'une clause de protection territoriale absolue liant son vendeur au fabricant du bien, ce tiers peut-il obtenir la nullité de son achat et se faire restituer le prix qu'il a versé<sup>1333</sup>? La réponse est sans doute négative. La revente à un tiers n'est pas en elle-même illicite au regard des règles de la concurrence. Une action fondée sur l'article 9 de l'Ordonnance ou sur l'article 85 du Traité de Rome serait donc irrecevable. Le droit commun national n'offrirait probablement pas un meilleur secours. Seule la clause anticoncurrentielle est nulle, ce qui est ici sans incidence sur les ventes effectuées.

En matière immobilière, malgré la publication des opérations sur les registres fonciers, le tiers est peu protégé : c'est seulement à l'issue de la prescription acquisitive trentenaire qu'il est définitivement à l'abri de la revendication. Lorsqu'il est de bonne foi cependant, et qu'il dispose d'un juste titre, il peut se prévaloir de la prescription abrégée de dix à vingt ans. La règle s'applique au droit

---

<sup>1332</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Thèse précitée, n°735 s. Nous venons de voir que le droit des sociétés avait adopté cette solution.

<sup>1333</sup> E. COLMANT, Thèse précitée, p.811.

des pratiques anticoncurrentielles comme en toute autre matière, mais a sans doute peu vocation à s'appliquer. Il en est de même de l'adage *Qui doit garantie ne peut évincer*, qui met le tiers titulaire de droits à l'abri d'une éviction par son propre auteur agissant en nullité.

La théorie de l'apparence constitue le dernier rempart pour le tiers de bonne foi. Celui-ci devra démontrer le caractère légitime de sa croyance : l'erreur qu'il a commise quant à la titularité de son droit doit être "commune", c'est-à-dire susceptible d'avoir été faite par tout citoyen normalement prudent et diligent <sup>1334</sup>.

**528.** On voit que la notion de bonne foi occupe une place essentielle au sein de ces différents mécanismes. Elle est susceptible de faire obstacle à la rétroactivité que la nullité soit constatée sur le fondement du droit français ou sur celui du droit communautaire. La protection de la confiance légitime est en effet considérée comme un principe général du droit européen <sup>1335</sup>. Or, on considère généralement que cette notion est un *"proche parent de la bonne foi, expression particulière du principe de sécurité juridique auquel il est souvent associé"* <sup>1336</sup>. Le principe de confiance légitime n'a jamais été invoqué en matière d'entente : il est limité au contentieux né de la restitution des aides illégalement perçues (article 92 du Traité C.E.E) <sup>1337</sup>. Son admission témoigne cependant de la perméabilité du droit communautaire à la notion de bonne foi. Celui-ci connaît, ou devrait connaître, d'autres limites à la rétroactivité, pour certaines partagées par le droit français. Elles ne sont plus issues du droit commun mais sont particulières au droit de la concurrence.

---

<sup>1334</sup> Sur la théorie de l'apparence (et son rattachement à la catégorie des quasi-contrats), cf. **A. BENABENT**, op. cit, p.202 s.

<sup>1335</sup> C.J.C.E. 4 fév. 1975, CONTINENTAL France c/ Conseil, aff. 169/73, Rec. 117, C.J.C.E. 21 sept. 1983, DEUTSCHE MILCHKONTOR, aff. 205 à 215/82, Rec. 2633.

<sup>1336</sup> **JEAN BOULOUIS**, "Principes généraux", Encyclopédie Dalloz Droit communautaire. Sur la notion de confiance légitime, cf également **D. BORDE** et **P. KIRSCH**, "La restitution des aides d'Etat", R.T.D.E. 1993, p.495 et **PLANCHON**, "Le principe de la confiance légitime", R.R.J. 1994. 447.

<sup>1337</sup> La notion de confiance légitime est principalement invoquée pour faire obstacle à la restitution d'aides que les entreprises croyaient légalement versées par l'Administration Pour que ce principe s'applique. L'administration doit avoir fait naître dans le chef des particuliers des espérances fondées : C.J.C.E. 19 mai 1983 , MAVRIDIS c/ Parlement, aff. 289/81, Rec. 1731. La Cour interprète strictement cette exigence : cf arrêt du 20 sept. 1990, Commission c/ Allemagne, aff. BUG Alitechnik, aff. 5/89, Rec. p. I-3437.

## **2/ Les limites particulières au droit de la concurrence .**

**529.** Certaines limites sont déjà consacrées par le droit communautaire (a). Il est possible d'en proposer une nouvelle, qui tendrait à résoudre les difficultés liées à la prise en compte de l'effet anticoncurrentiel des pratiques (b).

### **a/ Des limites déjà consacrées, tenant au particularisme du droit communautaire de la concurrence .**

**530.** Il existe en droit communautaire des ententes une double borne à la rétroactivité : la première est propre aux ententes anciennes, la seconde est d'application générale. Elle est liée à l'intervention des mécanismes d'exemption.

**531.** Il a été dit précédemment que les anciennes ententes bénéficient d'une validité provisoire qui cesse avec l'adoption d'une décision de condamnation éventuelle de la Commission. Les ententes déclarées illicites sont nulles, d'une nullité rétroactive<sup>1338</sup>. La nullité ne peut cependant rétroagir à une date antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 85. A défaut d'un texte particulier la fixant, c'est le 13 mars 1962, date d'entrée en vigueur du règlement n°17/62 qui a servi de point de départ (ou d'achoppement) à la rétroactivité. Les effets déployés par l'entente avant cette date sont donc définitifs. La solution est légitime : l'illicite s'apprécie par référence à une norme. Avant l'adoption du Traité de Rome et de son règlement d'application, il n'y avait pas de norme établie au niveau communautaire, et donc pas d'illicite.

**532.** Les mécanismes d'exemption, individuels et catégoriels, apportent des restrictions supplémentaires, applicables à toutes les ententes.

L'octroi d'une exemption individuelle est subordonné à la notification de l'accord litigieux à la Commission. Lorsque l'exemption est accordée sans condition la validation rétroagit à la date de la

---

<sup>1338</sup> C'est l'arrêt *BRASSERIE DE HAECHT*, précité note 98, qui a servi de fondement à cette solution. Certains considèrent cependant que, parmi les ententes anciennes, la rétroactivité de la nullité ne concerne que celles qui ne sont pas dispensées de notification. Cf. **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit communautaire de la concurrence", 5e éd., note 1, § 778, p. 627.



notification <sup>1339</sup>. Mais l'accord validé reste nul pour la période qui précède. Les effets déployés jusqu'à cette date peuvent en théorie être remis en cause. La notification est donc la borne supérieure à la rétroactivité de la nullité.

Ce n'est pas tant cette limitation des effets de la rétroactivité qui doit surprendre que la permanence de la nullité : il est paradoxal qu'un accord dont les effets bénéfiques sont reconnus puisse, même pour un laps de temps déterminé, être déclaré nul. La décision de la Commission accordant le bénéfice de l'exemption est déclarative <sup>1340</sup> : elle ne fait que constater la réunion de conditions favorables qui préexistent à leur constat, qui préexistent même à la notification. Il est anormal de ne pas en tirer toutes les conséquences.

Deux logiques se heurtent : la logique civiliste, et la logique concurrentielle communautaire. La première commande d'envisager l'accord dans son "indivisibilité temporelle". Tronçonner la validité du contrat en différentes périodes constitue une anomalie au regard de la théorie générale des nullités. La logique communautaire est toute autre. La Commission entend préserver ses prérogatives en matière d'exemption. Elle veut en outre inciter les entreprises à notifier leurs accords le plus rapidement possible. Borner la validation à la notification constitue une prime à la vélocité. Le problème est actuellement insoluble : la solution est en effet imposée par la lettre du règlement n°17.

L'exemption catégorielle, et plus précisément le retrait du bénéfice de l'exemption, constitue une autre exception au principe de la rétroactivité de la nullité. Nous avons vu que, lorsque la Commission estime qu'un accord exempté a cependant des effets incompatibles avec les prescriptions de l'article 85, paragraphe 3, elle peut retirer à l'accord le bénéfice de l'exemption, mais ceci sans rétroactivité <sup>1341</sup>. L'accord est donc nul *ex nunc*.

#### **b/ La limite proposée, tenant au particularisme du droit des pratiques anticoncurrentielles.**

**533.** Nous avons relevé dans les développements qui précèdent la possible inadéquation de la sanction. En déclarant nul, dans les deux ordres juridiques, les accords ayant simplement pour effet de

---

<sup>1339</sup> Le paradoxe est qu'ici la rétroactivité a à la fois pour fonction de détruire et de conforter une apparence : il détruit l'apparence "juridique" de la nullité de plein droit qui entachait l'acte ; il conforte l'apparence "matérielle" des effets déployés par l'acte.

<sup>1340</sup> Il en est bien sûr autrement d'une exemption subordonnée au respect par les entreprises de certaines conditions, telles que la modification de leur contrat. La décision de la Commission accordant l'exemption est alors constitutive de droits. Dans cette hypothèse, la validation n'a plus de caractère rétroactif : elle ne vaut qu'à la date des modifications.

<sup>1341</sup> Cf le chapitre consacré à l'exemption, 2ème partie, titre 1, chap.1, §363.

porter atteinte à la concurrence, on prend le risque d'annuler un contrat qui n'est pas originellement illicite.

En l'état actuel de la jurisprudence, le problème est théorique. Mais au cours des années à venir se réalisera peut-être un transfert du contentieux des autorités de la concurrence vers les instances judiciaires. La difficulté sera alors bien réelle. Les tempéraments qui existent aujourd'hui sont largement impuissants à les résoudre<sup>1342</sup>. Le problème soulevé est quoiqu'il en soit spécifique : il n'est pas de déroger à la rétroactivité dans le souci de consolider des situations acquises, fût-ce au mépris de l'illicite. Il est d'éviter l'anéantissement des effets déployés par un acte à une époque où ils étaient parfaitement licites. La solution idéale consisterait à limiter les effets de la rétroactivité au jour de la survenance de l'illicite, c'est-à-dire au jour où l'acte déploie ses effets anticoncurrentiels. Les effets valables seraient, eux, définitifs. Au soutien de cette solution, on peut faire valoir que la solution rétablit le rapport de causalité entre effets rétroactifs et nullité *ab initio*, l'origine de la nullité ne se trouvant plus dans l'acte mais dans les effets qu'il développe. On peut d'ailleurs considérer que le principe en est admis en droit communautaire puisque la nullité des ententes anciennes ne peut rétroagir avant la date d'entrée en vigueur du règlement n°17, c'est-à-dire à la date où l'illicite existe.

Cette proposition ne peut sans doute emporter totalement la conviction. Sa mise en oeuvre peut se heurter à des difficultés matérielles : la date à partir de laquelle l'acte déploie des effets anticoncurrentiels peut être difficile, voire impossible, à déterminer. La solution aboutit en outre à scinder les périodes de validité du contrat, grief que nous avons précisément formulé à l'encontre de la solution de la Commission. On peut cependant estimer que la démarche proposée est moins contestable, puisqu'elle tend à faire réellement coïncider licéité (conformité aux prescriptions de l'article 85, §3) et validité. Soulignons que l'origine réelle de la dérogation proposée est dans l'admission de la sanction de nullité dans l'hypothèse de simples effets anticoncurrentiels. C'est là la source des difficultés. La proposition émise ne fait que tirer les conséquences de ce fait.

La seule façon de résoudre les contradictions relevées est peut-être en réalité de s'en remettre à la sagesse au juge. On imagine mal celui-ci débiter un contrat en autant de périodes que de phases procédurales. Dans le cadre d'une instance civile, il est probable que le juge considérera valable dès

---

<sup>1342</sup> Nous avons envisagé précédemment les obstacles à la rétroactivité dans l'hypothèse de contrats successifs et d'un contrat social. Dans le premier cas, il n'y a pas vraiment échec à la rétroactivité. Il ne s'agit que de substituer une indemnisation aux restitutions. Le second cas est plus intéressant car il s'agit bien alors de limites à la rétroactivité : la nullité ne déploie ses effets qu'à compter de la décision judiciaire qui la constate.

Le problème est néanmoins différent dans l'hypothèse qui nous occupe : nous proposons une rétroactivité partielle. Les effets licites anciennement déployés par l'acte sont maintenus. A compter du jour où ils deviennent anticoncurrentiels, ils doivent au contraire être anéantis.

De plus, il existe une différence essentielle entre ces différents cas. Dans l'hypothèse des contrats à exécution successive et du contrat social, la nullité sanctionne un vice originel. Ce n'est pas le cas, on l'aura compris, des ententes qui déploient des effets anticoncurrentiels.

l'origine un contrat exempté. Qui irait se plaindre d'une violation des normes communautaires s'il en était ainsi?

**534.** En conclusion, l'on peut affirmer que la nullité des ententes illicites est une sanction nécessaire car elle seule en effet permet de régler les conséquences civiles d'une déclaration d'illicéité. L'étude de ses principes directeurs révèle cependant les problèmes que son recours soulève. Prétendre appliquer la sanction de nullité à des ententes licites à leur naissance, mais déployant par la suite des effets anticoncurrentiels, constitue, plus qu'un bouleversement, une négation des principes gouvernant cette sanction. L'interférence des mécanismes communautaires, et singulièrement de la notification, contribue encore à compliquer le contentieux. C'est particulièrement sensible lorsque l'on quitte l'étude des principes directeurs de la nullité pour s'intéresser à sa mise en oeuvre par les instances judiciaires.

## **- CHAPITRE 2 -**

### **INTERVENTION DES INSTANCES JUDICIAIRES.**

**535.** La nullité étant une sanction civile, sa mise en oeuvre appartient aux juges (Section 1). On ne peut s'empêcher de relever le paradoxe existant en cette matière. La sanction échappe à l'instance la mieux qualifiée pour qualifier et apprécier l'illicite. L'autorité administrative, qui dispose des moyens d'instruction sophistiqués et maîtrise les phénomènes économiques, est incompétente pour tirer les conséquences civiles de ses constatations. Cette dualité de compétences est une source de complications et d'insécurité juridique mais elle est le seul moyen de garantir la préservation des droits subjectifs. On aurait pu croire que cette circonstance allait inciter les plaideurs à s'adresser aux juges plutôt qu'aux autorités régulatrices. Ce n'est pas le cas : le contentieux civil est, nous l'avons dit, peu étoffé.

Les juges ne peuvent cependant, dans l'exercice de leur compétence, faire abstraction des analyses développées, ou susceptibles de l'être, par les instances administratives (Section 2). Ils retrouvent en revanche toute latitude lorsqu'il s'agit, non plus de décider du choix de la sanction, mais de son étendue (Section 3).

**SECTION I : DETERMINATION DE L'INSTANCE COMPETENTE POUR CONSTATER LA NULLITE .**

**536.** La compétence juridictionnelle s'impose quel que soit l'ordre juridique concerné. La constatation de la nullité d'une entente sur le fondement de l'article 9 de l'Ordonnance du premier décembre 1986 échoit au juge civil ; celle d'un acte contraire aux dispositions du Traité de Rome également (Paragraphe 1). Avec une nuance cependant : compétence est reconnue aux arbitres dans les litiges intéressant le droit de la concurrence (Paragraphe 2).

## PARAGRAPHE 1 : COMPETENCE DE PRINCIPE DES JURIDICTIONS CIVILES OU COMMERCIALES .

537. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de constater la nullité d'une convention. Ce principe a été clairement réaffirmé par le Conseil dans la décision "Clairval" du 14 septembre 1993<sup>1343</sup>. Seul un pouvoir d'injonction lui est reconnu. Même si les deux types de mesures présentent des analogies<sup>1344</sup>, l'annulation relève de la seule compétence des autorités juridictionnelles, civiles, commerciales, ou administratives<sup>1345</sup>. Il faut toutefois préciser que la Cour d'appel de Paris, statuant sur recours contre les décisions du Conseil, et la Cour de cassation sur pourvoi contre les décisions de la Cour d'appel de Paris dans ce même cadre, ne disposent pas du pouvoir d'annulation. Elles sont ici assimilées à des autorités spécialement chargées d'appliquer le droit de la concurrence<sup>1346</sup>.

538. En revanche, le Traité de Rome et le Règlement n°17 ne précisent pas l'autorité compétente pour tirer les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence. Ni la Commission, qui n'intervient que pour déclarer applicable ou inapplicable l'article 85, ni, *a fortiori*, la Cour de Justice, ne sont investies de ce pouvoir. La nullité intéressant les rapports de droit privé, ce sont les règles d'ordre interne qui s'appliquent. Il appartient à chaque Etat membre de définir les instances compétentes<sup>1347</sup>. En France, ce rôle est dévolu aux juridictions de l'ordre judiciaire et, éventuellement, administratif. Leur compétence découle de l'effet direct du droit communautaire. Dans un arrêt "B.R.T. II", la Cour de Justice a considéré que *"les interdictions des articles 85 § 1 et 86 se prêtant, par leur nature même, à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder"*<sup>1348</sup>.

---

<sup>1343</sup> Décision n° 93-D-34, Rapport d'activité pour 1993, annexe 41, 257.

<sup>1344</sup> Cf. chapitre sur l'exemption, Titre 1 de la présente partie, chap. 2, § 424 et 436.

<sup>1345</sup> Nous ne traiterons pas ici des juridictions administratives, leur compétence ne faisant pas l'objet de cette étude, laquelle ne traite que des contrats de droit privé.

<sup>1346</sup> Sur cette notion, cf § 107 du présent titre, § 554.

<sup>1347</sup> C.J.C.E. 16 déc. 1975, aff. 40/73, SUIKER UNIE, Rec. 1663. V. également **R. HOUIN**, "Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de la concurrence", annales de la faculté de droit de Liège, 1965, p.26 s. Voir également **O. LOY**, " L'application en France du droit communautaire de la concurrence.", R.T.D.E. 1980, p.438.

<sup>1348</sup> Arrêt du 21 mars 1974, B.R.T. contre SABAM, aff. 127/73, Rec. 51, point 16 des motifs.

Ces juridictions ne peuvent décliner leur compétence lorsque les conditions de la nullité sont réunies, sous peine de "*priver les particuliers des droits qu'ils tirent du Traité lui-même*"<sup>1349</sup>. Elle sont de plus tenues de soulever d'office le moyen tiré de la violation du droit communautaire<sup>1350</sup>. Cette règle est également valable lorsque c'est le droit français qui s'applique. Les juridictions nationales restent compétentes pour constater la nullité d'un accord, même si la Commission a engagé une procédure le concernant. Nous reviendrons sur ce point<sup>1351</sup>.

Les règles qui viennent d'être dégagées sont applicables aux tribunaux arbitraux, dont le caractère juridictionnel est aujourd'hui largement admis. Leur compétence dans les litiges intéressant l'ordre public a cependant été controversée.

## PARAGRAPHE 2 : ARBITRABILITE DES LITIGES CONCURRENTIELS.

**539.** De "*tous les blocs de droit communautaire, le droit de la concurrence est certainement celui qui pose le plus de problème à l'arbitrage*"<sup>1352</sup>. Des conceptions extrêmes s'affrontent. Il est tantôt dénié aux arbitres toute compétence, tantôt conféré plénitude de compétence. Aucune n'est recevable. Le droit positif actuel est favorable à l'arbitrabilité des litiges concurrentiels, mais il lui pose certaines limites.

**540.** On distingue traditionnellement deux groupes d'Etats : ceux dans lesquels sont arbitrables tous les litiges portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition<sup>1353</sup>, et ceux liant l'arbitrabilité

---

<sup>1349</sup> **M. CIENFUEGOS MATEO**, "L'application de la nullité de l'article 85 § 2 du Traité CEE par les juridictions nationales"..., Cah. droit entr. 1991, n°3/4, p.317.

<sup>1350</sup> Il était admis que le juge, saisi d'une action en nullité, pouvait soulever d'office la nullité absolue du contrat lorsque l'ordre public était concerné (Civ. 22 nov. 1887, D.P. 1889. I. 26 ; T.G.I. Paris 8 nov. 1975, D. 1975. 401). Le Nouveau code de procédure civile a élargi les pouvoirs du juge, qui peut désormais soulever d'office la nullité du contrat, qu'elle soit relative ou absolue, dès lors qu'il ne fonde sa décision que sur les faits qui sont dans le débat (article 7.1 N.C.P.C.) et qu'il veille au respect du principe du contradictoire.

<sup>1351</sup> Cf. note 553.

<sup>1352</sup> **P. BONASSIES**, "Arbitrage et droit communautaire" in "L'Europe et le droit", Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, 1991.

Cette remarque explique que le problème de l'arbitrabilité des litiges en droit communautaire a souvent été examinée par la doctrine sous l'angle particulier des rapports entre arbitrage et droit de la concurrence. Sur ce point, cf **C. JARROSSON** et **L. IDOT**, "Arbitrage", Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 1992.

Pour une bibliographie (non exhaustive) des études récentes : **C. JARROSSON** et **L. IDOT**, article cité supra; **L. GOFFIN**, "L'arbitrage et le droit européen", R.I.D.C. 1990, p.315 ; **P. BONASSIES**, article cité supra, p.21; Travaux de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la C.C.I., Paris 1992, publ. 480/3.

<sup>1353</sup> C'est le cas de l'Allemagne, de l'Espagne, de la Hollande, de la Suisse.

au caractère d'ordre public de la règle applicable <sup>1354</sup>. L'article 2060 du Code civil, selon lequel "*on ne peut compromettre (...) dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*", semblait rattacher la France à la seconde catégorie. La jurisprudence a tempéré la rigueur de cet article hérité de la réserve napoléonienne à l'égard de l'arbitrage et depuis longtemps obsolète. La Cour d'appel de Versailles a énoncé, dans un arrêt du 2 octobre 1989, que "*l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux*" <sup>1355</sup>.

Cet arrêt a été accueilli avec méfiance. La doctrine n'était pas certaine de ses enseignements. En effet, la possibilité pour l'arbitre de décider des conséquences civiles de la violation d'une règle d'ordre public n'était pas clairement affirmée.

Certains auteurs ont donc proposé de circonscrire la compétence arbitrale. L'arbitre ne serait compétent que pour statuer à titre incident sur une exception de nullité tirée de la violation de l'article 85 ou 86 du Traité de Rome. Une demande principale tendant à lui faire reconnaître la validité ou la nullité d'un accord serait à l'inverse irrecevable <sup>1356</sup>. La raison d'une telle distinction n'apparaissait pas avec évidence. On a fait justement remarquer que les conséquences de la décision arbitrale étaient aussi graves dans les deux hypothèses.

Selon une seconde tendance, majoritaire, l'arbitre ne serait compétent que dans la mesure où le contrat serait jugé licite <sup>1357</sup>. L'inconvénient de cette solution a été souligné. Elle oblige l'arbitre à se déssaisir alors qu'il a déjà accompli l'essentiel de son travail <sup>1358</sup> : l'analyse qu'il développe attache inévitablement à ses conclusions une autorité de la chose jugée. Or, c'est précisément ce que cette solution prétend éviter. Elle est par ailleurs contraire à toutes les règles méthodologiques.

**541.** Ces conceptions restrictives tendent à être abandonnées. On s'oriente désormais vers l'admissibilité de principe de l'arbitrage en matière de concurrence internationale, sous réserve des

---

<sup>1354</sup> C'est le cas de la Belgique, du Danemark.

<sup>1355</sup> Versailles 2 octobre 1989, Rev. arb. 1990, 115, 2<sup>e</sup> esp.

<sup>1356</sup> **J. ROBERT**, "Arbitrage civil et commercial en droit interne et en droit international privé," 4<sup>e</sup> éd. 1967, p. 464 et 479; **J.J. BURST**, "L'arbitrage dans ses rapports avec la Communauté européenne," Rev. arb. 1979, 105.

<sup>1357</sup> Cf notamment **B. GOLDMAN**, **A. LYON-CAEN**, **L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5<sup>ème</sup> édition, n° 760, p. 62. Les auteurs s'appuient cependant pour affirmer cette solution sur un arrêt de la Cour d'appel du 20 janvier 1989, Rev. de l'arbitrage 1989-280, note **L. IDOT**. (Dans le même sens, Com. 20 nov. 1950, S. 1951, I. 120, note **J. ROBERT** ; Paris 15 juin 1956, Dalloz 1957, 587, note **H. MOTULSKY**). Or les solutions dégagées par cet arrêt ne semblent plus d'actualité. Cf Paris 19 mai 1993, cité infra.

<sup>1358</sup> **P. MAYER** : "*il est franchement curieux qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité* .", in "Le contrat illicite", Rev. arb. 1984, 212.

limites découlant du droit communautaire lui-même. La jurisprudence française actuelle s'inscrit incontestablement dans ce mouvement. Dans un arrêt remarquable, l'arrêt "Labinal", en date du 19 mai 1993, la Cour d'appel de Paris réaffirme et précise la jurisprudence de 1989 <sup>1359</sup> :

*" Considérant que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux.*

*qu'en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation;*

*considérant que si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci ne sont pas toutes ensemble attirées à la procédure arbitrale."*

Prolongeant l'arrêt "Labinal", une décision du 14 octobre 1993 lève les dernières incertitudes. La Cour d'appel de Paris précise que les arbitres ne peuvent appliquer que les normes communautaires d'effet direct <sup>1360</sup>, ce qui est incontestablement le cas de l'article 85. En outre, les arbitres ne peuvent porter atteinte à la compétence exclusive de la Commission <sup>1361</sup>. Cet arrêt consacre en réalité des propositions doctrinales. Il était en effet affirmé que l'arbitre n'était pas autorisé à assortir sa décision de sanctions pécuniaires ou à accorder une exemption individuelle sur le fondement de l'article 85, paragraphe 3 : *"En définitive, au regard du droit communautaire, la situation de l'arbitre est, toutes proportions gardées, comparable à celle du juge étatique de droit commun "*<sup>1362</sup>. Comme lui, il n'est pas une autorité spécialement chargée d'appliquer le droit de la concurrence. Il doit donner plein effet aux normes communautaires, soulever d'office sa violation, respecter sa primauté, préserver les droits subjectifs des particuliers.

---

<sup>1359</sup> Paris 19 mai 1993, Sté LABINAL c/ Sté MORS et Sté WESTLAND AEROSPACE; J.D.I. 1993 / 4 (note **L. IDOT**) ; Europe, juillet 1993, n° 300 ; contrats -conc.-consom. juill.1993, n°136 (note **L. VOGEL**) ; R.T.D.Comm. 1993/3, p.494. Cet arrêt fait suite à une autre décision de la Paris du 21 mars 1991 (arrêt "Ganz", Rev. Arb. 1991, 478, note **L. IDOT**) rendu en matière d'arbitrage international à l'occasion de la violation de principes d'ordre public. La doctrine en avait déjà déduit la possibilité pour l'arbitre d'appliquer les règles de droit communautaire, y compris les règles de concurrence. L'arrêt "Labinal" consacre cette interprétation.

<sup>1360</sup> Il ne peut s'agir que d'un effet direct horizontal, les arbitres ne pouvant être saisis que de relations entre particuliers.

<sup>1361</sup> C.A.Paris, 1ère chambre, 14 octobre 1993, Soc. Aplix. c/ Soc. Velcro, Europe avril 1994, n°155 et Rev. arbitrage 1994, n°1, note **Ch. JARROSSON**.

<sup>1362</sup> **C. JARROSSON** et **L. IDOT**, "Arbitrage", article précité note 9.



Ces différents arrêts laissent en revanche incertain le sort de l'arbitrage en droit interne. Il semblerait logique de leur étendre les solutions qui ont été dégagées <sup>1363</sup>, mais la Cour de cassation n'y semble pas favorable.

**542.** Il est donc acquis que les arbitres disposent d'une compétence concurrente à celle des juges pour constater la nullité d'un accord sur le fondement du droit communautaire. Les commentateurs ont unanimement salué la solution <sup>1364</sup>. Elle s'imposait en effet : on sait que les parties à un contrat important recourent volontiers à l'arbitrage, spécialement lorsqu'un élément d'extranéité y prend place.

Cette remarque rend d'autant plus surprenante l'éviction des arbitres de la communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du Traité C.E.E. Constatant que la communication ne leur est pas adressée, un auteur n'a pas manqué de relever que la Commission méconnaissait une réalité profonde <sup>1365</sup>. Des mécanismes de coopération entre toutes les instances chargées d'appliquer le droit de la concurrence sont indispensables. La situation est en effet complexe : les juges et les arbitres sont seuls compétents pour constater la nullité des actes anticoncurrentiels mais leur liberté peut être étroitement encadrée. C'est le cas lorsqu'une décision a été rendue dans la même affaire par les autorités communautaires. Il est donc impératif d'étudier précisément l'articulation des compétences administratives et judiciaires.

## **SECTION II : ARTICULATION DES COMPETENCES ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES**

**543.** Les compétences nationales et communautaires sont parfois concurrentes. Ce principe a été introduit dans l'article 3 B du Traité sur l'Union européenne, qui énonce que *"la Communauté agit dans les limites de compétence qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure*

---

<sup>1363</sup> Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 janvier 1989 a énoncé que les arbitres ne peuvent sanctionner les règles d'ordre public du droit de la concurrence français (Société Phocéenne de Dépôts, Rev. arb. 1989, 280, 2ème espèce). La décision "Labinal contre société Mors et Westland" n'a pas traité de cette question mais l'on peut penser que les réserves formulées à l'encontre de la compétence arbitrale n'ont désormais plus de raison d'être.

<sup>1364</sup> V. notamment **L. IDOT**, Europe avril 1993, n°173.

<sup>1365</sup> **L. IDOT**, commentaire cité supra.

*où les objectifs de l'action envisagées ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres ."*

Antérieurement à l'adoption de ce texte, la Commission des Communautés s'était déjà déclarée favorable à une décentralisation des pouvoirs au profit des autorités nationales. Une nouvelle répartition des rôles s'en est suivie. Dans sa communication du 13 février 1993, la Commission a érigé la notion "*d'intérêt communautaire* " en critère de répartition des compétences. Une affaire est d'intérêt communautaire lorsqu'elle représente pour la Commission un "*intérêt politique, économique ou juridique particulier* <sup>1366</sup> ", ce qui n'est pas le cas lorsque "*le plaignant est en mesure d'obtenir une protection adéquate de ses droits devant le juge national* ." Mademoiselle IDOT a relevé le caractère assez sibyllin de cette dernière précision <sup>1367</sup>. L'auteur propose d'autres critères plus explicites : la juridiction de droit commun serait compétente dans le cadre d'un contentieux purement contractuel <sup>1368</sup> ou récurrent.

**544.** Moins qu'en toute autre matière, le tribunal n'est un espace clos. Il est perméable à de nombreuses influences. Toute la complexité de sa mission consiste à concilier des éléments hétérogènes, issus d'ordres juridiques différents et répondant à des logiques contradictoires. Il est nécessaire d'envisager ces différentes influences, même si leur étude peut sembler complexe et fastidieuse.

La décision du juge, guidée par le principe de primauté, est tributaire de l'appréciation éventuellement portée par les instances européennes (Paragraphe 1). Le Conseil de la concurrence jouit d'une autorité juridique plus mesurée, ce qui peut être la source de contrariétés de décisions à l'évidence préjudiciables à la sécurité juridique des acteurs concernés (Paragraphe 2).

#### **PARAGRAPHE 1 : INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR LA CONSTATATION DE LA NULLITE, PRIMAUTE ET COMPLEXITE.**

**545.** L'influence du droit communautaire se manifeste dans deux types de contentieux. Le juge national, juge communautaire de droit commun, peut être saisi d'une action fondée directement sur l'article 85, paragraphe 1 et 2. Sa compétence d'application résulte de l'effet direct de ces dispositions. On lui demande alors, à titre principal ou à titre incident, de se prononcer sur la licéité d'un acte ou

---

<sup>1366</sup> Point 14 de la communication du 13 février 1993.

<sup>1367</sup> L. IDOT, "L'application du principe de subsidiarité en droit de la concurrence," Dalloz 1994, chr. p.37.

<sup>1368</sup> Ainsi en était-il dans le cas de l'affaire AUTOMECA, TPICE 18 sept. 1992, aff. T 24 - 90, Rec. 2223.

d'un comportement au regard du Traité. A notre connaissance, il n'existe pas de cas d'action en nullité directement fondée sur la violation de l'article 85. C'est davantage lorsqu'elles sont saisies d'une exception de nullité ou d'une demande reconventionnelle que les juridictions sont appelées à appliquer l'article 85, paragraphe 2. Il est nécessaire d'envisager les différentes hypothèses auxquelles le juge peut être confronté lorsqu'il applique le droit communautaire (A).

Le juge peut également être saisi sur le fondement du droit national d'une action en nullité dirigée contre un acte qui intéresse, ou a intéressé, les instances européennes. Il est alors contraint d'appliquer cumulativement le droit national et le droit communautaire (B).

#### *A - APPLICATION DU DROIT EUROPEEN PAR LE JUGE NATIONAL.*

**546.**Lorsque le juge national est saisi d'une action en nullité fondée sur l'article 85 du Traité de Rome, sa liberté est conditionnée par l'existence d'une décision communautaire rendue dans la même affaire (1) ou dans une affaire similaire (2). Il dispose d'une plus grande latitude lorsque la Commission n'a pas été saisie (3). Avant d'étudier ces différentes hypothèses, nous consacrerons quelques développements au procédé de notification, qui vient singulièrement compliquer les rapports entre les deux ordres d'instances.

## **Remarque préalable - Inadéquation de la sanction attachée à la procédure de notification**

**547.** On sait que les parties ne peuvent prétendre à l'exemption que si elles ont notifié leur accord à la Commission des Communautés <sup>1369</sup>. A défaut, le juge est tenu de constater la nullité, même si l'accord répond manifestement aux conditions de fond de l'exemption (ce qui pourrait ultérieurement justifier l'octroi d'une exemption partiellement rétroactive !). L'absence de notification d'un accord anticoncurrentiel, mais contribuant au progrès économique, a les mêmes conséquences pour les entreprises qu'une décision d'incompatibilité. La situation est difficilement réversible. Une notification tardive est de peu de secours pour les parties. Elle n'a pas d'effet suspensif et, dans l'hypothèse où la Commission engagerait une procédure, le juge n'a aucune obligation de surseoir à statuer <sup>1370</sup>. Même s'il le fait, plusieurs années peuvent s'écouler avant qu'une décision communautaire n'intervienne. L'absence de notification a des conséquences moins redoutables lorsque le contentieux est porté directement devant la Commission : les parties peuvent notifier leur accord en cours d'instance, ce qui fait tomber l'obstacle à la validation. Cela laisse cependant intact le problème de la validité de l'accord pour la période qui précède la notification, et le problème plus général des conséquences civiles de l'accord. Si les parties veulent obtenir une décision formelle d'annulation, et éventuellement restitution de ce qu'elles ont versé en exécution de la convention, elles sont obligées d'entamer une nouvelle procédure devant les juges nationaux. L'absence de notification soulève donc de réelles difficultés.

On pourrait les résoudre si l'on renonçait à la procédure de notification. Son efficacité réelle reste à démontrer. Seules les entreprises au comportement faiblement infractionnel sont réellement susceptibles de s'y soumettre <sup>1371</sup>. Les ententes les plus dangereuses sont rarement déclarées. Renoncer à la procédure présenterait d'autres avantages. L'exemption individuelle pourrait rétroagir à la date de formation de l'accord, ce qui résoudrait certains des problèmes qui ont été évoqués <sup>1372</sup>. La solution

---

<sup>1369</sup> Cf. chapitre sur l'exemption (2ème partie, titre 1), et notamment § 296 s.

<sup>1370</sup> Cf. infra § 553.

<sup>1371</sup> Les entreprises ont en effet le choix entre user de la liberté qui leur est consentie de rester anonyme - mais elles exposent alors leur accord à l'amende et à une nullité non bornée dans le temps - et notifier cet accord à la Commission des Communautés avec l'espoir d'une validation et la promesse d'une immunité d'amende. L'entreprise qui déciderait d'opter pour la première solution peut sembler suspecte. On peut la soupçonner d'être instigatrice d'une entente anticoncurrentielle, et non susceptible d'exemption.

<sup>1372</sup> Cf. chapitre précédent, § 504 s.

proposée constituerait en outre un facteur de décentralisation des compétences au profit des instances nationales.

Il ne faut cependant pas occulter les difficultés techniques que poserait l'adoption de cette solution. L'analyse de Mademoiselle IDOT révèle l'embarras de la doctrine : *"On peut se demander si une application cohérente du principe de subsidiarité n'impliquerait pas (...) un renforcement du rôle des autorités régulatrices, et un abandon de la procédure de notification obligatoire pour l'obtention de l'exemption individuelle qui serait le seul moyen efficace d'alléger les services de la Commission. Mais il est vrai qu'une telle réforme impliquerait sur le plan technique une modification du règlement 17 - 62 et consacrerait sur le plan politique une diminution des pouvoirs de la Commission !"*<sup>1373</sup>.

Modifier le règlement n°17 est à l'évidence un opération délicate. Son équilibre général risque d'être bouleversé. C'est peut-être pour éviter tous ces bouleversements que la Commission s'ouvre à la règle de raison<sup>1374</sup>.

La complexité des mécanismes communautaires apparaît plus nettement encore lorsque l'on envisage les différentes décisions susceptibles d'être adoptées par les instances européennes.

### **1/ Incidence d'une décision d'exemption communautaire rendue dans la même affaire que celle confiée au juge national.**

**548.** En présence d'une décision communautaire rendue dans la même affaire, le rôle du juge se réduit à appliquer cette décision .

Si la Commission des Communautés a stigmatisé un comportement, le juge doit en tirer les conséquences civiles. La distinction entre nullité simple et nullité de plein droit devient sans objet. Le juge a, non pas compétence liée, mais "décision liée". L'impulsion de la décision d'annulation appartient en fait à la Commission.

Le juge national retrouve une certaine liberté d'appréciation dans l'hypothèse où la Commission n'a fait que refuser à l'entreprise plaignante le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. L'incidence d'un tel règlement a été exposée précédemment<sup>1375</sup>. La Cour de Justice a dit pour droit qu'un règlement n'affecte directement ni la validité, ni le contenu d'un contrat en cours d'exécution

---

<sup>1373</sup> L. IDOT, "L'application du principe de subsidiarité en droit de la concurrence", Dalloz 1994, chr. p. 37.

<sup>1374</sup> Cf. 1ère partie, titre I, ch. II, §104.

<sup>1375</sup> Cf. §358 s.

<sup>1376</sup>. Le juge français "*ne peut (donc) conclure à la nullité de clauses non visées par un règlement d'exemption qu'à la condition que leur caractère anticoncurrentiel soit d'abord démontré*"<sup>1377</sup>.

Une décision de validation fondée sur l'article 85, § 3, exclut toute sanction civile <sup>1378</sup>. L'incidence de ce type de décision est donc la même que celle d'une décision d'interdiction : elle prive le juge de tout pouvoir d'appréciation.

Une décision d'attestation négative fait également obstacle à l'annulation <sup>1379</sup>. Toutefois, cette décision ne vaut que *rebus sic stantibus*. En conséquence, les juridictions nationales sont libres d'annuler un accord si des éléments nouveaux, c'est-à-dire des éléments dont la Commission n'avait pas connaissance au moment où elle a statué, établissent l'infraction.

L'incidence des lettres de classement est plus difficile à définir. Il s'agit des lettres par lesquelles la Commission informe les parties que la Direction générale de la concurrence juge l'article 85 du Traité de Rome inapplicable à leur accord ou estime qu'il ne lui paraît pas nécessaire de poursuivre la procédure. La Commission recourt de plus en plus fréquemment à ces lettres ; elles lui permettent de désengorger ses services. Une communication du 13 février 1993 rappelle que ces lettres ne lient pas le juge national <sup>1380</sup>. Celui-ci est donc théoriquement libre d'annuler un accord. L'opinion exprimée dans la lettre constitue cependant un élément de fait que les juridictions peuvent prendre en compte. Si "*l'on ne peut exclure que le juge national soit d'un avis différent*"<sup>1381</sup> de celui de la Commission, il est en fait assez improbable que les juridictions nationales ne suivent pas l'opinion émise. La position de la Cour d'appel de Paris est révélatrice. Elle reconnaît à la lettre de classement la valeur d'une présomption simple de validité au regard du droit communautaire <sup>1382</sup>. C'est à la partie qui soulève la nullité de l'accord de démontrer son illicéité.

---

<sup>1376</sup> Arrêts ITALIE contre Conseil et Commission du 13 juillet 1966 aff. 32/65, Rec. 563, et surtout arrêt VAG c/ MAGNE, aff. 10/86, du 18 déc. 1986, Rec. 4071, précité § 358.

<sup>1377</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit. , p.631.

<sup>1378</sup> Cf. chapitre précédent sur l'exemption, § 306.

<sup>1379</sup> Nous verrons qu'il en va différemment lorsque le juge est saisi sur le fondement du droit national.

<sup>1380</sup> Communication du 13 fév. 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du Traité, point 20. Pour une application de l'incidence d'une lettre de classement, Cf. C.J.C.E. 10 juil.1980, LANCOME c/ ETOS, aff. 99/79, Rec. p. 2511, point 11 des motifs et Paris 9 nov. 1992 , contrats-conc.-consom. 1993, n°7, note Vogel.

<sup>1381</sup> **M. C. BOUTARD-LABARDE**, chronique à la semaine juridique, éd. G., 1993, I, n°3666.

<sup>1382</sup> Paris 9 déc. 1992, Contrats-conc.-consomm. 1993, p.14, obs. **L. IDOT**.

## 2/ Incidence d'une décision rendue dans une affaire similaire .

549. Monsieur BERLIN s'est interrogé sur l'autorité des décisions communautaires rendues dans des affaires connexes, c'est-à-dire unies à l'espèce soumise au juge par la similarité de leur objet <sup>1383</sup>. Selon l'auteur, *"l'autorité relative de la chose décidée empêche de voir dans celle-ci l'existence d'une force juridique contraignant les autorités nationales à transposer la solution retenue dans des espèces similaires "*. Il en déduit que ces décisions *"ne comportent d'effet juridique obligatoire que pour les parties "*<sup>1384</sup>.

Le détour par l'autorité relative de la chose décidée ne semble pas nécessaire. En effet, l'invocation par un plaideur d'une décision rendue dans une affaire semblable revient pour le magistrat à rechercher quel est l'état du droit communautaire <sup>1385</sup>. Le problème doit être résolu de la même façon que si l'autorité communautaire ne s'était pas prononcée.

## 3/ Hypothèse de l'absence de décision communautaire

550. En l'absence de décision communautaire, le juge jouit en principe d'une liberté plus importante. C'est une fonction d'interprétation qui lui est ici reconnue. Des mécanismes de coopération avec les autorités communautaires ont été instaurés afin que l'usage de cette liberté n'engendre pas des contrariétés de décisions. Ce risque n'existe réellement que dans le cas d'ententes nouvelles (b). Les ententes anciennes bénéficiant du régime de validité provisoire, font naître d'autres types de difficultés (a).

---

<sup>1383</sup> Avant de se prononcer sur ce point, l'auteur réserve le cas où la Cour s'est prononcée, non pas sur le comportement des parties à la cause, mais sur des éléments qui conditionnent l'appréciation du litige au fond. Dans cette hypothèse, dit-il, on ne peut réellement parler d'affaires similaires. L'analyse de la Cour a alors une portée générale; elle s'impose aux juges. C'est dans l'hypothèse où la Cour ne s'est prononcée que sur le comportement ou l'accord litigieux que le problème se pose, et doit être résolu de la même façon que si la décision émanait de la Commission, in "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", R.T.D.E. 1992 / 2, p. 221.

<sup>1384</sup> D. BERLIN, "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités nationales", R.T.D.E. 1991, p.1.

<sup>1385</sup> En ce sens, V. F.C. JEANTET, "Le magistrat français devant le droit communautaire de la concurrence" R.J.Comm. 1987, p.201.

## a/ Sort des ententes anciennes

**551.** Les ententes "anciennes" bénéficient d'une validité provisoire. Cela a été évoqué<sup>1386</sup>. Tant que la Commission n'a pas statué sur leur sort, les juges ne peuvent les annuler. Même si elles sont manifestement anticoncurrentielles, ils doivent leur donner pleine efficacité, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers<sup>1387</sup>. On peut s'étonner qu'un droit qui relève de l'ordre public économique ait pu se satisfaire d'une règle (la validité provisoire) qui en compromettrait ainsi l'efficacité. Monsieur WAELBROECK estime que cette procédure aboutit à " *centraliser de manière excessive l'application des règles communautaires de concurrence auprès de la Commission, les parties lésées n'ayant plus qu'exceptionnellement l'occasion de faire valoir leurs griefs devant les tribunaux nationaux* " <sup>1388</sup>.

Du fait de la validité provisoire, la compétence exclusive du juge national est contournée, suspendue. Là n'était certes pas la finalité de ce mécanisme : ce sont des motifs de sécurité juridique qui ont présidé à son adoption<sup>1389</sup>. Mais là est une de ses conséquences. L'élimination temporaire du pouvoir d'annulation judiciaire engendre d'ailleurs des difficultés inextricables. L'hypothèse visée est celle où une entente ancienne, dont les effets ont été consacrés par le juge national, se verrait ultérieurement condamnée par la Commission des Communautés. L'accord devrait logiquement être considéré comme nul *ab initio*. La sécurité initialement recherchée vole en éclat, tant pour les parties que pour les tiers. Cela peut emporter des conséquences absurdes. La responsabilité contractuelle d'une partie se refusant à exécuter l'accord jouissant d'une validité provisoire peut être engagée. Si cet accord est ultérieurement condamné, elle sera logiquement bien fondée à exiger la restitution des dommages et intérêts qu'elle avait versés.

---

<sup>1386</sup> Cf. chapitre précédent, § 479.

<sup>1387</sup> C.J.C.E. 14 déc. 1977, DE BLOOS, aff. 59/77, Rec. p.2359 ; C.J.C.E. 10 juill. 1980, aff. 253/78, 1/79 à 3/79, 99/79, Guerlain, Estée Lauder, Lancôme, Rec. 2327 .

<sup>1388</sup> **J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK**, "Le droit de la CEE", vol.4, p.170,171.

<sup>1389</sup> Cf. chapitre précédent, §479.



## **b/ Sort des ententes nouvelles**

**552.** Les ententes nouvelles ne bénéficient pas de la validité provisoire. Les entreprises sont désormais censées connaître le contenu de la politique de la concurrence <sup>1390</sup>. Celles qui transgressent les règles s'exposent à une sanction immédiate. Leur sort est différent selon qu'il y a eu ou non engagement de procédure de la part de la Commission. Nous envisagerons successivement les deux hypothèses.

### b1/ Compétence du juge en présence d'un engagement de procédure

**553.** Un engagement de procédure est une acte d'autorité émanant de la Commission manifestant sa volonté de procéder à une décision <sup>1391</sup>. Un simple accusé de réception d'une notification ou d'une demande d'attestation négative ne répond pas à cette exigence. En pratique, la Commission prend soin d'informer les entreprises concernées, et les autorités dont elles relèvent, de l'engagement d'une procédure. Celui-ci a pour effet de dessaisir les autorités nationales, qui doivent surseoir à statuer en attendant que la Commission se prononce.

Il est aujourd'hui établi que seules les instances chargées à titre principal d'appliquer les règles de concurrence sont des autorités nationales <sup>1392</sup>. En France, il s'agit du Conseil de la concurrence <sup>1393</sup>, de la première chambre de la Cour d'appel de Paris statuant sur recours contre les décisions du Conseil,

---

<sup>1390</sup> Pour un point de vue critique, Cf. Mme **SANSON-HERMITTE**, "Droit européen de la concurrence, Cohérence économique, Sécurité juridique", Thèse Dijon 1971, p.270.

<sup>1391</sup> C.J.C.E. 6 févr.73, aff. 46/72, **BRASSERIE DE HAECHT c/ Wilkin Janssen**, Rec. p.77 , J.D.I. 1974, 643 (note **R. KOVAR**).

Voir également C.J.C.E. 30 janv. 1974 , **B.R.T. c/ SABAM**, aff. 127/73, Rec. 51.

<sup>1392</sup> La notion d'autorité nationale a été très controversée. La jurisprudence de la Cour resta incertaine jusqu'à l'arrêt **B.R.T. SABAM** (Sté belge des auteurs) du 30 janvier 1974, aff. 127/73, Rec. 51. La Cour décida à cette date que les autorités nationales qui appliquent l'article 85.1 (ou 86) à titre incident ne sont pas des autorités désaisies. C'est la volonté de ne pas priver les particuliers des droits qu'ils tirent du Traité lui-même qui a justifié cette solution. Elle est encore contestée à l'heure actuelle. Cf. **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, op. cit. 5e éd., § 772.

<sup>1393</sup> Le Conseil a sursis à statuer dans l'attente que le Tribunal de première instance se prononce dans une décision 91-D-53 du 26 nov. 1991, aff. "QUANTEL", Rapport pour 1991, annexe 60, p.139. Le Tribunal avait en effet été saisi d'un recours contre une décision de la Commission ayant refusé d'exempter l'accord litigieux. Le Conseil s'est prononcé définitivement sur cette affaire le 4 mai 1993, dans une décision 93-D-11, Rapport d'activité 1993, annexe 18, p. 165.

ainsi que de la Cour de cassation dans le même cadre. La question est plus délicate concernant les juridictions pénales : celles-ci sont parfois spécialement chargées d'appliquer certains textes de droit de la concurrence <sup>1394</sup>. Les juridictions civiles, commerciales et administratives n'ont, elles, reçu aucune dévolution de compétence pour appliquer les règles de concurrence. Le fondement de la demande portée devant ces juridictions *"est d'obtenir au profit d'une partie une condamnation à des dommages et intérêts, ou encore l'exécution d'un contrat, ou encore le droit de ne pas le respecter (exception de nullité), et n'est donc pas directement la sanction des règles de concurrence. Si ce résultat est atteint, il ne le sera que de manière incidente, réflexe, et seulement dans le cadre du litige soumis à la justice"* <sup>1395</sup>. N'étant pas des autorités au sens du Règlement n°17 <sup>1396</sup>, elles ne sont pas tenues de surseoir à statuer.

Rappelons également que la notification n'a pas d'effet suspensif et que le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'impose naturellement pas aux autorités communautaires : la Commission n'est pas liée par une décision d'annulation qui n'a d'effet que dans l'ordre interne. Un accord peut donc être annulé par un tribunal sur le fondement du droit communautaire - et cette nullité vaut *ab initio* - pour être ensuite déclaré valable par la Commission. Cette validité rétroagira à la date de formation de l'accord si celui-ci est jugé conforme à l'article 85, paragraphe 1 <sup>1397</sup>. En revanche, elle ne rétroagira qu'à la date de la notification de l'accord si l'accord est exempté au titre du paragraphe 3. L'absurdité de la situation est patente et a été souvent dénoncée. C'est pour y remédier que la Cour de Justice a posé les bases d'une coopération rationnelle entre les instances communautaires et nationales.

---

<sup>1394</sup> Les juridictions pénales sont ainsi chargées d'appliquer les articles 34 (imposition de prix minima) et 52.1 (diffusion sur le marché d'informations mensongères et calomnieuses) de l'ordonnance du 1er décembre 1986. On peut sans doute les considérer comme des autorités nationales dans le cadre de cette compétence. La réponse est plus incertaine lorsqu'elles appliquent l'article 17 de l'ordonnance, qui incrimine le fait d'avoir frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation, et la mise en oeuvre d'une pratique anticoncurrentielle interdite. Certains auteurs estiment que le juge n'est alors pas saisi à titre principal de l'entente ; il doit se prononcer sur le comportement de personnes physiques. En ce sens, **L. IDOT**, "L'interférence du droit interne et du droit communautaire de la concurrence", Petites affiches n°39 du 30 mars 1988.

Contra, V. **C. GAVALDA** et **R. PARLEANI**, op. cit. n°1136. Le débat reste ouvert.

<sup>1395</sup> **C. GAVALDA** et **G. PARLEANI**, op., cit., n° 1137, p.807.

<sup>1396</sup> Cf. C.J.C.E. 30 avr. 1986, aff. jointes 209 à 213/84, Rec. 1425. Pour une application en France: Cass. Comm. 26 mars 1979, Ateliers de construction de Compiègne, J.C.P. Ed. C.I., 1980, 13212. Voir également Cass. Comm. 18 févr. 1992, Epoux Grumbert c/ Compagnie de raffinage et de distribution Total France: *"Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que la restriction résultant du paragraphe 3 de l'article 9 du règlement n°17 (...) ne s'applique pas à la Cour d'appel (de Paris) statuant sur un recours formé contre un jugement du Tribunal de commerce, qui ne constitue pas une "autorité d'un Etat membre" au sens du dit règlement."* R.J.D.A. 5/92, n°478.

<sup>1397</sup> Cette hypothèse est assez improbable, compte tenu, d'une part, de la proximité des législations française et communautaire, et, d'autre part, de la maîtrise croissante des mécanismes communautaires par les juridictions nationales.

**555.**Dans un arrêt "Stergios Delimitis" du 28 février 1991 <sup>1398</sup>, la Cour a pris soin de rappeler les compétences respectives de chacune. La notion de doute sérieux est érigée en critère de la nécessité du sursis à statuer pour les juridictions nationales. La Cour énonce que si "*les conditions d'application de l'article 85 § 1 ne sont manifestement pas réunies et s'il n'existe, en conséquence, guère de risque que la Commission se prononce différemment, le juge national peut poursuivre la procédure pour statuer sur le contrat litigieux. Il en va de même lorsque l'incompatibilité du contrat avec l'article 85, paragraphe 1, ne fait pas de doute et que, compte tenu des règlements d'exemption et des décisions précédentes de la Commission, le contrat ne peut en aucun cas faire l'objet d'une décision d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3*". Lorsqu'un doute existe, le sursis à statuer s'impose, non pas juridiquement, mais dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

L'essentiel des observations de la Cour a été repris par la Commission dans sa communication du 13 février 1993. Afin de mesurer la probabilité d'une exemption ou d'acquiescer la certitude d'une condamnation, la Commission invite le juge à se référer à la jurisprudence de la Cour et du Tribunal ainsi qu'à la pratique réglementaire et décisionnelle de la Commission. Les rapports annuels sur la politique de la concurrence constituent également des outils précieux.

**556.**Malgré ces différents soutiens, certaines difficultés restent imparables. La notion de doutes sérieux est subjective. Les juges peuvent être certains d'une solution qui, en réalité, ne s'imposait pas avec évidence. Une affaire "Quantel" de la Cour de cassation en constitue une bonne illustration <sup>1399</sup>. Un accord de cession d'entreprises, notifié à la Commission, a abouti à une répartition de marchés. La Cour de cassation condamne l'accord en des termes assez radicaux. La Commission européenne se prononce sur lui quelques mois plus tard. Elle condamne également l'accord. Toutefois, le caractère illicite de celui-ci n'est établi qu'au terme d'une motivation hésitante : la Commission s'interroge longuement sur l'applicabilité du règlement 418/85 relatif à l'exemption des accords de recherche et de développement <sup>1400</sup>. Le contentieux aurait donc pu avoir une issue, sinon moins heureuse, du moins plus problématique.

**557.**C'est pour éviter ce risque d'erreur qu'une procédure d'avis a été instaurée. Elle permet aux juridictions de surseoir à statuer pour demander différentes informations à la Commission. Les renseignements qui peuvent être sollicités sont d'ordre procédural, juridique, ou factuel. A l'occasion

---

<sup>1398</sup> Aff. C 234/89, Rec. I, p.935.

<sup>1399</sup> Com. 25 mars 1991, Bull. civ. IV, n°120.

<sup>1400</sup> En ce sens, **L. IDOT**, " L'application du principe de subsidiarité en droit de la concurrence", Dalloz 1994, chr.37.

de cet avis, la Commission n'aborde pas le fond de l'affaire. Sa position n'est pas définitive et ne lie pas le juge national qui la mandait.

Les auteurs ont relevé le caractère novateur de l'invitation faite aux juges à se prononcer sur les conditions d'application de l'article 85, § 3. En même temps, ils ont déploré le risque de dérive qui en découle <sup>1401</sup> ainsi que le caractère inachevé de la construction dessinée par les instances communautaires. Selon Monsieur VOGEL, *"la communication n'est qu'un pis aller. Dans la mesure où les autorités communautaires n'ont pas voulu procéder à une modification formelle des compétences entre la Commission et les juridictions nationales, elles imposent à ces dernières de procéder à l'appréciation à laquelle se livrerait normalement la Commission tout en ne leur reconnaissant pas les pouvoirs de décision afférents"* <sup>1402</sup>.

On peut s'interroger sur l'opportunité actuelle de l'exclusivité reconnue à la Commission en matière d'exemption. Le recours conjugué à la règle de raison et aux principes dégagés par la communication du 13 février 1993 aboutit indirectement à un transfert de compétences vers les juridictions nationales. Donner à ce transfert une véritable consécration serait sans doute source de sécurité juridique.

Selon Monsieur BERLIN, la compétence exclusive de la Commission ne résulte pas de l'article 9 du règlement 17/62. Celui-ci ne concernerait que les autorités nationales au sens ci-dessus défini. L'auteur estime que c'est l'absence d'invocabilité directe attachée à cet article qui fait obstacle à son utilisation par les tribunaux pour trancher un litige d'ordre privé <sup>1403</sup>. Si l'on adoptait cette analyse, l'on pourrait arguer de la pratique décisionnelle et réglementaire des instances communautaires pour prétendre que l'article 85, § 3, a acquis les caractères nécessaires à l'applicabilité directe qui lui faisait initialement défaut. Pour intéressante qu'elle soit, la proposition de Monsieur BERLIN nous semble cependant contestable. L'article 9 du règlement n°17 ne fait référence aux autorités nationales qu'en son alinéa 3. L'alinéa premier dispose que *"...la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, §1, inapplicable conformément à l'article 85, §3, du Traité"*. Cela ne semble pas susceptible d'interprétation. L'exclusion de toute compétence nationale y est clairement affirmée. Ce n'est donc pas dans la lettre du règlement 17 que l'on peut trouver les fondements d'une décentralisation des compétences. Ce texte consacre au contraire les pouvoirs de la Commission.

---

<sup>1401</sup> Mademoiselle **IDOT** déplore l'absence de garantie procédurale entourant cette possibilité d'avis, et relève que la liberté du juge n'est que de pur principe : *"on imagine mal un juge consulaire français peu rompu au droit communautaire de la concurrence s'écarter de la position donnée par la Commission s'il a jugé opportun de la saisir"*. V. "Application du droit de la concurrence par les autorités nationales", Europe avril 1993, n°173.

<sup>1402</sup> **L. VOGEL**, commentaire de la communication à la revue Contrats-Conc.-Consom., mars 1993, n°57.

<sup>1403</sup> **B. BERLIN**, "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", R.T.D.E. 1991 n°3, p.414.

**558.** Une autre solution serait envisageable, mais sans doute prématurée. Elle consisterait à donner plein effet à la coopération actuellement prônée entre les instances nationales et communautaires. Le principe de primauté porte en germe le caractère unilatéral de l'influence exercée. L'application uniforme du droit communautaire en dépend. Mais l'on pourrait entrevoir, dans une Europe aux principes bien assimilés et appliqués sans défaillance par les instances nationales, la possibilité d'une autorité réciproque des décisions rendues respectivement dans chaque ordre juridique. La coopération serait alors, pourrait-on dire, "synallagmatique". De façon moins utopique, l'on pourrait souhaiter que la Commission soit systématiquement avisée du résultat des procès civils ayant traité de la même affaire qu'elle. Ceci pourrait éviter les contrariétés d'analyse.

Ce n'est peut-être pas une pure utopie. Les instances communautaires semblent déjà attentives aux décisions adoptées dans l'ordre juridique interne. Une décision du Tribunal de première instance en date du 27 février 1992 est particulièrement intéressante.

En 1985, les laboratoires Vichy notifient à la Commission un système de distribution sélective, limité à la France, et réservant la distribution des produits aux seuls pharmaciens d'officine. La Commission n'engage pas de procédure. Le Conseil de la concurrence, appelé à se prononcer sur la validité de cette entente en 1987, n'est donc pas dessaisi. Il condamne la pratique dans une décision du 9 juin 1987, sur le double fondement du droit français et du droit communautaire <sup>1404</sup>. Les décisions successives de la Cour d'appel <sup>1405</sup> et de la Cour de Cassation <sup>1406</sup> confortent l'analyse du Conseil. Les laboratoires notifient alors un double système à la Commission. Le premier, applicable au territoire français, est conforme aux prescriptions du Conseil. Dans le second, qui couvre le territoire des autres Etats membres, les clauses originaires sont en revanche maintenues. Saisie de ce dernier, la Commission le prive en 1991 de son immunité d'amendes <sup>1407</sup>. Sa décision est confirmée par le

---

<sup>1404</sup> Décision 87-D-15 du 9 juin 1987, B.O.C.C.R.F. 1987, p.177. La valeur de cette décision a été saluée en doctrine. M. **BOLZE** relève que le Conseil: "*associe dans ses motifs les règles communautaires aux règles internes (anciennes et nouvelles) pour en tirer une conception synthétique, cohérente et efficace, des préceptes de concurrence*", Dalloz 1989, JP, p.499.

<sup>1405</sup> Paris, 1ère ch. A, 28 janv. 1988, Dalloz 1989, 499 (note **C. BOLZE**).

<sup>1406</sup> Com. 25 avr. 1989, Dalloz 1990, 64 (note **A.M. LAVILLAINÉ JULIET**).

<sup>1407</sup> Commission 11 janv. 1991, J.O.C.E. du 21 mars 1991, J.C.P. E. suppl. 6/1991, p.4, obs. **M.C. BOUTARD-LABARDE**.

Nous savons que la notification d'une entente à la Commission immunise celle-ci contre toute amende pour les agissements de l'entreprise postérieurs à la notification et antérieurs à la décision de la Commission. La Commission peut cependant lever cette immunité si elle estime, après examen provisoire, que la pratique est anticoncurrentielle et non susceptible d'exemption. Sur ce point, Cf. chapitre précédent sur l'exemption.

Tribunal dans un arrêt du 27 février 1992 <sup>1408</sup>. Le fait intéressant est que la condamnation préalable du Conseil de la concurrence est une pièce essentielle de la motivation respective des instances communautaires. S'appuyant sur le fait que le Conseil a antérieurement établi l'infraction, tant au regard du droit français que du droit communautaire, et enjoint à l'entreprise de modifier son comportement, le Tribunal en conclut que *"la Commission n'a commis aucune erreur de droit non plus qu'aucune erreur d'appréciation en prenant en compte les solutions retenues en droit national français pour apprécier le caractère grave et manifeste de l'infraction constatée, dans le cadre de l'examen provisoire qu'elle a effectué"*.

La solution française ne liait pas le juge communautaire <sup>1409</sup> mais il est remarquable que celui-ci ait pu, *"à bon droit"*, fonder le caractère manifeste de l'infraction sur les constatations effectuées dans le cadre d'un contentieux national. On objectera sans doute que la décision de référence émanait du Conseil de la concurrence, autorité spécialisée, et non d'une juridiction de droit commun. Les juges ne possèdent peut-être pas encore la maîtrise des mécanismes communautaires qui leur permettrait de conférer à leur jugement une autorité comparable à celle du Conseil. Il est toutefois notable que les progrès effectués en cette matière sont rapides et importants. Il n'est donc pas déraisonnable d'imaginer que, dans quelques années ou décennies, les juges seront parfaitement rompus aux subtilités du droit européen. L'exemple cité n'a d'autre fonction que de laisser augurer ce que pourraient être les relations entre les Etats et la Communauté dans un avenir assez proche. On restituerait ainsi aux juges la plénitude de leur compétence en matière d'annulation.

Cette remarque ne contredit pas l'observation selon laquelle le droit de la concurrence répugne à se fondre dans les mécanismes de droit commun. On voit en effet que la soumission de ce dernier aux impératifs communautaires est une condition de l'intégration. Le droit de la concurrence, national ou communautaire, modèle le droit commun. Ensuite seulement il s'y intègre.

Il faut maintenant envisager la situation du juge en l'absence de toute intervention communautaire.

---

<sup>1408</sup> T.P.I.C.E., 2ème ch., 27 fév. 1992, aff. T 19/91, Rec. 1992, II - 415, Dalloz 1993, JP p. 406 (note **M. KOSTIGOFF**). Cf. également **B. GENESTE**, "Le contentieux des règles communautaires de concurrence en 1992", Gaz. Pal. europ. n°8 et 9, du 9 et 10 avril 1993, doct. p.42, et spéc. p.50.

<sup>1409</sup> C.J.C.E. 28 mars 1985, aff. 298/83, CICCE, Rec.1105 : dans cette affaire, la Couré nonce que l'autonomie de la Commission interdit que l'interprétation des organismes nationaux s'impose à elle.

b2 : Compétence du juge en l'absence de toute intervention communautaire.

**559.** L'hypothèse que nous allons envisager maintenant est assez rare <sup>1410</sup>. C'est celle d'une double absence : absence d'engagement de procédure par la Commission, absence de décision communautaire rendue dans la même affaire ou dans une affaire similaire. Si l'accord litigieux a été notifié à la Commission, sans susciter chez cette dernière un "acte d'autorité", le juge peut demander à la Commission "*un avis sur les délais probables de l'octroi ou du refus d'une exemption individuelle (...) en vue de déterminer les conditions d'une éventuelle décision de sursis à statuer ou la nécessité d'adopter des mesures provisoires*". La Communication l'y autorise <sup>1411</sup>. En l'absence de notification, il n'est en revanche plus question d'un sursis à statuer "salvateur", dans l'attente que l'autorité communautaire se prononce. Le juge national va être appelé à appliquer directement les normes communautaires d'effet direct <sup>1412</sup>. Une fois encore, l'on se heurte au problème des exemptions. Le juge national peut estimer que les prescriptions d'un contrat relèvent de l'article 85, § 1, mais il ne peut l'exempter au titre de l'article 85, § 3. Cela est sans conséquence si l'entente n'est manifestement pas susceptible d'exemption. La nullité s'impose. Soulignons simplement qu'en l'absence de tout précédent jurisprudentiel, ce caractère manifeste peut s'imposer avec moins d'évidence. Que peut faire le juge s'il estime les conditions de l'article 85, § 3, réunies, sinon constater tout de même la nullité? Un recours préjudiciel en interprétation, fondé sur l'article 177 du Traité, ne semble d'aucun secours. La norme communautaire à appliquer est claire. Ce n'est même pas véritablement son application au cas d'espèce qui fait difficulté : le juge a, par hypothèse, acquis la certitude que l'acte est susceptible d'exemption. Qui plus est, un tel recours apparaîtrait totalement inutile. Même si le juge avait besoin d'être éclairé, l'interprétation de portée abstraite et générale que lui fournirait la Cour ne l'autoriserait pas à exempter l'accord. Il a l'obligation de l'annuler, sans pouvoir décliner sa compétence <sup>1413</sup>. Ici encore l'on est confronté à ce paradoxe qu'un contrat valable

---

<sup>1410</sup> Cf. **D. BERLIN** : "*Le vide de précédent devient rarissime et il existe toujours une décision ou un arrêt auquel se référer*", in "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", R.T.D.E. 1991, n°2, p.224, § 72.

<sup>1411</sup> Point 37 de la communication.

<sup>1412</sup> Cette remarque est valable pour toutes les autorités nationales, qu'elles soient de nature juridictionnelle ou administrative.

<sup>1413</sup> Un arrêt du 26 mars 1979 de la Cour de Cassation illustre bien le fait que le refus pour un juge d'analyser la validité d'une entente sur le fondement de l'article 85 § 1 et d'en tirer les conséquences est un motif de cassation : Comm. 26 mars 1979, J.C.P. Ed. "C.I.", 1980, II, n° 13212, (note **F.C. JEANTET**). Cf. **C. GAVALDA et G. PARLEANI**, Traité de droit communautaire des affaires", 2ème éd., n°1159, p.822.

est annulé. La reconnaissance d'un pouvoir d'exemption au juge national apparaît décidément bien nécessaire. Le lui refuser incite en fait les entreprises à saisir systématiquement la Commission, ce qui laisse irrésolu, nous l'avons dit, le problème des conséquences civiles d'une déclaration d'illicéité. Ce n'est en outre conforme, ni au principe de décentralisation des compétences, ni à la volonté d'encourager les actions privées.

La situation du magistrat français, appelé à se prononcer sur le fondement du droit communautaire, est donc extrêmement délicate. Sa liberté est encadrée dans des limites étroites, constituées tantôt par une décision communautaire préalable dont il est tenu d'assurer l'efficacité, tantôt par son incompétence matérielle.

Sans jouir, loin s'en faut, d'une totale liberté d'appréciation, sa situation dans l'hypothèse d'une application du droit national, en présence d'une procédure communautaire parallèle ou préalable, apparaît plus enviable.

#### ***B -APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS PAR LE JUGE NATIONAL, SOUS L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE .***

**560.** Il y a ici cumul de procédures : le magistrat est invité à appliquer le droit national à un comportement ayant préalablement fait l'objet d'une décision communautaire ou qui fait actuellement l'objet d'une procédure devant les autorités européennes. Le risque de contrariété est évident : les deux instances ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Un auteur a relevé que "*l'ordre juridique communautaire est dominé par le souci d'unification du marché commun. Tandis que l'ordre national est influencé par des considérations politiques*"<sup>1414</sup>. C'est pourquoi la compétence nationale n'existe que "*sous réserve que cette mise en oeuvre du droit national ne puisse pas porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet direct des actes d'exécution de celui-ci*"<sup>1415</sup>.

L'interférence du droit communautaire est plus importante lorsque les instances européennes se sont déjà prononcées sur la pratique litigieuse (1) qu'en présence d'un simple engagement de procédure (2).

---

La seule possibilité laissée au juge, nous l'avons déjà relevée, est d'inciter les entreprises à notifier leur accord à la Commission et, si celle-ci engage une procédure, de surseoir à statuer. Plusieurs années peuvent cependant s'écouler avant qu'une décision de la Commission n'intervienne (dans la mesure où elle intervient).

<sup>1414</sup> F. C. JEANTET, article précité.

<sup>1415</sup> C.J.C.E. 13 fév. 1969, Farnfabrik Bayer AG et A c/ Bundeskartellamt, dit WALT WILHEM, Aff. 14/68, Rec. p.1.



**1/ Portée d'une décision communautaire préalable sur la solution d'un contentieux national.**

Cette portée dépend, ici encore, du type de décision adoptée.

**a/ Un accord interdit ou un comportement déclaré abusif par la Commission ne peut être reconnu valable par le juge national.**

**561.** En effet, une décision prise sur le fondement de l'article 85 "*s'impose aux juridictions nationales en tant qu'elle établit le caractère illicite et fautif des agissements*"<sup>1416</sup>. L'illicéité communautaire se double nécessairement d'une illicéité nationale. Il ne saurait être question d'une légitimation de l'accord sur le fondement de l'article 10 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986<sup>1417</sup>. La Cour d'appel de Paris a récemment fait application de ce principe. Elle a posé qu'une "*entente prohibée par les règles communautaires de la concurrence ne peut être tolérée en référence au droit interne; qu'il n'y a lieu en conséquence de rechercher si la publication du barème des honoraires de consignation entre dans les prévisions de l'article 10 - 2 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, étant en outre observé que les motifs sus énoncés relatifs à l'improbabilité d'une exemption sur le fondement de l'article 85, paragraphe 3, du Traité, suffirait à en écarter l'application*"<sup>1418</sup>.

**562.** Le cumul d'infractions impose logiquement un cumul de sanctions. Cette question a été débattue en matière de sanctions pécuniaires. La superposition d'une amende nationale à une amende communautaire est parfaitement licite, le préjudice causé à l'économie nationale étant distinct du préjudice causé à la Communauté. La Cour a cependant considéré dans l'affaire "Walt Wilhem" que

---

<sup>1416</sup> R. HOUIN, "Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence", Annales de la faculté de Liège, 1963, p.59. La remarque était formulée à propos de l'article 86, mais elle est transposable à l'article 85.

<sup>1417</sup> En principe, l'applicabilité de l'article 10.1 devrait seule soulever des difficultés (même si, à notre connaissance, aucun ne s'est encore posé). En effet, la quasi-identité des critères de la contribution au progrès économique en droit français et en droit communautaire rend peu probable une légitimation sur le fondement de l'article 10.2 qui n'aurait pas été retenue sur le fondement de l'article 85, § 3. Sur le même problème.

<sup>1418</sup> Paris 1ère ch. conc., 3 mars 1993, relatif au recours formé par la société F.A.C.A.M. (agents consignataires de navires), B.O.C.C.R.F. du 26 mars 1993, p.103.

*"une exigence générale d'équité (...) implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction "*<sup>1419</sup>.

La nullité ne semble pas soulever les mêmes difficultés. L'on sait qu'elle a un effet rétroactif. Si le juge constate une nullité sur le fondement du droit français, et que cette nullité se superpose à la nullité de plein droit édictée par le Traité de Rome, cela est sans incidence : tout a déjà été effacé. Le problème du cumul ne semble donc pas se poser.

**b/ Une décision déclarant licite ou validant un accord ou une pratique a une portée variable pour le juge national.**

**563.**L'incidence d'une exemption et d'une lettre de classement a été étudiée dans l'hypothèse où le juge national se prononce sur la licéité communautaire d'un acte ou d'une pratique. Leur portée est la même lorsque le juge statue sur le fondement du droit national : absence de pouvoir d'annulation dans le premier cas, liberté "sous influence" dans le second. Une difficulté surgit toutefois. En droit communautaire, la décision d'exemption ne rétroagit qu'au jour de la notification de l'accord ou de la pratique <sup>1420</sup>. La nullité reste attachée aux effets déployés par l'acte avant sa notification. Quelle est la liberté du juge français concernant cette phase intermédiaire? Doit-il déduire de cette "nullité communautaire", circonscrite dans le temps, la "nullité française" des effets de l'acte pendant la même période? Doit-il au contraire ne s'attacher qu'au principe de la validation consacré par la décision d'exemption? La deuxième solution semble plus pertinente. Le droit français est en ce domaine moins complexe que le droit communautaire : il ne pose pas de butoir à la validation. De plus, le principe de primauté impose qu'un accord jugé conforme aux prescriptions du Traité soit déclaré intégralement valable en droit interne, sans que le jeu de la notification, obstacle purement technique, puisse ici avoir une quelconque incidence. Le principe de non-rétroactivité de l'exemption à une date antérieure à la notification permet à la Commission d'exercer son contrôle sur les procédures communautaires. Elle lui permet aussi d'asseoir l'exclusivité de ses compétences en matière d'exemption. Ces préoccupations sont étrangères au droit national. Il semble donc qu'une décision de validation communautaire fait obstacle au prononcé de toute nullité dans un contentieux purement interne, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la période précédant la notification.

---

<sup>1419</sup> C.J.C.E. 13 février 1969, WALT WILHEM, Aff. 14/68, Rec. 1.

<sup>1420</sup> Il faut cependant réserver le cas des ententes dispensées de notification par le règlement n°17/62 (cf. sur ce point chapitre précédent, §297). Parmi celles-ci, figure le cas des ententes ressortissant à un seul Etat membre (cf. article 4 du règlement).

**564.**L'incidence d'une attestation négative est également délicate à déterminer. Il est bien établi qu'une telle décision exclut toute annulation fondée sur l'article 85, §2. Il est en revanche débattu de ses conséquences sur l'application des règles nationales. En l'absence de solution claire, la plupart des auteurs proposent d'analyser les motifs de la décision <sup>1421</sup>. Des concepts fondamentaux, tels que celui d'affectation du commerce entre Etats membres ou de marché servent de critère d'applicabilité du droit communautaire. Ils vont circonscrire la marge de liberté laissée au juge national. Les solutions proposées en doctrine sont les suivantes :

- Une attestation fondée sur l'absence d'affectation du commerce entre Etats membres ne s'imposerait pas au juge national, car elle ne préjuge pas de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de la pratique à l'intérieur de l'Etat membre <sup>1422</sup>.

- En revanche, une attestation fondée sur l'absence d'effet restrictif d'une entente lierait les juges <sup>1423</sup> car elle présuppose une appréciation sur la licéité même des pratiques. Cette conclusion est jugée trop radicale par certains auteurs, qui considèrent qu'une telle attestation recouvre encore deux réalités différentes:

*"Soit la Commission estime que la pratique n'est pas visée par l'article 85, comme elle a pu le dire à propos de certaines filiales communes : il paraît dans ce cas difficile d'affirmer que l'attestation négative exprime un jugement favorable. Soit cette décision est prise au motif que l'accord stimule la concurrence ou contribue à la réalisation de certains objectifs du Traité, et la jurisprudence Metro / SABA relative aux accords de distribution sélective, en est un bon exemple : la Commission exerce, dans ce cas, "une action positive, quoique indirecte, en vue de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans*

---

<sup>1421</sup> En ce sens, V. **O. LOY**, "L'application en France du droit communautaire de la concurrence", R.T.D.E. 1980, p.439, et spéc. p.456, **A. DECOCQ**, op. cit. p.155, **J. JEANTET**, "Le magistrat français devant le droit communautaire de la concurrence", R.J.Comm.1987, p.201; **L. IDOT**, "L'interférence du droit communautaire et du droit interne de la concurrence", Petites affiches du 30 mars 1988, p.20, § XXII; **L.** et **J. VOGEL**, "Le droit européen des affaires", 1992, p.65.

Contra **J. SCHAPIRA**, **G. LE TALLEC**, **J.B. BLAISE** pour lesquels une décision d'attestation négative laisse toute latitude au juge, sans qu'il y ait apparemment lieu d'analyser les motifs décisifs, in "Droit européen des affaires" p.333.

<sup>1422</sup> De la même façon, une décision de la Commission établissant qu'une entreprise ne détient pas de position dominante au plan communautaire n'exclut pas une analyse différente au plan national. Ici, c'est la délimitation du marché pertinent qui peut justifier une différence d'appréciation. Lorsqu'est en jeu la simple applicabilité du droit communautaire (la délimitation de son champ d'application) les instances nationales ont toute latitude. La nullité peut être prononcée.

<sup>1423</sup> Il en serait de même d'une décision fondée sur l'absence d'abus de position dominante, une fois la position dominante établie.

Il faut en revanche réserver l'hypothèse où c'est l'absence d'effet sensible qui a justifié l'attestation. Dans ce cas, le juge national est fondé à développer une analyse différente au plan interne.

*l'ensemble de la Communauté, conformément à l'article 2 du Traité" (pour reprendre les termes de l'arrêt Walt Wilhem "<sup>1424</sup>.*

Les distinctions proposées impliquent toutes une discussion, par nature délicate, sur la motivation des attestations <sup>1425</sup>. La prudence semble de mise, les notions utilisées étant difficiles à cerner et évolutives. Il est donc difficile à l'heure actuelle d'adopter une position de principe sur la portée de ces décisions.

## **2/ Incidence d'un engagement de procédure communautaire sur la solution d'un contentieux national.**

**565.**L'engagement d'une procédure communautaire, parallèlement au procès civil, n'oblige pas les juridictions françaises à surseoir à statuer. Le motif en est double. Le premier tient à la nature de l'organisme qui statue : les juridictions ne sont pas des autorités nationales au sens de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n°17 <sup>1426</sup>. Cet argument n'est toutefois pas fondamental. En effet, dans un litige concernant l'application du droit national, les autorités spécialisées ne sont pas davantage obligées à surseoir : cette obligation n'existe que lorsqu'est en cause un problème d'application du droit communautaire.

Le risque de contrariété de décisions existe pourtant : une entente annulée sur le fondement de l'article 9 de l'Ordonnance peut être ultérieurement exemptée par la Commission sur le fondement de l'article 85, § 3, du Traité. La contradiction est difficile à résoudre. Le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'impose pas à la Commission et l'on ne dispose pas des mêmes éléments de solution que précédemment. La communication du 13 février 1993 n'envisage quasiment pas l'hypothèse d'une application concurrente du droit communautaire et du droit national <sup>1427</sup>. L'identité de problème semble cependant impliquer une identité de solution : lorsque le juge a la certitude qu'un comportement anticoncurrentiel va être exempté par la Commission, il est préférable pour lui de surseoir à statuer dans l'attente de la décision communautaire. Ce problème ne doit pas être exagéré : la proximité des législations et l'identité des critères de contribution au progrès économique rendent

---

<sup>1424</sup> **B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL**, "Droit commercial européen", 5ème édition, § 951, p. 751.

<sup>1425</sup> En ce sens, **C. GAVALDA et G. PARLEANI**, "Traité de droit européen des affaires", § 1182. Ajoutons que la Commission se contente souvent d'envoyer aux entreprises des lettres de classement, lesquelles n'indiquent pas précisément les motifs de l'absence de poursuite.

<sup>1426</sup> Cf. supra § 553.

<sup>1427</sup> **L. IDOT**, commentaire précité aux Ed. techn. Europe avril 1993, n° 173.

peu probable une telle différence d'appréciation. Le juge national, convaincu d'une exemption communautaire à venir, estimera très certainement que ce même comportement est exemptable sur le fondement de l'article 10.2.

L'on voit que le droit communautaire exerce une influence très nette sur la solution d'un contentieux national. Il convient à présent d'étudier l'incidence des décisions émanant des autorités de la concurrence françaises.

## **PARAGRAPHE 2 : INCIDENCE D'UNE DECISION (OU D'UN AVIS) EMANANT DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE FRANÇAISES .**

**566.**En France coexistent deux catégories d'instances de contrôle des comportements anticoncurrentiels : le Conseil de la concurrence et le juge. Le justiciable est entraîné "*dans les affres du dualisme juridictionnel*"<sup>1428</sup>. Une instance en annulation peut être engagée devant le juge civil ou commercial, parallèlement ou postérieurement à une saisine contentieuse du Conseil<sup>1429</sup>. Il importe donc d'analyser si, et dans quelle mesure, ces deux procédures peuvent interférer.

L'indépendance des instances peut avoir pour conséquence qu'un même comportement soit condamné deux fois ; le cumul des sanctions civiles (nullité, dommages et intérêts) et administratives (injonctions, amendes) est possible. Le Conseil l'a implicitement admis dans une décision du 27 mars 1990. Il a jugé recevable une saisine alors que l'entreprise accusée d'avoir abusé de sa position dominante (mais la solution est applicable par analogie aux ententes). Or, cette entreprise avait déjà été condamnée par une Cour d'appel pour les mêmes faits, qualifiés alors "d'actes de dénigrement"<sup>1430</sup>.

De façon plus inquiétante, l'indépendance procédurale peut conduire à des contrariétés de décisions (A). Les exemples sont rares. Il serait hasardeux d'en déduire une parfaite osmose entre les deux contentieux. C'est peut-être le faible nombre de procédures privées fondées sur les dispositions de l'Ordonnance qui explique ce fait. A l'aube d'un possible retour au judiciaire, il n'est pas inutile de

---

<sup>1428</sup> **J. C. LUCAS de LEYSAC**, "Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction?", R..J.Comm., 1992, p.273.

<sup>1429</sup> On ne peut en revanche envisager une compétence concurrente du Conseil et du juge administratif, la compétence de second excluant celle du premier. Le Conseil rappelle régulièrement qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la légalité d'actes administratifs (Rapport pour 1993, p.17).

<sup>1430</sup> Décision 90-D-12, rapport pour 1990, annexe 19, p.38. L'entreprise n'a finalement pas été condamnée, car elle n'a pas été jugée détenir une position dominante. L'important pour nous est la recevabilité de la saisine. En ce sens, **R. CAS** et **G. BOUT**, Lamy Conc. Consomm. 1993, n° 477.

rappeler les bases d'une coopération entre le Conseil et les tribunaux, et d'en proposer de nouvelles (B).

**A - LE RISQUE DE CONTRARIETE DE DECISIONS ENTRE LE JUGE DE L'ANNULATION ET L'AUTORITE REGULATRICE.**

**567.** Juridiquement, une décision émanant du Conseil n'a aucune incidence sur le résultat du procès civil. On ne peut ignorer le risque d'une appréciation divergente d'une même entente. Cela s'est déjà produit sous l'empire de l'Ordonnance de 1945 <sup>1431</sup>. L'objectif des autorités spécialisées (la préservation du marché) n'est en effet pas le même que l'objectif des juridictions (la préservation des droits subjectifs des particuliers) <sup>1432</sup>. D'autres problèmes se greffent sur celui-ci. Nous avons vu combien la définition et, plus encore, l'appréciation de l'illicite, étaient complexes en droit de la concurrence. Les théories de l'effet cumulatif, de l'effet sensible, ou la règle de raison, sont difficiles à mettre en oeuvre, car elles requièrent la prise en compte d'éléments dont le juge n'a pas nécessairement la disposition. Certaines supposent une analyse globale du marché. Celle-ci rend nécessaire une enquête que les juges n'ont pas les moyens de diligenter. La contribution d'une pratique au progrès économique peut également être délicate à apprécier pour qui n'a pas une vision prospective de l'état de la concurrence.

---

<sup>1431</sup> Est souvent cité souvent l'exemple d'une entente conclue entre réparateurs de matériel ferroviaire. La Commission technique des ententes avait estimé que cette entente devait être relevée de la prohibition en raison de sa contribution au progrès économique. La cour d'appel de Paris a au contraire estimé que le syndicat professionnel en cause avait excédé ses pouvoirs et commis une faute en éliminant l'entreprise plaignante. Elle a par ailleurs jugé inutile d'examiner si les faits contribuaient au progrès économique (Paris 9 nov. 1959, J.C.P. 1960, II, 11488, note **R. PLAISANT**). Cf. également l'exemple du groupement lainier Mazamétain, jugé valable par le T.G.I. de Castres le 13 mars 1970 (Dalloz 1970, 358) et condamné le 18 décembre de la même année par la Commission technique des ententes (Rapport pour 1970 et 1971, annexe n°4 et Recueil Lamy n°83).

<sup>1432</sup> En ce sens, Cf. **L. IDOT** ("Application du droit de la concurrence par les autorités nationales"), Europe avril 1993, n°173. Ce risque existe également lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice causé à l'entreprise victime. **M. LUCAS de LEYSSAC** observe que : "*la mise en oeuvre des principes traditionnels de la responsabilité civile par ( le juge judiciaire, ou dans certains cas, le juge administratif) s'avérera le plus souvent extrêmement délicate, sans que la décision du Conseil de la concurrence n'apporte généralement l'aide que l'on serait en droit d'en attendre. La raison tient à ce que le Conseil se préoccupe essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, du fonctionnement global d'un marché pour l'avenir et dans une perspective d'intérêt général. Il n'est donc pas étonnant que son analyse ne fournisse que fort peu d'éléments à ceux qui, tournés vers le passé, doivent se préoccuper d'intérêts particuliers en caractérisant avec précision une faute qu'ils doivent avec rigueur rapprocher d'un préjudice précisément évalué à l'aide d'une recherche au conditionnel passé extrêmement problématique dans un environnement économique caractérisé par l'interdépendance des variables.*", in "Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?" ; R.J.Comm. 1992, p.273.

Le juge, mal armé, peut parvenir à des conclusions différentes de celles adoptées par les autorités régulatrices. Ce risque existe, que la saisine du tribunal soit simultanée ou postérieure à celle du Conseil.

Dans l'hypothèse d'une procédure parallèle, aucune obligation de surseoir à statuer ne s'impose au juge. L'indépendance procédurale est totale. Un auteur relève justement qu'il *"n'existe pas de mécanisme comparable à l'autorité du criminel sur le civil entre l'administratif et ce dernier. C'est pourquoi on peut craindre que le juge civil, saisi par un particulier simultanément au Conseil de la concurrence, ne porte la même appréciation sur la validité des pratiques litigieuses au regard du droit de la concurrence"*<sup>1433</sup>.

Les mêmes problèmes risquent de se rencontrer dans l'hypothèse d'une procédure judiciaire postérieure à une procédure administrative. Aucune autorité de la chose jugée ne s'attache en effet aux décisions du Conseil. Ce point mérite d'être explicité.

Dans le silence de l'Ordonnance, la nature du Conseil a été discutée. Une décision du Conseil constitutionnel en date du 23 janvier 1987 a affirmé, sans l'étayer, *"la nature non juridictionnelle du Conseil"*<sup>1434</sup>. La controverse n'est pas pour autant éteinte. Les partisans d'une nature purement administrative s'appuient sur les fonctions consultatives du Conseil et sur son pouvoir d'auto-saisine, jugés incompatibles avec la reconnaissance d'un caractère juridictionnel. Ces objections ne sont pas jugés dirimants par leurs adversaires. Ceux-ci mettent en exergue l'importance des pouvoirs décisionnels du Conseil et sa procédure contradictoire<sup>1435</sup>. En dépit de la pertinence des arguments invoqués, nous nous rangeons à l'opinion d'un auteur, qui estime que seul le législateur pourrait lever

---

<sup>1433</sup> **F. DREIFUSS-NETTER**, "Droit de la concurrence et droit commun des obligations", R.T.D.Civ. 1990, p.369-393.

<sup>1434</sup> Cette opinion a été exprimée à l'occasion de l'annulation de la loi du 20 décembre 1986 tendant à transférer à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence : déc. 86/224 / DC, 23 janv. 1987, JO 25 janv.

<sup>1435</sup> Cf. **D. DANET**, "La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence", Thèse Rennes 1990, dactylographiée. Du même auteur, V. "Le conseil de la concurrence, juridiction incomplète ou juridiction innommée?", R.I.D.Eco. 1991, p.3, et thèse citée supra. Cf. également **C. CHAMPAUD**, pour lequel *"c'est très probablement l'institution de ce second degré de jugement confié à la Cour d'appel de Paris qui a achevé le franchissement du Rubicon qui sépare une autorité administrative, fut-elle indépendante, d'un tribunal"* ("Caractères du droit de la concurrence", Juris-class. conc. et consom., fasc. 30) et **X. de MELLO**, pour lequel le Conseil *"présente tous les caractères d'une juridiction"* ("L'ordonnance (modifiée) sur la concurrence et la constitution", Gaz. Pal. du 15 janv. 1987, doct. p. 27). Dans le même sens, V. **J. THREARD** ("Brève synthèse sur commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence") Petites affiches. du 30 mars 1987, p.12 et **F. C. JEANTET** ("L'esprit du nouveau droit de la concurrence", J.C.P. Ed. G, 1987, I, n°3277) ainsi que **R.MARTIN** ("La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence", J.C.P. 1990, I, n°3469) et **C. LUCAS de LEYSSAC**, article précité, qu'il conclut par un puissant *"Oui, il faut faire du Conseil une juridiction"...*

le doute sur sa nature juridique <sup>1436</sup>. En l'état du droit positif, et même si on le déplore, force est d'admettre que le Conseil n'est pas une juridiction au sens plein du terme. Il se qualifie d'ailleurs lui-même d'"*autorité non juridictionnelle*" <sup>1437</sup>. Ses décisions ne s'imposent pas aux juges, qui peuvent donc statuer dans un sens différent. Illustrons notre propos.

**568.** De nombreux cas de figure peuvent se présenter. Une entente anticoncurrentielle peut avoir été validée par le Conseil sur le fondement de l'article 10.2 <sup>1438</sup>. Une telle exemption suppose une analyse complexe de la pratique et de l'ensemble de ses répercussions. La même pratique, ou plus précisément une des principales clauses qui la sous-tend, est examinée par le juge civil, jugée illicite, et annulée. Le même type de difficultés peut se rencontrer si le Conseil estime qu'une entente, bien qu'illicite, n'apporte pas d'atteinte suffisamment sensible à la concurrence <sup>1439</sup>. Le juge peut, lui, s'en tenir au constat de la contrariété au texte. De quelle décision les participants à l'entente sont-ils alors autorisés à se prévaloir?

On peut tout autant imaginer l'hypothèse inverse d'une convention condamnée par l'autorité régulatrice, mais jugée valable par une juridiction. La théorie de l'effet cumulatif peut avoir cet effet. Il est possible qu'un contrat ne soit condamné par le Conseil que parce qu'il s'intègre à un ensemble de contrats du même type dont la globalité est jugée nuisible. Le juge, qui n'est saisi que d'une convention individuellement considérée, va logiquement la juger licite. Les entreprises sont donc civilement autorisées à poursuivre leur pratique. Chacune est même fondée à intenter une action contractuelle à l'encontre d'un cocontractant qui, fort de la décision du Conseil, prétendrait se soustraire à ses obligations. Ce dernier risque d'être condamné sur le fondement de l'article 1142 du Code civil. C'est peut-être curieusement la fonction dissuasive attachée à l'amende qui permettra d'éviter ce type de problème. Chaque partie à l'entente est en effet menacée d'amende si elle n'exécute pas l'injonction du Conseil. On sait que celui-ci prend en considération la bonne volonté de l'entreprise dans le calcul de la sanction. Gageons que le fait d'intenter une action judiciaire en exécution d'une convention

---

<sup>1436</sup> G. HENAFF, "Questions sur la nature juridique du Conseil de la concurrence", petites affiches 3 juin 1988, p.25.

<sup>1437</sup> Rapport pour 1993, p. XIII.

<sup>1438</sup> On peut prendre pour exemple, même si le problème a été résolu différemment par la Cour d'appel saisie de la décision du Conseil, l'affaire du Gaz liquéfié. (Décision 91-D-29, Rapport d'activité pour 1991, p.76.) Le Conseil a estimé dans cette affaire que la clause figurant dans un accord conclu entre les distributeurs de gaz et visant à interdire les échanges de bouteilles de gaz, bien qu'anticoncurrentielle, répondait aux conditions de l'article 10.2. Le juge civil, s'il avait été saisi, aurait pu développer une autre analyse, estimer la clause illicite et l'annuler. Pour une divergence d'appréciation de ce type ayant existé sous l'empire de l'ancien droit, Cf. affaire du matériel ferroviaire, citée supra note 88.

<sup>1439</sup> Ceci dans l'hypothèse où le Conseil accepterait de prendre en considération l'effet sensible d'une pratique, ce qui ne correspond pas à sa politique actuelle. Sur cette question, cf. §82 s.



condamnée par le Conseil sera considéré par ce dernier comme une circonstance aggravante. On peut donc penser que les entreprises s'abstiendront de le faire.

Le Conseil peut encore avoir enjoint à des entreprises de supprimer une clause de leur convention. Cette clause est jugée fondamentale par une partie, laquelle décide d'intenter une action devant le juge civil en nullité de l'intégralité de la convention. Le juge saisi désavoue le Conseil et estime la clause valable. Les difficultés précédemment décrites se doublent ici d'un autre problème. L'entreprise doit en effet choisir entre deux maux. Soit elle fait allégeance au Conseil, mais cette solution est insatisfaisante à deux titres : ayant supprimé la clause litigieuse de son contrat conformément à l'injonction, elle reste tenue d'exécuter le reste de la convention, par hypothèse sans intérêt pour elle, et elle encourt le risque d'une action contractuelle en dommages et intérêts pour avoir amputé le contrat <sup>1440</sup>. Soit elle fait allégeance au juge en exécutant le contrat dans son intégralité, mais elle est alors menacée d'une amende administrative pour non-respect de l'injonction.

Un dernier cas peut être envisagé. Une entreprise peut n'avoir adhéré à l'entente que sous la pression de graves menaces (menaces de boycott par exemple). Le Conseil estime l'entente constituée et il condamne toutes les parties concertantes <sup>1441</sup>. Le tribunal, saisi à sa suite, juge le consentement de la partie vicié et il annule le contrat. La situation est à l'évidence paradoxale : une entreprise est condamnée pour avoir participé à une entente qui, par le biais de la rétroactivité attachée à la nullité, est censée n'avoir jamais existé.

**569.** On peut se demander, dans l'hypothèse où un juge aurait annulé l'accord avant que le Conseil ne soit saisi, si ce dernier pourrait déclarer l'infraction constituée. Une réponse négative nous paraît s'imposer. Condamner les entreprises n'a aucune justification juridique car cela serait refuser de donner son plein effet à la rétroactivité <sup>1442</sup>. Les décisions des juges s'imposent au Conseil en vertu de l'autorité de la chose jugée qui s'attachent à elles. Une partie serait donc bien fondée à soulever devant le Conseil l'exception de nullité de l'accord litigieux. Ainsi, le risque de contradiction est moindre lorsque le juge est saisi antérieurement au Conseil. Ce dernier ne saurait stigmatiser un comportement qui a été jugé licite par les tribunaux ou valider un accord antérieurement annulé. L'autorité de la chose jugée n'est cependant que relative. Le Conseil retrouve sa liberté d'appréciation et d'action lorsqu'il n'y a pas identité de fait ou de partie à la cause.

---

<sup>1440</sup> Ceci dans l'hypothèse où son partenaire, bien qu'également destinataire de l'injonction, se prévaudrait du jugement ayant validé l'accord.

<sup>1441</sup> Nous avons vu que la solution généralement retenue dans cette hypothèse est de déclarer l'entente constituée mais en ne condamnant que la partie puissante. Nous avons critiqué cette jurisprudence. Cf. 1ère partie, titre II, ch. I, § 156.

<sup>1442</sup> Il arrive que les autorités régulatrices déclarent l'infraction constituée même si celle-ci a cessé d'être mise en vigueur, ou si l'accord a été résilié. L'hypothèse est cependant différente de celle que nous envisageons. Lorsque l'acte est nul, il est censé n'avoir aucun passé. La sanction ne peut rien appréhender.

La concurrence entre les compétences judiciaires et administratives, aggravée rappelons-le par une concurrence entre les ordres juridiques français et communautaire, est donc source de grave insécurité juridique pour les acteurs concernés. Il importe de minimiser ces risques de contradiction.

## ***B - RECHERCHE D'UNE CONCILIATION.***

**570.** Il existe différents procédés susceptibles d'éviter que les instances judiciaires et les autorités administratives, saisies des mêmes problèmes, ne les résolvent différemment (1). Aucun n'est cependant pleinement satisfaisant (2). Le bilan des solutions susceptibles d'être proposées n'est, en conséquence, pas définitif (3).

### **1/ Les techniques de conciliation.**

**570.** Deux techniques apparaissent de nature à réduire les risques de contrariété de décisions entre les différentes instances nationales. La première est prévue par l'Ordonnance : il s'agit de la procédure d'avis demandé par les juridictions au Conseil. La seconde s'attache à l'autorité de la chose décidée qui pourrait être reconnue aux décisions du Conseil.

#### **a/ La procédure d'avis.**

**571.** L'Ordonnance du 1er décembre organise une passerelle entre les juridictions et le Conseil. L'article 26 énonce que celui-ci peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles dont elles sont saisies. Cette consultation n'est que facultative. Jusqu'à une époque récente, les saisines pour avis étaient rares. De 1987 à 1992, on dénombre entre 1 et 3 procédures d'avis annuelles <sup>1443</sup>. 6 avis furent en revanche sollicités en 1993. L'on veut croire que cela constitue l'amorce d'une coopération véritable entre le Conseil et les tribunaux. Le droit de la concurrence s'insinue doucement dans l'édifice judiciaire.

Pour le même type de problèmes, certaines juridictions recourent à la procédure organisée par l'article 26, d'autres non. L'"affaire des cuves" est révélatrice. On sait que la clause de restitution en

---

<sup>1443</sup> Il est possible d'en dresser un compte exact. En 1987, 1 seul avis fut requis ; en 1988, on en décompte 2 contre 1 seul en 1989, 1 seul également en 1990, 3 en 1991, 2 en 1992 et 5 en 1993.

nature des cuves mises à la disposition des pompistes par les compagnies pétrolières a fait l'objet d'un important contentieux <sup>1444</sup>. Plusieurs juridictions ont été saisies du problème et ont réagi différemment. Ainsi la 25<sup>ème</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris a - t - elle décidé de surseoir à statuer en attendant la décision de la Commission des Communautés <sup>1445</sup>, tandis que la 5<sup>ème</sup> chambre estimait inutile de solliciter l'avis du Conseil de la concurrence <sup>1446</sup>.

Selon Monsieur MOUSSERON et Madame SELINSKY, "*les risques de contrariété de décisions seraient moindres si les juridictions devaient nécessairement consulter le Conseil de la concurrence tout en restant libres de leur décision*" <sup>1447</sup>. L'inconvénient de cette solution est qu'elle peut conduire à encombrer le Conseil. D'autres voies doivent être ouvertes.

### **b/Vers la reconnaissance d'une autorité de la chose décidée au profit du Conseil de la concurrence.**

**572.** A défaut de pouvoir qualifier le Conseil de juridiction, on doit lui reconnaître la qualité d'une autorité administrative indépendante <sup>1448</sup>. L'expression est récente : elle a été employée la première fois en 1978 pour désigner la Commission nationale de l'informatique et des libertés <sup>1449</sup>. Son usage s'est généralisé à bon nombre de commissions nationales, dont la Commission de la concurrence <sup>1450</sup>. Son successeur hérite du même statut. Trois caractères unissent ces différents organismes: "*Ils*

---

<sup>1444</sup> Cf chapitre 1, § 51s.

<sup>1445</sup> Paris 25<sup>ème</sup>, 30 janv. 1987, Total SA c/ Bosquet, inédit.

<sup>1446</sup> Paris 5<sup>ème</sup>, 19 janv. 1987, Total c/ Grumberg, inédit.

<sup>1447</sup> "Le nouveau droit français de la concurrence", 2<sup>ème</sup> édition, p.212.

<sup>1448</sup> En ce sens, Cf. **M. DONNEDIEU de VABRES** "Le Conseil de la concurrence" R.C.C. 1987, n°37, p.12 ; **R. CHAPUS**, "Droit administratif", 3<sup>è</sup> éd., n°962 ; **G. CANIVET**, "Le juge et l'autorité de marché" R.J.Comm. mai 1992.

<sup>1449</sup> Cf. **P. SABOURIN**, "Les autorités administratives indépendantes, Une catégorie nouvelle," A.J.D.A. 1983, p.275; **F. GAZIER** et **Y. CANNAC**, "Etude sur les autorités administratives indépendantes", E.Cah. droit entr. 1983, 1984, n°35, p.13 ; **O. DUGRIP**, "Les autorités administratives indépendantes en droit économique: quelle séparation du politique?", Cah. droit entr. 1988, n°3, p.31; **C. CHEVALLIER**, "Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes" J.C.P. G. 1986, n°3254 ; colloques sur les institutions administratives indépendantes et sur le contrôle par le juge judiciaire des autorités administratives indépendantes, organisés par l'université de Paris 1 en juin 1987 et avril 1992.

<sup>1450</sup> La reconnaissance de cette qualité à la Commission de la concurrence a cependant été contestée: Cf. **P. SABOURIN**, article précité.

*appartiennent à l'administration, ils exercent une fonction d'autorité, ils bénéficient d'un statut d'indépendance* <sup>1451</sup>."

Le deuxième caractère nous intéresse particulièrement. Le Conseil dispose d'une double autorité : d'une autorité juridique tout d'abord, par son pouvoir de décision <sup>1452</sup>, de contrôle et de sanction ; d'une autorité morale ensuite, par la compétence particulière qui lui est reconnue.

Le Conseil a démontré, par le soin qu'il porte à ses analyses, la rigueur de ses rapports et la motivation de ses décisions, qu'il était capable d'exercer le magistère moral qu'appelait de ses vœux le ministre de l'économie en 1986. La rareté des infirmations émanant de la Cour d'appel de Paris atteste de l'autorité dont ses décisions jouissent auprès des juges. Et même lorsque l'appel n'est pas rejeté, la Cour réforme davantage qu'elle n'infirmes les décisions du Conseil, contestant le montant des sanctions pécuniaires prononcées, mais approuvant la motivation <sup>1453</sup>. Le vocabulaire employé est révélateur. Il n'est pas rare que la Cour qualifie l'analyse du Conseil de juste et d'exacte, associant à ses motifs "*ceux non contraires du Conseil de la concurrence* <sup>1454</sup> ".

Plusieurs affaires illustrent l'influence de l'autorité régulatrice. La première est celle de la vente parallèle de parfums de luxe par des distributeurs non agréés. Pour condamner ceux-ci, la Cour s'est référée explicitement aux avis rendus par la Commission de la concurrence. La seconde est l'affaire dite "des cuves". La Cour de cassation avait d'abord estimé qu'il n'y avait aucune contestation sérieuse faisant obstacle à la restitution des cuves aux sociétés pétrolières <sup>1455</sup>. Le revirement jurisprudentiel qui s'est opéré depuis est dû sans conteste à l'autorité du Conseil, qui a su convaincre les juges de la pertinence de ses arguments.

---

<sup>1451</sup> **O. DUGRIP**, article précité.

<sup>1452</sup> Ce pouvoir lui donne la possibilité de modifier la situation juridique des particuliers.

<sup>1453</sup> Il peut être utile de reproduire ici le tableau dressé par le Conseil dans son dernier rapport d'activité (1993) :

*"Le bilan des recours sur l'ensemble des décisions rendues par le Conseil depuis sa création est le suivant :*

<i>Décisions contentieuses du Conseil</i> .....	475
<i>Décisions ayant donné lieu à recours</i> .....	166 (39,4 %)
<i>Décisions sur lesquelles la Cour s'est prononcée (hors recours irrecevables)</i> .....	144
<i>dont</i>	
<i>-confirmations pures et simples</i> .....	89
<i>-confirmations au fond et réformations des sanctions ou injonctions</i> .....	23
<i>-réformations totales ou partielles</i> .....	14
<i>-annulations totales ou partielles</i> .....	12."

<sup>1454</sup> Ainsi dans l'affaire de la parapharmacie : arrêt précité du 28 janvier 1988, Dalloz 1989, JP, p.499.

<sup>1455</sup> Cass. Comm. 29 janv. 1985, Gaz. Pal. 1985, JP, p. 538.

**573.** Pourquoi l'influence qui joue ainsi verticalement, d'appel en pourvoi, ne jouerait -t-elle pas horizontalement, de Conseil à tribunal? Certains auteurs font des propositions en ce sens. Ainsi Monsieur KRIMMER préconise-t-il que l'avis donné par le Conseil établisse une "*présomption d'illicéité*" que le juge ne pourrait faire tomber qu'en justifiant sa décision en exposant ses motifs<sup>1456</sup>. La solution pourrait être étendue aux décisions du Conseil. Monsieur AZEMA suggère, quant à lui, de déduire de l'article 9 "*qu'il édicte une nullité de plein droit. Cela permettrait de régler le conflit qui pourrait (...) surgir si le juge judiciaire refusait l'annulation d'une clause par ailleurs condamnée par le Conseil*"<sup>1457</sup>. On peut aller plus loin : si l'absence de caractère juridictionnel fait obstacle à la reconnaissance d'une autorité de la chose jugée, rien ne semble s'opposer à ce que les décisions de cet organisme soient assorties d'une autorité de la chose décidée.

**135.** L'expression est une création de la doctrine administrative<sup>1458</sup>. Elle désigne "*les effets attachés à la décision exécutoire administrative*"<sup>1459</sup>. Deux privilèges sont reconnus à l'administration, respectivement appelés "privilège du préalable" et "privilège de l'exécution d'office". C'est le premier qui nous intéresse. Il signifie que l'administration a la possibilité de prendre des mesures exécutoires qui s'imposent au justiciable, sans avoir préalablement l'obligation de faire constater son droit en justice. La décision qu'on oppose à l'administré bénéficie en quelque sorte d'une présomption de validité. Ce dernier a deux mois pour contester la régularité de l'acte. C'est lui qui occupe "*dans le procès la position défavorable de demandeur*"<sup>1460</sup>.

Les décisions du Conseil de la concurrence sont exécutoires. Les parties disposent d'un délai d'un mois pour introduire un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris (article 15 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986). Passé ce délai, ses décisions pourraient être considérées assorties de l'autorité de la chose décidée. Elles s'imposent aux justiciables ; elles leur profitent également. On pourrait donc concevoir que le particulier ou l'entreprise, dont le contrat est menacé d'annulation, se prévale devant le juge d'une décision du Conseil ayant exempté sa pratique. Une décision individuelle émanant du Conseil, validant ou invalidant un accord, s'imposerait donc au

---

<sup>1456</sup> **I. KRIMMER**, "La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris: un nouvel ordre juridictionnel?" J.C.P., Ed.E., 1991, I, n°82, p.413.

<sup>1457</sup> **J. AZEMA**, "Le droit français de la concurrence", 2ème édition, 1989, p.351.

<sup>1458</sup> Elle a été forgée par HAURIUO et a été reprise depuis. Cf **R. G. SCHWARTZENBERG**, "L'autorité de la chose décidée", Thèse Paris, 1970.

<sup>1459</sup> Vocabulaire juridique publié sous la direction de G. CORNU.

<sup>1460</sup> **A. DE LAUBADERE, J.C. VENEZIA, Y. GAUDEMET**, "Traité de droit administratif", 11ème édition, n°977, p.597.

juge de l'annulation saisi à sa suite <sup>1461</sup>. Il ne s'agirait que d'une autorité relative de la chose décidée. La solution proposée laisse toutefois entier le risque attaché à l'existence de procédures parallèles. Pour que la décision du juge ou la décision du Conseil puisse prétendre avoir autorité, encore faut-il qu'elle ait été adoptée. Dans l'hypothèse de procédures parallèles, seul le sursis à statuer est concevable. La solution proposée est cependant de nature à remédier en grande partie à l'insécurité juridique résultant de la diversité des autorités compétentes. Il est étrange alors qu'elle ne nous satisfasse pas totalement.

## **2/La limite de toute intégration : le nécessaire maintien de l'autonomie du juge civil .**

**575.** C'est la crainte précédemment formulée d'une intégration - façonnage qui nous fait douter de l'opportunité d'une telle autorité de la chose décidée. Peut-on réellement imposer aux instances qui ont vocation à défendre les droits subjectifs le respect de décisions émanant d'un organe qui a en charge la régulation du marché? Assortir les décisions du Conseil d'une telle autorité n'aboutirait-elle pas à nier, et donc à ruiner, leur spécificité respective ? L'analyse économique doit être partie intégrante du raisonnement judiciaire, mais ne doit pas l'absorber tout entier. La passerelle, avec ce qu'elle suppose d'imperfection et de lourdeur, nous semble préférable à l'absorption. Le juge, saisi d'un problème antérieurement traité par le Conseil, devrait être obligatoirement avisé de la solution retenue, mais ne devrait pas être lié par elle. La question reste ouverte.

## **3/ Bilan des solutions proposées**

**576.** On peut imaginer une coopération entre les deux instances, à l'instar de celle élaborée par la Commission dans sa communication du 13 février 1993.

- En l'absence de toute décision émanant du Conseil dans la même affaire, les juges seraient invités à se référer à la pratique décisionnelle du Conseil. Le Rapport d'activité annuel du Conseil, et la publication de ses décisions, sont là pour le soutenir. En cas de doute persistant, l'usage du sursis à statuer pour demander l'avis de l'autorité administrative devrait être généralisé. Conformément aux

---

<sup>1461</sup> Le principe était déjà défendu par M. BURST en 1987, non pas dans le domaine du contentieux de l'annulation, mais dans celui du refus de vente : " *Le juge, appelé à se prononcer sur un refus de vente et devant lequel l'auteur du refus invoquera une décision individuelle déjà rendue par le Conseil de la concurrence validant ou invalidant son accord, sera-t-il tenu par cette décision? La réponse est probablement affirmative, mais l'ordonnance aurait gagné à le préciser.*", in "La prévention des abus, les mécanismes d'exemption", Cah. droit entr. 1987, n°1, p.23.

textes en vigueur, cet avis ne lierait pas le juge. N'étant publié qu'après intervention d'un non lieu ou d'un jugement (art. 26 dernier alinéa), les juges restent intégralement libres de suivre ou non les indications données. Il est cependant probable qu'ils se fient à l'analyse de l'autorité régulatrice. En effet, c'est parce qu'elles ne s'estiment pas suffisamment avisées pour répondre elles-mêmes à des problèmes complexes, d'ordre souvent économique, que les juridictions jugent utile de consulter le conseil. Celui-ci ne rend un avis qu'après une procédure contradictoire. Il entend les indications d'un rapporteur désigné à cet effet. Les juridictions profitent de cette base documentaire. Une véritable autorité s'attache à l'avis rendu.

- Dans l'hypothèse de procédure parallèle à l'issue incertaine, le juge devrait également surseoir à statuer jusqu'à l'adoption de la décision du Conseil. Il serait alors tenu de prendre en considération la solution retenue, sans être davantage lié par elle <sup>1462</sup>.

- Enfin, en présence d'une procédure antérieurement diligentée par le Conseil, le magistrat serait tenu de prendre connaissance des motifs de cette décision préalable. Un choix devrait ici être opéré. Soit l'on reconnaît aux décisions du Conseil une autorité de la chose décidée, ce qui nous semble juridiquement possible ; le juge serait alors tenu d'en tirer les conséquences civiles. Soit on se déclare hostile à cette solution, pour les motifs précédemment évoqués, et on laisse le juge libre d'adopter un point de vue contraire. Nous avons dit être plutôt favorable à la seconde solution.

**577.** Le juge, systématiquement avisé de l'analyse du Conseil, serait à même de rechercher une conciliation entre les finalités respectivement poursuivies dans chaque ordre d'instance. Et si cette démarche est vaine, alors les contractants devront s'en remettre aux vertus unificatrices de la Cour de Cassation. On peut d'ailleurs penser que les risques de contradiction s'épuiseront au fil des ans, à mesure que la Cour de cassation exercera son rôle de "*gardienne de l'unité de la jurisprudence relative à l'Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986*" <sup>1463</sup>.

En résumé, l'autonomie du juge national qui statue sur la nullité d'une convention anticoncurrentielle est réduite : il est obligé de tenir compte des analyses développées par les autorités communautaires et il est invité à prendre en considération celles développées par les autorités françaises. Il faut se demander si une décision émanant d'une autorité administrative influe de la même manière sur l'étendue de l'annulation. En ce domaine, il semble que le juge retrouve presque toute latitude.

---

<sup>1462</sup> On peut juger la réciproque souhaitable : il serait conforme à un souci de bonne administration de la justice que le Conseil sursoie à statuer lorsqu'une procédure judiciaire est en cours. Il l'a déjà fait dans une affaire où il avait constaté que le Conseil d'Etat était parallèlement saisi (décision 91-D-46 du 5 nov. 1991, Rapport 1991, annexe 53, p.113). On voit cependant que c'est alors sa compétence qui était en cause. Il en est différemment lorsque l'instance parallèlement saisie appartient à l'ordre judiciaire.

<sup>1463</sup> **G. CAS et R. BOUT**, Lamy Conc. Distribution, Consomm., 1993, n°478.

## **SECTION II: COMPETENCE POUR DETERMINER L'ETENDUE DE LA NULLITE.**

**578.** Abstraction faite des arbitres, seules les juridictions nationales sont compétentes pour constater la nullité. La détermination de l'étendue de la sanction leur appartient également. Cette règle s'applique quel que soit le fondement, national ou communautaire, de l'action. Les domaines respectifs de l'illicite et de la sanction peuvent ne pas coïncider. En effet, c'est la théorie générale du contrat, dominée par la règle d'autonomie, qui permet de circonscrire ou non la nullité à l'étendue de l'infraction (Paragraphe 1). L'ordre public ne joue dans ce processus qu'un rôle marginal. Certains auteurs le déplorent et préconisent une sujétion plus radicale des règles gouvernant l'étendue de la nullité aux impératifs de l'ordre public <sup>1464</sup>. La négation de toute autonomie de la volonté ne semble cependant une solution ni viable, ni souhaitable (Paragraphe 2).

### **PARAGRAPHE 1 : LE DROIT NATIONAL DES CONTRATS GOUVERNE LES REGLES RELATIVES A L'ETENDUE DE LA NULLITE.**

**579.** Le principe de la nullité est inscrit dans les textes organisant le droit de la concurrence, Traité de Rome et Ordonnance française. Mais les modalités d'exercice de la sanction n'y sont pas précisées. La tâche de les établir incombe aux juridictions nationales. Il serait hâtif d'en déduire que les autorités administratives ne jouent aucun rôle dans la détermination de l'étendue de l'illicite. Leur intervention peut aboutir à la délimitation d'un champ d'application minimum (A). La loi nationale applicable au contrat retrouve son empire lorsqu'il s'agit d'apprécier l'impact de l'illicite sur le reste de la convention (B).

#### ***A - DEFINITION DU CHAMP MINIMUM DE LA NULLITE : L'EMPIRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE***

---

<sup>1464</sup> Cf. notamment C. GUELFUCCI-THIEBERGE, "Nullité, restitutions, responsabilité", Thèse Paris, L.G.D.J., 1992. Il faut cependant noter que l'auteur ne traite pas du droit de la concurrence. Voir infra § 600.



**580.**Le juge est tenu de constater la nullité des clauses anticoncurrentielles. Le champ de la nullité recouvre au minimum le champ de l'illicite. Ce dernier est déterminé par les autorités de la concurrence ou par les juges.

Toutefois, aucune autorité de la chose jugée ne s'attachant aux décisions des autorités françaises, le champ d'illicite qu'elles ont dégagé ne s'impose pas aux juges. Ceux-ci peuvent le réduire, voire estimer l'accord intégralement licite. Ils ne sont tenus que par leurs propres constatations. On aura compris que la reconnaissance d'une autorité de la chose décidée au bénéfice du Conseil modifierait cet état de fait.

La conclusion est différente en droit communautaire du fait de la primauté de celui-ci : les juges ne peuvent laisser subsister un acte ou une fraction de convention condamnée par la Commission européenne. Ils sont garants de l'efficacité de la norme communautaire.

**581.**Le champ de l'illicite conditionnant l'étendue minimum de la sanction, il doit être soigneusement délimité. La Cour de Justice se prononça dès 1966 sur la portée de la nullité de plein droit édictée à l'article 85, § 2, du Traité de Rome. Dans un arrêt "Société Technique minière", elle énonce " *que cette disposition, destinée à assurer le respect du Traité, ne saurait être interprétée qu'en fonction de sa finalité communautaire et doit être limitée à ce cadre; que la nullité de plein droit dont s'agit s'applique aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, ou à l'accord dans son ensemble si ces éléments n'apparaissent pas séparables de l'accord lui-même; qu'en conséquence toutes autres dispositions contractuelles non affectées par l'interdiction, ne relevant pas de l'application du Traité, échappent au droit communautaire* <sup>1465</sup>."

Cet attendu livre différentes informations. La Cour rappelle implicitement que les juridictions nationales ne peuvent réduire l'étendue de la nullité en deçà de ce qui a été déclaré illicite par la Commission. Elle énonce que le sort des éléments non viciés ne relève pas du droit communautaire. Nous reviendrons sur ce point. Elle oblige ensuite indirectement la Commission à définir précisément les éléments frappés d'invalidité. Une décision de la Commission n'opérant pas cette délimitation encourt la censure. Ce fut le cas dans l'affaire "Grundig" rendue la même année. La Commission avait déclaré que l'ensemble du contrat unissant les sociétés Grundig et Consten était anticoncurrentiel, sans distinguer entre les clauses licites et les clauses illicites. La décision fut annulée au motif qu'il appartenait à la Commission : "ou bien de se limiter dans la motif de la décision attaquée, à constater l'infraction dans les seuls éléments de l'accord frappé par l'interdiction, ou bien de

---

<sup>1465</sup> Arrêt L.T.M c/ M.B.U. en date du 30 juin 1966, aff. 56-65, Rec. 340. Dans le même sens, voir également arrêt SOCIETE DE VENTE DE CIMENTS ET BETONS DE L'EST en date du 14 décembre 1983, aff. 319/82, Rec. p. 4173 et arrêt V.A.G c/ MAGNE du 18 décembre 1986, aff. 10/86, Rec. 86, p.4081.

*préciser dans les motifs les raisons pour lesquelles ces éléments ne lui apparaissent pas séparables de l'ensemble de l'accord* <sup>1466</sup>.

**582.** On peut s'interroger sur le sens de la notion d'éléments séparables. Il n'est pas défini par la Cour, mais semble proche du concept d'indivisibilité connu du droit français. L'indivisibilité est "*l'état de ce qui ne peut être divisé soit matériellement soit intellectuellement sous un rapport envisagé*" <sup>1467</sup>. Nous aurons l'occasion de l'étudier plus en détail lorsque nous procéderons à une étude du droit positif en la matière. C'est en tous les cas à un critère objectif que semble faire allusion la Cour de Justice <sup>1468</sup>. La volonté des parties n'est pas prise en considération par le droit européen <sup>1469</sup>. Elle le sera pour déterminer la nullité "périphérique", relevant de la compétence des juridictions nationales et menaçant les éléments que la Cour a appelé "*les dispositions contractuelles non affectées par l'interdiction*". Parce qu'il s'agit alors "*strictement d'intérêts privés et non de l'ordre économique de la Communauté*" <sup>1470</sup>, le droit national retrouve son empire.

***B - DEFINITION DU CHAMP D'APPLICATION MAXIMUM DE LA NULLITE: L'EMPIRE DE LA REGLE D'AUTONOMIE DE LA VOLONTE.***

**583.** La théorie générale des nullités permet de régler deux questions : celle de la portée de la nullité d'une clause contractuelle sur le reste de la convention (1), et celle de la nullité d'une convention sur les actes liés ou accessoires à celle-ci (2). C'est le principe d'autonomie de la volonté qui gouverne le choix d'une nullité partielle ou d'une nullité intégrale. La doctrine concurrentielle est unanime sur ce point <sup>1471</sup>.

---

<sup>1466</sup> Arrêt C.J.C.E. en date du 13 juillet 1966, GRUNDIG c/ CONSTEN, aff. jointes 56 et 58/64, Rec. p. 430.

<sup>1467</sup> Vocabulaire juridique publié sous la direction de **G. CORNU**.

<sup>1468</sup> En ce sens, **B. GOLDMAN**, "Droit commercial européen", 2ème édition, p.427.

<sup>1469</sup> Cf. **J. GUYENOT**: "*le caractère dissociable ou non des clauses est apprécié en pratique d'après leur objet ou leurs effets, en fonction d'une analyse plus économique que juridique de l'accord, si bien que la volonté des parties de les considérer ou non comme dissociables n'interfère pas ou peu dans l'appréciation de la Commission. Elle envisage avant tout l'accord d'un point de vue objectif de la licéité ou de l'illicéité au regard des dispositions de l'article 85*", in "Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun", 1971, n° 276, p.332.

<sup>1470</sup> **R. PLAISANT, R. FRANCESCHELLI, J. LASSIER**, "Droit européen de la concurrence. Articles 85 à 89 du Traité CEE", 1968, p.314.

<sup>1471</sup> **J. STOUFFLET et Y. CHAPUS** estiment qu'une détermination de l'étendue de la nullité qui se fonderait sur l'article 1172 du Code civil serait en harmonie avec la doctrine exprimée par la Cour de Justice dans

## 1/ Conséquences de la nullité d'une clause contractuelle sur le reste de la convention .

**584.** Deux dispositions du Code civil ont servi de fondement à une construction jurisprudentielle. Il s'agit, d'une part, de l'article 900 du Code relatif aux actes à titre gratuit, qui dispose que "*dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois et aux bonnes mœurs, seront réputées non écrites*". Il s'agit, d'autre part, de l'article 1172 relatif aux actes à titre onéreux, qui prévoit que "*toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend*." L'acte conclut à titre onéreux devrait donc être exécuté dans sa rédaction originnaire ou anéanti totalement. Ce radicalisme est apparu obsolète. Par "*une habile et audacieuse oeuvre d'interprétation*"<sup>1472</sup>, la jurisprudence a réconcilié les deux types d'actes. Elle a assimilé les conditions véritables visées par l'article 1172 et les simples clauses contractuelles. Elle a ensuite gommé l'opposition entre les deux textes en se fondant sur la notion de cause impulsive et déterminante: la nullité d'une clause n'entraîne la nullité de la convention dans laquelle elle s'insère que si elle en constitue la condition impulsive et déterminante<sup>1473</sup>. Les parties peuvent avoir expressément convenu d'une indivisibilité de l'acte. Les juges sont alors tenus de la respecter. A défaut d'une stipulation expresse, ils doivent rechercher l'intention réelle, ou virtuelle, des parties, ce qui peut constituer une opération délicate. C'est en tout cas le principe d'autonomie de la volonté qui gouverne la matière. Différentes conséquences en découlent.

**585.** Lorsque la clause illicite est déterminante pour toutes les parties à l'acte, le contrat peut être anéanti. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 1971 illustre ce fait. La Cour approuve la juridiction de première instance d'avoir estimé qu'"*il ressortait des termes mêmes de la convention, des actes de la procédure et des débats, que dans la commune intention des parties la clause d'exclusivité avait été la condition déterminante de leurs engagements*

---

l'affaire L.T.M. c/ M.B.U. ("Pratiques restrictives de concurrence", Juris-classeur Europe, Fasc. 1430, p.18). Selon messieurs **R. PLAISANT, R. FRANCESCOCELLI, J. LASSIER**, "*Il est admis en droit français par une jurisprudence constante qu'un contrat, dont certaines clauses sont annulées, doit ou non être maintenu selon que ces clauses avaient ou non déterminé les parties à s'engager. Cette solution est si logique qu'elle est sans doute adoptée dans tous les pays.*" ("Droit européen de la concurrence, articles 85 à 89 du Traité CEE", n°865, p.314). Pour **J.P. BRILL**: "*le juge devra donc se demander si la clause illicite aura été une condition essentielle de l'accord des parties.*", ("Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du premier décembre 1986" , Gaz. Pal. 1987, doct. p.775)...

<sup>1472</sup> **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, op. cit. § 395, p.300.

<sup>1473</sup> Pour une critique de cette jurisprudence, Cf. **P. SIMLER**, "La nullité partielle des actes juridiques", thèse Paris 1969, n°258 et s., p.311 et s. ; **C. GUELFUCCI-THIEBERGE**, qui estime que c'est à un lien objectif que fait allusion l'expression "*qui en dépend*" de l'article 1172, thèse précitée, § 495.

*récioproques. La nullité de la clause emporte celle de la convention toute entière* <sup>1474</sup>." Toutefois, on peut se demander s'il était besoin de recourir à la volonté des parties dans le cas d'espèce. La clause d'exclusivité semble toujours déterminante <sup>1475</sup>. On pourrait poser à son égard une présomption de caractère déterminant <sup>1476</sup>. Il ne s'agirait que d'une présomption simple mais qui aurait l'avantage de dispenser la partie qui s'en prévaudrait d'une preuve toujours difficile à rapporter. La tâche du juge serait également simplifiée.

Lorsque la clause viciée n'est essentielle que pour l'une des parties à l'acte, seule cette partie doit pouvoir solliciter la nullité du contrat tout entier <sup>1477</sup>. Ce peut être le cas du bénéficiaire d'une clause d'approvisionnement exclusif ou de prix imposés.

Lorsque la clause n'a été déterminante du consentement d'aucune des parties, la nullité partielle peut être prononcée. Il est cependant nécessaire que la clause viciée soit matériellement détachable du contrat et n'ait pas été un élément constitutif de celui-ci. On dit que les dispositions contractuelles valables doivent être susceptible d'existence autonome <sup>1478</sup>.

**586.** Différents arrêts ont retenu la nullité partielle. L'affaire "des cuves" en constitue un exemple. Agissant sur le fondement de l'article 50 de l'Ordonnance de 1945, les pompistes ont obtenu l'annulation des clauses imposant la restitution des cuves <sup>1479</sup>. Dans l'affaire "Fabry" <sup>1480</sup>, du 26 mars 1979, a été annulée une clause compromissoire. Plus récemment, le tribunal de Paris a annulé une clause de protection territoriale absolue en se fondant sur l'article 9 de l'Ordonnance du 1er décembre

---

<sup>1474</sup> Paris 20 déc. 1971, Gaz. Pal. 1972, p.702 et Cass. Comm. 8 mai 1973, Gaz. Pal. 1973, p.659.

<sup>1475</sup> Cf. **P. SIMLER**, thèse précitée, n°93, p.111.

Dans le même sens, Cf. **J. GHESTIN**, note sous Cass. 27 avril 1971, Dalloz 1972, 353.

Contra, Paris 1ère ch. B, 20 sept. 1990, note critique de M. **D. SCHODERMEIER**, J.C.P. 1992,II, n°245.

<sup>1476</sup> Une présomption de ce type avait été proposée pour une clause organisant une transaction : Cf. **H.L.** et **J. MAZEAUD**, "Leçons de droit civil", t.3, vol.2, 4ème éd., n°1649, p.866.

<sup>1477</sup> En ce sens, **P. SIMLER**, Thèse précitée, n°283.

Contra, **C. GUELFUCCI-THIEBERGE**, pour laquelle "*il est tout à fait paradoxal de faire ainsi varier l'étendue de la nullité selon la psychologie du contractant*", thèse précitée, n°504, p.301.

<sup>1478</sup> **P. SIMLER**, thèse précitée, p.463. C'est sans doute à ce type d'autonomie que fait allusion la Cour de justice des Communautés dans l'affaire Grundig, lorsqu'elle mentionne le caractère séparable de la clause viciée.

<sup>1479</sup> Voir notamment Cass. Comm. 18 fév. 1992, Epoux Grumbert c/ Cie de raffinage et de distribution Total France, Dalloz 1993, JP, p.57 (note **C. HANNOUN**), J.C.P. éd.G., 1992, II n°21987 (note M. **BEHAR TOUCHAIS**), R.J.D.A. 5/92, n°474.

<sup>1480</sup> Cass. Comm. 26 mars 1979, J.C.P. 1979, II, n° 19249. Affaire déjà évoquée à propos du droit de renoncer à l'action en nullité, Cf. §495..

1986 <sup>1481</sup>. L'exemple est intéressant car le tribunal associe à ses motifs la décision "Charles Jourdan" de la Commission européenne <sup>1482</sup>. On constate ainsi une prise en considération croissante du droit de la concurrence français et communautaire par les juges du premier degré. On voit également que notre droit, qui ne connaît pas de théorie générale de la nullité partielle, adopte régulièrement cette solution.

**587.** Certains juges préfèrent l'inopposabilité de la clause litigieuse à la nullité partielle. Ainsi la Cour d'appel de Versailles a-t-elle déclaré inopposable à l'annonceur la clause de limitation de responsabilité imposée par l'office détenant la régie exclusive des pages jaunes de l'annuaire des P.T.T.<sup>1483</sup>. Monsieur BASTIAN définit l'inopposabilité comme "*l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique*" <sup>1484</sup>. Elle se distingue de la nullité partielle car l'acte reste valable entre les parties <sup>1485</sup>. Il s'en rapproche dans la mesure où les tiers sont autorisés à tenir l'acte pour nul. Certains auteurs considèrent l'inopposabilité comme une simple variété de nullité <sup>1486</sup>. Ce rapprochement est contestable dans l'hypothèse d'une nullité absolue. La nécessité de multiplier les chances de dénonciation de l'illicite impose de considérer l'acte nul à l'égard de tous. La sanction d'inopposabilité est donc inadaptée au droit des ententes <sup>1487</sup>. Le choix entre nullité intégrale et nullité partielle doit suffire à couvrir l'ensemble des situations.

---

<sup>1481</sup> Tribunal de commerce de Paris, 22 juill. 1993, La lettre de la distribution de déc. 1993.

<sup>1482</sup> Commission C.E.E., 2 déc. 1988, J.O.C.E. L 35, du 7 fév. 1989.

<sup>1483</sup> Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 30 juin 1988, D. 88, I.R. 285, J.C.P. 1989-IV-53, J.C.P. éd.E. 1989-I-18099. C'est un abus de position dominante qui est stigmatisé dans cette affaire mais la solution retenue ne semble pas spécifique à l'article 8.

<sup>1484</sup> D. BASTIAN, "Essai d'une théorie générale sur l'inopposabilité", Thèse Paris 1929, p.3.

<sup>1485</sup> A. BENABENT, "Droit civil, Les obligations", § 173.

<sup>1486</sup> R. JAPIOT, "Des nullités en matière d'actes juridiques", Thèse 1909, p.33.

<sup>1487</sup> Une question se pose cependant. La nullité est présentée comme la sanction des conditions de formation de l'acte, l'inopposabilité comme la sanction de ses conditions d'exécution (Cf. P. SIMLER, "La nullité partielle des actes juridiques", Thèse Paris 1969, p.15). On peut dès lors s'interroger sur l'opportunité de réserver la sanction de nullité aux seules ententes ayant un objet anticoncurrentiel. Les ententes ayant simplement un tel effet ne seraient susceptibles que d'inopposabilité. Il est toutefois contestable, ici encore, de maintenir le contrat entre les parties. La solution proposée est celle d'une nullité dont les effets ne rétroagiraient qu'au jour de la survenance de l'effet anticoncurrentiel. L'on a vu qu'elle n'était pas totalement satisfaisante : Cf. les développements consacrés à ce problème dans le premier chapitre consacré à la nullité, §533.

## 2/ Conséquences de la nullité d'une convention sur les opérations juridiques complexes.

**588.**L'hypothèse visée est celle où la convention, que l'on suppose viciée dans son intégralité, s'intègre dans un ensemble juridique complexe, soit parce que d'autres actes ont été pris en exécution de l'acte vicié, soit parce que plusieurs contrats sont étroitement liés entre eux, sans qu'une "hiérarchie" existe entre les éléments de cet ensemble. La validité intrinsèque de ces actes n'est pas en cause. Ils ne sont pas en eux-mêmes contraires aux prescriptions du Traité de Rome et de l'Ordonnance française, sans quoi ils seraient nuls de plein droit <sup>1488</sup>. On parlera "d'actes conséquences" <sup>1489</sup> dans le premier cas (a) et de "groupes de contrats" <sup>1490</sup> dans le second (b).

### a/Hypothèse des actes conséquences

**589.**HOUIN a dénommé "*actes conséquences*" les "*accords accessoires conclus entre les membres de l'entente pour l'application ou la mise en oeuvre de celle-ci ou de contrats conclus avec des tiers en conformité des dispositions de l'entente*" <sup>1491</sup>. Les droits nationaux prévoient parfois expressément leur nullité. Ainsi l'ancien article 59 bis de l'Ordonnance du 30 juin 1915 étendait-il la nullité des ententes à toute convention liée à elles ou destinée à en assurer l'exécution. L'article 9 n'a pas repris cette disposition mais il peut être interprété comme s'appliquant aux actes unis à des pratiques anticoncurrentielles par un lien étroit. Il dispose en effet qu' "*est nul tout engagement (...) se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8*" . En dehors de ce texte légal, le fondement d'une extension de la nullité peut être recherché dans la notion de cause ou dans la théorie de l'accessoire. Ce sera le cas lorsque "*les contrats complémentaires apparaissent comme partie intégrante du système, voire comme un acte unique, qu'il s'agisse des conventions entre parties - par exemple, les accords concernant les pénalités contractuelles pour inobservation des dispositions de l'entente principale ou les indemnités à verser pour la*

---

<sup>1488</sup> Tel était le cas du contrat de distribution exclusive et de l'accord additionnel concernant le dépôt de la marque Grundig International en France dans l'affaire GRUNDIG c/ CONSTEN, arrêt du 13 juillet 1966, Rec. 430.

<sup>1489</sup> Expression empruntée à **R. HOUIN**, "Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence", Annales de la faculté de droit de Liège, 1963, p.27.

<sup>1490</sup> Pour une définition de la notion de groupe de contrats, cf. § 590.

<sup>1491</sup> Article cité supra, note 147. Il faut noter que Messieurs **MALAUURIE** et **AYNES** rangent ces actes dans la catégorie des groupes de contrats (op. cit. n°691).

*cession des quotas de livraison - ou avec des tiers - à savoir, certaines conventions d'application des prix ou fixant des conditions de livraison "*<sup>1492</sup>.

On peut cependant se demander si l'extension ainsi décrite de la nullité n'est pas une conséquence de l'effet même de la sanction. *Quod nullum est, nullum producit effectum*. La Cour de Cassation, nous l'avons vu, a fait une application rigoureuse de ce principe dans l'arrêt "Epoux Bertron contre Esso" du 23 juin 1992 <sup>1493</sup>. La Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait limité les effets de la nullité des contrats conclus pour l'exploitation d'une station service aux seuls contrats cadres. Les demandes tenant à l'annulation des opérations successives réalisées entre l'exploitant et la société pétrolière avaient, à tort, été rejetées <sup>1494</sup>. L'annulation des contrats pris en application de l'acte principal vicie paraît donc davantage relever des effets de la nullité que de l'étendue de celle-ci.

Cela n'est pas sans conséquences. Si l'on considère que la nullité des actes accessoires est la conséquence de la rétroactivité de la nullité, elle emprunte le régime de l'acte principal. Elle est une nullité de plein droit et le juge ne peut lui apporter d'autres limitations que celles reconnues à la rétroactivité elle-même. Il en est différemment dans l'hypothèse des groupes de contrats.

## **b/ Hypothèse des groupes de contrats**

**590.** Il y a groupe de contrats lorsque "*dans un ensemble contractuel composé d'une série de contrats, les parties sont unies directement ou indirectement par un lien juridique, c'est-à-dire un lien contractuel ou légal "*<sup>1495</sup>. Il existe de nombreux exemples de groupes de contrats. On peut

---

<sup>1492</sup> **M. MATEO** illustre ces propos d'un exemple tiré de la jurisprudence allemande: la nullité d'une entente en matière de vente entraînait la nullité d'une autre entente sur le prix, qui n'était pas nulle en soi, du fait que les deux formaient un ensemble homogène (: décision de l'Oberlandesgericht de Munich, 25 fév. 1963, Coll. Jupiter, " droit des affaires- Marché Commun", section jurisprudences nationales, art. 85 T. C.E.E., p. A-16.), article précité, Cah. droit entr. 1991, N°3/4, p.317.

Cf. également l'ordonnance du Président du Tribunal d'Anvers du 6 juillet 1964,. Le président déclara nulles comme contraire aux articles 85 et 86 non seulement l'entente conclue entre les défendeurs mais aussi les conditions contractuelles imposées par eux dans leurs relations avec la clientèle et qui constituaient la mise en oeuvre de l'entente; RW 1964-65, col. 314, cité par **J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES** et **M. WAELBROECK**, "Le droit de la Communauté économique européenne", vol.4 Concurrence, n°104, p.177.

<sup>1493</sup> Cf. chapitre précédent, § 512.

<sup>1494</sup> Cass. Comm. 23 juin 1992, Epoux Berton et autre c/ société Esso SAF et autre, R.J.D.A.11/92, n°985, p.815.

<sup>1495</sup> **M. DELEBECQUE**, "La notion de groupe de contrats, quels critères ?", Cah. droit entr. 1989/4, p.25. Voir également **B. TEYSSIE**, "Les groupes de contrats", thèse Montpellier, L.G.D.J. 1975, préf. J.M. MOUSSERON, et **J. NERET**, "Le sous-contrat", thèse Paris II, L.G.D.J. 1979, préf. P. CATALA.

citer celui unissant les sociétés pétrolières à leurs distributeurs et qui comprend souvent un bail, un prêt et la fourniture de différents services.

**592.**L'indivisibilité est, dans cette hypothèse, le critère de l'étendue de la nullité. Nous avons eu l'occasion de rappeler que l'indivisibilité était "*l'état de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement, sous un rapport envisagé*"<sup>1496</sup>. L'indivisibilité est objective lorsqu'elle est technique, organique, ou légale. Elle est subjective lorsqu'elle résulte de la volonté des parties. On retrouve alors une nouvelle application du principe d'autonomie de la volonté. En effet, "*compte tenu du rôle reconnu à la volonté dans les contrats, il ne convient pas de maintenir partiellement un contrat ou un ensemble de contrats que les parties ont entendu réaliser de façon globale, de sorte qu'elles n'auraient pas consenti à l'un si l'autre n'avait pas été également conclu*"<sup>1497</sup>. Il est par ailleurs admis que des contrats conclus entre des parties différentes peuvent être considérés comme indivisibles, soit parce qu'ils concourent à la même opération (il y a alors ensemble contractuel), soit parce qu'ils portent successivement sur le même objet : il s'agit alors d'une chaîne de contrats<sup>1498</sup>

**592.**L'ensemble de cette jurisprudence confère à la volonté des parties une importance première, que d'aucuns ont qualifié d'excessive<sup>1499</sup>. Il est effectivement singulier, dans une matière aussi empreinte de dirigisme que l'est le droit de la concurrence, de constater que la volonté des parties est ainsi maître de l'étendue de la nullité. Nous savons que les dispositions intéressant les pratiques anticoncurrentielles sont d'ordre public. Nous avons vu combien ce trait déterminait le caractère et le régime de la nullité. L'ordre public est traditionnellement présenté comme constituant une exception au principe d'autonomie de la volonté. A notre connaissance, aucun auteur ne se fonde sur le caractère d'ordre public du droit de la concurrence pour faire échec à la volonté des parties dans la détermination de l'étendue de la nullité. Ce silence est-il justifié? Pour y répondre, nous devons nous inspirer des propositions émises par des auteurs civilistes afin de déterminer s'il est opportun de les appliquer à notre matière.

---

<sup>1496</sup> Vocabulaire juridique publié sous la direction de G. CORNU.

<sup>1497</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, "Nullité, responsabilité, restitutions", Thèse Paris 1992, n°890, p.1026.

<sup>1498</sup> P. MALAURIE et L. AYNES, op. cit. n° 691.

<sup>1499</sup> Cf. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Thèse précitée, n°880, p.1015. L'auteur ne traite pas du droit de la concurrence. La critique portée au critère subjectif est générale.



## PARAGRAPHE 2 : OPPORTUNITE D'UNE SUJETION DE L'ETENDUE DE LA NULLITE AUX EXIGENCES DE L'ORDRE PUBLIC ?

**593.**La nullité, envisagée comme une sanction, doit être modelée sur la finalité de la règle dont elle tend à assurer l'efficacité. Le type d'ordre public en cause - prohibitif ou dispositif - est dès lors fondamental. Dans le premier cas, énonce Monsieur SIMLER, *"l'ordre public n'aurait qu'un rôle purement négatif: celui de prohiber certaines stipulations ou certains excès, le reste, c'est-à-dire les conséquences de la nullité, lui étant indifférent. L'ordre public n'interviendrait alors que dans la première phase: celle de la nullité elle-même de la stipulation litigieuse, le problème de l'étendue de la nullité étant à résoudre selon des critères habituels: cause ou condition impulsive et déterminante, indivisibilité subjective"*<sup>1500</sup>.

Ce schéma est parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés. Selon la Cour, la nullité de plein droit de l'article 85 du Traité de Rome ne touche que les éléments de l'accord directement frappés par l'interdiction.<sup>1501</sup> On serait tenté d'adopter cette conception sans autre commentaire mais elle ne peut satisfaire. L'ordre public ainsi décrit correspond davantage à ce que l'on a appelé l'ordre public classique, moralisateur, qu'à l'ordre public économique, interventionniste. Celui-ci correspond au second cas que nous avons présenté. L'ordre public a alors *"une finalité positive. Pour lui, la prohibition n'est qu'un moyen et non une fin en soi.(...) La sanction elle-même est affectée par la finalité positive de cet ordre public & doit être prononcée en fonction de celle-ci."*

**594.**L'ordre public peut contrarier l'autonomie de la volonté et affecter la sanction de deux manières. Il peut commander la destruction totale d'un contrat dont la simple amputation aurait satisfait les acteurs. Il peut au contraire imposer une simple ablation de la clause viciée, en dépit de son caractère déterminant de l'engagement des parties. La nullité, à l'instar de l'exemption ou de l'injonction, serait alors un instrument de modelage du contrat. Il nous faut apprécier si le droit de la concurrence impose, au mépris de l'autonomie de la volonté, une nullité totale (A) ou une nullité partielle (B).

---

<sup>1500</sup> P. SIMLER, thèse précitée, n°328, p.400.

<sup>1501</sup> Cf. § 581.

**A - LE DROIT DE LA CONCURRENCE IMPOSE-T-IL L'ANNULATION TOTALE D'UNE  
CONVENTION PARTIELLEMENT ILLICITE?**

**595.**L'opportunité d'un anéantissement intégral du contrat dans une matière intéressant l'ordre public a été contestée. RIPERT s'interrogeait ainsi : "*Peut-on traiter avec autant de sévérité la convention contraire à l'Ordre public économique, la faute n'est plus ici d'avoir contracté, car le contrat était désirable en soi, mais uniquement de prétendre en modifier les conditions. Il n'est plus dès lors utile de faire tomber le contrat, il suffit d'en effacer les clauses contraires à la loi* <sup>1502</sup>."

En droit de la concurrence, la faute peut être d'avoir contracté. Ce droit est attentif à l'indépendance décisionnelle. On sait que deux conditions fondamentales à la licéité des pratiques sont fréquemment mises en exergue : la condition d'autonomie et la condition d'incertitude <sup>1503</sup>. Les accords qui organisent la prévisibilité du marché doivent être raréfiés. Leur disparition s'impose. Dans cette hypothèse cependant, c'est le contrat lui-même qui est illicite. Il est normal qu'il disparaisse en totalité. Le problème de l'étendue de la nullité ne se pose pas.

**596.**En réalité, il n'est pas certain que le droit de la concurrence impose jamais une annulation totale d'un contrat seulement partiellement illicite. L'affirmation doit être discutée dans le cadre des mécanismes d'exemption. Nous envisagerons deux hypothèses.

La première est celle des contrats qui n'ont pas été notifiés à la Commission des Communautés. L'absence de notification fait échec à l'exemption <sup>1504</sup>. L'immunité est refusée de façon globale au contrat. Est-ce à dire que ce contrat est intégralement nul? La réponse est bien sûr négative. Une entreprise, partie ou étrangère à l'entente, qui dénoncerait l'illicéité de certaines clauses, ne pourrait obtenir la nullité de l'ensemble de la convention au prétexte que celle-ci n'a pas été notifiée à la Commission. Les tribunaux seront certes tenus de constater la nullité des clauses anticoncurrentielles (quand bien même la convention répondrait aux conditions de fond de l'exemption) mais de ces clauses seulement. La nullité de plein droit ne vise que les dispositions contractuelles incompatibles avec l'article 85, § 1 <sup>1505</sup>. Les règles de la notification ne sauraient bouleverser ce principe

---

<sup>1502</sup> RIPERT, "L'ordre public économique", Etudes Geny, 1934, p.47.

<sup>1503</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 1, § 166.

<sup>1504</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre I, §296.

<sup>1505</sup> C.J.C.E. 14 décembre 1986, arrêt SOCIETE DE VENTE DE CIMENTS ET BETONS DE L'EST, précité, Rec. p.4173.

fondamental. Les sanctions indirectement attachées au défaut de notification sont suffisamment rigoureuses. Il n'est pas besoin de les aggraver davantage.

La seconde hypothèse est assez proche. Elle doit être résolue de façon semblable. Sont visées les règles gouvernant l'exemption catégorielle. Celle-ci n'est pas davantage susceptible de fraction. C'est au contrat dans son entier que l'on refuse l'exemption en présence de certaines clauses contractuelles. Celles qui font échec au bénéfice de l'immunité ne peuvent être considérées comme non écrites. Elles ne sont d'ailleurs pas nécessairement nulles. Elles ne le seront que si elles ne peuvent répondre aux conditions d'aucun autre règlement ou si elles ne peuvent bénéficier d'une exemption individuelle. Quoiqu'il en soit, elles n'emportent pas de droit nullité de l'entier contrat. Une solution contraire aboutirait à conférer une portée doublement contraignante aux règlements.

Il n'existe donc pas d'hypothèse où le droit de la concurrence exige une annulation totale du contrat, en dehors de celle où c'est l'entente elle-même qui organise l'illicite. Existe-t-il des cas où c'est l'annulation partielle qui s'impose?

#### ***B - LE DROIT DE LA CONCURRENCE IMPOSE-T-IL UNE ANNULATION PARTIELLE DE LA CONVENTION?***

**597.** La nullité partielle est généralement présentée, dans le cadre de l'ordre public économique, comme la sanction la plus efficace<sup>1506</sup>. Elle incite à la dénonciation. Elle dissuade les contrevenants potentiels d'inclure de telles clauses dans leur contrat. Elle rend possible enfin, par ablation<sup>1507</sup>, une modification du contrat dans un sens conforme aux exigences de l'ordre public. Mais puisque c'est un argument d'efficacité qui préside au choix de la nullité partielle, ce choix ne doit être fait que s'il est nécessaire. Trois critères ont été proposés<sup>1508</sup>, qui permettent de juger de cette nécessité : un critère

---

<sup>1506</sup> **G. FARJAT**: "Le droit commun des effets de la nullité d'ordre public économique paraît bien être l'annulation partielle.", ("L'ordre public économique", Thèse Dijon 1962).

Dans le même sens, voir **P. SIMLER**, thèse précitée, p.401 et s.; **M. S. KHALIL**, "Le dirigisme économique et les contrats (...)" Thèse 1967, p.208 et s. Pour **C. GUELFUCCI-THIBIERGE**: "l'annulation totale du contrat n'est pas, en général, la sanction la plus efficace, ni la plus grave", ("Nullité, restitutions, responsabilité", Thèse Paris 1992, n°895 et s., p.1034).

En sens contraire, voir **P. MALAURIE**, qui considère la nullité totale comme "un châtime exemplaire". Se référant à l'expérience anglaise, M. Malaurie estime qu'une nullité partielle "ne fait qu'encourager la formation d'un acte illicite, car l'auteur de l'illicéité conserve une grande partie des avantages de l'acte illicite", ("L'ordre public et les contrats. Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.", Thèse Paris 1951, p.252).

<sup>1507</sup> L'expression ne doit pas être interprétée comme l'expression d'une conception anthropomorphique de la nullité. Les termes utilisés (ablation, éradication) n'ont été choisis que pour leur expressivité.

<sup>1508</sup> **P. SIMLER**, Thèse précitée, p.405.

textuel (1), un critère tenant à la qualification de la règle violée (2) et un critère téléologique (3). Aucun ne nous semble justifier le sacrifice des volontés individuelles.

### 1/ La critère textuel

**598.** Le critère textuel n'est pertinent ni en droit communautaire ni en droit français.

L'article 85, § 2, du Traité de Rome énonce que "*les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit*". La Commission des Communautés a vainement tenté, dans l'affaire "Société technique minière", de s'appuyer sur cet argument de texte condamner l'accord dans son intégralité <sup>1509</sup>. La Cour de Justice lui a donné tort. La nullité de plein droit ne frappe que les éléments de l'accord frappés par l'interdiction. La jurisprudence communautaire ne peut cependant être interprétée comme favorable à la nullité partielle puisqu'elle s'en remet aux instances nationales pour déterminer l'étendue de la nullité.

Le critère textuel n'est pas davantage praticable en droit français. L'article 9 de l'Ordonnance dispose qu' "*est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8* ." La rédaction de cet article est importante. L'ancien texte prévoyait la nullité des ententes illicites ainsi que de toute convention liée à l'entente ou destinée à en assurer l'exécution. L'adjonction à cette formule des simples clauses contractuelles témoigne de la possibilité de circonscrire la nullité à la seule clause viciée. Ce texte se contente toutefois d'autoriser une nullité partielle. Il ne l'impose pas. Tout au plus peut-on conclure à une certaine faveur consentie à ce type de sanction. Si le législateur avait voulu systématiquement l'imposer, il aurait probablement recouru à la fiction de la clause non écrite <sup>1510</sup>. Le choix de la nullité semble une invitation à s'interroger sur la portée de la sanction, ainsi que la tradition française le requiert.

Le critère textuel n'est donc pas satisfaisant. Les auteurs s'accordent à dénoncer son caractère "*simpliste et arbitraire*", qui confère "*une signification excessivement précise aux termes employés par le législateur*" <sup>1511</sup> ". Un autre critère est proposé. Il tient à la qualification de la règle violée.

---

<sup>1509</sup> Aff. L.T.M. c/ B.M.U. du 30 juin 1966, Rec. 340, §581..

<sup>1510</sup> Le législateur a procédé ainsi dans la loi du 10 janvier 1978 relative aux clauses abusives (article 35). L'article 415.12 du code rural procède de même à propos du statut du fermage.

<sup>1511</sup> **P. SIMLER**, Thèse précitée, n°334, p. 406. Dans le même sens, voir **G. FARJAT**, "L'ordre public économique", Thèse 1962, n°480, p.379, **C. GUELFUCCI-THIBIERGE**, thèse précitée, n°896, p.1034.

## 2/ Le critère tenant à la qualification de la règle violée.

**599.** Selon Monsieur FARJAT, *"chaque fois qu'un texte d'ordre public économique a prévu la nullité d'un élément du contrat ou la modification du contrat, quels que soient les termes utilisés, quelque ait été la volonté des parties, il convient d'annuler toujours ce seul élément* <sup>1512</sup>". L'auteur justifie cette assertion par le fait que toute recherche de volonté est artificielle et arbitraire. Dans l'esprit des parties, le contrat est conçu comme un tout indivisible, qu'il convient d'exécuter conformément à leurs prévisions. Monsieur FARJAT considère que toute annulation, quelle soit totale ou partielle, aboutit à tenir en échec cette volonté. Il en déduit qu'il n'y a pas lieu pas lieu d'en tenir compte dans la détermination de son étendue. Monsieur SIMLER juge l'analyse trop sommaire <sup>1513</sup>. Il considère en outre que la qualification d'un texte en règle d'ordre public serait un exercice délicat pour le juge. Ce dernier argument n'est sans doute pas pertinent en notre matière ; les règles relatives aux ententes sont incontestablement d'ordre public. Ce caractère ne suffit cependant pas à justifier le sacrifice des volontés individuelles. Ce sacrifice n'apparaîtra nécessaire que si l'efficacité de la règle est compromise par le principe d'autonomie de la volonté. Il ne peut y avoir de présomption en la matière. Le troisième critère proposé apparaît donc plus pertinent. Il s'agit d'un critère téléologique.

## 3/ Le critère téléologique

**600** En vertu de ce critère, le principe d'autonomie doit être écarté dès lors que son application contrarie la finalité de la règle violée. C'est le but poursuivi par le législateur qui détermine l'étendue de l'annulation, et c'est au juge qu'incombe la charge d'apprécier si la norme violée exige le maintien de l'acte. La volonté des parties ne sera donc pas mise en échec du seul fait que le texte violé est d'ordre public. Elle garde une fonction subsidiaire <sup>1514</sup>. On peut la prendre en considération à chaque fois que cela ne contrarie pas la finalité de la norme, soit parce que la mesure de l'illicite est indifférente à cette norme, soit parce qu'il y a coïncidence entre la volonté des parties et la volonté du législateur.

Certains auteurs sont plus radicaux. Madame GUELFUCCI-THIEBERGE a puissamment critiqué le critère subjectif appliqué à l'étendue de la nullité. Ce critère est présenté comme archaïque

---

<sup>1512</sup> Thèse précitée, n°482, p.382.

<sup>1513</sup> P. SIMLER, op. p.408.

<sup>1514</sup> P. SIMLER, op. n°382, p.464.

et arbitraire, contraire au but de la sanction qui doit être "*de rétablir la légalité transgressée*"<sup>1515</sup>. L'auteur propose de lui substituer un critère objectif, "*fondé sur la mesure de l'illicite déduite de la règle sanctionnée*". La nullité partielle s'imposerait à chaque fois que l'illicéité n'entache que certains effets de l'acte.

**601.** Le particularisme du droit des ententes autorise à développer une opinion contraire. Il nous apparaît que l'efficacité de ce droit ne nécessite jamais une annulation partielle contraire à la volonté des parties. C'est paradoxalement l'indifférence aux situations individuelles qui justifie ce fait. L'ordre public de direction nous paraît moins requérir le maintien du contrat que l'ordre public de protection. Une annulation totale peut porter préjudice à celui-là même que la loi entendait protéger. La législation du travail<sup>1516</sup> et la législation des baux<sup>1517</sup> en offrent les exemples les plus topiques. Le droit de la concurrence, quant à lui, ne protège pas les contractants, ou une catégorie déterminée de contractants ; il protège le marché. L'attitude de la Cour de Justice en est la preuve. En s'en remettant aux juges nationaux pour définir la mesure de l'annulation, elle accepte implicitement la disparition du contrat. L'arrêt "Grundig" témoigne du fait que le droit de la concurrence est indifférent à l'étendue de la sanction. Nous avons vu que le principe d'autonomie avait une fonction supplétive. Il retrouve son empire lorsque la norme d'ordre public est indifférente à l'étendue de la sanction. Tel nous semble être le cas du droit des ententes. Seule lui importe la disparition de l'illicite. Le sort du contrat ne lui importe pas.

Il existe d'autres outils qui permettent de calquer l'étendue de la sanction sur l'étendue l'illicite. Il sont aux mains des autorités régulatrices<sup>1518</sup>. Une comparaison entre les missions respectives des juges et des autorités est instructive.

Si une action est intentée devant le Conseil de la concurrence, ou devant la Commission des Communautés, seule la clause viciée doit disparaître. Cette disparition ne s'opèrera pas par la voie de l'annulation partielle (ces instances sont incompétentes pour la constater) mais par celle de l'injonction

---

<sup>1515</sup>"Nullité, restitutions, responsabilité", thèse Paris 1992, n°495, p. 292.

<sup>1516</sup> **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, "*Ainsi, si un contrat de travail comporte une clause contraire aux exigences du salaire minimum ou violant un droit essentiel du travailleur, il est évident que le contrat doit être maintenu même si la clause était déterminante aux yeux de l'employeur ou si elle était expressément stipulée telle. La nullité totale du contrat se retournerait, en effet, contre celui que la loi entendait protéger.*", op. cit. n° 395, p. 302.

<sup>1517</sup> Est fréquemment citée comme exemple de nullité partielle imposée par la finalité des textes, le maintien du bail en cas de clause illicite (par exemple une clause privant le locataire de son droit à renouvellement du bail), quand bien même cette clause aurait été déterminante de l'engagement des parties. L'annulation du bail irait en effet directement à l'encontre de la protection instituée par le législateur.

Cf. Soc. 9 juill. 1973, D.S. 1974. 24 (**Ph. MERLE**), et **C. GUELFUCCI THIBIERGE**, Thèse précitée, p.1038.

<sup>1518</sup> Même si le juge dispose également d'un pouvoir d'injonction.

de supprimer une clause. La mesure de la sanction est ici l'exacte mesure de l'illicite, parce que ces organes ont uniquement la charge du respect de la liberté concurrentielle <sup>1519</sup>. Leur action se limite à expurger le vice. Il ne saurait être question ici de cause impulsive et déterminante pour justifier l'extension de l'injonction. La sanction est désincarnée.

Toute autre est la situation devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Les juges doivent assurer le respect de l'ordre public, mais ils ont également en charge le respect des droits subjectifs. Parce que le contrat reste l'oeuvre des parties, l'étendue de l'illicite peut pas être indifférente aux juges. C'est une chose que d'exiger la conformité des stipulations contractuelles aux exigences de l'ordre public, c'en est une autre que d'imposer aux acteurs un contrat dont la nouvelle morphologie ne leur convient pas.

C'est donc la conjonction des "sanctions" administratives et des sanctions privées qui permet de reconnaître toute puissance au critère subjectif dans le cadre d'une action en nullité. S'il est archaïque de prétendre considérer la volonté des parties <sup>1520</sup>, c'est presque un droit à l'archaïsme que nous revendiquons. La volonté des parties est malmenée dès lors que l'ordre public qui en cause. On admet presque rituellement son sacrifice. Nous avons vu combien cela se vérifie à l'occasion d'un contentieux concurrentiel. Le critère subjectif est absent de la motivation des autorités régulatrices. On ne peut que souhaiter qu'il soit maintenu pour le règlement des litiges civils. Admettre quelquefois la disparition du contrat ne compromet pas l'efficacité de la répression. L'essentiel est que l'illicite disparaisse. Et il disparaît nécessairement puisque les juges sont tenus de constater la nullité des actes, ou des clauses, anticoncurrentiels. Cela doit suffire. Libres à eux, guidés par la loi d'autonomie, même imparfaite, même "arbitraire", de l'étendre au delà.

**602.** On objectera que les développements qui précèdent ne tiennent pas compte de la nécessité de multiplier les chances de dénonciation de l'illicite. Une partie risque d'hésiter à intenter une action si la nullité totale est encourue. L'importance de la sanction découragerait l'action.

Il semble pourtant qu'une application stricte du principe d'autonomie de la volonté puisse remédier à cet inconvénient. Elle aboutirait à retenir les solutions suivantes:

\* Si aucune des parties ne demande la nullité totale, celle-ci ne devrait jamais être prononcée. Seule la nullité de la clause litigieuse devrait pouvoir être soulevée d'office par le juge. En aucun cas celui-ci ne devrait se faire juge de la volonté virtuelle des parties.

\* Si la clause n'a été déterminante du consentement que d'une seule partie, seule cette partie est en droit de requérir l'annulation totale. Elle est libre de ne pas le faire. Elle ne risque pas d'être prisonnière d'une sanction qu'elle ne souhaitait pas. Monsieur SIMLER écrit que *"si une disposition*

---

<sup>1519</sup> L'analyse est transposable aux exemptions conditionnelles.

<sup>1520</sup> "Cette référence volontariste n'est plus qu'une survivance, particulièrement inadaptée, du principe de l'autonomie de la volonté" (C. GUELFUCCI-THIEBERGE, Thèse précitée, n°492, p.291.)

*nulle était dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, ce qui est le plus souvent le cas, et si, sans elle, cette partie n'aurait pas contracté, l'autre partie ne peut pas faire valoir cette volonté hypothétique pour faire annuler l'acte tout entier si la partie seule intéressée préfère, en définitive, le maintien de l'acte* <sup>1521</sup>." Si une partie agit en revendiquant le caractère essentiel de la clause et se heurte à l'opposition de son cocontractant, alors seulement le juge devra faire oeuvre interprétative.

\* Si la clause était déterminante du consentement des deux parties et que toutes deux sollicitent l'annulation totale, *"il est inconcevable que le juge la refuse, car de toute façon, les parties sont libres de mettre fin à leur contrat"* <sup>1522</sup>.

L'action ne peut donc être découragée que dans une hypothèse : celle où une partie agit en nullité partielle et se voit opposer par son contractant le caractère pour lui déterminant de la clause. Ce cas de figure n'est certes pas marginal, mais son éventualité ne nous semble pas suffire à mettre en échec le principe d'autonomie.

En effet, si le risque d'annulation totale décourage quelques plaideurs, les autorités régulatrices sont là pour suppléer à leur carence. La solution ne nous semble pas contraire à la volonté manifestée d'encourager les actions privées. Ce n'est pas en transformant les tribunaux en antichambres ou en chambres de ratification des décisions émanant d'autorités administratives que l'on convaincra de leur utilité. C'est au contraire, nous semble-t-il, si on leur propose une protection spécifique, une application moins mécanique des règles de concurrence, que les particuliers seront susceptibles de retrouver la voie des tribunaux.

**603.** Il résulte de ce qui précède qu'aucune solution rigide ne peut être proposée pour déterminer l'étendue de la nullité en droit des ententes. La nullité partielle n'est pas plus la sanction de principe que la nullité totale. Comme en droit commun, c'est le principe d'autonomie qui gouverne la matière. Le droit de la concurrence semble indifférent à l'étendue de la nullité, parce que seul lui importe ici la disparition de l'illicite, et parce que d'autres mécanismes lui permettent un modelage précis du contrat. Aucune spécificité n'est donc à relever lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la sanction. Nous avons vu qu'il en était autrement de ses autres aspects.

---

<sup>1521</sup> P. SIMLER, "La nullité partielle des actes juridiques", Thèse Paris 1969, n°379, p.460.

<sup>1522</sup> Même référence.



## CONCLUSION DE TITRE

**604.**L'emprunt par le droit des pratiques anticoncurrentielles d'une sanction contractuelle soulève des problèmes parfois insolubles. La compétence reconnue au juge, pourtant rompu à son usage, ne résout rien. Appliquer la nullité à des actes ayant seulement pour effet de porter atteinte à la concurrence, quand cette atteinte se manifeste tardivement, viole le principe selon lequel la nullité est la sanction de la violation des règles de formation du contrat. Cette sanction, appliquée au contentieux concurrentiel, ne peut s'épanouir normalement. Les règles de l'exemption, et singulièrement de la notification, contrarient son application. Elles aboutissent, nous l'avons plusieurs fois souligné, à ce qu'un accord puisse être entaché de nullité malgré sa contribution au progrès économique. La dualité des procédures, judiciaires et administratives, ajoutée à la dualité des ordres juridiques, français et communautaire, ayant vocation à la régir, favorisent des décisions contradictoires, créant des difficultés inextricables et des situations difficilement réversibles.

**604.**En l'état du droit positif, la nullité est une sanction nécessaire, mais inadaptée. C'est sans grandes conséquences aujourd'hui où le contentieux est rare, mais qu'en sera-t-il demain? Des aménagements s'imposent. La tendance actuelle à la décentralisation des pouvoirs, des instances européennes vers les instances nationales, favorisera peut-être une application plus cohérente de la sanction. Il faut l'encourager. On ne peut tout à la fois échoir au juge la charge de mettre en oeuvre la sanction et le priver des moyens de le faire de façon satisfaisante pour le particulier. Cette décentralisation doit se doubler en droit interne d'une coopération accrue entre le juge et les autorités régulatrices. Toute la difficulté réside alors dans la sauvegarde de la spécificité de l'action judiciaire. L'instance civile ne doit pas devenir le décalque de la procédure administrative. Chacune poursuit une finalité propre : la défense des droits subjectifs pour la première, la préservation du marché pour la seconde. La nécessaire cohérence de leurs actions respectives ne doit pas être le fruit du sacrifice de l'une d'entre elles.

## CONCLUSION

**605.** Le droit des ententes est un droit qui se construit : il est de formation récente. L'article 85 du Traité de Rome ne s'est véritablement épanoui qu'à compter des années 1970. Le droit français des ententes a, quant à lui, été considérablement vivifié par l'adoption de l'Ordonnance du premier décembre 1986 et la création du Conseil de la concurrence. Cette jeunesse pourrait faire de lui un droit timide et balbutiant ; il est au contraire conquérant et sûr de lui. Sa principale conquête est le contrat, cible désignée par sa soumission aux exigences de l'ordre public. Nous nous sommes pourtant refusé à enfermer les relations entre le droit des ententes et le contrat à un rapport d'affrontement.

L'étude des fondements de l'intervention a révélé l'ambivalence de la matière le droit de la concurrence revendique son autonomie dans la théorie générale du contrat certaines notions fondamentales. C'est à ces deux traits, en apparence contradictoires, que nous nous sommes attachés.

**606.** Le droit des ententes revendique son autonomie dans la définition et l'appréciation de l'illicite, suscitant par là même suspicion et inquiétude. Les autorités de la concurrence ont pour seule mission de réguler le marché. Elles n'interviennent que lorsque le jeu normal de la concurrence est perturbé ou qu'il est susceptible de l'être. Cela a pour conséquence qu'un contrat valable au regard de la théorie générale des contrats peut être considéré illicite par les autorités régulatrices. Il existe peu de remèdes à cela. Il faut accepter la spécificité du droit de la concurrence, tout en veillant à ce que le souci d'efficacité ne conduise à des résultats trop contestables.

Cette référence au marché est souple : un contrat, bien qu'anticoncurrentiel, peut être jugé bénin parce qu'il n'apportant qu'une entrave insignifiante au jeu normal de la concurrence. La condition de sensibilité le préserve contre toute altération. C'est du moins le cas en droit communautaire. Le Conseil de la concurrence se refuse à , accueillir la condition de sensibilité bien qu'elle ait été consacrée par la Cour de cassation. On peut le regretter : le principe étant celui de la liberté de la concurrence, et, partant, de la liberté contractuelle, toute exception à ces principes devrait être interprétée strictement. Cela est d'autant plus nécessaire qu'une règle d'opportunité gouverne la matière.

La règle d'opportunité est parfois favorable aux entreprises : une entente, bien qu'anticoncurrentielle, peut être jugée opportune parce que ses inconvénients sont compensés par ses avantages en terme de concurrence ou de progrès économique. Elle est alors préservée par le jeu d'une règle de raison ou d'une exemption. En certaines circonstances en revanche, le principe d'opportunité joue en leur défaveur. Ainsi, un réseau de distribution, parfaitement

valable en lui-même, risque d'être condamné s'il se cumule avec d'autres réseaux de même nature. L'approche des autorités de la concurrence est contextuelle, avec ce que cela suppose d'imprévisibilité pour les acteurs économiques. S'ils ont toute puissance sur leur contrat, ils n'ont pas la maîtrise du contexte économique qui l'environne. La théorie de l'effet cumulatif, à laquelle il est fait allusion, nous semble profondément contestable : elle est sans fondement et dangereuse. On ne peut que souhaiter son abandon, même si cela implique que certaines perturbations du marché soient sans remède. Il faut veiller à ce que le droit des ententes n'abuse pas de son autonomie.

**607.** En certains points, heureusement, le droit des ententes manifeste sa filiation au contrat. L'entente anticoncurrentielle ne se caractérise par seulement par l'atteinte au jeu normal de la concurrence qu'elle organise ou qu'elle provoque : elle se caractérise également par son processus de création. Comme le contrat, l'entente est issue d'un concours de volontés entre entreprises. La notion se dédouble : les parties doivent avoir la volonté de s'entendre et la volonté de chacune doit croiser la volonté des autres, se lier à elles par une volonté commune. C'est une règle admise en doctrine et en "jurisprudence"<sup>1523</sup>.

La Commission européenne et le Conseil de la concurrence n'en tirent pas les conséquences. Démontrer systématiquement et rigoureusement un concours de volontés à l'origine de la perturbation du marché est une tâche ardue. Les autorités régulatrices tendent à s'en affranchir, sinon formellement, du moins en pratique. On constate une dérive assez nette en la matière. Il faut y remédier.

La notion de concours de volontés est en effet fondamentale. Elle conditionne la légitimité de l'intervention dans le contrat : les parties ne peuvent, "accepter" la sanction <sup>1524</sup> qu'à la condition d'être vraiment à l'origine de la perturbation du marché. Il faut donc, de façon systématique et rigoureuse, veiller à ce que l'élément intentionnel ne soit pas ; sacrifié. Cette rigueur doit se manifester sur le plan probatoire et sur le plan substantiel.

Sur le plan probatoire tout d'abord, il faut encourager le recours à des indices positifs de la concertation. Les autorités de la concurrence ne doivent pas se contenter d'énoncer qu'une concertation est la seule explication possible à la perturbation du marché. Cette pratique autorise tous les excès, elle est condamnable.

---

<sup>1523</sup> C'est en fait la pratique décisionnelle des autorités de contrôle qui est visée. La Commission des Communautés et le Conseil de la concurrence n'étant pas des juridictions, la solution qu'ils donnent au problème qui leur est posé ne constitue pas une jurisprudence. L'on voudra bien pardonner cet abus de langage.

<sup>1524</sup> Au sens répressif du terme (punition).

Sur un plan substantiel ensuite, il faut inciter les autorités régulatrices à rechercher si les parties qu'elles incriminent ont un intérêt quelconque à l'entente. Il est en effet contestable de présumer l'adhésion d'une entreprise à une entente qui lèse ses intérêts. Dans une telle hypothèse, l'infraction doit être jugée non constituée.

Ces deux propositions ne font que tirer les conséquences des conditions préalables à la prohibition. Il en est une autre qui paraît plus osée. Il est généralement affirmé que l'entente n'est pas contraignante en toutes ces formes. La pratique concertée, en particulier, n'obligerait pas les parties concertantes. Cette affirmation nous semble le signe d'un certain laxisme dans l'administration de la preuve dès lors qu'est dénoncée une entente informelle. La pratique concertée est une entente qui répond aux mêmes conditions d'incrimination que les autres formes d'entente : il faut faire preuve à son égard des mêmes exigences. Or, toutes les formes d'entente nous semblent contraignantes pour les parties. Dans l'hypothèse d'une pratique concertée, la contrainte n'est pas juridique : l'entente anticoncurrentielle étant nulle, le droit lui refuse sa sanction<sup>1525</sup>. C'est une contrainte extra-juridique qui oblige les parties. La crainte de mesures de rétorsion en cas de non-respect, de la parole donnée en constitue le premier type. La nécessité de juguler le risque concurrentiel constitue la seconde forme de contrainte. Les parties ne peuvent éviter la sanction du marché, but ultime de la concertation, que si elles se sont données des assurances mutuelles quant au comportement qu'elles envisagent de tenir sur ce marché. Si cette assurance n'est pas démontrée, un comportement suspect ne peut pas être considéré comme le fruit d'une collusion : il n'est que le fruit d'une volonté unilatérale. Il est parfois préférable de renoncer à la prohibition au bénéfice de la sécurité juridique, de la prévisibilité de l'intervention et, surtout, du respect des conditions préalables à l'incrimination. La tendance actuelle est de privilégier l'efficacité du contrôle au détriment de ces trois principes. Le droit de la concurrence nous semble avoir gagné assez d'autorité pour qu'un juste équilibre entre ces objectifs soit trouvé sans que cela compromette l'action des autorités régulatrices.

**608.** Si cet équilibre est instauré, les autorités de la concurrence pourront soumettre les volontés individuelles aux exigences de l'ordre public économique. Deux procédés sont mis à leur disposition : l'exemption et l'injonction. Tous deux autorisent une ingérence assez poussée dans les contrats.

---

<sup>1525</sup> Entendue ici au sens large de "moyen destiné à assurer le *respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation*" (Vocabulaire juridique H. CAPITANT publié sous la direction de Monsieur G. CORNU)

La Commission des Communautés recourt plus volontiers aux exemptions, propices à la concertation et au compromis. Cela ne doit pas occulter le fait que la procédure de notification, qui accompagne les décisions individuelles d'exemption, permet une surveillance efficace de l'activité contractuelle. En outre, les conditions auxquelles l'immunité peut être subordonnée aboutissent à un modelage précis du contrat, d'autant plus insidieux que les entreprises ont le sentiment d'y avoir consenti. Enfin, l'immunité est précaire : au moindre écart, ou lorsque la préservation du marché l'impose, son bénéfice peut être retiré. Cette procédure étant peu encadrée, la Commission en profite parfois pour contrôler l'ensemble d'un secteur, ce qui excède les limites de sa compétence. La Cour doit mettre un terme à ces pratiques en obligeant la Commission à motiver soigneusement ses décisions.

Les règlements d'exemption semblent plus respectueux de la liberté contractuelle. Le loisir reconnu aux parties de se conformer ou non à leurs prescriptions est cependant illusoire : l'avantage qu'ils promettent est tel que les entreprises sont naturellement enclines à mettre leur accord à l'abri de leurs dispositions. En ce sens, les règlements apparaissent comme des instruments de normalisation.

Les autorités françaises utilisent davantage le procédé d'injonction. Il a un aspect coercitif assez marqué : ordre est donné aux entreprises de faire ou de ne pas faire quelque chose. Il leur est même parfois enjoint de contracter. Le pouvoir d'injonction est toutefois limité : la liberté contractuelle doit rester la règle. On peut également considérer que les limites traditionnelles à l'exécution forcée s'appliquent à l'injonction. Peu de dérives sont en réalité constatées : ce procédé est soumis au contrôle de la Cour d'appel de Paris. Un point est toutefois contestable : l'injonction n'est enfermée dans aucun délai. Ses destinataires sont soumis à la menace permanente de l'amende qui sanctionne le non-respect de l'ordre donné. Il y a là un défaut auquel il faut remédier.

Injonction et exemption permettent d'expurger le vice des contrats soumis à contrôle. Elles apparaissent comme des substituts à la nullité pour les autorités de la concurrence : l'annulation relève de la seule compétence des juges et, dans une moindre mesure, des arbitres.

**610.** La nullité est la sanction traditionnelle des conditions de formation des contrats. Ce simple énoncé montre que, bien que prévue par l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et par le Traité de Rome, elle n'est pas adaptée à notre matière. Sont condamnées les ententes ayant pour objet, pour effet, ou pouvant avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence. Certaines ententes originellement valables sont susceptibles d'être frappées par la sanction. La théorie générale des nullités est malmenée en de nombreux aspects. La procédure de notification,

notamment, bouleverse ses règles : en droit européen, certaines ententes dont la contribution au progrès économique est établie sont néanmoins annulées faute d'avoir été notifiées. D'autres exemples ont été relevés tout au long l'étude. C'est en outre à l'occasion du procès civil que se manifestent les problèmes soulevés par l'articulation des compétences administratives et judiciaires.

On pourrait déduire de l'inadaptation de la sanction et du foisonnement des difficultés qu'elle soulève l'inopportunité de la nullité. Cela serait conclure trop vite. L'annulation est un procédé précieux car elle seule permet régler les conséquences civiles d'une déclaration d'illicéité. En ce domaine, le principe d'autonomie de la volonté a encore quelque signification. Devant le juge, le contrat qui sert de base à l'entente reste l'oeuvre des parties. Le droit de la concurrence se désintéresse de l'étendue de la nullité dès lors qu'est assurée l'éradication de l'illicite. En conséquence, le juge peut faire varier cette étendue au gré de la volonté des entreprises. Nous avons proposé quelques solutions qui peuvent permettre de concilier l'efficacité de la répression et le respect de cette volonté.

En résumé, la sanction de nullité se heurte au particularisme de la matière mais elle est une sanction nécessaire. N'est-ce pas alors au droit des ententes de s'adapter à elle? L'abandon de la procédure de notification, souhaité par une partie de la doctrine, participerait à cet effort.

**611** Les relations entre le droit des ententes et le contrat sont donc complexes. Entente et contrat peuvent en certains points vivre en symbiose. Le droit des ententes anticoncurrentielles permet quelquefois de régler des conflits que le droit classique s'était montré impuissant à résoudre. L'affaire "des cuves" en constitue une bonne illustration. Le contrat constitue, pour sa part, une référence de choix pour les autorités de la concurrence lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un concours de volontés. L'enrichissement est donc mutuel. Cela ne peut empêcher le traditionnel constat d'un asservissement des volontés individuelles aux exigences de l'ordre public.

## Liste des principales abréviations utilisées

- A.J.D.A.** - Actualité juridique Droit administratif
- B.O.C.C.R.F.** - Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
- Cass. Com.** - Cour de Cassation, chambre commerciale
- Cah.Dr.Entr. (ou C.D.E.)** - Cahiers de droit de l'entreprise
- C.D.Europ.** - Cahiers de droit européen
- C.J.C.E.** - Cour de Justice des Communautés européennes
- Contrats - conc. - consom.** - Contrats, concurrence et consommation (éditions techniques)
- D.P.C.I.** - Droit et pratique du commerce international.
- Ed. techn.** - Editions techniques
- Gaz. Pal** - Gazette du Palais
- J.C.P. éd G.** - Semaine juridique, édition générale
- J.C.P. éd. E.** - Semaine juridique, édition entreprise
- J.D.I.** - Journal du droit international ( ou Clunet)
- J.O.C.E.** - Journal officiel des Communautés européennes
- **J.O.C.E. L** : Partie législation et jurisprudence
  - **J.O.C.E. C** : Partie communications de la Commission
- P.U.F.** - Presses universitaires de France
- R.C.C.** - Revue de la concurrence et de la consommation
- Rec .** - Recueil des arrêts de la Cour de Justice des Communautés et du Tribunal de première instance (*les arrêts sont publiés l'année de leur adoption*).
- Rev. éco.** - Revue économique
- R.I.D.E.** - Revue internationale de droit économique
- R.I.D.C.** - Revue internationale de droit comparé
- R.J.C.** - Revue de jurisprudence commerciale
- R.J.D.A.** - Revue de jurisprudence de droit des affaires
- R.J.J.** - Revue de la recherche juridique
- R.M.C.** - Revue du marché commun
- R.T.D.Civ.** - Revue trimestrielle de droit civil

**R.T.D.Com** - Revue trimestrielle de droit commercial

**R.T.D.E.** - Revue trimestrielle de droit européen

**T.P.I. C.E.** - Tribunal de première instance des Communautés

**Trav. ass. Capitain** - Travaux de l'association Capitain



# BIBLIOGRAPHIE

## 1 : OUVRAGES GENERAUX

**AUBRY et RAU** - *Droit civil français* , T. IV, 4ème éd. (par E. ESMEIN), Librairies techniques, Jurisc-classeurs.

**AZEMA (J.)** - *Le droit français de la concurrence* , 2ème éd., P.U.F. Thé mis, Paris 1989.

**BARAV (A.) et PHILIP (C.)** - *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, P.U.F., 1991.

**BENABENT (A.)** - *Droit civil, Les obligations* , 3ème éd., Montchrétien, 1991.

**BERGEL (J. L.)** - *Théorie générale du droit* , 2ème éd., Méthodes du droit Dalloz, Paris 1989.

**BOULOIS (J.) et CHEVALLIER (R.M.)** - *Grands arrêts de la C.J.C.E.*, T.2, 3ème éd., Dalloz 1991.

**BOULOIS (J.)** - *Droit institutionnel des Communautés européennes*, 4ème éd., Montchrétien, 1993.

**BOUTARD-LABARDE (M.C.) et CANIVET (G.)** - *Droit français de la concurrence*, L.G.D.J., à paraître.

**BRAUN (A.), GLEISS (A.), HIRSCH (M.)**, *Droit des ententes de la Communauté économique européenne* , 2ème éd., Dalloz, Paris, 1977.

**BURST (J.J.) et KOVAR (R.)** - *Droit de la concurrence*, Paris, Economica, 1981.

**CAPITANT (H.)** - *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, publié sous la direction de G. CORNU, P.U.F.

**CARBONNIER (J.)**

- *Droit civil, T. IV, Les obligations*, P.U.F, Thémis, Paris 1993.
- *Droit civil, Introduction*, 21ème éd., P.U.F. Thémis, Paris, 1992.

**CAS (G.)** et **BOUT (R.)** - *Concurrence, Distribution, Consommation*, Lamy Droit économique, Paris, 1994.

**CHAPUT (R.)** - *Droit administratif*, 3ème éd., n°962.

**CORNU (G.)** - V. **CAPITANT**.

**DECOCQ (A.)** - *Droit européen des affaires*, II, Les cours du droit, Paris, 1990.

**DE LAUBADERE (A.)** et **DEVOLVE (P.)** - *Droit public économique*, Précis Dalloz, Paris 1986.

**DE LAUBADERE (A.)**, **VENEZIA (J.C.)**, **GAUDEMET (Y.)** - *Traité de droit administratif*, 11ème édition, n°977, p.597.

**DESPAX (M.)** - *L'entreprise et le droit*, Thèse L.G.D.J., 1957.

**FARJAT (G.)** - *Droit économique*, 2ème éd., P.U.F, thémis, Paris, 1982.

**FLOUR (J.)** et **AUBERT (J. L.)** - *Droit civil, Les obligations*, T.I, *L'acte juridique*, Armand Collin, 1991.

**FRANCESCHELLI (R.)**, **PLAISANT (R.)**, **LASSIER (J.)** - *Droit européen de la concurrence*, Delmas, Paris, 1978

**GAVALDA (C.)** et **PARLEANI (G.)** - *Traité de droit communautaire des affaires*, 2ème éd., Litec, Paris, 1992.

**GENY (F.)** - *Science et technique en droit privé positif*, T. III, Sirey, 1913.

**GHESTIN (J.)** - *Les obligations. Le contrat, formation* , 2ème et 3ème éd., L.G.D.J., Paris, 1988 et 1993.

**GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.)** - *Introduction générale du droit*, 2ème éd., L.G.D.J., 1983.

**GIDE, LOYRETTE ET NOUEL,**

- *Le droit de la concurrence de la C.E.E.*, par X. DE ROUX et D. VOILLEMOT, Juridictionnaire Joly, 4ème éd..

- *Le droit français de la concurrence*, T.1,

**GLAIS (M.), LAURENT (P.)** - *Traité d'économie et de droit de la concurrence* , P.U.F., Paris, 1983

**GOLDMAN (B.)** - *Précis de droit communautaire européen*, 1ère éd., Dalloz.

**GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.)** - *Droit commercial européen* , 5ème éd. Précis Dalloz , Paris, 1994.

**HAMEL (J.), LAGARDE (A.) et JAUFFRET (G.)** - *Traité de droit commercial*, 2ème éd., T. 1, Dalloz 1980.

**HAURIOU (M.)** - *Principes de droit public*, 1ère éd., cité par HEBRAUD (P.) - *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, Etudes offertes à P. Kayser, T.II, p.1.

**HOUIN (R.) et PEDAMON (M.)** - *Droit commercial*, 9ème éd., Précis Dalloz, Paris, 1990. (10ème édition à paraître).

**HOVENTKAMP (H.)** - *Antitrust*, West Publishing Co.,1986.

**KINDER-GEST (P.)** - *Droit anglais*, L.G.D.J., Paris,1989.

**KOVAR (R.)** - *Droit européen de la concurrence*, Cours au Collège d'Europe, Bruges, 1985/86.

**MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)** - *Droit civil, les obligations*, CUJAS, 1994/1995.

**MARTY (G) et RAYNAUD (P)**

- *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 2ème éd. 1988.

- *Introduction générale au droit*, Sirey, 2ème éd. 1972.

**MAZEAUD (J.)** - *Les obligations*, Montchrétien, 7ème éd.

**MAZEAUD (J. et H.L.)** - *Leçons de droit civil*, T.3, vol.2, 4ème éd., n°1649, p.866.

**MEGRET (J.), LOUIS (J.V.), VIGNES (D.) et WAELBROECK (M.)** - *Le droit de la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972.

**MERLE (R.) et VITU (A.)** - *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 4ème éd., CUJAS.

**MIAILLE (M.)** - *Une introduction critique au droit*, 1976.

**MOUSSERON (J. M.) et SELINSKY (V.)** - *Le droit français nouveau de la concurrence*, 2ème éd. Litec, Bibliot. de droit de l'entreprise, 1988.

**PLAISANT (R.), FRANCESCHELLI (R.), LASSIER (J.)** - *Droit européen de la concurrence*, Delmas et Cie, Paris, 1968.

**POSNER (R. A .)** - *Antitrust Law. An economic prespective*, The University of Chicago Press (cité par M. GLAIS et P. LAURENT, opus cit.)

**RIPERT (G.) et BOULANGER (J.)** - *Traité de droit civil*, T.II, L.G.D.J., 1956 .

**RIPERT (G.)** - *Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959.

**ROLAND (H.) et BOYER (L.)** - *Adages du droit français*, LITEC, 3ème éd.1992.

**ROUBIER (P.)** - *Théorie générale du droit*, 2ème éd. 1951, n°3.

**SAINT-THOMAS D'AQUIN** - *La somme téléologique*, T.II, Q 96, A- 5 .

**SCHAPIRA (J.), LE TALLEC (G.) BLAISE (J.B.)** - *Droit européen des affaires*, 3ème éd., P.U.F. , Themis, Paris, 1992, et 4ème éd. 1994.

**SERRA (Y.)** - *Le droit français de la concurrence*, Connaissance du droit, Dalloz, 1993.

**STEPHANI (G.), LEVASSEUR (G.), BOULOC (B.)** - *Procédure pénale* , 14ème éd..

**TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.)** - *Les obligations* , 5ème éd., Précis Dalloz, 1993.

**THIESING (J.), SCHRÖTER (H.), HOCKBAUM (I.)** - *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E* , (adapté de l'allemand par R. DUMEY), Jupiter-Navarre, Coll. Exporter, Paris, 1977.

**VAN BAEL (I.) et BELLIS (J.F.)** - *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Brylant, Bruxelles, 1990.

**VAN DAMNE (J.A.)** - *La politique de la concurrence dans la C.E.E.*, Bruxelles, 1979.

**VOGEL (L.) et VOGEL (J.)** - *Le droit européen des affaires*, 2ème éd., Dalloz, 1994.

**WAELEBROECK (M.)**- *Le droit de la Communauté économique européenne*, T. IV, collection MEGRET (J.), LOUIS (J.), VIGNES (D.), Université libre de Bruxelles, Bruxelles 1972.

**WEILL (A.) et TERRE (F.)** - *Obligations*, 4ème éd., précis Dalloz, 1993.

-----

## **2 : OUVRAGES SPECIAUX,THESES, MONOGRAPHIES**

**AMMAR (D.)** - *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, Thèse Paris 1990.  
(Ronéotypée).

**BASTIAN (D.)**- *Essai d'une théorie générale sur l'inopposabilité*, Thèse Paris 1929.

**BEAUCHESNE (B.)** - *La protection juridique des entreprises en droit de la concurrence*, Europe entreprise, nouvelles éditions fiduciaires, 1993.

**BLAISE (J.B.)** - *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes*, Thèse Nancy, Librairies techniques, 1964 .

**BOUTARD-LABARDE (M. C.)**

- *Le droit de la distribution dans la C.E.E.*, Thèse Paris II, 1981. (Ronéotyp.)

- *Enquêtes en vue de l'application des règles des articles 85 et 86. Droits et devoirs des entreprises*, FEDUCI, Editions Larcier, Bruxelles, 1992.

**CHAMBERLAIN (E. H.)** - *La théorie de la concurrence monopolistique*, 1950.

**COLMANT (E.)** - *Les sanctions aux règles de concurrence en droit communautaire*, Thèse Paris 1988. (Ronéotyp.)

**COUTURIER (G.)** - *La confirmation des actes nuls*, Thèse Paris II, L.G.D.J., 1972,  
(préface J. Flour).

**CUNIN (R.)** - *L'injonction dans le droit anglais des contrats*, Thèse Paris 1952.

**DECOTTIGNES (R.)** - *Les présomptions en droit privé*, Paris 1950.

**DEDOUBLE (D.)** - *L'entreprise et le contrat*, Biblio. de droit de l'entreprise, n° XI, Litec 1980.

**DENIS (M.)** - *L'astreinte judiciaire, nature et évolution*, Thèse Paris 1952 .

**D.G.C.C.R.F.** - *Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations*, Etudes de la D.G.C.C.R.F. juill. 1992.

**DURMA (M.)** - *La notification de la volonté. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Thèse Paris, Sirey, 1930.

**GOUNOD (E.)** - *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, Thèse Dijon, 1912.

**GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)** - *Nullités, restitutions et responsabilité*, Thèse Paris Bibliot. de droit privé, 1992.

**GUYENOT (J.)** - *Le régime juridique des ententes et des concentrations d'entreprises dans le Marché commun*, Thèse Paris, L.G.D.J. 1971.

**FARJAT (G.)** - *L'ordre public économique*, Thèse Dijon, L.G.D.J. 1963 (préface B. GOLDAMN).

**FASQUELLE (D.)** - *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, Thèse Paris, 1991.

**FOURTON (M.)** - *L'exemption individuelle : charges et conditions*, Mémoire de D.E.A., Université de Paris X Nanterre, 1994.

**JAPIOT (R.)** - *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.

**KHALIL (M. S.)** - *Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit privé France-Egypte-URSS*, Thèse Paris 1972.

**LOY (O.)** - *La mise en oeuvre du droit de la concurrence dans la Communauté économique européenne*, Thèse Paris, 1967 (Ronéotyp.).

**MALAUURIE (Ph.)** - *L'ordre public et le contrat*, Thèse 1953.

**MALAUURIE (M.)** - *Les restitutions en droit civil*, Thèse Paris II, CUJAS (préface J. CORNU).

**RANOUIL (R.)** - *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Thèse Paris, 1980.

**RIEG (A.)** - *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique français et allemand*, Bibliothèque de droit privé, T. 19, Paris, 1961.

**ROUHETTE (G.)** - *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris 1965.

**SANSON-HERMITTE (M. A.)**, *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique, sécurité juridique*, Thèse Dijon, Institut des relations internationales, 1971.

**SAVATIER (R.)** - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz 1959.

**SCHWARTZENBERG (R. G.)** - *L' autorité de la chose décidée*, Thèse Paris, 1969, L.G.D.J..

**SELINSKY (V.)** - *L'entente prohibée*, Thèse Paris, Librairies techniques 1978.

**SIMLER (P.)** - *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse Paris 1969.

**VIRASSAMY (G.)** - *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse Paris 1988, Bibliothèque de droit privé, T. 190, (préface J. GHESTIN).

**VOGEL (L.)** - *Droit de la concurrence et concentration économique*, Thèse Paris, Economica, 1988.

-----

### **3 : ARTICLES**



**ASSO (B.)** - *Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la C.J.C.E.* , R.T.D.E. 1976/1, p. 21 et 1976/2 p.177.

**ALPA (G.)** - *Le contrat "individuel" et sa définition*, R.I.D.C. 2-1988, p.327.

**ALEXANDER (W.)** - *L'application de l'article 85 §3 CEE par voie de décisions individuelles et de règlements. Une appréciation des mécanismes d'exemption*, R.T.D.E. 1965, p.323.

**ARNAUD (J.)** - *Les origines doctrinales du code civil français*, Bibliothèque de philosophie du droit, p.200, 1969.

**ASSO (B.)** - *Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de Justice* , R.T.D.E. 1976, p.21.

**AYNES (L.)** - *La sanction de la faute*, Publications de l'A.F.E.C. du 1er avril 1992, p.17.

**AZEMA (J.)** - *Franchise et abus de domination*, Cah. Dr. Entr. 1987/2, p.4.

**BABUSIAUX (C.)**

- *Le nouveau droit des relations contractuelles. Une approche économique*, R.C.C. n°38, p.4 .

- *La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence*, Petites affiches du 17 sept. 1990, p.64.

- *Contrôle de la création et du renforcement de position dominante dans les dispositifs français et européens de contrôle des concentrations*, R.C.C. mars-avr. 1993, n°72.

**BATTIFOL (H.)** - *La crise du contrat et sa portée*, Archives de philosophie du droit, 1968.

**BAZEX (M.)** - *L'actualité du droit économique, La réforme de la concurrence*, A.J.D.A., 20 nov. 1985, doctr. p.593.

**BERGEL (J. L.)** - *Différence de nature (égale) différence de régime*, R.T.D.Civ. 1989, p. 263.

**BERLIN (D.)** - *L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités nationales*, R.T.D.E. 1991, p. 1, 211, 379 .

**BERNARD (A.)** - *L'autorisation administrative et le contrat de droit privé*, R.T.D.Com. 1987/1, p.17.

**BERR (C. J.)** - *L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français*, Mélanges Teitgen, 1984.

**BLAISE (J. B.)**

- *Exemption par catégorie des accords d'exclusivité*, R.T.D.E. 1984, p.659.
- *Règlement d'exemption par catégorie* (règlement n° 123/85...), R.T.D.E. 1985, p. 569.
- *Ententes*, Encyclopédie Dalloz, droit communautaire, 1993.

**BOLZE (C.)**

- *La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*, R.J.Comm. n° spéc. nov. 1987.
- *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 1992.

**BONASSIES (P.)**

- *Les fondements du droit communautaire de la concurrence*, Mélanges Weill, p.51.
- *Arbitrage et droit communautaire*, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, 1991.

**BOULOUIS ( J.)** - *Principes généraux*, Encyclopédie Dalloz Droit communautaire, 1992.

**BOUTARD-LABARDE (M. C.)**

- *Franchise et contraintes du droit communautaire*, Cah. dr. entr. 1987/2, p.11.
- *Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence*, J.C.P. 1989, éd. E., II. n° 15406.
- *Droit de la concurrence et personnes publiques* , Gaz. Pal. 22/23 déc. 1989, p.4.
- *Droit français et droit communautaire de la concurrence*, les points de divergence, Lundis du droit communautaire, Bull. inform. de la Cour de cassation, avril 1993, n°364.

- *Responsabilité pénale des personnes morales et droit de la concurrence*, Petites affiches du 6 oct. 1993, p.29.

- *La détermination du marché pertinent*, R.J.D.A. 11/93, chr. 743.

- *Le droit de la concurrence face aux cessions d'entreprises*, Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 1993.

**BOUTARD-LABARDE (M. C.) et BUREAU (D.)** - *La détermination du marché pertinent*, R.J.D.A. 1993/11, p.743.

**BOUTARD-LABARDE (M. C.) et SAINT ESTEBEN (R.)** - *Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence*, J.C.P. 1989, éd. E, II. n°15406.

**BOUTARD-LABARDE (M. C.) et VOGEL (L.)** - *Droit de la concurrence et personnes publiques*, Gaz. Pal. 22/23 décembre 1989, p.4.

**BOY (L.) et PIROVANO (A.)** - *Ambiguïté du droit économique*, Procès 1981, n°7, p.7.

**BRETON (A.)** - *Confirmation*, Encyclopédie Dalloz, 1971.

**BRILL (J. P.)** - *Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986*, Gaz. Pal. 1er déc. 1987, doct. 775.

**BURST(M.)** - *La prévention des abus, les mécanismes d'exemption*, C.D.E., 1987, n°1, p.23.

**CABRILLAC (M.)** - *Rapport sur le juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français*, Trav. assoc. Capitant, 1970, p.152.

**CANIVET (G.)** - *Le juge et l'autorité du marché*, R.J. COMM., mai 1992.

**CANIVET (G.) et VOGEL (L.)**

- *Le droit communautaire et l'office du juge national*, Gaz. Pal., 6/7 mars 1992.

- *Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit de la concurrence*, R.J.D.A. 8-9/93, p.599.

**CARBONNIER (J.)**- Travaux du VIème colloque de philosophie du droit, Archives de philosophie du droit, 1959, p.113.

**CARTOU (L.)** - *Et revoici les ententes venues d'ailleurs*, Petites affiches du 15 sept. 1993, p. 12.

**CASTRO (L.)** - *Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat*, Archives de philosophie du droit, 1968, p.51.

**CHABAS (F.)** - *Astreintes*, Encyclopédie Dalloz, Procéd. civ.

**CHAMPAUD (C.)**

- *Contribution à la définition du droit économique*, Dalloz 1967, Chr. 215.

- *Caractères du droit de la concurrence*, Juris-class. conc. et consomm. fasc. 30, p.25.

**CHAPUT (Y.)** - *Pratiques restrictives de concurrence*, Juris-class. droit international, fasc. 164. G., 2ème cahier, p.16.

**CHERROT (J.Y.)** - *La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution*, Dalloz 1991, chr. 163.

**CHEVALLIER (J.)** - *Rapport général au colloque organisé sur le thème "Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques "*, Trav. Assoc. Capitant, 1964, p.513.

**CHRISTIANOS (V.)** - *Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur*, Dalloz 1990, chr. 91.

**CIENFUEGOS MATEO (M.)** - *L'application de la nullité de l'article 85, §2, du traité de Rome par les juridictions nationales... Conséquences dans l'ordre juridique interne*, Cah. Dr. Entr. 1991, n°314, p.317.

**COLMANT (E.)** - *14 juillet 1972, une date pour le droit de la concurrence*, R.M.C. 1973, p.15.

**CONSTANTINESCO (L.J.)** - *La constitution économique de la C.E.E.*, R.T.D.E. 1977, p.245.

**CORNU (G.)** - *L'évolution du droit des contrats en France*, Archives de philosophie du droit, 1979, p.447.

**DANET (D.)** - *Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée?*, R.I.D.C. 1991, p.3.

**DAVERAT (G.)** - *Réflexions sur une tentative de génocide économique*, Gaz. Pal. 1984, doct. p.84.

**DECOCQ (A.)** - *Alignement de comportement et pratiques concertées en droit de la concurrence*, Gaz. Pal. du 21 au 23 mars 1993, doct. p.4.

**DECOCQ (A.) et PEDAMON (M.)** - *L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Juris-class. conc. consomm. n° 1 bis, 1987.

**DECOOPMAN (N.)** - *Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes*, J.C.P. éd. G. 1987, doct. n° 3303.

**DE LA LAURENCIE (J. P.)** - *L'impact du droit de la concurrence dans les rapports contractuels avec les concédants*, R.C.C. mai /juin 1989.

**DE LA LAURENCIE (J. P.) et COT (M.)** - *Le seuil de sensibilité en droit français de la concurrence*, Gaz. Pal. 1993, doct. p.25.

**DE MELLO (X.)** - *L'ordonnance (modifiée) sur la concurrence et la constitution*, Gaz. Pal. du 15 janv., 1987, p.27.

**DE MONTEYNARD (G.)** - *Réflexions sur l'application par la Cour de cassation de la notion de seuil de sensibilité*, Rapport de la Cour de cassation pour 1993.

#### **DERINGER (A)**

- Rapport fait au nom de la Commission du marché intérieur, Documents de séance de l'assemblée parlementaire européenne du 7 sept. 1961, n°57.

- *Les règles de concurrence au sein de la C.E.E.* Analyse et commentaire des articles 85 à 94 du Traité, R.M.C. 1963 et s.

**DONNEDIEU DE VABRES (M.)** - *Le Conseil de la concurrence*, R.C.C. 1987, n°37, p.12.

**DREIFUSS-NETTER (F.)** - *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, R.T.D.Civ. 1990, p.369.

**DURAND (P.)** - *Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat*, R.T.D.Civ. 1948, p.164.

**DUPICHOT (J.)** - *Présomptions. Notions générales*, Répertoire civil, art. 1349 à 1353, fasc. 155.

**DUPONT (L.)** - *La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français*, R.C.C. n° 74, juill. / août 1993 .

**DURRY (G.)** - *L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridique en droit civil français*, Trav. Assoc. Capitant, 1961-62, p.615.

**EDELMAN (B.)** - *A bas le droit du travail, vive la concurrence*, Dalloz 1992, chr. 1.

**EISEMANN (P. M.)** - *Le gentlemen's agreement comme source du droit international*, J.D.I. 1979, p.326.

**ESTOUP (P.)** - *Le décret du 4 mars 1988*, Gaz. Pal. 1998, doct. 280.

**FARJAT (G.)**

- *L'importance d'une analyse substantielle du droit économique*, R.I.D.E. 1986, p.9.

- *La notion de droit économique*, Archives de philosophie du droit 1992, T. 37.

**FLINT (F.)** - *Comportements parallèles conscients et pratiques concertées. Comparaison avec le droit antitrust aux Etats-Unis, dans la Communauté économique européenne et en Australie*, R.I.D.C. 1981, p.33.

**FOCSANEANU (L.)**

- *Première application de l'article 86 du Traité de Rome par la Commission de la C.E.E., La décision GEMMA du 2 juin 1971*, R.M.C. 1971, p.476.

- *Une décision inquiétante de la Cour de Justice des communautés européennes*, R.T.D.E. 1980, p.199.

**FOYER (J.)** - *Injonction de faire*, Encyclopédie Dalloz, Procéd. civ.

**GASTINEL (E.)** - *La procédure d'opposition et la franchise commerciale en droit communautaire des affaires*, R.T.D.E. 1992/3, p.465.

**GAZZANIGA (J. L.)** - *Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'ancien régime*, revue Droits, 1990/12, p.39.

**GENESTE (B.)** - *Le contentieux des règles communautaires de concurrence en 1992*, Gaz. Pal. europ. n°8 et 9, du 9/10 avril 1993, doct. 42.

**GHESTIN (J.)** - *La notion de contrat*, Dalloz 1990, chr. 157.

**GLAIS (M.)**

- *De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence*, Gaz. Pal. 1978, doct. p.209.

- *Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle*, Rev. éco., 1987/1, p.75.

- *Six ans de répression des ententes illicites et des abus de position dominante. Un bilan de l'activité de la Commission de la concurrence*, R.T.D.Comm. 1984, p.17.

- *Les concepts de 'Relevant Market' et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome*, Rev. Marché Commun, n° 306, avril 1987, p.203.

- *Quelques propos anticonformistes sur deux concepts "tabous" : discrimination et transparence*, Publications de l'A.F.E.C. du 1er avril 1992, p.51.

**GLAIS (M.) et LAURENT (P.)** - *De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence*, Gaz. Pal. 1978, doct. p.209.

**GOLDMAN (B.)** - *Droit de la concurrence*, Encyclopédie Universalis, p.319.

**GOUNOD (E.)** - *La liberté du contrat et ses justes limites*, Semaines sociales de France, 1938, p.321 s.

**GORLA (G.)** - *Il contratio, problemi fondamentali trattati con il methodo comparativo e casistico*, Milan 1954 (analysé par L. CASTRO, opus cit.).

**GUIBAL (M.)** - *Droit public des contrats et droit de la concurrence, le style européen*, J.C.P. éd. G. 1993, n°3667, p.161.

**GUILLOTIN (A.)** - *Les mesures conservatoires en droit de la concurrence*, R.J.Comm. août 1993, p.1.

**HAUSER (J.)** - *Ordre public et bonnes moeurs*, Encyclopédie Dalloz.

**HAWK (B. E.)**

- *La révolution antitrust américaine, une leçon pour la Communauté économique européenne ?*, R.T.D.E. 1989/1, p.5.

- *Un tour d'horizon de la politique de la concurrence*, Cah. Dr. Entr. 1992, n°5, p.1.

**HEBRAUD (P.)** - *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, Mélanges Maury, 1960, p.419.

**HELALI (M.S.E.)** - *La C.E.D.H. et les droits français et communautaires de la concurrence*, R.T.D.E. oct./déc. 1991, p.600.

**HENAFF (G.)** - *Questions sur la nature juridique du conseil de la concurrence*, P.A., 3 juin 1988, p.25.

**HOET (P.)** - *Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire. Sur la surestimation de la délimitation du 'marché en cause' dans la détermination de la position dominante de l'article 86 du Traité C.E.E.*, R.M.C. n°325, mars 1989, p.135.

**HOUIN (R.)** - *Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence*, Annales de la faculté de droit de Liège, 1963, p.46.

**HOUSSIAUX (J.)** - *Concurrence, Aspects économiques*, Encyclopédie Universalis,

**IDOT (L.)**



- *L'interférence du droit français et du droit communautaire de la concurrence*, Petites affiches 30 mars 1988, p.21.

- *Faut-il tuer le droit administratif pour faire triompher la concurrence*, Cah. dr. entr. 1989/3, p.21.

- *Rapport sur l'insécurité dans le droit communautaire*, Cah. dr. entr. 1990/6, p.33-45.

- *L'activité du Conseil de la concurrence en 1990*, Dalloz 1991, chr. p.289.

- *Une nouvelle évolution de la notion d'entente en droit communautaire, l'affaire du Polypropylène*, éd. tech. Europe, déc. 1991, p.3.

- *Les affaires de la Cinq : de nouvelles précisions sur les conditions d'octroi des mesures conservatoires en droit communautaire et français de la concurrence*, Europe, mars 1992, p.1.

- *Arbitrage*, Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 1992.

- *La situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles après les arrêts Asia Motor et Automec II*, Europe, déc. 1992, Chr. p.1.

- *Application du droit de la concurrence par les autorités nationales*, Europe avril 1993, n°173.

- *Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence*, Ed. techn. Europe, juin 1993, p.1.

- *Les mesures provisoires en droit de la concurrence : un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, R.T.D.E. 1993/4, p.581.

- *L'application du principe de subsidiarité en droit de la concurrence*, Dalloz 1994, chr. 37.

**JACQUEMIN (A.) et SCHRANS (A.)** - *Eléments structurels d'une magistrature économique*, R.T.D.Comm. 1977, p.421.

**JAMBU-MERLIN (R.)** - *La rétroactivité dans les actes juridiques*, R..D.C. 1948, p.271.

**JARROSSON (C.)** - *Arbitrage*, Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire, 1992.

**JEANDIDIER (W)** - *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, R.T.D.Civ. 1976, p.700.

**JEANTET (F. C.)**

- *Aspects du droit économique*, Etudes offertes à J. HAMEL, Dalloz 1961, p.33.

- *Les accords de distribution et de services de véhicules automobiles et l'article 85 du Traité CEE. Etude du projet de règlement de la Commission des Communautés européennes* R.T.D.E. 1983, p.547.

- *Le magistrat français devant le droit communautaire de la concurrence*, R.J.Com. 1987, p.201.

- *L' esprit du nouveau droit de la concurrence*, JCP éd. G., 1987, p. 12.

- *Réflexions sur les injonctions et exemptions en droit de la concurrence*, J.C.P. éd. G., 1988, n° 3348.

**JENNY (F.)** - *Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience*, Cah. dr. entr. 1989/4, p.5.

**JESTAZ (P.)** - *La sanction ou l'inconnue du droit*, Dalloz 1986, chr. 197.

**JOLIET (R.)** - *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, C.D.Europ. 1974, p.169.

**KELSEN (H.)** - *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit, 1940, p.33.

**KERNION (D.)** - *La liberté dans les contrats de distribution et l'article 85 du Traité de Rome* , Petites affiches du 13 mai 1992, n°58, p.33.

**KNOCHENHAUER (A.)** - *La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit allemand*, R.C.C. n° 78, mars -avril 1994, p.15.

**KOCH (N.)** et **MARENCO (G.)** - *L'article 85 et les contrats d'agence*, Cah. Dr. Entr. 1987, p. 603.

**KOUBI (G.)** - *L'acte juridique unilatéral conjoint*, R.R.J. 1985, p.103.

**KOVAR (R.)**

- *Les accords de distribution et de services de véhicules automobiles et l'article 85 du Traité CEE. Etude du projet de règlement de la Commission des Communautés européennes* R.T.D.E. 1983, p.547.

- *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*, R.T.D.E. 1987/2, p.237.

- *Prix parallèles et pratiques concertées*, Publications de l'A.F.E.C., Journée d'étude du 13 déc. 1989, p.5.

**KRIMMER (I.)** - *La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris, un nouvel ordre juridictionnel ?*, J.C.P. éd. E, 1991, n° 82.

**LAURENT (P.)**

- *De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence*, Gaz. Pal. 1978, doct. p.209.

- *La légitimation de l'entente par l'article 85, §3 du Traité de Rome*, Dalloz 1979, chr. 197.

- *Ententes, Principes d'incompatibilité*, Juris-class. Conc. consomm., fasc. 545, 1992.

- *Exemptions individuelles, Article 85 §3*, Juris-class. Concurrence et consommation, Fasc. 550.

- *Le retrait individuel de l'exemption par catégorie*, Contrats-conc. consomm., mai 1994, p.1.

**LEAUTE (J.)** - *Les contrats type*, R.T.D.Civ. 1953, p.447.

**LEMOULAND (J. J.)** - *Ordre public et bonnes moeurs*, Encyclopédie Dalloz.

**LE TOURNEAU (P.)** - *Quelques aspects de l'évolution du droit des contrats*, Mélanges offerts à P. RAYNAUD, p.349.

**LEONNET (V.)** - *Réflexions sur le droit de la preuve en matière de réglementation économique*, J.C.P. éd. G, 1993, I n° 3722.

**LOUSSOUARN (Y.)** - *La réglementation des ententes : Le recul du contrôle judiciaire.*, Dalloz 1963, chr. 34.

**LOVERGNE (J.)** - *Les décrets d'exemption*, R.C.C. n°37, p.14.

**LOY (O.)** - *L'application en France du droit communautaire de la concurrence*, R.T.D.E. 1980, p.438.

**LUCAS de LEYSAC (C.)** - *Faut-il faire du conseil de la concurrence une juridiction ?*, R.J.Comm., 1992, p.273.

**LUCAS de LEYSSAC (C.) et GAVALDA (C.)** - commentaire ordonnance du 1er décembre A.L.D.1988, p.47.

**MALAURIE (Ph.)** - *L'ordre public et les bonnes moeurs*, Trav. Assoc. Capitant, 1952, p.749.

**MALAURIE (M.)** - *Le référé concurrence*, J.C.P. éd. G. 1993, doct. n° 3637.

**MARTIN (G. J.)** - *Le risque, concept méconnu du droit économique*, R.I.D.E. 1990.

**MARTIN (R.)** - *La fonction juridictionnelle du conseil de la concurrence*, JCP éd. 1990, I, n°3469.

**MAYER (P.)** - *Le contrat illicite*, Rev. de l'arbitrage, 1984, p.212.

**MEYNIAL (E.)** - *La déclaration de volonté*, R.T.D.Civ. 1962, p.515.

**MONTENARI**, *La synecdote française*, R.I.D.C. 1984, p.21

**MORAND (A.)** - *La sanction*, Archives de philosophie du droit, 1990, p.393.

**MOUSSERON (J. M.)** - *La gestion des richesses par le contrat*, R.T.D.Civ. 1987/3, p.481.

**NERSON (R.)** - *La volonté de contracter*, Mélanges secrétan, 1964, p.209.

**OPPETIT (B.)**

- *L'engagement d'honneur*, Dalloz 1979, chr., p.107.

- *La décodification en droit commercial français*, Etudes Rodières 1981, p.197.

- *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, 1992.

**PANTZ (D.)** - *Contrats souscrits entre les compagnies pétrolières et leurs revendeurs*, R.C.C. n°40, p.39.

**PEROCHON (F.)**

- *L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987*, Cah. Dr. Entr.1987/6, p.4.

- *Responsabilité et dépendance économique*, Cah. Dr. Entr. 1989/4, p.16.

**PERROT (A.) et VOGEL (L.)** - *Entente tacite et parallélisme de comportement*, J.C.P. éd. E, 1993, I n° 299.

**PIROCHE (A.)** - *Les mesures provisoires de la Commission des communautés dans le domaine de la concurrence*, R.T.D.E. 1989/3, p.439.

**PIROVANO (A.) ET SALAH (A.)** - *L'abus de dépendance économique, une notion subversive?*, Petites affiches 21 sept. 1990, p.4.

**PONSARD (A.) et BLONDEL (P.)** - *Nullité*, Encyclopédie Dalloz 1973.

**RIALS (M. S.)** - *Le juge administratif français et la technique du standard*, R.R.J. 1988/4.

**RIEG (A.)** - *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes et françaises du XIXe siècle*, Archives de philosophie du droit, 1957, p.125.

**RIPERT (G.)** - *Rapport présenté au nom de la société d'études législatives*, Bull. de la soc. d'ét. légis., 1932, question n°88, p.258.

**ROBIN (C.)** - *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, Petites affiches du 2 août 1989, p.15.

**ROUBIER (P.)** - *Le rôle de la volonté dans la création de droits et de devoirs*, Archives de philosophie du droit, 1957, p.1.

**ROUHETTE (R.)** - (*Rapport in*) *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, Bibio. droit privé, T. , 1987.

**SABOURIN (P.)** - *Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle*, A.D.J.A., 1983, p.275.

**SAINT ESTEBEN (R.)** - *Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence*, J.C.P. 1989, éd. E., II. n° 15406.

**SANSON-HERMITTRE (M.A.)** - *Sur la doctrine économique de la Commission de la C.E.E. : d'une politique économique à une politique industrielle* . Clunet 1983, p.509.

**SAVATIER (R.)** - *L'ordre public économique*, Dalloz 1965, p.37.

**SAVY (R.)** - *La notion de droit économique en droit français*, A.J.D.A. 1971/3, doct. 132.

**SCHAPIRA (J.)** - *Concepts économiques et droit européen*, J.D.I. 1972, p.5.

**SCHRANS (G.)** - *Eléments structurels d'une magistrature économique*, R.T.D.Comm. 1977, p.421.

**SELINSKY (V.)**

- *Concurrence, contrôle des ententes et des abus de position dominante en droit français*, Juris-class. Conc. consomm., fasc. 370.

- *A propos de la réforme du droit de la concurrence : et si l'on pensait aux victimes?* , Petites affiches 11 juin 1986, p.13.

**SHAPIRA (J.)** - *Concepts économiques et droit européen*, J.D.I. 1972, p.5.

**SOUTY (F.)** - *La politique de la concurrence de l'administration Clinton aux Etats-Unis*, R.C.C. n°78, mars/avr. 1994, p.35.

**STOUFFLET (J.)** - *Pratiques restrictives de concurrence*, Juris-class. droit international, fasc. 164. G., 2ème cahier, p.16.

**TARGA (A.)** - *La notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français*, Rev. Conc. Consomm. n°74, juill./août 1993, p.15.

**THREAD (J.)** - *Brève synthèse sur commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, P. A. du 30 mars 1987, p.12.

**THREAD (J.) et BOURGEON (C.)** - *Dépendance économique et droit de la concurrence*, Cah. Dr. Entr. 1987/2, p.20.

**TURNER (D. F.)** - *The Definition of Agreement Under the Sherman Act : Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 Harv. L. Rev. 655 (1962).

**VASSEUR (M.)** - *Un nouvel essor du concept contractuel*, R.T.D.Civ. 1964, p.5.

**VAN DER ESCH (B.)** - *Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la C.E.E.*, C.D.europ. 1990, p.499.

**VAN HOUTTE (B.)** - *Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE : agir pour le compte d'autrui et intégration dans son entreprise*, Cah. Dr. Entr. 1989, p. 245.

**VEDEL (G.)** - *Le droit économique existe-t-il ?*, Mélanges Pierre VIGREUX, p.767.

**VENIT (J. S.)** - *The Commission's Opposition Procedure*, Common Market Law Review, 1985, p.167.

**VER LOREN VAN THEMAAT (P.)** - *L'économie à travers le prisme du juridique*, R.I.D.Eco., 1989, p.133.

**VOGEL (L.)**

- *Droit de la concurrence et personnes publiques*, Gaz. Pal. 22/23 déc. 1989, p. 4.

- *Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France*, J.C.P. éd. G., 1990, I n° 3470.

- *Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence*, J.C.P. éd.E, 1991, I n° 96.

- *La distribution sélective de produits de marque dans la jurisprudence judiciaire*, Dalloz 1991, chr. 283.

- *L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence*, J.C.P. éd. G. 1992 n° 3550, p. 33.

- *Concurrence et distribution : la distribution exclusive à l'épreuve de la jurisprudence*, J.C.P. éd. E. 1992. I. n° 184.

- *A quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produits ?*, Contrats-conc. consomm., juin 1992, p.1.

- *La distribution automobile à l'épreuve du règlement d'exemption n°123/85*, D.P.C.I. 1992, tome 18, p.577.

- *La Cour de cassation, juge de la concurrence*, (Interview du président de la Cour de cassation), Contr. conc. - consomm., fév. 1993, p.1.

- *Les limites du marché comme instrument de droit du droit de la concurrence*, J.C.P. éd. G. 1994. II. n° 3757.

**WATHELET (M.)** - *Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole : le cas des matières colorantes*, R.T.D.E. 1975, p.663.

**WILLS (G.)** - *Rule of reason : une règle raisonnable en droit communautaire?*, Cahiers de droit européen, 1990/1, p.19.

-----

#### **4 : PRINCIPAUX COMMENTAIRES,** **NOTES, CHRONIQUES ET CONCLUSIONS**

(Certains articles, consacrés à certaines affaires célèbres, sont repris ici bien qu'ils aient déjà été mentionnés supra.)

**BLAISE (J.B.)** - *Chronique de droit de la concurrence à la R.T.D.E. (spéc. 1987/4, p. 671).*



**BOLZE (C.)**

- Chronique de droit communautaire de l'entreprise (III, Règles de concurrence), R.T.D.Comm.

- Note sous Paris 28 nov. 1988, "affaire de la dermo-pharmacie", Dalloz 1989, JP, p. 489.

- Note sous Conseil de la concurrence 87-D-15 (produits cosmétiques et d'hygiène corporelle), Dalloz 1989, JP, p. 499.

**BOUTARD-LABARDE (M. C.)**

- Chronique de droit communautaire au J.C.P. éd. G.

- Note sous Cass. Comm. 4 mai 1993, ROCAMAT (Seuil de sensibilité), J.C.P. 1993, éd. G, II, n°22111, p. 337.

**CARTOU (L.)** - *Et revoici les ententes venues d'ailleurs*, Petites affiches du 15 sept. 1993, p.12.

**DARMON (M.)** - Conclusions dans l'affaire Pâte de Bois, C.J.C.E. du 31 mars 1993, Rec. I/1993, p.1307 .

**GOLDAMN (B.)** - Note sous C.J.C.E. 14 juillet 1972, Imperial Chemical industries Ltd (affaire des matières colorantes), J.D.I. 1973, p.924.

**HANNOUN (C.)** - Note sous Cass. Comm. 26 mai et 18 février 1992 (affaire des cuves), Dalloz 1993, JP, p. 57.

**IDOT (L.)** - Chronique de droit de la concurrence au J.D.I.

- *Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence*, éd. techn. Europe, juin 1993, p.1.

- Note sous Commission 25 nov. 1992, Distribution de billets de transport ferroviaire, Contrats-concurrence-consommation, 1993/2, n° 06.

**JOLIET (R.)** - *La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative*, Cah. Dr. Entr. 1974, p.279.

**KOVAR (R.)**

- Note sous C.J.C.E. 16 déc. 1975, Industrie européennes du sucre, J.D.I. 1977, p.217.

- Commentaire de C.J.C.E. 28 fév. 1991, aff. C-234/89, Delimitis, (effet cumulatif), R.T.D.E. 1991/3, p.493.

**MARCHI (J.P.)** - Paris, 11 sept. 1987 (Produits cosmétiques et d'hygiène corporelle), Gaz. Pal. 1987 II. 731.

**MESTRE (J.)** - Chroniques de droit des obligations à la R.T.D.Civ. depuis 1985.

**MOUSSERON ( J.M.)** - Commentaire de Cass. Comm. 18 fév. 1992 (affaire des cuves), J.C.P. 1992, éd. E. I. n° 201.

**PLAISANT (R.)** - Note sous C.J.C.E. 14 juill.72 (Matières colorantes), J.C.P. 1974; II. n°17650.

**RAYNAUD (J.)** - Commentaire de Cass. Comm. 18 fév. 1992 (affaire des cuves), J.C.P. 1992, éd. E. I. n°201.

**SAINT ESTEBEN (R.)** - Chronique de droit communautaire à la revue Droit et pratique du commerce international.

**SYNVET (H.)** - Note sous Cass. Comm. 8 oct. 1991, Sté BP France, Esso...(Aff. des carburants de la région Corse), J.C.P. éd. G. 1993, II, n° 22095.

**VESTERDORF (M.)**, Conclusions dans l'affaire du Polypropylène, Rec. 1991, 8/II, p.991.

**VOGEL (L.)** - Note sous chaque décision rapportée à la section concurrence de la revue Contrats-concurrence consommation.

**WATHELET (M.)** - *Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes*, R.T.D.E. 1975, p.663.

-----

## **5 : JURISPRUDENCE**

Seules les décisions ayant fait l'objet d'une étude spécifique sont mentionnées ici

### **I : JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE**

#### **A - COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS**

- \_ Arrêt du 6 avril 1962, **BOSCH (DE GEUS)**, aff. 13/61, Rec. 89.
- \_ Arrêt du 30 juin 1966, aff. 56/65, L.T.M. c/ M.B.U. (**SOCIÉTÉ TECHNIQUE MINIERE**), Rec. 337.
- \_ Arrêt du 13 juillet 1966, **GRUNDIG-CONSTEN**, aff. 56 et 58/64, Rec. 429.
- \_ Arrêt du 13 décembre 1966, **WALT WILHEM**, aff. 14/38, Rec.1.
- \_ Arrêt du 13 juill. 1966, **/République italienne c/ Conseil et Commission**, aff. 32/65, Rec. 563.
- \_ Arrêt du 18 mars 1970, **BILGER**, aff. 43/69, Rec. 127.
- \_ Arrêt du 25 nov. 1971, **BEGUELIN**, aff.22/71, Rec. 949.
- \_ Arrêt du 14 juill. 1972, **MATIERES COLORANTES**, Aff. 48 à 51/69, 57/69, Rec. 619
- \_ Arrêt du 6 fév. 1973, **BRASSERIE DE HAECHE**, aff. 48/72, Rec. 77.
- \_ Arrêt du 30 janvier 1974, **BRT SABAM**, aff. 127/73, Rec. 51.
- \_ Arrêt du 23 oct. 1974, **TRANSOCEAN MARINE PAINT ASSOCIATION**, aff. 17/74, Rec. 1063.

- \_ Arrêt du 31 oct. 1974, aff. 15/74, **CENTRAFARM c/ STERLING DRUG INC.**, aff. 15/74, Rec. 1147.
- \_ Arrêt du 16 déc. 1975, **INDUSTRIE EUROPEENNE DU SUCRE**, Aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114 / 73, Rec. 1663.
- \_ Arrêt du 3 fév. 1976, **FONDERIES DE ROUBAIX**, aff. 63/75, Rec. 111.
- \_ Arrêt du 25 oct. 1977, **METRO-SABA**, aff. 26/76, Rec. 1875.
- \_ Arrêt du 12 juill. 1979, **BMW Belgium SA** et autres c/ Commission, aff. jointes 32, 36 et 82/78, Rec. 2435.
- \_ Ordonnance du 29 sept. 1982, **FORD**, aff. jointes 228/82 et 229/82, Rec. 3091.
- \_ Arrêt du 7 juin 1983, **MUSIQUE DIFFUSION FRANCAISE (PIONNER)**, aff. jointes 100 à 103/80, Rec. 1825.
- \_ Arrêt du 28 mars 1984, aff. jointes 29 et 30/83, **CRAM et RHEINZINK c/ Commission (Compagnie royale ASTURIENNE DES MINES)**, Rec. 1679.
- \_ Arrêt du 12 juill. 1984, **Sté HYDROTHERM**, aff. 170/83, Rec. 2999.
- \_ Arrêt du 17 sept. 1985, aff. 25 et 26 / 84, **FORD**, Rec. 2725.
- \_ Arrêt du 18 déc. 1986, **VAG c/ MAGNE**, aff. 10/86, Rec. 4071, J.D.I. 1987/2, p. 461
- \_ Arrêt du 27 janv. 1987, **VERBAND DES VERSACHSICHERER c/ Commission**, aff. 45/85, Rec. 447
- \_ Arrêt du 1er octobre 1987, **SOCIALE DIENST**, aff. 311/85, Rec. 3801.
- \_ Arrêt du 17 nov. 1987, **BRITISCH AMERICAN TOBACCO**, aff. 142 et 156/84, Rec. 4487.
- \_ Arrêt du 11 avril 1989, **TARIFS AERIENS**, aff. 66/86, Rec. 803.
- \_ Arrêt du 11 janv. 1990, **SANDOZ**, aff. C. 277/87, Rec. 90. I. 45.
- \_ Arrêt du 28 fév. 1991, **SERGIO DELIMITIS et HENNIGER BRAU**, aff. C-234/89, Rec. I. 935.
- \_ Arrêt du 31 mars 1993, aff. jointes C-89, 104, 114, 116, 117, 125 à 129 / 85, **AHLSTRÖM OSAKEYTIÖ E.A / Commission (PATE DE BOIS)**, Rec. I /1307 à 1630 .

## **B - COMMISSION des COMMUNAUTES**

- \_ Décision du 18 juin 1969, **CHRISTIANI-NIELSEN**, J.O.C.E. n°L. 165 du 5 juillet 1969, p.12.
- \_ Décision du 16 juillet 1969, **ENTENTE INTERNATIONALE DE LA QUININE**, J.O.C.E. n°L. 192 du 5 août 1969.
- \_ Décision du 30 juin 1970, **KODAK**, J.O.C.E. n°L. 147 du 7 juillet 1970, p.24.
- \_ Décision du 14 déc. 1972, **ZOJA**, aff. IV/26-911, J.O.C.E. n° L. 299/51 du 21/12/73, p. 51.
- \_ Décision du 2 janv. 1973, **SUCRE**, J.O.C.E. n°L. 140 du 6 mai 1973, p. 17.

- \_ Décision du 5 oct. 1973, **DEUTSCHE PHILIPS**, J.O.C.E. n°L. 293 du 20 oct.1973, p. 40.
- \_ Décision du 19 déc. 1984, **PATE DE BOIS**, J.O.C.E. n°L. 85 du 26 mars 1985, p. 1.
- \_ Décision du 23 avril 1986, **POLYPROPYLENE**, J.O.C.E. n°L. 230, du 18 août 1986, p.1.
- \_ Décision du 18 déc. 1987, **FISCHER PRICE c/ QUATER OATE TOYCO**, J.O.C.E. n° L. 49 du 23/02/88, p.19.
- \_ Décision du 7 déc. 1988, **VERRE PLAT**, J.O.C.E. n° L. 33 du 4/02/89, p.44.
- \_ Décision du 21 déc. 1988, **P.V.C.**, J.O.C.E. n° L. 74 du 17 mars 1989, p. 1.
- \_ Décision du 19 déc. 1990 , **CARBONATE DE SOUDE - SOLVAY, ICI** , J.O.C.E. n° L. 152 du 15 juin 1991, p.1.
- \_ Décision du 11 janvier 1991, **VICHY**, J.O.C.E. n° L. 75 du 21 mars 1991, p.57, J.C.P. éd. , suppl. 6/1991, p.4. (A rattacher à Conseil de la concurrence 87-D-15).
- \_ Décision du 4 déc. 1991, n° IV /33.157, **ECO-SYSTEM c/ Peugeot**, J.O.C.E. n° L. 66 du 11 mars 1992, p.1. Cette décision fut suivie d'une communication relative à la clarification de l'activité des intermédiaires en automobiles, J.O.C.E. C . 329, du 18 déc. 1991 .
- \_ Décision du 16 déc. 1991, **YVES ST LAURENT**, J.O.C.E. n°L.12 du 18 janvier 1992, p.1.
- \_ Décision du 17 fév. 1992 , **UK AGRICULTURAL TRACTOR REGISTRATION EXCHANGE**, J.O.C.E. n° L.68 du 13 mars 1992, p.19.
- \_ Décision du 27 oct. 1992, relative à la distribution des **FORFAITS TOURISTIQUES LORS DE LA COUPE DU MONDE DE FOOTBALL 1990**, J.O.C.E. n°L. 326 du 12 nov. 1992, p. 31.
- \_ Décisions du 10 nov. 1992, **GILLETTE**, J.O.C.E. n°L. 116 du 12 mai 1993 .
- \_ Décision du 25 nov. 1992, Distribution de **BILLETS DE TRANSPORT FERROVIAIRE** par les agences de voyages, J.O.C.E. n°L. 366, du 15 déc. 1992, p.47.
- \_ Décision du 23 déc. 1992, **FORD / VW**, J.O.C.E. n° L. 20 du 28 janv.1993 .
- \_ Décisions du 23 déc. 1992, **SHOLLER LEBENSMITTEL et LANGNESE- IGLO**, (affaire **MARS**), J.O.C.E. n° L. 183 p.1et L.183 p.19 du 26 juill. 1993 .

### **C - TRIBUNAL de PREMIERE INSTANCE**

- \_ 12 juillet 1991, **AUTOMOBILES PEUGEOT S.A.**, aff. T-23/90, Rec. II. 653.
- \_ 24 oct. 1991, aff. T - 1,2,6 à 15 /89, **POLYPROPYLENE**, Rec. 87/II, 867.
- \_ 17 déc. 1991, aff. T-6/89, **ENICHEM**, Rec. 1991.II. 1623.
- \_ 24 janvier 1992, **LA CINQ S.A.**, aff. T. 44/90, Rec. II -p.1.
- \_ 10 mars 1992, Aff T-68, 77 et 79 /89, **SIV c/ Commission (VERRE PLAT)**, Rec. II p.1403.
- \_ 2 juillet 1992, **DANSK PELS DYRAVLERFORENING**, aff. T.61/89, Contrats-conc. consomm. oct. 1992, n°83.

- \_ 18 sept. 1992, **AUTOMEC**, aff. T. 24/90, Rec. II, 2223.
- \_ 22 avril 1993, aff. T-9/92, **AUTOMOBILES PEUGEOT SA** et Peugeot SA, Rec. II. 493,

## **II : JURISPRUDENCE FRANCAISE**

### **A - COUR DE CASSATION**

- \_ Cass. Comm. 26 mars 1979, **Ateliers de construction de Compiègne**, J.C.P. éd. C.I., 1980, 13212.
- \_ Cass. comm. 9 mai 1990, **Affaire des cuves**, Dalloz 1990, J.P. p. 509.
- \_ Cass. Comm. 8 oct. 1991, Sté **BP France** et autres, (SP 98), J.C.P. éd.G. 1993, II n° 22095 (note Synvet).
- \_ Cass. Comm. 9 nov. 1993, **ROVER FRANCE** c/ garage BLANDAN BUFFOLI, contrats, -conc.-consomm., déc. 1993, n° 216 .
- \_ Cass. Comm. 14 janv.1992, Société industrielle Lesaffre et autres, (**LEVURE FRAICHE DE PANIFICATION**), B.O.C.C.R.F. du 1 fév. 1992, p.56.
- \_ Cass. Comm. 23 juin 1992, **EPOUX BERTRON** c/ Sté ESSO, R.J.D.A. 11/92, n°985, p.815.
- \_ Cass. Comm. du 12 octobre 1993, **S.A. Concurrence** et S.A. Vidéo France, B.O.C.C.R.F. du 15 janv. 1994, p.3.
- \_ Cass. Comm. 9 nov. 1993, **ROVER FRANCE** c/ Garage Blandan Buffoli, casant Paris 14 mars 1991, Contrats-conc. consom. déc. 1993, n°216, J.C.P. éd. G. -I- n° 3757.
- \_ Cass. Comm. 1er fév. 1994, Ets HERBAUT c/ Sté FIAT GEOTECH france, Contrats-conc. consomm., mai 1994, n°103.

### **B - COUR D'APPEL DE PARIS**

- \_ Paris 11 sept. 1987, **PRODUITS COSMETIQUES ET D'HYGIENE CORPORELLE**, Gaz. Pal. 1987. II. p.731.
- \_ Paris, section conc. 1ère ch. A, 5 mai 1988, **AFFAIRE DES CUVES**, JP p. 578 (note J.P. MARCHI). Arrêt rendu sur appel formé contre la décision 87-D-34 du Conseil de la concurrence, en date du 29 sept. 1987 (CF.).
- \_ Paris, arrêt du 9 nov. 1989, affaire des **CARBURANTS CORSES**, B.O.C.C.R.F. du 18/11/1989, p.275 .
- \_ Paris 15 nov.1989 relative au pourvoi formé par les sociétés Gist Brocades et Cie contre une décision du Conseil de la concurrence du 22/03/89, **LEVURE FRAICHE DE PANIFICATION**, B.O.C.C.R.F. du 18/11/89, p.278.
- \_ Paris 17 janvier 1990, Sociétés S.N.E.P., S.D.R.M. et **FRANCE LOISIRS**, B.O.C.C.R.F. du 25/01/ 1990, p.25.
- \_ Paris, 1ère ch. A, 23 avril 1990, **Sté Nantes Auto c. Sté VAG France**, Dalloz 1990, I.R., p.142.

- \_ Paris 7 juin 1990, **NIKE FRANCE , ADIDAS, REEBOOK**, B.O.C.C.R.F. du 7/06/90, p.213.
- \_ Paris, arrêt du 6 déc. 1990, affaire des **HORTICULTEURS ET PÉPINIÉRISTES**, B.O.C.C.R.F. du 29/12/90, p.445.
- \_ Paris, 17 sept. 1992, **GIE GEOSAVOIE**, B.O.C.C.R.F. du 3/10/92, p.312.
- \_ Paris section conc. 1ère ch., 3 mars 1993, F.A.C.A.M., **Agents consignataires de navires**, B.O.C.C.R.F. du 26 mars 1993, p.103.
- \_ Paris, 11 mars 1993, Vente de livres par clubs (**FRANCE LOISIRS**), R.J.D.A. 5/93, n°413, rendu sur renvoi après cassation (Cass. com. 10 mars 1992, R.J.D.A. 4/92, n°361) de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 mai 1990, B.O.C.C.R.F. du 1/06/90, ayant rejeté le recours formé par la société France Loisirs contre la décision du conseil de la concurrence n°89-D-41 du 28 nov. 1989( B.O.C.C.R.F. du 3/12/89).
- \_ Paris, 1ère section A, 19 mai 1993, **Sté MORS et Sté WESTLAND AEROSPACE**, J.D.I. 1993/4, p.965.
- \_ Paris 15 septembre 1993, **C.M.S. DENTAL**, B.O.C.C.R.F. du 8 avril 1994 .
- \_ Paris 25 mai 1994, **CORA**, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p.236.

## **C - CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

- \_ Décision n° 87-D-15 du 9 juin 1987, **PRODUITS COSMETIQUES ET D'HYGIENE CORPORELLE**, B.O.C.C.R.F. du 17 juin 1987 et Rapport d'activité pour 1987, p. 43. Dernière décision en date dans cette affaire : décision 93-D-35 du 21 sept. 1993, B.O.C.C.R.F. du 6/11/93, p.303.
- \_ Décision n°87-D-34 du 29 sept. 1987, **RESTITUTION DES CUVES**, B.O.C.C.R.F. du 20 oct. 1987. ( Cour d'appel de Paris, 1ère ch. A, 5 mai 1988 : Cf. )
- \_ Décision n° 88-D-37 du 11 oct. 1988, **GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES** , B.O.C.C.R.F. du 15 oct. 1988. Dernière décision en date dans cette affaire (respect des injonctions : décision 90-D41 du 30 oct. 1990, rapport 1990, annexe 48, p. 121.)
- \_ Décision n° 89-D-08, du 22 mars 1989, affaire de **LA LEVURE FRAICHE DE PANIFICATION**, B.O.C.C.R.F. du 22 avr. 1989. La Cour d'appel de Paris a rejeté les recours dirigés contre cette décision dans un arrêt du 15 nov. 1989, B.O.C.C.R.F. du 18 nov. 1989, p.278.
- \_ Décision n° 89-D-14, du 15 avr. 1989, relative à la distribution de **CARBURANTS DANS LA RÉGION CORSE**, Rapport d'activité 1989, p. 104. Décision confirmée par la Cour d'appel de Paris le 9 nov. 1989, B.O.C.C.R.F. du 18/11/89, p.275. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation le 8 janv. 1991, B.O.C.C.R.F. du 31/10/91, p.11.
- \_ Décision n°90-D-17 du 22 mai 1990, Rapport pour 1990, annexe 24 p.58. Le recours intenté contre cette décision sera rejeté par la Cour d'appel dans un arrêt du 6 déc. 1990, B.O.C.C.R.F. du 19/12/90, p.445.
- \_ Décision 90-D-21 du 26 juin 1990, **Syndicats des artistes interprètes**, Rapport pou 1990, annexe 28, p.73.
- \_ Décision n° 90-D-35 du 9 oct. 1990, relative à des pratiques dans le secteur de la vente de véhicules particuliers et utilitaires neufs dans le département de la Loire, Rapport pour 1990, p.104.
- \_ Décision 91-D-59 du 3 déc. 1992, **GIE GEOSAVOIE**, Rapport pour 1991, annexe 66, p.156 ; Cour d'appel de Paris 17 sept. 1992, B.O.C.C.R.F. du 3/10/92, p.312.

- \_ Décision n° 92-D-56 en date du 13 oct. 1992 relative aux conditions de commercialisation du SUPERCARBURANT SANS PLOMB À L'INDICE D'OCTANE RECHERCHE 98 (**SP 98**), B.O.C.C.R.F. du 5 nov. 1992, p. 344. La décision du Conseil a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 oct.1993, (B.O.C.C.R.F. du 6/11/93, p. 299) .
  
- \_ Décision 92-D-68, du 15 déc. 1992, **C.M.S. DENTAL**, Rapport d'activité 1992, annexe 75, p.464.
  
- \_ Décision 93-D-21 du 8 juin 1993, **magasins B du GROUPE CORA**, B.O.C.C.R.F. du 25/07/93, p. 197. (Cf Paris 25 mai 1994)
  
- \_ Décision n°93-D-39, du 5 oct.1993, **Appels d'offre lancés par la ville de Toulouse**, B.O.C.C.R.F. du 4/12/93, p. 321 et Rapport d'activité pour 1993, annexe n° 46, p. 274. L'appel formé contre cette décision a été rejeté par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 24 juin 1994, p.234.
  
- \_ Décision n° 93-D-49 du 16 nov. 1993, B.O.C.C.R.F. du 28 janv. 1994, p.21.
  
- \_ Décision n° 93-D-59 du 15 déc. 1993, relative à des pratiques relevées dans le **SECTEUR DE LA PUBLICITE**, B.O.C.C.R.F. du 29 mars 1994, p. 107 à 131 .



TABLE DES MATIERES
--------------------

**PREMIERE PARTIE**

**FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT.**

\*

**TITRE I**

**RESTRICTION DE CONCURRENCE ET ILLICITE**

**L'irréductible autonomie du droit de la concurrence.**

\*

**- CHAPITRE 1-**

**AUTONOMIE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LA DEFINITION DE L'ILLICITE**

**SECTION I : LA DEFINITION DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

**§1) Substitution de concepts économiques aux concepts juridiques traditionnels**

*- A) Le cadre de l'action : le marché*

1 : La fonction du marché en droit de la concurrence

2 : Délimitation du marché

a: Le marché des produits ou des services

b: Le marché géographique

*- B) L'auteur de l'action : l'entreprise*

## **§2) L'atteinte au marché, fait générateur de l'intervention dans le contrat**

- A) *La nécessité d'une altération du processus concurrentiel par les entreprises*
  - 1 : L'imputabilité de la restriction de concurrence aux acteurs économiques .
  - 2: Exemples de pratiques anticoncurrentielles
- B) *Conséquence : irrecevabilité des saisines non motivées par une perturbation du marché*

## **SECTION II : BOULEVERSEMENTS PROVOQUES PAR LA DEFINITION DE L'ILLICITE EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

### **§1) Bouleversement du processus d'élaboration et d'application du droit**

- A) *Concurrence de compétences dans l'application du droit de la concurrence*
- B) *Déplacement des sources du droit de la concurrence*

### **§2) Bouleversement de la fonction judiciaire**

- A) *Une magistrature économique dans l'application du droit de la concurrence*
- B) *Irruption de la règle d'opportunité dans l'appréciation de la légalité d'une décision en droit de la concurrence*
- C) *Modification du raisonnement judiciaire*

### **§3) La conformité au droit civil ne préjuge pas de la conformité au droit de la concurrence : l'affaire des cuves**

- A) *Présentation de l'affaire "des cuves"*
  - 1 : Echec des procédures fondées sur les grands principes du droit civil
  - 2 : La remise en cause de cette jurisprudence par les autorités régulatrices
- B) *Enseignements de l'affaire "des cuves"*
  - 1 : La percée de l'analyse économique dans le contentieux civil
  - 2 : La soumission de la validité d'un contrat au droit de la concurrence

**- CHAPITRE II -**

**AUTONOMIE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS L'APPRECIATION  
DE L'ILLICITE**

**Une approche contextuelle des comportements d'entreprises**

**SECTION INTRODUCTIVE : SOUPLESSE DU MODE D'APPREHENSION  
DU PHENOMENE CONTRACTUEL**

**§1) L'évolution du modèle concurrentiel : de la concurrence pure et  
parfaite à la concurrence praticable**

- A) *Les différentes théories de la concurrence. Evolution du modèle de référence*
- B) *La théorie de la concurrence praticable en jurisprudence*

**§2) Une approche dynamique du phénomène concurrentiel**

**SECTION I : ACCEPTATION ET LEGITIMATION DE PRATIQUES  
INTRINSEQUEMENT ANTICONCURRENTIELLES**

**§1) Prohibition et seuil de sensibilité**

- A) *Justifications à la condition de sensibilité*
- B) *Réception de la condition de sensibilité dans les ordres juridiques communautaire  
et français*

1 : La condition de sensibilité en droit communautaire

2 : La condition de sensibilité en droit français

- C) *Seuil de sensibilité et droit contractuel*

**§2) Prohibition et règle de raison**

- A) *La règle de raison dans les ordres juridiques américain, communautaire et  
français*

1: La règle de raison dans le droit américain antitrust

- a: Présentation du droit américain antitrust
  - b: La règle de raison en droit américain antitrust
  - 2: Le droit communautaire et la règle de raison
    - a: La règle de raison en droit communautaire : une solution opportune?
    - b : Peut-on parler d'une consécration de la règle de raison par les autorités de la concurrence?
  - 3: Le droit français et la règle de raison
    - a: Constat de la pénétration de la règle de raison dans l'ordre juridique interne
    - b: Appréciation du recours à la règle de raison en droit interne
- B) Règle de raison et droit des contrats

## **SECTION II : CONDAMNATION DE COMPORTEMENTS NON INTRINSEQUEMENT ANTICONCURRENTIELS**

### **§1) La théorie de l'effet cumulatif**

### **§2) Critiques de la théorie de l'effet cumulatif**

- A) Absence de fondement juridique
- B) Imprévisibilité de l'intervention des instances régulatrices
- C) Incertitude de la sanction

\*

## **TITRE II**

### **ENTENTE ET CONTRAT**

**La réductible autonomie du droit de la concurrence.**

### **- CHAPITRE 1 -**

# LA VOLONTE DE CHAQUE PARTIE A L'ENTENTE

## SECTION 1 : LA VOLONTE DE S'ENTENDRE: DE L'EXIGENCE DE PRINCIPE

### A LA REALITE CONTENTIEUSE

#### §1) Le rôle de la volonté en droit des ententes. Comparaison avec le droit des contrats

##### - A) *L'exigence de la volonté*

1 : Bref rappel historique sur le rôle de la volonté en droit des contrats

2 : La volonté collusive

a: La volonté de s'entendre , condition fondamentale

b: Justifications à l'élément intentionnel

##### - B) *L'exigence d'une volonté autonome*

1 : Le concept de volonté autonome

2 : Application en droit des ententes. Les cas litigieux

a : les auxiliaires de commerce

b : les relations entre entreprises appartenant à un même groupe

#### §2) La suffisance d'une volonté forcée : la réserve des autorités de contrôle sur la contrainte économique

##### - A) *La réticence à admettre la contrainte économique*

1 : Etude de la pratique décisionnelle communautaire et française

a: La contrainte économique n'est pas un obstacle à l'incrimination

b: La contrainte économique peut immuniser contre l'amende

2 : Appréciation de cette "jurisprudence". Confrontation à la jurisprudence des tribunaux civils

a: Sur la réticence à admettre le principe de la violence économique

b: Sur les conditions implicitement posées à l'admission éventuelle (mais peu probable) de la contrainte économique

c : Sur la justification à cette rigueur

##### - B) *La fausse exception de la contrainte oligopolistique*

- C) *Droit des pratiques anticoncurrentielles et théorie de la déclaration de volonté*

## **SECTION II : LA PREUVE DE LA VOLONTE DE S'ENTENDRE : LE RECOURS FREQUENT AUX PRESOMPTIONS**

### **§1) Le parallélisme de comportement comme indice d'existence des volontés collusives (La répression de la perte d'autonomie décisionnelle)**

- A) *Le principe de la présomption, déduite du parallélisme comportemental*

- B) *La condition de "corroboration"*

1 : La preuve "négative " de la concertation (l'absence d'autres explications possibles )

a : Etude des conditions de fonctionnement du marché

b : Recherche de l'intérêt propre de l'entreprise

2 : La preuve positive de la volonté collusive

a: La preuve positive de l'existence d'une entente

b: La preuve moins rigoureuse de l'adhésion à une entente

- C) *Critiques à l'usage du parallélisme de comportement comme indice de concertation*

1: Les aléas de la preuve économique

2: La référence contestable à la rationalité de l'entreprise

3: L'obligation faite aux entreprises de se faire concurrence

4: Le renversement de la charge de la preuve

### **§2) La perte de l'incertitude comme preuve de la volonté de s'entendre**

*A) Position des autorités communautaires face à l'échange d'informations*

*B) Position des autorités françaises face à l'échange d'informations*

\*

## - CHAPITRE II-

### LA VOLONTE COMMUNE DES PARTIES A L'ENTENTE

#### SECTION I : DES VOLONTES CONCORDANTES: un principe galvaudé

##### §1) L'entente, concours de volontés

##### §2) Bilan critique de la pratique décisionnelle et propositions

###### - A) *l'assimilation d'actes unilatéraux à des ententes*

- 1: L'assimilation d'actes apparemment unilatéraux à des ententes par extension du concept de pratique concertée
- 2 : L'assimilation d'actes unilatéraux à des entente par extension du concept d'accord
  - a: Les conditions générales de vente
  - b: La pratique de prix imposés
  - c: Les conditions d'agrégation
  - d: Les documents visant à assurer le cloisonnement du marché

###### - B) *Eléments de solution : recherche des parties intéressées à la concertation*

- 1: Exposé de la solution proposée
- 2 : Avantages de la solution proposée

#### SECTION II : DES VOLONTES QUI S'OBLIGENT : Un principe à construire.

##### §1) Entente et contrainte : étude critique des solutions doctrinales et jurisprudentielles

- ###### - A) *Les formes d'ententes généralement considérées comme conférant un pouvoir d'exigence*
- 1: Les accords et conventions entre entreprises
  - 2 : Les décisions d'association d'entreprises
- ###### - B) *Pratique concertée et contrainte : une association discutée*

- 1 : L'opinion commune : l'affirmation du caractère non contraignant de la pratique concertée
- 2 : La pratique concertée n'exclut pas la contrainte
  - a: Les indices révélant habituellement la contrainte
  - b: L'absence de contrainte juridique attachée à la pratique concertée
  - c: L'existence d'une contrainte extra-juridique

## **§2) La gestion du risque concurrentiel, forme indirecte de contrainte**

### *- A ) L'importance de la gestion du risque*

- 1 : La gestion du risque par le contrat
- 2 : la gestion du risque par l'entente

### *- B) L'assurance d'être suivi, condition d'abolition du risque concurrentiel*

- 1 : La fonction du parallélisme comportemental
  - a : L'embarras de la doctrine et de la jurisprudence
  - b: Solution proposée : la vocation au parallélisme comportemental, élément constitutif de la pratique concertée
- 2 : Illustrations jurisprudentielles
  - a : L'affaire du Polypropylène
  - b : L'affaire Pâte de Bois

### *- C) L'assurance d'être suivi, substitut d'effet juridiquement obligatoire*

\*

## **SECONDE PARTIE**

### **LA MISE EN OEUVRE DE L'INTERVENTION DANS LE CONTRAT**

#### **TITRE I**

### **EFFICACITE DES NOUVELLES TECHNIQUES D'INTERVENTION**



## - CHAPITRE I -

### L'INTERVENTION PAR INCITATION, LES MECANISMES D'EXEMPTION

#### SECTION INTRODUCTIVE : LES CONDITIONS DE L'EXEMPTION

##### §1) Les conditions substantielles de l'exemption

- A) *Les conditions positives*

1: Un bilan économique favorable

2: Le progrès économique invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble

- B) *Conditions négatives à l'exemption*

1: Le principe d'équilibre

2: Le maintien d'une concurrence résiduelle

##### §2 : La notification, condition de forme à une exemption communautaire individuelle

### SECTION I : LIBERTE CONTRACTUELLE ET EXEMPTIONS INDIVIDUELLES

#### §1 : Les avantages de la procédure de validation

- A) *Avantages liés à la notification*

- B) *Avantages liés à la validation*

1: L'exemption individuelle, procédé permettant de valider des pratiques anticoncurrentielles

a/Effets d'une décision d'exemption communautaire

b/Effets d'une décision d'exemption française

2: Nature des décisions individuelles d'exemption en droit communautaire

#### §2) Inconvénients liés à la procédure d'exemption : l'ingérence dans les relations contractuelles

- A) *L'exemption, instrument de contrôle du contrat*
  - 1: La notification, instrument de surveillance et de diagnostic
  - 2: L'imposition de charges, vecteur d'informations
    - a: Etude du procédé consistant à imposer des charges
    - b: Etude de la pratique décisionnelle
  - 3: Le caractère précaire de l'exemption
- B) *L'exemption, instrument de modelage du contrat*
  - 1: Le principe de l'exemption conditionnelle
    - a: Le pouvoir de soumettre l'exemption à des conditions déterminées en droit communautaire
    - b: Etude du droit français
  - 2: Impact des conditions sur les situations contractuelles
    - a: L'atteinte à l'autonomie de la volonté
    - b: Exemptions conditionnelles et consentement des parties intéressées .

## **SECTION II : LIBERTE CONTRACTUELLE ET EXEMPTIONS PAR CATEGORIE**

### **§1: Les mécanismes d'exemption par catégorie**

- A) *L'exemption par catégorie en droit communautaire*
  - 1: Remarques générales sur les règlements d'exemption par catégories
  - 2: Liste des règlements d'exemption
- B) *L'exemption par catégories en droit français*

### **§2) La portée des règlements d'exemption**

- A) *Incidence des règlements d'exemption sur la validité des contrats auxquels ils s'appliquent*
  - 1: Incidence des règlements d'exemption sur les clauses conformes aux prescriptions qu'ils édictent
    - a: Présomption de validité des clauses autorisées par un règlement
    - b: Une présomption simple de validité : la faculté de retrait d'exemption

2: Incidence des règlements d'exemption sur les clauses non conformes aux prescriptions qu'ils édictent

a: Absence de nullité automatique attachée aux clauses interdites

b: Appréciation de la validité des clauses non conformes. Retour au droit commun

3: Incidence des règlements d'exemption sur les clauses non visées par eux

a: Exposé de la procédure de non opposition

b: La portée devant le juge national de la procédure de non-opposition

- B) *Incidence des règlements d'exemption sur la rédaction des contrats*

1: Les règlements d'exemption n'obligent pas les parties à mettre leur accord en conformité avec ses prescriptions

a: Le principe de la liberté contractuelle . L'absence de droit, ou d'obligation, à adaptation du contrat

b: Le droit national peut apporter des restrictions à la liberté contractuelle

2: Le règlement d'exemption, instrument de normalisation

CONCLUSION

\*

## - CHAPITRE II -

### L'INTERVENTION AUTORITAIRE DANS LE CONTRAT

#### L'INJONCTION

### SECTION I : L'INJONCTION , PROCEDE D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT

#### §1) Spécificité de l'injonction concurrence

- A) *L'objectif d'un rétablissement d'une concurrence efficace*

1: Le constat préalable d'une infraction aux règles de concurrence

a: L'injonction dans une procédure au fond

b: L'injonction dans le cadre d'une procédure d'urgence

- 2: Nature et fonction de l'injonction concurrence
- B) *Mesures comminatoires accompagnant l'injonction, garanties de son efficacité*
  - 1: L'astreinte en droit communautaire
  - 2: Le contrôle du respect de l'injonction en droit français
    - a: Les procédés de contrôle
    - b: Confrontation de l'injonction concurrence avec d'autres disciplines

## **§2) Typologie des injonctions**

- A) *Les injonctions de ne pas faire*
- B) *Les injonctions de faire*
  - 1: Remarques générales sur les injonctions de faire
    - a: Sur la possibilité d'enjoindre des comportements positifs
    - b: Sur la nature des injonctions de faire
  - 2: Typologie des injonctions de faire
    - a: Les injonctions de supprimer une clause
    - b: Les injonctions de modifier une clause ou un contrat
    - c: Les injonctions de contracter

## **SECTION II : LIMITES AU POUVOIR D'INTERVENTION DANS LE CONTRAT**

### **§1) Les limites acquises au pouvoir d'intervention dans le contrat**

- A) *Limites propres aux mesures provisoires*
- B) *Limites tenant à la liberté contractuelle : l'arrêt Automec*
  - 1: Présentation de l'arrêt Automec
  - 2: Les enseignements de l'arrêt Automec

### **§2) Les limites traditionnelles à l'exécution forcée**

- A) *L'impossibilité humaine : le respect de l'intégrité de la personne. Hypothèse des contrats conclus intuitu personae*
- B) *L'impossibilité juridique : le respect des droits des tiers, l'indisponibilité du bien*

- C) *L'impossibilité matérielle : l'irréversibilité du processus*

## **TITRE II**

### **L'INADAPTATION DE LA SANCTION TRADITIONNELLE**

#### **LA NULLITE**

#### **- CHAPITRE I -**

### **LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA NULLITE EN DROIT DES ENTENTES.**

#### **SECTION 1 : LES CARACTERES DE LA NULLITE**

##### **§1) La nullité de plein droit, forme de nullité spécifique au droit communautaire ?**

- A/ *Sens traditionnellement attaché à la nullité de plein droit*

- B/ *Sens et état de la notion en droit de la concurrence*

1 : Sens de la nullité de plein droit en droit communautaire

2 : Disparition de la nullité de plein droit en droit français

##### **§2) La nullité absolue, caractère commun aux ordres juridiques français et communautaire**

- A/ *Conséquences du caractère absolu sur la titularité du droit de critique*

- B) *Conséquences du caractère absolu de la nullité sur les causes d'extinction de celle-ci*

1: La prescription de l'action en nullité

2: La confirmation des actes nuls

a: Le caractère absolu de la nullité, érigé en obstacle de principe à la confirmation

b: Le caractère d'intérêt général de la nullité, obstacle non définitif à la confirmation

## **SECTION II : LES EFFETS ATTACHES A LA NULLITE : Inefficacité et remise**

**en l'état**

### **§) Le fondement juridique de la remise en l'état. Nullité rétroactive et nullite *ab initio***

- A) *La naissance de l'illicite en droit de la concurrence*
- B) *La rétroactivité en droit de la concurrence : Etude particulière du droit communautaire*

### **§2) Les effets attachés à la nullité. Le principe de la remise en l'état**

- A) *Le principe de la remise en l'état (le jeu des restitutions )*
  - 1: Les restitutions entre les parties
  - 2: Les effets de la nullité à l'égard des tiers
- B) *Les atténuations au principe de la rétroactivité*
  - 1: Limitations de droit commun à la rétroactivité
    - a: Sur l'applicabilité des limites issues du droit commun au droit communautaire de la concurrence
    - b: Exposé des limites traditionnellement posées à la rétroactivité de la nullité
  - 2: Limites particulières au droit de la concurrence
    - a: Des limites déjà consacrées, tenant au particularisme du droit communautaire de la concurrence
    - b: La limite proposée, tenant au particularisme du droit des pratiques anticoncurrentielles

## - CHAPITRE 2 -

### L'INTERVENTION DES INSTANCES JUDICIAIRES

#### SECTION I : DETERMINATION DE L'INSTANCE COMPETENTE POUR CONSTATER LA NULLITE

§1) **Compétence de principe des juridictions civiles ou commerciales**

§2) **Arbitrabilité des litiges concurrentiels**

#### SECTION II: ARTICULATION DES COMPETENCES ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES

§1) **Incidence du droit communautaire sur la constatation de la  
nullité : primauté et complexité**

- A) *Application du droit européen par le juge national*

Rq préalable: Inadéquation de la sanction attachée à la procédure de  
notification

1: Incidence d'une décision communautaire rendue dans la même affaire

2: Incidence d'une décision rendue dans une affaire similaire.

3: Hypothèse de l'absence de décision communautaire

a: Sort des ententes anciennes

b: Sort des ententes nouvelles

- B) *Application du droit français par le juge national, sous l'influence du droit  
communautaire*

1: Portée d'une décision communautaire préalable sur la solution  
d'un contentieux national

a: un accord interdit ou un comportement déclaré abusif par la Commission  
ne peut être reconnu valable par le juge national

b: Une décision déclarant licite ou validant un accord (ou une pratique)  
a une portée variable pour le juge national

2: Incidence d'un engagement de procédure communautaire sur la solution  
d'un contentieux national

**§2) Incidence d'une décision (ou d'un avis) émanant des autorités de la concurrence françaises : indépendance et risques de contradiction**

- A) *Le risque de contrariété de décisions entre le juge de l'annulation et l'autorité régulatrice : l'indépendance processuelle et décisionnelle*

- B) *Recherche d'une conciliation*

1: Les techniques de conciliation

a: La procédure d'avis

b: Vers la reconnaissance d'une autorité de la chose décidée au profit du Conseil

2: La limite de toute intégration : le nécessaire maintien de l'autonomie du juge civil

3 : Le bilan des solutions proposées

**SECTION II : COMPETENCE POUR DETERMINER L'ETENDUE DE LA NULLITE**

**§1) Le droit national gouverne les règles relatives à l'étendue de la nullité**

- A) *Définition du champ d'annulation minimum : l'empire du droit de la concurrence*

- B) *Définition du champ d'annulation maximum : l'empire de la règle d'autonomie de la volonté*

1: Conséquences de la nullité d'une clause contractuelle sur le reste de la convention

2: Conséquences de la nullité d'une convention sur les opérations juridiques complexes

a: hypothèse des actes conséquences

b: hypothèse des groupes de contrats

**§2) Opportunité d'une sujétion de l'étendue de la nullité aux exigences de l'ordre public**

- A) *Le droit de la concurrence impose-t-il l'annulation totale d'une convention partiellement illicite?*

- B) *L'efficacité de la règle concurrentielle impose-t-elle une annulation partielle*



*de la convention ?*

1: Le critère textuel

2: Le critère tenant au caractère d'ordre public de la norme

3: Le critère téléologique

## **CONCLUSION GENERALE**