

L'ACTUALITÉ DU DROIT DES ENTENTES EN 2007

Le vent de la rupture aurait-il aussi soufflé, cette année, sur le droit des ententes ?

Lors de la dernière conférence annuelle de l'AFEC, le professeur Catherine Prieto avait eu la chance de trouver dans l'actualité du droit des ententes en 2006 un mouvement « d'approfondissement » de l'analyse des effets, grâce à l'impulsion du juge communautaire (1).

De notre recensement de l'actualité du droit des ententes en 2007, un constat différent ressort : la Commission et le juge communautaire s'occupent aujourd'hui essentiellement de querelles de chiffre, celles du calcul des amendes infligées aux grands cartels internationaux. En pleine effervescence, les Autorités nationales de concurrence (ANC) — et le Conseil de la concurrence au premier chef — se trouvent de leur côté confrontées à un nombre croissant de questions de fond.

En vérité, les raisons d'une telle évolution sont relativement simples. Les réformes introduites par le règlement n° 1/2003 (l'abrogation de la notification obligatoire et la décentralisation du dispositif d'exemption), hébergeaient, on le sait bien, une nouvelle architecture de compétence. En ce qui concerne l'étage communautaire, tout d'abord, l'éviction de l'examen des restrictions non flagrantes devait conduire la Commission, et par ricochet le juge communautaire, à se concentrer sur les infractions flagrantes, c'est-à-dire essentiellement les cartels à fort aspect transnational (2). En ce qui concerne l'étage national, ensuite, les juridictions et autorités, devaient s'occuper des ententes flagrantes de dimension domestique et, surtout, des restrictions « moins » flagrantes, au régime juridique prétendument clair et stable (3).

Mais voilà : ce que l'on oublie souvent, c'est que cette spécialisation engendre des conséquences de fond. Puisqu'en matière de cartels, les problèmes substantiels et les problèmes de preuve sont bien résolus, c'est un droit spécial de la sanction qui voit aujourd'hui le jour sous l'impulsion de la Commission et la Cour de justice.

En revanche, du côté des autorités et juridictions nationales, c'est de droit matériel de la concurrence, dans toute sa diversité, qu'il est question : en sus des restrictions flagrantes domestiques, l'analyse de restrictions moins flagrantes, toujours âprement discutée en doctrine, a fort occupé le Conseil et la Cour d'appel de Paris. C'est ici

que l'on retrouve la tendance à l'approfondissement de l'analyse des effets, mais cette fois sous l'impulsion du juge national.

Empiriquement, la rupture entre ces deux étages se vérifie aisément : à l'exception de quelques arrêts préjudiciels (4) ou des dernières décisions issues de la procédure de notification du règlement n° 17 (5) la vaste majorité des interventions communautaires concerne des cartels et, singulièrement, leur sanction (6) En revanche, le Conseil et la Cour d'appel de Paris ont eu à connaître de problématiques complexes, comme les prix de revente imposés, la notion de concours de volonté, ou enfin, l'échange d'informations en oligopole.

L'objectif de la présente chronique est de brosser les grands traits de cette double tendance : d'une part, la polarisation de l'activité jurisprudentielle communautaire autour de la question de la sanction de l'entente et, d'autre part, l'approfondissement au niveau national, de l'analyse des effets de l'entente.

I. L'étage communautaire : la sanction de l'entente

Avant de dégager les tendances lourdes, au fond, de la jurisprudence communautaire, il nous faut brièvement revenir sur quelques évolutions marquantes du droit des ententes en 2007.

A. Évolution de la matière

3.333.802.700 €... c'est le montant total, astronomique, des amendes infligées en 2007 par la Commission européenne. Montant record, qui s'accompagne d'autres records du même ordre : amende plus élevée jamais infligée dans l'affaire des ascenseurs et escalators (992.312.200 €) (7) amende la plus élevée jamais infligée à une seule entreprise pour une seule entente illégale dans l'affaire des appareillages de commutation à isolation gazeuse (396.562.500 €) (8)

Comme chacun le sait, l'augmentation vertigineuse du montant des amendes infligées en matière d'ententes anticoncurrentielles (44,62 % cette année) (9), s'accompagne de la formation d'un contentieux de la deuxième chance devant le TPICE, qui en vertu des articles 229 TCE et 31 du règlement n° 1/2003, jouit du pouvoir de réformer les pénalités imposées par la Commission.

(1) V. C. Prieto, *La généralisation de l'analyse fondée sur les effets, AFEC du 8 février 2007, Actualité 2006 en droit de la concurrence, LPA 2007, n° 239.*

(2) V. notamment § 14 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOCE, n° C. 101 du 27 avril 2004, p. 43.

(3) V. W. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2005, § 1.2.3, p. 25.

(4) V. CJCE, 11 décembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Ente tabacchi italiani*, aff. n° C-280/06, non encore publié ; 18 janvier 2007, *City Motors Groep NV c/ Citroën Belux NV*, aff. n° C-421/05, Rec. CJCE, 2007, p. I-653 ; 26 janvier 2007, *Auto Peter Petschenig GmbH c/ Toyota Frey Austria GmbH*, aff. n° C-273/06, Rec. CJCE, 2007, p. I-14 ; conclusions de l'avocat général, Yves Bot présentées le 22 novembre 2007, aff. n° C-446/05, Procureur du roi c/ Ioannis Doulamis, non encore publiées.

(5) V. décision de la Commission du 17 octobre 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE dans l'affaire COMP/D1/38606, *Groupeement des cartes bancaires « CB »*, non encore publiée ; TPICE, 24 mai 2007, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH c/ Commission*, aff. n° T-289/01, Rec. TPICE, 2007, p. II-1691.

(6) V. liste en annexe.

(7) V. décision de la Commission du 21 février 2007, *PO/Elevators and Escalators*, COMP/E-1/38.823, non encore publiée. V. aussi Communiqué de presse, IP juillet 2009, Bruxelles, 21 février 2007, *Concurrence : la Commission inflige des amendes supérieures à 990 millions d'euros aux membres des ententes sur les ascenseurs et les escaliers mécaniques.*

(8) V. décision de la Commission, du 24 janvier 2007, *Gas insulated switchgear*, COMP/F/38.899, non encore publiée. V. aussi Communiqué de presse, IP juillet 80, Bruxelles, 24 janvier 2007, *Concurrence : la Commission inflige une amende de 750 millions d'euros aux membres de l'entente sur les appareillages de commutation à isolation gazeuse.*

(9) La fuite en « amont » vers l'augmentation du montant des amendes devrait se poursuivre, comme semblait l'indiquer la commissaire à la concurrence lors d'une conférence en mars 2007. V. N. Kroes, *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions : two tools for a more competitive Europe*, Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy Brussels, 8th March 2007.

Si ce contentieux a continué à occuper considérablement le TPICE (10) qui à quelques exceptions près n'a pas tranché de grandes questions de fond cette année (11), le fait le plus notable en 2007, c'est l'ascension de cet aride contentieux vers la CJCE (12). Et la Cour, qui a veillé scrupuleusement à évacuer les pourvois trop factuels (13), a néanmoins été conduite à répondre à des questions éminemment techniques :

- exercice social à prendre en compte pour le calcul de l'amende dans l'arrêt *Britania Alloys & Chemicals Ltd. c/ Commission* (14) ;
- prise en compte obligatoire, ou optionnelle de la taille de l'entreprise aux fins de calculer l'amende dans l'affaire *Dalmine SpA c/ Commission* (15) ;
- statut contentieux des injonctions de payer les amendes adressées par la Commission dans l'affaire *Commission c/ Ferriere Nord SpA* (16).

On comprend bien, à la lumière de ces observations, que faire du droit des ententes c'est de plus en plus « rendre des équations comptables et faire des problèmes de mathématiques pour que tel ou tel bureau » à Bruxelles ou à Luxembourg, « soit satisfait » (17).

B. Les grandes tendances de la jurisprudence

Venons-en maintenant aux grandes tendances de la jurisprudence. Tout comme les décisions des agents économiques, celles des régulateurs et des juridictions adressent des signaux au marché.

Et, plutôt que de se concentrer sur l'examen d'affaires particulières, il nous paraît utile ici de dégager les principaux signaux émis — directement ou indirectement — par la jurisprudence de la Commission, le Tribunal et la Cour. Nous pensons, en particulier, pouvoir déceler trois signaux.

Premièrement, malgré l'agressivité croissante de sa politique d'amendes, la Commission observe en réalité un rôle relativement passif en droit des ententes (18).

L'un des effets gênants de la clémence est en effet de supprimer la nécessité, pour la Commission (et la possibilité, du fait de l'augmentation du nombre d'affaires), de sélectionner des cibles et secteurs prioritaires d'intervention, rôle qu'elle entendait pourtant assumer au lendemain de la modernisation. On s'en convainc aisément en parcourant les divers secteurs économiques concernés par ses huit décisions de 2007 : verre plat, fermetures et machi-

[10] V. TPICE, 12 décembre 2007, *BASF Ag et UCB SA c/ Commission*, aff. jtes n°s T-101/05 et T-111/05, non encore publié ; 26 avril 2007, *Bolloré SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes n°s T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-29/02, T-132/02 et T-136/02, Rec. TPICE, 2007, p. II-947 ; 12 septembre 2007, *Coats Holdings Ltd et J & P Coats Ltd c/ Commission*, aff. n° T-36/05, non encore publié ; 12 septembre 2007, *William Prym GmbH & Co. KG et Prym Consumer GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. n° T-30/05, non encore publié.

[11] V. toutefois TPICE, *Der Grüne Punkt, Duales System Deutschland GmbH c/ Commission*, préc., dans lequel le TPICE examine de façon très approfondie l'applicabilité de l'article 81 TCE. Le Tribunal analyse notamment les possibles efficiences transactionnelles — et les rejette — invoquées par DSD ; v. en matière procédurale, TPICE, 12 octobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c/ Commission*, aff. n° T-474/04, non encore publié. Dans l'affaire dite des peroxydes, la Commission a sanctionné cinq entreprises pour leur participation à des ententes sur le marché des peroxydes organiques. Elle a néanmoins considéré que les poursuites à l'encontre de l'entreprise Pergan étaient prescrites et que, en conséquence, il n'y avait pas lieu de faire état, dans le dispositif de sa décision, de la participation de Pergan à l'infraction, ni de lui adresser ladite décision. Toutefois, la Commission a évoqué, dans les motifs de cette décision, le rôle attribué à Pergan dans les ententes constatées. Ultérieurement, la Commission a publié, sur son site internet, une version non confidentielle de sa décision contenant des références à Pergan. Le recours de Pergan visait à faire annuler le refus du conseiller-auditeur de supprimer toute référence au comportement de Pergan dans la version finale publiée de la décision peroxydes. Dans son arrêt, le Tribunal fait droit au recours et annule la décision de refus.

[12] V. CJCE, 7 juin 2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c/ Commission*, aff. n° C-76/06 P, Rec. CJCE, 2007, p. I-4405 ; 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. n° C-3/06 P, Rec. CJCE 2007, p. I-1331 ; 25 janvier 2007, *Salzgitter Mannesmann GmbH c/ Commission*, aff. n° C-411/04 P, Rec. CJCE, 2007, p. I-959 ; 10 mai 2007, *SGL Carbon AG, c/ Commission*, aff. n° C-328/05 P, Rec. CJCE, 2007, p. I-3921.

[13] Cela ressort très nettement de CJCE, *Salzgitter Mannesmann GmbH c/ Commission*, préc.

[14] V. CJCE, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c/ Commission*, préc. Selon la Cour, la Commission peut « se déferer à un autre exercice social » permettant d'évaluer correctement les ressources financières, afin d'assurer à l'amende un caractère dissuasif suffisant [§ 30]. Il n'y a alors pas d'inégalité de traitement avec les autres participants à l'entente, dont le dernier exercice a été pris en compte. Une autre solution est retenue par le Conseil de la concurrence, dans une décision n° 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne. Le Conseil refuse de sanctionner deux entreprises ayant participé à des ententes, au motif que celles-ci avaient un chiffre d'affaires nul lors de leur dernier exercice.

[15] V. CJCE, 25 janvier 2007, *Dalmine SpA c/ Commission*, aff. n° C-407/04 P, Rec. CJCE, 2007, p. I-829. L'affaire concernait le cartel des tubes en acier sans soudure, entre huit entreprises européennes et japonaises. Les huit entreprises avaient conclu un accord ayant pour objet le respect mutuel de leurs marchés nationaux, qui avait été mis en œuvre entre 1990 et 1995. La Commission a sanctionné le cartel pour infraction très grave, mais a atténué le montant de l'amende pour deux entreprises qui ont coopéré. Le TPICE annule un article de la décision, qui avait imputé une durée de participation à l'infraction trop longue à l'entreprise Dalmine (un an de trop). Mais le TPICE ne juge pas nécessaire de réduire l'amende infligée à cette entreprise. Dalmine forme un pourvoi devant la CJCE. Elle se plaint notamment de devoir acquitter une amende d'un montant proche des amendes infligées à des entreprises réalisant un chiffre d'affaires bien supérieur. La CJCE confirme que ni la Commission, ni le TPICE, ne doivent nécessairement différencier l'amende entre entreprises au regard de leur taille, et donc de leur chiffre d'affaires. La pondération en « fonction de la taille individuelle n'est pas une étape de calcul systématique mais une faculté de souplesse » [§ 143].

[16] V. CJCE, 6 décembre 2007, *Commission c/ Ferriere Nord SpA*, C 516/06 P, non encore publié. En 1989, la Commission a constaté la participation de Ferriere Nord à une série d'infractions sur le marché communautaire des treillis soudés et sanctionné l'entreprise d'une amende de 320.000 écus. L'affaire ayant donné lieu à des recours contentieux, Ferriere Nord n'a pas immédiatement acquitté l'amende, mais a fourni une garantie bancaire, avec l'accord de la Commission. En 1997, Ferriere Nord demande à la Commission de reconsidérer le montant de l'amende en raison de la forte dévaluation de la lire italienne. Cette dernière refuse. Dans une lettre de 2004, la Commission rappelle à Ferriere Nord qu'elle doit toujours payer 564.000 €. Ferriere Nord répond à la Commission que sa demande est non fondée et tardive, puisque l'article 4 du règlement n° 988/74 prévoit une prescription de cinq ans en matière d'exécution par décisions. Ferriere demande donc devant le TPICE l'annulation de la lettre de la Commission qui, injonction déguisée, serait un acte attaquant au sens de l'article 249 TCE. Le TPICE admet que ces actes sont des décisions au sens de l'article 249 TCE. Le TPICE reconnaît donc que la décision violant l'article 4 du règlement n° 2988/74 : l'action est prescrite et le paiement de l'arriéré du solde se serait éteint en 2002. Saisie d'un pourvoi, la CJCE prend ses distances avec l'analyse du TPICE : lesdits actes sont des « mises en demeure d'exécuter une décision prise antérieurement » [§ 29]. Ils sont donc analogues à des actes préparatoires et d'exécution qui ne sont pas des actes attaquant. En conséquence, la CJCE annule l'arrêt du TPICE.

[17] Nous paraphrasons ici les propos tenus sur une chaîne de télévision par le Premier ministre de la République française, J-P. Raffarin, le 4 septembre 2003. Il était alors question de la violation des critères du pacte de stabilité.

[18] V. H. W. Friederiszick et F. P. Maier-Rigaud, *Triggering Inspections Ex Officio : Moving Beyond a Passive EU Cartel Policy*, February 2008, mimeo.

nes de pose à l'échelon, bitume, bière, caoutchouc chloroprène... le droit communautaire des ententes est plus que jamais un droit sans boussole.

En outre, et plus fondamentalement, la disparition du mécanisme de notification a déssaisi la Commission d'importantes questions de droit matériel (et/ou la clémence l'empêche de s'y intéresser) (19). Cette évolution n'est pas, à notre estime, des plus heureuses. La jurisprudence de la Commission et de la Cour en matière d'accords notifiés a souvent constitué un point de repère utile, pour les praticiens, autorités et juridictions nationales. Et la Commission ne paraît toujours pas prête à émettre les fameuses lettres d'orientation, évoquées au § 38 du Préambule du règlement n° 1/2003 (20).

Deuxième signal, la Commission et le juge paraissent engagés dans une étroite collaboration, visant à améliorer l'effet dissuasif des amendes infligées. À cet égard, la Commission peut d'abord compter sur le TPICE. Malgré des divergences ponctuelles dans le calcul des amendes, le TPICE semble soutenir l'adoption de principes juridiques particulièrement durs, permettant à la Commission d'alourdir le montant des pénalités infligées aux entreprises. Cela ressort nettement des deux arrêts *Bolloré c/ Commission* et surtout, *Akzo Nobel c/ Commission*, où le juge accepte d'engager, par simple « présomption capitalistique », la responsabilité des entreprises mères pour les actions anticoncurrentielles de leurs filiales (21). Ce principe, qui a été appliqué de façon parfois opportuniste dans le cadre de l'article 82 TCE — on a parlé en doctrine d'approche « absurde » — est promis à un bel avenir dans le domaine des ententes (22) : comme le rappelle le TPICE dans l'arrêt *Akzo*, le plafond de l'amende doit

alors être calculé sur le chiffre d'affaires global du groupe, composé de la mère, ce qui ne peut qu'aider la Commission à poursuivre sa politique de dissuasion par l'amende (23).

Mais cela n'est pas tout. La Commission semble aussi pouvoir compter sur le soutien de la CJCE. On passera ici rapidement sur l'arrêt *Holcim c/ Commission*, dans lequel la Cour refuse, comme le lui demandaient les parties, d'assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, lorsqu'il est question de décisions individuelles (24). Plus fondamentalement, les arrêts rendus par la Cour sur divers points techniques donnent tous à penser que la flexibilité — la marge de manœuvre — de la Commission en matière de cartel, prime la sécurité juridique des parties : l'arrêt *Groupe Danone c/ Commission*, dans lequel la Cour refuse d'admettre une prescription en matière de récidive en constitue une illustration pénétrante (25).

Enfin, le troisième et dernier des signaux que nous souhaitons évoquer se dessine en filigranes. De quoi s'agit-il ? Si l'on assiste, pour l'heure, à la lente élaboration prétorienne d'un droit de la peine concurrentielle, ni la Commission, ni le juge ne semblent — à la différence de la doctrine — s'interroger sur la pénologie sous-tendant leurs interventions : pourquoi la peine ? La peine est-elle efficace ?

Il est vrai qu'en apparence, la réponse à la question « Pourquoi l'amende ? » est bien connue : l'objectif des sanctions administratives, comme le rappelle utilement le professeur Jurgen Schwartze dans la Revue trimestrielle de droit européen, est d'« exhorter les gens à respecter les lois et règlements et à les inciter à adopter des

[19] À l'exception notable de la décision *Groupement des cartes bancaires « CB »*, préc.

[20] V. § 38 du Préambule du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOCE, p. L.1 du 4 janvier 2003, p. 1. V. aussi communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du Traité, JOCE, n° C. 101 du 27 avril 2004, p. 78.

[21] V. TPICE, *Bolloré SA e.a. c/ Commission*, préc. ; 12 décembre 2007, *Akzo Nobel NV e.a. c/ Commission*, aff. n° T-112/05, non encore publié. Quelques affaires devant la Cour d'appel de Paris ont également traité de la question de l'imputabilité, v. CA Paris, 26 juin 2007, *Guerlain, Givenchy e.a.*, à p. 30 notamment. V. aussi CA Paris, 29 mai 2007, *SDO et Casino*, à p. 5-6. Pour rappel, il suffit en principe de démontrer l'existence d'une unité économique pour attirer une entreprise mère sous l'empire des règles de concurrence. Dans la première affaire, le TPICE a paru réticent à promouvoir des présomptions. Selon le TPICE, la détention de la totalité du capital constitue un « indice fort » (et non pas une présomption), qui doit être complété par une mesure du « taux de participation » pouvant être établi par indices (§ 150). Le second arrêt affirme plus nettement le principe de la présomption.

[22] V. M. Debroux, *Sanction des cartels en droit de la concurrence : définition et conséquences d'une « responsabilité de groupe »*, *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 1 à p. 3. V., pour une application antérieure dans le domaine de l'abus de position dominante, CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can c/ Commission*, Rec. CJCE 1973, p. 215.

[23] V. TPICE, *Akzo Nobel NV e.a. c/ Commission*, préc., § 90. Le TPICE applique une approche relativement stricte. La détention de 100 % du capital entraîne une présomption d'influence déterminante, qui peut certes être renversée par les entreprises en cause, si elles parviennent à prouver l'autonomie commerciale de la filiale (§ 62-65). Toutefois, à l'examen, l'interprétation de la présomption est des plus généreuses. Le TPICE interprète ainsi de façon particulièrement englobante la notion de politique commerciale : il suffit que la mère s'intéresse à la stratégie, au plan opérationnel, aux investissements, aux politiques générales de fonctionnement, à l'audit et à la comptabilité, aux ressources humaines, aux affaires juridiques, pour qu'elle ne soit pas présumée autonome (§ 72-77). Dans le même ordre d'idées, la notion d'influence déterminante est appréciée soupagement. Elle s'étend à de simples activités de « reporting », de « consultation », ou de « supervision ». Le principe est, à n'en pas douter, particulièrement sévère. Il ignore que même dans des groupes verticalement intégrés, existent des « problèmes d'agence » : les filiales profitent souvent de situations d'information imparfaite pour agir de façon opportuniste (à l'écart du contrôle de leur mère). Cela est particulièrement vrai dans le cas de grandes entreprises multinationales, s'appuyant sur des structures locales de distribution. Les incitations des agents sont alors bien souvent obscures aux yeux du management. V. sur ce point, S. Völcker, *Rough Justice ? An Analysis of the European's Commission's New Fining Guidelines*, *Common Market Law Review*, 44, 1285-1320, 2007, p. 1317.

[24] V. CJCE, 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland) AG c/ Commission*, aff. n° C-282/05 P, Rec. CJCE, 2007, p. I-2941. Et notamment, de supprimer l'exigence de l'existence d'une « violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ».

[25] V. CJCE, *Groupe Danone c/ Commission*, préc., § 38 : « Il convient de souligner que le constat et l'appréciation des caractéristiques spécifiques d'une récidive font partie dudit pouvoir de la Commission et que cette dernière ne saurait être liée par un éventuel délai de prescription pour un tel constat ». Pour d'autres exemples, v. CJCE, *Britania Alloys & Chemicals Ltd. c/ Commission*, préc. À défaut d'exercice social l'année précédant la décision, la Commission peut prendre en compte l'exercice social le plus récent pour le calcul de l'amende à partir du chiffre d'affaires. Selon la Cour, la Commission peut « se déferer à un autre exercice social », permettant d'évaluer correctement les ressources financières afin d'assurer à l'amende un caractère dissuasif suffisant (§ 30). Il n'y a pas d'inégalité de traitement avec les autres participants à l'entente, dont le dernier exercice social a été pris en compte. V. aussi, CJCE, *Dalmine SpA c/ Commission*, préc. Comme nous l'avons déjà indiqué, la prise en compte de la taille de l'entreprise aux fins de calculer l'amende n'est pas, selon la Cour, obligatoire mais optionnelle.

comportements conformes au cadre légal » (26). Cet objectif passe principalement, comme l'indiquent les arrêts BASF et UCB c/ Commission, (27) et Groupe Danone c/ Commission, par une politique de dissuasion effective (28).

À l'examen, il est pourtant permis de s'interroger d'abord si l'objectif de dissuasion effective est atteint par les autorités et juridictions communautaires et ensuite, si le souci d'efficacité du droit ne commande pas de réfléchir aux autres fonctions et moyens de la peine concurrentielle en matière d'entente (29).

Certaines études récentes donnent en effet à penser que les autorités communautaires sont encore loin d'atteindre leur objectif de dissuasion effective. Emmanuel Combe et Constance Monnier soulignent ainsi dans la revue *Concurrences*, que les amendes moyennes infligées sont largement en deçà du montant optimal de l'amende dissuasive (30). S'appuyant sur l'affaire des Électrodes au graphite, ils démontrent que l'amende de base, qui avait été fixée à 267 millions d'euros devrait, pour être réellement dissuasive, être appréciée de 6,5 à 10,8 fois, dans une fourchette de 1,75 milliard à 2,9 milliard d'euros. Or en droit, l'élévation que semblent préconiser les auteurs pourrait se heurter au plafond fixé à 10 % du chiffre d'affaires global par l'article 23(2) du règlement n° 1/2003 (31).

Qui plus est, comme le remarquent d'autres articles, le surcroît de prédictibilité assuré par les lignes directrices de 2006, pourrait produire des effets contre-productifs : les entreprises sont désormais en mesure de calculer plus précisément le coût des pénalités financières encourues, ce qui pourrait les conduire à privilégier le cartel, là où l'imprévisibilité de la sanction les aurait conduites, dans le passé, à y renoncer (32).

En somme, il y aurait donc une erreur de type II (ou faux-négatif), à savoir qu'une dissuasion optimale ne serait pas, en l'état du droit positif, possible (33). Elle ne serait peut-être même pas souhaitable : une étude souvent citée a montré qu'aux États-Unis, seules 42 % des firmes sanctionnées sont en mesure de payer l'amende optimale sans tomber en faillite. L'amende administrative aurait donc un lourd coût social, susceptible d'entamer encore le capital sympathie — déjà bien faible — de la politique de concurrence (34).

Au regard de ces quelques observations, il semblerait donc opportun d'examiner si des mécanismes alternatifs de sanction permettent (i) d'atteindre un surcroît de dissuasion ; (ii) de générer d'avantage d'effets vertueux collatéraux (la réparation des victimes) ; (iii) de limiter les coûts sociaux de l'amende optimale et (iv) d'éviter le risque de « distorsions bureaucratiques » identifié par la théorie du choix public.

Curieusement, en dehors de l'action « privée » que la Commission a continué de préconiser sans grande avancée en 2007, la réflexion sur d'autres mesures (incompatibilités de gestion, récupération des subsides reçus des pouvoirs publics, etc.) (35) est restée à un stade embryonnaire (36). On ne peut que le regretter.

II. L'étape nationale : l'évaluation de l'entente

Descendons maintenant vers l'échelon national. Si le développement du contentieux de la sanction en matière d'ententes y a été important — on relève pas moins de douze arrêts relatifs à la réformation des pénalités et quatre arrêts admettant une réduction (37) — le Conseil, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation

[26] J. Schwartz, *Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n° 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit*, RTD Eur. 43(1), janvier-mars 2007, p. 1-9.

[27] V. TPICE, *BASF et UCB c/ Commission, préc.*, à §43 : « Il y a lieu de rappeler que les sanctions prévues à l'article 15 du règlement n° 17 et à l'article 23 du règlement n° 1/2003 ont pour but de réprimer des comportements illicites aussi bien que d'en prévenir le renouvellement. La dissuasion constitue donc une finalité de l'amende ».

[28] Très schématiquement, la dissuasion repose sur le principe que la sanction en cas de détection du cartel doit annihiler les profits tirés de l'activité anticoncurrentielle.

[29] En d'autres termes, à penser la pénologie concurrentielle.

[30] V. E. Combes et C. Monnier, *Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique*, *Concurrences* 2007, n° 3, p. 39-45.

[31] V. M. P. Schinckel, *Effective Cartel Enforcement in Europe*, [2007] 30 *World Competition*, 539 à p.555-556.

[32] V. F. Puel, *Droit européen de la concurrence : la « nouvelle politique » de la Commission pour la fixation des amendes*, JTDE, juin 2007, n° 140.

[33] V., dans le même sens, les arguments développés par S. Völcker, supra.

[34] V. C. Veljanovski, *Cartel Fines in Europe - Law, Practice and Deterrence*, [2007] 30 *World Competition*, 65 à note 37. Qui plus est, on entrevoit ici l'incohérence de deux politiques publiques : compensation pour actions en dommages et intérêts relevant de la compétence des juridictions/sanction par amendes relevant de la compétence d'autorités administratives. Quoique les deux instruments aient des finalités différentes, les juridictions pourraient être tentées de refuser d'octroyer une compensation, par crainte de soumettre les entreprises, qui doivent déjà acquiescer de colossales amendes administratives, à de trop importantes contraintes financières.

[35] V. M. Motta, *On cartel deterrence and fines in the EU*, 12 octobre 2007, mimeo. L'auteur souligne que l'action privée élève la dissuasion. Elle assure en outre la compensation des parties lésées et est soumise à l'appréciation d'un juge impartial.

[36] Il convient ici de mentionner l'effet dissuasif de la sanction des marchés financiers, souvent occulté. V. G. Langus and M. Motta, *The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on the Firm Valuation, version February 2007 mimeo* : l'effet sur le cours de bourse d'une inspection serait de 2 %, d'une décision de 3 % et d'un arrêt de confirmation d'1 %. La raison est, qu'une fois le cartel sanctionné, les prix — et donc les profits des entreprises qu'observent les investisseurs — sont appelés à diminuer.

[37] V. CA Paris, 29 janvier 2008, *Société Le Goff confort et autres*, (réduction de l'amende) ; CA Paris, 20 novembre 2007, *Société Carrefour Hypermarchés France* (rejet de la demande de réformation) ; v. CA Paris, 29 mai 2007, *SDO et Casino* (rejet de la demande de réformation) ; CA Paris, 19 juin 2007, *Philips France, Sony France et Panasonic France* (rejet de la demande de réformation) ; CA Paris, 26 juin 2007, *Guertlain, Givenchy e.a.* (réduction de l'amende) ; CA Paris, 2 octobre 2007, *ETF et SPTV* (réduction de l'amende) ; CA Paris, 23 octobre 2007, *Eiffage Construction Languedoc* (rejet de la demande de réformation) ; CA Paris, 30 janvier 2007, *SA Le Foll TP, Colas Ile-de-France Normandie e.a.* (rejet de la demande de réformation) ; CA Paris, 24 avril 2007, *JH Industrie et Malerba* (rejet de la demande de réformation) ; CA Paris, 25 septembre 2007, *Entreprise Vendasi et Cie* (réduction de l'amende) ; CA Paris, 29 janvier 2008, *UFOP* (rejet de la demande de réformation) ; CA Paris, 12 décembre 2006, *Bouygues Télécom SA, SFR et Orange Télécom SA* (rejet de la demande de réformation).

ont, plus nettement que les institutions communautaires, eu à connaître de questions de fond, relatives notamment aux standards d'évaluation en matière d'ententes (38).

Dans l'ensemble, le bilan de leur activité jurisprudentielle est encourageant. Si, dans certains domaines, le Conseil et la Cour d'appel de Paris continuent de promouvoir des standards d'évaluation formalistes (les nombreuses affaires en matière d'ententes verticales et de prix de revente conseillé l'illustrent bien) (B), on assiste, dans d'autres matières à un mouvement d'approfondissement de l'analyse des effets. En 2007, cette évolution s'est exprimée à merveille en matière d'accords d'échange d'information en oligopole (A).

A. L'approfondissement de l'analyse des effets en matière d'entente : le cas des échanges d'information en oligopole

Sur ce point, les arrêts les plus emblématiques sont certainement ceux de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation dans l'affaire de la téléphonie mobile, relative à la problématique des accords d'échange d'information en oligopole (39).

Pour rappel, les systèmes d'échange d'informations entre oligopoleurs comptent parmi les plus notoires pratiques de facilitation de la collusion tacite, puisqu'elles facilitent la détection des « déviations ». Si ces pratiques sont en général problématiques sur les marchés concentrés, elles sont uniquement susceptibles de poser problème sur une fraction d'oligopoles, qui présentent tous les autres attributs de la collusion tacite : compréhension mutuelle, punition des déviations et absence de contestation par la périphérie de l'oligopole (40). En dehors de l'examen des caractéristiques de l'information échangée (elle doit être suffisamment individuali-

sée et précise, cela ne fait pas discussion), l'analyse du « contexte économique » de l'entente, au sens de la jurisprudence Consten et Grundig, (41) est donc cruciale.

Revenons à l'affaire de la téléphonie mobile. En décembre 2005, le Conseil de la concurrence avait sanctionné les trois opérateurs de téléphonie mobiles pour avoir — notamment — échangé des informations mensuelles sur leurs ventes (nouveaux abonnements souscrits et nombre de résiliations, pour l'essentiel) (42). Dans sa décision, le Conseil avait développé une analyse économique relativement robuste. Il était allé plus loin que la jurisprudence communautaire John Deere, qui prévoit un standard d'appréciation formaliste (ou *per se*) : la simple conclusion d'un accord d'échange d'informations récentes et précises, « est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré à altérer sensiblement la concurrence » (43).

Faisant partiellement sienne l'analyse stratégique de la collusion tacite (44), issue du contrôle des concentrations, le Conseil ne s'était pas contenté d'examiner une *checklist* de paramètres de marché, mais avait cherché à étayer la justesse de son diagnostic en vérifiant l'existence de mécanismes de représailles (45). De plus, le Conseil s'était appuyé sur des données économiques empiriques pour prouver que les informations échangées avaient facilité l'ajustement des politiques commerciales des opérateurs (46).

Cet approfondissement de l'analyse des effets n'a pourtant pas été suivi par la Cour d'appel de Paris, dans le cadre du recours introduit par les trois opérateurs de téléphonie mobile contre la décision du Conseil. La Cour d'appel de Paris, sans doute plus sensible à la lettre

[38] V. en ce qui concerne le Conseil de la concurrence, déc. n° 07-D-49 du 19 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical dans le cadre de l'approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables ; déc. n° 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international ; déc. n° 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne ; déc. n° 07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension ; déc. n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge ; déc. n° 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France ; déc. n° 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales ; déc. n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse ; déc. n° 07-D-02 du 23 janvier 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime. V. en ce qui concerne la Cour d'appel de Paris, CA Paris, 29 janvier 2008, UFOP ; CA Paris, 13 janvier 2008, Devin Lemarchand Environnement ; CA Paris, 23 octobre 2007, Eiffage Construction Languedoc ; CA Paris, 2 octobre 2007, ETF et SPTV ; CA Paris, 25 septembre 2007, Entreprise Vendasi et Cie ; CA Paris, 24 avril 2007, JH Industrie et Malerba ; CA Paris, 30 janvier 2007, SA Le Foll TP, Colas Ile-de-France Normandie e.a. ; CA Paris, 12 décembre 2006, Bouygues Télécom SA, SFR et Orange Télécom SA.

[39] V. F. Levêque, UK tractors, Paris luxury hotels and French mobile telephony operators : are all oligopoly information exchanges bad for competition ?, (2007) 30 World Competition, 231 ; F. Wagner-von-Papp, Who is't that can inform me ? - The Exchange of Identifying and Non-Identifying Information (2007) 4 ECLR, p. 264.

[40] Autrement dit, la caractérisation d'un accord d'échange d'information sur un marché concentré est une condition nécessaire, mais nullement suffisante, à l'apparition d'un effet anticoncurrentiel de collusion tacite.

[41] V. CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission, 56 et 58/64, Rec. CJCE, p. 429.

[42] V. déc. n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. L'affaire portait sur la période 1997-2003. Le Conseil a sanctionné les trois opérateurs d'une amende d'un montant total de 92 millions d'euros. Un deuxième volet de l'affaire portait sur une concertation explicite sur les positions de marché, qui ne retiendra pas ici notre attention. L'échange d'informations avait également été mis à contribution pour soutenir cette concertation explicite (§ 232 et sl).

[43] V. TPICE, 27 octobre 1994, aff. n° T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission, Rec. TPICE, 1994, p. II-957 au § 51 ; CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd c/ Commission, aff. n° C-7/95, Rec. CJCE, 1998, p. I-3111.

[44] V., sur ce point, N. Petit, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, Bruylant-LGDJ, 2007.

[45] V. déc. n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, préc. (§ 187). Divers outils pouvaient être utilisés à cette fin, comme les subventions à l'achat du terminal ou des actions sur le prix des coffrets. Après avoir rappelé, qu'il n'était ni tenu à la preuve in concreto d'un mécanisme de représailles (§ 180), ni la démonstration d'un alignement des prix (§ 18), comme le lui avait suggéré judicieusement une partie (§ 163).

[46] Idem. aux § 172-179, 218-225 et 229. Le Conseil a rappelé qu'il n'était pas, en principe, tenu de faire examen des conditions de la collusion tacite au sens de l'arrêt Airtours (et notamment de la condition de punition). Cela explique que la décision ait une rédaction parfois ambiguë, qui a fait l'objet de critiques. V. F. Levêque, UK tractors, Paris luxury hotels and French mobile telephony operators : are all oligopoly information exchanges bad for competition ?, préc. L'auteur, qui concentre sa critique sur le principe réaffirmé par le Conseil, omet de relever que la décision fait, in fine, examen des paramètres en cause.

de la jurisprudence John Deere, a dans un arrêt de décembre 2006, promu un standard d'évaluation des accords d'échange d'informations relativement structuraliste. S'abstenant de toute référence à la théorie des jeux, la Cour procède à une analyse sommaire des caractéristiques du marché, en tout point comparable à la *checklist* tant critiquée en contrôle des concentrations.

À partir d'un mince faisceau d'indices — seuls deux critères sont retenus, à savoir la forte concentration du marché autour de trois opérateurs et la fermeture du marché en raison d'importantes barrières à l'entrée (les coûts fixes d'installation du réseau et d'acquisition des licences) — la Cour établit l'effet restrictif de concurrence : l'accord pouvait révéler « aux trois opérateurs la position de chacun d'entre eux et (...) leur permettre d'évaluer leurs stratégies commerciales ». Si, en l'espèce, la Cour rejoint la conclusion du Conseil (et rejette le recours), ce qui est ici important c'est que, au regard des travaux de la théorie économique, son standard d'évaluation ne permet nullement d'affirmer avec certitude que l'accord en cause avait restreint — ou était de nature à restreindre — la concurrence.

En réalité, comme l'a observé justement le professeur Damien Neven, évaluer les effets « pro collusion tacite » d'un accord d'échange d'information revient à déterminer si l'accord va (ou a) — ainsi que pourrait le faire une concentration — créer ou renforcer une position dominante collective (47). Ce standard, qui est au demeurant retenu dans les lignes directrices sur les accords de transfert de technologie (48), doit conduire, les opérateurs, autorités et juridictions, à se poser deux questions :

— d'une part, il faut s'interroger sur le point de savoir si les conditions de la collusion tacite sont remplies et sans doute, dans une perspective *ex post* comme le suggère l'arrêt Impala, de rechercher des indices d'alignement sur le marché (49). C'est la question de la caractérisation d'une position dominante collective ;

— d'autre part, il faut s'interroger sur le point de savoir si c'est l'accord qui a modifié (ou qui modifiera) leurs incitations en les poussant à — ou en renforçant — une collusion tacite. C'est la question du lien

de causalité entre l'accord et la collusion tacite. (50). Il aurait été, en l'espèce, question d'examiner si par le seul effet des publications de l'ART, un équilibre collusif tacite aurait été également atteint.

C'est ici qu'intervient, à notre estime, l'important arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, prononcé le 29 juin 2007. La Cour de cassation revient sur l'analyse sommaire réalisée par la Cour d'appel. Elle dispose que les juges du fond n'ont pas recherché de « façon concrète », si « l'échange d'informations avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, (...) de permettre de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents ». Le juge du droit suggère, à juste titre, que la Cour d'appel n'a pas poussé suffisamment loin son analyse du marché.

La Cour d'appel (et le Conseil), doivent donc faire plus dans l'examen des effets des accords d'échange d'informations en oligopole. Soit, mais quoi ?

Ici réside la principale lacune de l'arrêt. Si l'on se fie au standard issu de la jurisprudence communautaire John Deere, un examen structuraliste suffit. Si l'on se fie au standard issu d'autres textes (les lignes directrices sur les accords de transfert de technologie), un examen stratégique s'impose, à l'aune des quatre conditions de compréhension, détection, punition et non-contestation.

La carence de l'arrêt que nous venons d'identifier, à savoir la réticence du juge national à définir positivement un standard d'évaluation (elle tient peut-être à la technique de cassation), illustre au demeurant notre propos introductif sur les problèmes de spécialisation engendrés par le règlement n° 1/2003 : confrontées en pratique à des standards communautaires d'évaluation obscurs (celui de l'arrêt John Deere, par exemple), les entreprises, autorités et juridictions nationales doivent-elles consciencieusement s'y conformer, ou plutôt s'en affranchir au moyen d'interprétations plus ambitieuses ?

[47] V. D. Neven, *Collusion under Article 81 and the Merger Regulation, in Fighting Cartels - Why and How?*, Stockholm, 2001, p. 69. Rien ne distingue conceptuellement la notion de position dominante collective retenue en contrôle des concentrations, de la notion d'effet restrictif de collusion tacite appliquée dans le cadre de l'article 81(1) TCE. Plusieurs économistes ont également souligné les analogies existantes entre le contrôle des accords d'échange d'informations et le contrôle des concentrations entre entreprises. V. notamment K.-U. Kühn and X. Vives, *Information Exchange among Firms and their Impact on Competition*, Office for Official Publications of the European Community, Luxembourg, 1995, p. VI et 113. Par principe d'interprétation cohérente, il s'impose logiquement de qualifier dans les mêmes termes la collusion tacite dans le cadre des articles 81 et 82 TCE et du règlement 139/2004, et de les subordonner aux mêmes conditions.

[48] V. Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie, JOCE, n° C.101 du 27 avril 2004, p. 2 [§ 143].

[49] V. TPICE, 13 juillet 2006, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c/ Commission*, aff. n° T-464/04, Rec. TPICE, 2006, p. II-2289 [§ 251-252]. Ceci amène le Tribunal à disposer qu'une preuve indirecte (moins lourde) de l'existence d'une position dominante collective est en principe admissible : « Il s'ensuit que, dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une position dominante collective, les trois conditions dégagées par le Tribunal dans l'arrêt *Airtours c/ Commission*, déduites à partir d'une analyse théorique de la notion de position dominante collective, si elles sont, certes, également nécessaires, peuvent cependant, le cas échéant, être établies indirectement sur la base d'un ensemble d'indices et d'éléments de preuve, éventuellement même très hétérogènes, relatifs aux signes, manifestations et phénomènes inhérents à la présence d'une position dominante collective. Ainsi, en particulier, un alignement étroit des prix sur une longue durée, surtout s'ils sont d'un niveau supraconcurrentiel, joint à d'autres facteurs typiques d'une position dominante collective, pourraient, en l'absence d'autre explication raisonnable, suffire à démontrer l'existence d'une position dominante collective, quand bien même il n'y aurait pas de preuves directes solides d'une transparence forte du marché, compte tenu de ce que cette dernière peut être présumée dans de telles circonstances ».

[50] Le marché démontre-t-il déjà une prédisposition à la collusion tacite, à savoir la réunion des conditions (ou de certaines d'entre elles) de compréhension, détection, dissuasion et non contestation ? L'accord va-t-il remplir les conditions qui font défaut (ou améliorer celles qui sont remplies) ? Pour répondre à ces questions, il faut effectuer une comparaison avec la situation de marché en l'absence d'accord. Cette comparaison est une exigence que la jurisprudence impose de longue date. V. CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière (STM) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 56/65, Rec. CJCE 1966, p. 337, où la Cour évoquait « le jeu de la concurrence doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord » [§ 39]. V. pour une réaffirmation récente, TPICE, 2 mai 2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c/ Commission*, aff. n° T-328/03, Rec. TPICE, 2006, p. II-1231 [§ 68 et s.].

Le concours de la Commission, pour l'heure relativement passive, pourrait certainement aider à trancher ces questions qui, à la lumière des progrès de la théorie économique sont bien des « questions nouvelles » au sens de la communication sur les orientations informelles (51).

B. Le maintien d'une approche formaliste : le cas des prix de revente imposés

L'approfondissement de l'analyse par les effets ne touche malheureusement pas tous les domaines. Ainsi, les ententes verticales de prix vers les marchés de détail (52) qui ont mobilisé, en 2007, une partie importante des ressources du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, continuent de faire l'objet d'un traitement formaliste (53). En la matière, le Conseil applique, en parfaite conformité avec les standards de droit communautaire, une interdiction *per se*, les gains d'efficacité et justifications objectives étant uniquement pris en considération au stade de la sanction (54). Si cette interdiction stricte a fait, cette année singulièrement, l'objet de nombreuses contestations doctrinales (55) suite à l'arrêt Leegin de juin 2007 de la Cour suprême des États-Unis (56), on voit peu de raisons qu'elle soit amendée à court terme, avant la révision en mai 2010 du règlement n° 2790/1999. Il convient toutefois de noter, qu'un économiste de la Commission européenne vient de suggérer qu'une politique s'éloignant de l'interdiction *per se* prévue à l'article 4(a) du règlement n° 790/1999, pourrait être judicieuse. (57).

La majeure partie des discussions a en réalité tourné autour de la notion d'accord vertical, en présence de prix de revente « conseillés » ou « recommandés » : en l'absence de toute possibilité juridique de « contre-justification », au fond, à l'effet restrictif de telles pratiques, les parties ont tenté, souvent vainement, d'invoquer les jurisprudences Bayer ou Volkswagen II pour démontrer que les prix conseillés

constituaient de simples invitations unilatérales (58). Partant, la qualification d'accord requise pour appliquer les articles 81 TCE et L. 420-1 ne pouvait être atteinte, en l'absence de « concours de volonté ».

Par une interprétation nous semble-t-il tout à fait conforme au droit communautaire, le Conseil et la Cour d'appel de Paris ont la plupart du temps rejeté ces arguments :

CA Paris, 19 juin 2007, Philips France e.a. : Le Conseil interdit et sanctionne des ententes verticales, visant à fixer les prix de revente d'équipement hi-fi, notamment par des prix conseillés. Les prix conseillés par certains fournisseurs, Sony et Philips, étaient appliqués par l'ensemble des distributeurs, comme l'indiquaient les relevés d'alignement effectués. En ligne avec le standard de contrôle préconisé par la CJCE et le TPICE, « l'intention commune » de suivre une ligne d'action, nécessaire à l'accord, peut être déduite des circonstances du marché : une invitation, comme un prix recommandé, constitue un accord lorsque (i) l'autre partie « acquiesce expressément ou tacitement » ; et (ii) que celle-ci « n'a pas explicitement marqué son désaccord » au sens de l'arrêt Bayer. Et, comme l'a rappelé le TPICE dans l'arrêt Volkswagen II, l'acceptation peut être purement implicite : elle s'extériorise par le comportement actuel/effectif des parties sur le marché (59).

CA Paris, 26 juin 2007, Guerlain, Givenchy e.a. : Douze fournisseurs de parfums de luxe avaient conclu avec les trois grandes marques de distributeurs sélectifs de parfums de luxe, une série d'ententes verticales, visant à imposer des prix de revente au détail des parfums, sous la forme de prix conseillés. Les parties prétendaient que le Conseil n'avait pas appliqué les critères adéquats pour prouver l'existence d'une entente. Ici encore, la Cour d'appel rappelle la jurisprudence Bayer : il suffit de démontrer, « d'une part, l'existence d'une invitation à l'accord émanant d'une des entreprises en cause

[51] V. Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du Traité, JOCE, n° C.101 du 27 avril 2004, p. 78.

[52] Et, plus généralement, les restrictions verticales. V. notamment déc. n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (« Le Conseil de la concurrence obtient un assouplissement de la distribution sur internet des produits cosmétiques », note sous Cons. conc. 8 mars 2007, J.-L. Fourgoux, D. 2007, p. 2209). V. aussi déc. n° 07-D-24 du 24 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Léonidas, illustrant l'application de l'article 4d) du règlement n° 2790/99 qui interdit la restriction des livraisons croisées au sein d'un réseau de distribution sélective. Les grossistes de Léonidas ne pouvaient, en vertu des conditions générales de vente, livrer des points de vente autres que ceux qui lui avaient été attribués par le fournisseur [§ 60]. Conformément à l'article 4b), le Conseil a estimé qu'il y avait là une restriction par l'objet contraire aux articles 81 TCE et L. 420-1 du Code de commerce, portant atteinte à la concurrence intra-marques [§ 62]. Léonidas a été condamné au paiement d'une amende de 120.000 €.

[53] L'importance du nombre d'affaires nationales d'ententes verticales ne se trouve pas symétriquement reflétée dans l'activité à l'échelon communautaire, à l'exception de deux décisions dans le domaine de la distribution automobile, rendues sur renvoi préjudiciel, v. supra note 4. En vérité, cette asymétrie n'est pas surprenante. Dans le système du règlement n° 1/2003, les autorités et juridictions nationales sont sans doute « bien » ou « mieux » placées pour s'intéresser à ces ententes souvent locales (quand bien même elles produisent un effet sur le commerce entre États membres) : ainsi s'explique notamment l'important nombre de procédures et d'arrêts nationaux relatifs à la pratique des prix de revente imposés. V. Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOCE, n° C 101 du 27 avril 2004, p. 43 [§ 8-9].

[54] V. infra.

[55] F. Alesse, Unmasking the Masquerade of Vertical Price Fixing, 9 ECLR, 514 ; M. Kneepkens, Resale Price Maintenance : Economics Call for a More Balanced Approach, 12 ECLR, 656.

[56] V. US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 US (2007).

[57] V. V. Verouden, Vertical Agreements : Motivation and Impact, 5 November 2007, forthcoming.

[58] V. CJCE, 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure c/ Bayer AG et Commission*, aff. n° C-02/01 P, Rec. CJCE, 2004, p. I-23 ; v. TPICE, 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff. n° T-62/98, Rec. TPICE, 2000, p. II-2707 ; CJCE, 18 septembre 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff. n° C-338/00 P, Rec. CJCE, 2003, p. I-9189.

[59] V. CA Paris, 19 juin 2007, *Philips France e.a.* En revanche, en ce qui concerne Panasonic, tous les éléments constitutifs d'une entente n'étaient pas établis. Il y avait bien une possible restriction de concurrence, la pratique s'assimilant à la mise en place de prix de revente imposés. Toutefois, les observations réalisées sur le marché démontraient que l'alignement était « contestable », et donc qu'il n'y avait pas de concours de volonté (p. 13).

et, d'autre part, l'acquiescement, même tacite, des autres parties à cette invitation » (60). Or le Conseil, qui avait caractérisé des activités de « contrôle », de « police », de « menaces » sur les distributeurs, et constaté l'« application significative des prix imposés », avait satisfait à ce standard (61).

CA Paris, 29 mai 2007, Sélection Disc Organization et Casino : Un éditeur de vidéocassettes préenregistrées des studios Walt Disney avait garanti le versement de ristournes à deux grands distributeurs, SDO et Casino en contrepartie de l'observation, par ces derniers, de prix de revente conseillés. Ici encore, la pratique (jugée illégale par le Conseil car constitutive de prix de revente imposés) était contestée par les parties qui concluaient à l'absence d'un concours de volontés, nécessaire à la preuve d'une entente. La Cour juge cependant qu'un accord était bel et bien en cause, les distributeurs ayant participé à la mise en œuvre de l'entente. La Cour s'appuie non seulement sur des indices d'alignement des prix mais aussi sur le fait que les distributeurs ont pris des mesures de surveillance du fonctionnement de l'entente verticale et suggéré des mesures de rétorsion (62).

Décision n° 07-D-06 du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo : Le Conseil de la concurrence a sanctionné l'entreprise Sony pour pratique illégale de prix de revente imposés. Lors du lancement de sa Playstation, Sony avait conditionné l'engagement de ses distributeurs au respect d'une obligation de ne pas communiquer publiquement des prix de vente au détail différents d'un prix maximum fixé. Ici encore, les parties contestaient l'existence d'un accord. Sans difficulté, le Conseil a repoussé ces arguments en relevant que les distributeurs avaient, à cette fin, signé une clause (63).

Décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets : Cinq fournisseurs de jouets se sont illégalement entendus avec leurs distributeurs sur le prix de vente des jouets de Noël, afin que les jouets soient tous vendus au même prix dans les divers points de vente. Ils ont aussi mené des actions de police des prix et de contrôle pour vérifier leur bonne mise en œuvre (64).

Fondée en droit, il faut ici remarquer que, dans une perspective économique, la qualification d'accord retenue dans les affaires de la

distribution de jouets de Noël ou dans l'affaire des parfums paraît incompatible, à première vue, avec la réalisation d'« activités de police » et de « contrôle » par le fournisseur (65).

Conclusion

En conclusion, le droit des ententes en 2007 aura été marqué par une rupture entre l'étage communautaire et l'étage national. Tandis que le droit français de la concurrence s'occupe plus que jamais d'un nombre important de questions de fond, le contentieux communautaire se polarise, de son côté, autour de la question de la peine.

À moyen terme, l'appauvrissement du droit matériel de la concurrence au niveau communautaire est problématique. Tout d'abord, les entreprises, autorités et juridictions nationales risquent de se voir contraintes d'affronter seules de complexes questions économiques. C'était le cas dans l'affaire de la téléphonie mobile, où la Cour de cassation a certes promu une analyse centrée sur les effets, mais s'est aussi bien gardée de définir au fond un standard d'évaluation.

Ensuite, les autorités et juridictions nationales pourraient être conduites à appliquer des standards communautaires d'évaluation que d'aucuns — en doctrine et au sein même de la Commission — semblent considérer désuets. L'exemple des nombreuses pratiques de prix de revente imposés/conseillés jugées illégales par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris l'illustre clairement.

Le problème est ici que le tarissement des arrêts de la Cour et des décisions de fond de la Commission ne permet pas, pour l'heure, de déterminer si un ajustement de l'interdiction *per se* du règlement est envisageable. Il faudra pour cela attendre la révision du règlement, prévue pour mai 2010.

On le comprend bien, à notre estime, la rupture appelle un bilan contrasté.

Nicolas PETIT (*)

Chargé de cours à l'Université de Liège
Faculté de droit

Codirecteur de l'Institut d'études juridiques européennes
Collaborateur, Howrey LLP

[60] V. CA Paris, 26 juin 2007, Guertain, Givenchy e.a. [§ 32].

[61] Idem. En ce qui concerne certains distributeurs (Nocibe), les pratiques avaient été mises en œuvre seulement pour certaines marques de parfums (Shiseido). Fait notable, les gains d'efficacité, comme la préservation de la marque, sont évacués de l'analyse concurrentielle et appréhendés au stade de la « sanction » (les producteurs se prévalaient de la nécessité de vérifier le respect du caractère luxueux du produit [p. 52] ou de l'absence d'effets anticoncurrentiels en raison de la concurrence intermarques en amont des producteurs [p. 53]). La Cour rappelle en l'espèce que le droit communautaire prévoit un standard d'interdiction.

[62] V. CA Paris, 29 mai 2007, Sélection Disc Organization et Casino, p. 6.

[63] V. déc. n° 07-D-06 du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo [§ 101].

[64] V. déc. n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets [§ 526-528].

[65] Toutefois, la solution retenue par le Conseil est la seule qui, dans une perspective finaliste, assure un résultat satisfaisant : si le jeu naturel du marché mène à des déviations — concurrentielles — des prix conseillés, et que leur prévention provient d'actions artificiellement engagées par des fournisseurs, le droit doit corriger, à notre sens la défaillance.

[*] L'auteur souhaite remercier Alexandre Defossez, Tarik Hennen et Laurent de Muyter pour leurs utiles commentaires.